

SIDIBlog^{quaderni di}

il blog della Società italiana di Diritto internazionale
e di Diritto dell'Unione europea

Volume 10 • 2023

ISSN 2465-0927

Conflitti armati contemporanei: implicazioni e reazioni •
Politiche migratorie e nuovi strumenti giuridici: analisi e criticità •
Sviluppi in materia di immunità degli Stati
e dei funzionari internazionali • Evoluzioni e involuzioni
in materia di diritti umani • Tutela della persona nei rapporti tra privati •
Vecchie e nuove sfide per l'Unione europea •
Global South, diritto internazionale, diritto dell'Unione europea

editoriale scientifica

DIRETTORE RESPONSABILE

PASQUALE DE SENA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)

CONSIGLIO SCIENTIFICO

GIOVANNA ADINOLFI (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE)

MAURIZIO ARCARI (UNIVERSITÀ DI MILANO BICOCCA)

MARIANO AZNAR GÓMEZ (UNIVERSITAT JAUME I DI CASTELLÓN)

FRANCESCO BESTAGNO (UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE)

MARINA CASTELLANETA (UNIVERSITÀ DI BARI ALDO MORO)

EMANUEL CASTELLARIN (UNIVERSITÀ DI STRASBURGO)

GIUSEPPE CATALDI (UNIVERSITÀ DI NAPOLI L'ORIENTALE)

ANGELA DI STASI (UNIVERSITÀ DI SALERNO)

SERENA FORLATI (UNIVERSITÀ DI FERRARA)

MARCO GESTRI (UNIVERSITÀ DI MODENA E REGGIO EMILIA)

LORENZO GRADONI (LUXEMBOURG CENTRE FOR EUROPEAN LAW)

ALESSANDRA GIANELLI (SAPIENZA UNIVERSITÀ DI ROMA)

EDOARDO GREPPI (UNIVERSITÀ DI TORINO)

PETER HILPOLD (UNIVERSITÀ DI INNSBRUCK)

IVAN INGRAVALLO (UNIVERSITÀ DI BARI ALDO MORO)

FRANCESCO MUNARI (UNIVERSITÀ DI GENOVA)

GIUSEPPE NESI (UNIVERSITÀ DI TRENTO)

PAOLO PALCHETTI (UNIVERSITÀ PARIS I)

GIUSEPPE PALMISANO (UNIVERSITÀ DI ROMA TRE)

MARCO PEDRAZZI (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE)

LAURA PINESCHI (UNIVERSITÀ DI PARMA)

RICCARDO PISILLO MAZZESCHI (UNIVERSITÀ DI SIENA)

PIETRO PUSTORINO (LUISS GUIDO CARLI)

ILARIA QUEIROLO (UNIVERSITÀ DI GENOVA)

MARCO ROSCINI (UNIVERSITÀ DI WESTMINSTER)

LUCIA SERENA ROSSI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)

GIULIA ROSSOLILLO (UNIVERSITÀ DI PAVIA)

CARLO SANTULLI (UNIVERSITÀ PARIS II)

ROSARIO SAPIENZA (UNIVERSITÀ DI CATANIA)

MASSIMO STARITA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)

ANTONELLO TANCREDI (UNIVERSITÀ DI MILANO BICOCCA)

ATTILA TANZI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)

SELINE TREVISANUT (UNIVERSITÀ DI UTRECHT)

INGO VENTZKE (AMSTERDAM CENTER FOR INTERNATIONAL LAW)

ILARIA VIARENGO (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE)

FRANCESCA CLARA VILLATA (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE)

SALVO ZAPPALÀ (UNIVERSITÀ DI CATANIA)

REDAZIONE

LORENZO ACCONCIAMESSA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)
CATERINA BENINI (UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE)
GIACOMO BIAGIONI (UNIVERSITÀ DI CAGLIARI)
GIUSEPPE BIANCO (BANCA D'ITALIA)
MARTINA BUSCEMI (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE)
FEDERICO CASOLARI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
FRANCESCO COSTAMAGNA (UNIVERSITÀ DI TORINO)
FILIPPO CROCI (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE)
ORNELLA FERACI (UNIVERSITÀ DI SIENA)
MAURO GATTI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
GIOVANNA GILLERI (UNIVERSITÀ DI TRIESTE)
LORENZO GROSSIO (UNIVERSITÀ DI TORINO)
NICOLE LAZZERINI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE)
OLIVIA LOPES PEGNA (UNIVERSITÀ DI FIRENZE)
DANIELE MANDRIOLI (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE)
DIEGO MAURI (UNIVERSITÀ DI PALERMO)
ALICE OLLINO (UNIVERSITÀ DI MILANO BICOCCA)
GIUSEPPE PASCALE (UNIVERSITÀ DI TRIESTE)
LUCA PASQUET (UNIVERSITÀ DI UTRECHT)
FRANCESCO PESCE (UNIVERSITÀ DI GENOVA)
CESARE PITEA (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE)
ALICE RICCARDI (UNIVERSITÀ DI ROMA TRE)
EDOARDO ALBERTO ROSSI (UNIVERSITÀ DI URBINO)
PIERFRANCESCO ROSSI (UNIVERSITÀ DI TERAMO)
ANDREA SPAGNOLO (UNIVERSITÀ DI TORINO)
FRANCESCA TAMMONE (UNIVERSITÀ DI FIRENZE)
ENZAMARIA TRAMONTANA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)
SUSANNA VILLANI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
DANIELA VITIELLO (UNIVERSITÀ DELLA TUSCIA)
GIOVANNI ZARRA (UNIVERSITÀ DI NAPOLI FEDERICO II)
NICCOLÒ ZUGLIANI (UNIVERSITÀ BOCCONI)

REFEREES

PIA ACCONCI (UNIVERSITÀ DI TERAMO); FRANCESCA BENATTI (UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE); MASSIMO BENEDETTELLI (ARBLIT/UNIVERSITÀ DI BARI ALDO MORO); ALESSANDRO BUFALINI (UNIVERSITÀ DELLA TUSCIA); CRISTINA CAMPIGLIO (UNIVERSITÀ DI PAVIA); FRANCESCA CAPONE (SCUOLA SUPERIORE SANT'ANNA); ELENA CARPANELLI (UNIVERSITÀ DI PARMA); LAURA CARPANETO (UNIVERSITÀ DI GENOVA); ESMERALDA COLOMBO (EUROPEAN INSTITUTE ON ECONOMICS AND THE ENVIRONMENT); GABRIELE DELLA MORTE (UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE); CARLO DE STEFANO (UNIVERSITÀ DI ROMA TRE); SARA DE VIDO (UNIVERSITÀ CA' FOSCARI DI VENEZIA); ESTER DI NAPOLI (UNIVERSITÀ DI FERRARA); ILARIA ESPA (UNIVERSITÀ DELLA SVIZZERA ITALIANA); CHIARA FAVILLI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE); FEDERICA FAVUZZA (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE); MATTEO FORNARI (UNIVERSITÀ DI MILANO BICOCCA); LORENZO GASBARRI (SCUOLA SUPERIORE SANT'ANNA); MARIANGELA LA MANNA (UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE); MARIO GERVASI (UNIVERSITÀ DI BARI ALDO MORO); ALESSANDRA LANG (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE); LUCAS CARLOS LIMA (UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS); VITTORIO MAINETTI (UNIVERSITÀ DI MILANO STATALE); LORIS MAROTTI (UNIVERSITÀ DI NAPOLI FEDERICO II); FRANCESCA MUSSI (UNIVERSITÀ DI TRENTO); RAFFAELLA NIGRO (UNIVERSITÀ MAGNA GRAECIA DI CATANZARO); LUCA PALADINI (UNIVERSITÀ PER STRANIERI DI SIENA); MARCO PERTILE (UNIVERSITÀ DI TRENTO); ILARIA PRETELLI (ISTITUTO SVIZZERO DI DIRITTO COMPARATO); GIUSEPPE PUMA (LUMSA DI PALERMO); EDOARDO ALBERTO ROSSI (UNIVERSITÀ DI URBINO); GIANPAOLO MARIA RUOTOLO (UNIVERSITÀ DI FOGGIA); PAOLO VARGIU (UNIVERSITÀ DI LEICESTER).

COMITATO EDITORIALE EDIZIONE 2023

CATERINA BENINI
MARTINA BUSCEMI
GIOVANNA GILLERI
LORENZO GROSSIO
NICOLE LAZZERINI
DANIELE MANDRIOLI
GIUSEPPE PASCALE
ALICE RICCARDI
EDOARDO ALBERTO ROSSI
FRANCESCA TAMMONE
SUSANNA VILLANI
NICCOLÒ ZUGLIANI

GRUPPO DI COORDINAMENTO EDIZIONE 2023

CATERINA BENINI

NICOLE LAZZERINI

DANIELE MANDRIOLI

GIUSEPPE PASCALE

QUADERNI DI SIDIBLOG

Introduzione	11
SEZIONE I	
Conflitti armati contemporanei: implicazioni e reazioni	
Conflitti armati e (in)sicurezza alimentare: il ruolo del diritto internazionale	17
LUDOVICA DI LULLO	
Le vicende degli accordi di Istanbul sul traffico internazionale di grano e il loro impatto sulla sicurezza alimentare internazionale	41
CLAUDIO DI TURI	
La prima (incoerente) reazione dell'UE alla crisi di Gaza del 2023	75
MAURO GATTI	
La Corte penale internazionale di fronte agli avvenimenti in Israele e nella Striscia di Gaza: quali prospettive per l'accertamento di responsabilità penali internazionali?	87
LUCA POLTRONIERI ROSSETTI	
SEZIONE II	
Politiche migratorie e nuovi strumenti giuridici: analisi e criticità	
L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati in Italia e il diritto internazionale: dalla legge Zampa alle recenti novità promosse dal Governo	123
DANIELE MANDRIOLI	
Strumenti giuridici efficaci per una cooperazione efficace: il Memorandum d'intesa tra Unione europea e Tunisia	145
FRANCESCA PERRINI	

L'accordo tra Australia e Tuvalu sui visti 'climatici'. Alcune considerazioni sulla mobilità climatica nel Pacifico, tra percorsi migratori più sicuri e nuove tendenze regionali	165
---	-----

MARTINA SARDO

SEZIONE III

Sviluppi in materia di immunità degli Stati e dei funzionari internazionali

Between Compliance and Dispute Settlement: the Italian 'Nazi Crimes Fund' and the International Court of Justice	185
--	-----

ALESSANDRO BUFALINI

Immunità dei funzionari del Programma alimentare mondiale (PAM) per atti compiuti nell'esercizio delle funzioni: l'epilogo obbligato del caso Attanasio	195
---	-----

CLAUDIA CAMPESE

SEZIONE IV

Evoluzioni e involuzioni in materia di diritti umani

Recenti sviluppi in tema di accertamento dello <i>status</i> di vittima ai sensi dell'art. 34 CEDU: tra flessibilità e rischi di imprevedibilità	231
--	-----

LORENZO ACCONCIAMESSA

La tutela delle donne vittime di violenza alla luce del caso <i>Germano c. Italia</i> : il discutibile approccio della Corte europea dei diritti umani	253
--	-----

CLAUDIA MORINI

Inesistenza di un 'diritto' alla segretezza dei negoziati internazionali e competenza dei giudici interni a decidere situazioni di rilevanza internazionalistica: alcune considerazioni a margine del processo a carico dei responsabili del rapimento e della morte di Giulio Regeni	271
---	-----

GIANPAOLO MARIA RUOTOLO

Il rischio di un passo indietro dell'Italia sul reato di tortura	279
--	-----

ANTONIO MARCHESI

SEZIONE V

Tutela della persona nei rapporti tra privati

I limiti posti all'iscrizione e alla trascrizione dei rapporti di filiazione derivanti da tecniche di PMA vietate in Italia alla prova dei diritti umani 295

MICHELE GRASSI

Il controllo sui lodi nell'arbitrato sportivo: quale ruolo per la Corte europea dei diritti dell'uomo? Note a margine della sentenza *Semenya c. Svizzera* 317

ANNA LIEBMAN

Le proposte della Commissione europea sulla protezione degli adulti nei casi transfrontalieri: prime osservazioni 345

PIETRO FRANZINA

SEZIONE VI

Vecchie e nuove sfide per l'Unione europea

Reflections at the Sunset: The Strategy of the European Commission for a Coordinated Withdrawal from the Energy Charter Treaty 365

MATTIA COLLI VIGNARELLI

La sentenza sulla 'legge bavaglio' nel quadro della crisi dello Stato di diritto in Polonia: tra violazioni del diritto dell'Unione e tentativi di contrasto 387

SILVIA GIUDICI

La responsabilità per la diffusione *online* di informazioni tra *Artificial Intelligence Act* e DSA 409

GIANPAOLO MARIA RUOTOLO

La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra Stati membri: un quadro d'insieme in vista dei possibili sviluppi nella sua adozione 419

DILETTA DANIELI

Il parere motivato del Senato italiano sulla proposta di regolamento UE in tema di filiazione 443

GIACOMO BIAGIONI

SEZIONE SPECIALE

***Global South*, diritto internazionale, diritto dell'Unione europea**

Introduzione 461

MARIANGELA LA MANNA, MATTEO CEOLOTTO, LUCA LIONELLO, MATTEO MANFREDI, OMAR VANIN

PARTE I

Il *Global South* e le regole di vita di relazione internazionale, tra contestazione e rinnovamento

La Corte internazionale di giustizia e il *Global South*: *odi et amo?* 469

IRENE MIANO

La contestazione delle norme in materia di responsabilità degli Stati rispetto agli abusi coloniali: le proposte del Sud del mondo 497

RACHELE MARCONI

Scheletri nell'armadio? Il problema dei resti umani di epoca 521

coloniale tra tutela internazionale dei beni culturali e diritti umani

VALERIA CASILLO

Hic sunt leones: l'incidenza dell'attività di armonizzazione giuridica 535

dell'OHADA sullo sviluppo economico del continente africano

EDOARDO ALBERTO ROSSI

Il Comitato giuridico interamericano e la posizione dell'America 561

Latina nella costruzione del diritto internazionale

BERNARDO MAGESTE CASTELAR CAMPOS

PARTE II

Le istanze del *Global South* nei rapporti economici internazionali: commercio, risorse, investimenti

Introdurre il livello di sviluppo dello Stato ospite nella clausola 579

FET: quali effetti sugli equilibri del diritto internazionale degli investimenti?

ILARIA CASTAGNA

L'Organizzazione mondiale della sanità e i negoziati del *Pandemic Agreement*: verso un nuovo futuro per l'accesso ai farmaci nei Paesi del *Global South*? 603

MAGDALENA GRECO

Un nuovo vaso di Pandora per i Paesi 'decolonizzati': la qualificazione giuridica delle concessioni sulle risorse naturali del diritto internazionale classico e terzomondista 625

ANTONIO ATTOLICO

Diritto internazionale delle telecomunicazioni (spaziali) e *Global South* 651

GABRIELE REDIGONDA

PARTE III

Tensioni e prospettive dal *Global South* in materia di ambiente e cambiamenti climatici

Un peso e una misura? Il Regolamento UE che istituisce il CBAM letto attraverso il principio dell'equità e delle comuni ma differenziate responsabilità e delle rispettive capacità 679

VIRGINIA REMONDINO

La nozione di legalità alla base dei *Voluntary Partnership Agreement*: autodeterminazione o colonialismo climatico? 709

FRANCESCA NEYROZ

Il cambiamento climatico tra equità intra ed intergenerazionale: applicare l'insegnamento dei Principi di Maastricht IV 733

GIORGIA PANE

Donne del *Global South* e mutamenti climatici: da 'vittime' ad 'agenti' del cambiamento 751

ANNA IERMANO

Rapporto sul XX Incontro dei giovani cultori delle discipline internazionali 773

LORENZO GRADONI

Introduzione

A un anno dal riconoscimento da parte di ANVUR della dignità di rivista scientifica di fascia A per l'Area 12, i *Quaderni di SIDIBlog*, giunti ormai al traguardo del X volume, si confermano quale sede deputata all'approfondimento dei principali temi che sono stati posti 'sotto i riflettori' di SIDIBlog nell'anno precedente. Si tratta di temi – di sicuro rilievo per il diritto internazionale e dell'Unione europea – che hanno costituito l'oggetto di interessanti dibattiti anche e soprattutto in ambito non accademico. Come da consuetudine, dunque, la gran parte degli studiosi intervenuti nello spazio virtuale di SIDIBlog, dopo aver li illustrato a caldo e perlopiù allo scopo di meglio far comprendere alla società civile gli aspetti giuridici dei suddetti temi, ha voluto prendersi del tempo per tracciare, in maniera rigorosa e alla luce di ricerche attente, le coordinate giuridiche di riferimento delle questioni rapidamente esposte nei loro precedenti (e necessariamente brevi) *post*. In altri termini, nei contributi raccolti nel X volume dei *Quaderni di SIDIBlog* il carattere scientifico si affina rispetto al taglio prevalentemente e volutamente informativo che aveva contraddistinto i relativi *post* di SIDIBlog.

A questa consuetudine si affianca una novità. Il X volume dei *Quaderni di SIDIBlog* è infatti lieto di ospitare una sezione speciale volta a raccogliere una serie di contributi che si prefiggono di indagare problemi di dirompente attualità per il diritto internazionale e dell'Unione europea a partire dall'approccio terzomondista e quindi dalla visione propria del *Global South*, spesso ingiustamente negletta nel panorama accademico italiano. È questa una sezione particolarmente 'giovane', atteso che mira a 'raccolgere i frutti' del XX Incontro annuale dei cultori delle discipline internazionalistiche, svoltosi nel dicembre 2023 presso l'Università Cattolica di Milano. Questa preziosa integrazione è stata resa possibile da Matteo Ceolotto, Luca Lionello, Matteo Manfredi e Omar Vanin, i quali, con l'impeccabile ed energico coordinamento di Mariangela La Manna, dopo aver organizzato il suddetto evento scientifico, hanno curato la raccolta dei contributi confluiti nella sezione speciale.

Il X volume dei *Quaderni di SIDIBlog* si compone dunque di sei sezioni 'ordinarie' o 'tradizionali' e di una sezione speciale.

La prima sezione è dedicata alle implicazioni e reazioni collegate ai due più noti e complessi conflitti armati attualmente in corso, vale a dire quello combattuto tra Russia e Ucraina da ormai più di due anni e quello scatenato da Israele nella Striscia di Gaza, all'indomani degli attacchi terroristici

compiuti da Hamas il 7 ottobre 2023, e successivamente esteso anche alla Cisgiordania. Quanto al conflitto russo-ucraino, Ludovica di Lullo (Università di Parma) e Claudio di Turi (Università della Calabria) hanno scelto di trattare le implicazioni sul piano della sicurezza alimentare mondiale, finora non adeguatamente tenute in conto dagli studiosi del diritto internazionale, specialmente ove si consideri il ruolo di primo piano storicamente svolto dall'Ucraina nella produzione e nel commercio di grano. Con riferimento invece al ruolo di Israele nel conflitto nella Striscia di Gaza, nei lavori di Mauro Gatti (Università di Bologna) e di Luca Poltronieri Rossetti (Scuola Sant'Anna di Pisa) sono esaminate criticamente la reazione non sempre coerente e convincente dell'Unione europea nonché quella inaspettata e 'in salita' della Corte penale internazionale.

La seconda sezione si concentra sull'analisi di alcune recenti politiche migratorie nazionali e sovranazionali e sugli interrogativi suscitati dagli strumenti predisposti allo scopo di realizzarle. Si parte dal contesto italiano con un contributo di Daniele Mandrioli (Università di Milano Statale) inerente all'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati da parte delle autorità italiane alla luce degli obblighi previsti in proposito dal diritto internazionale. Si passa poi all'ambito euro-mediterraneo con l'inquadramento dei profili di criticità riguardanti il *Memorandum* d'intesa tra Unione europea e Tunisia da parte di Francesca Perrini (Università di Messina). Si chiude con la discussa questione delle migrazioni causate dal cambiamento climatico nell'area dell'Oceano Pacifico, affrontata da Martina Sardo (Università di Palermo) attraverso l'illustrazione dell'accordo tra Australia e Tuvalu relativo ai c.d. visti 'climatici'.

La terza sezione si focalizza sugli sviluppi recenti in tema di immunità giurisdizionali sia dello Stato straniero sia dei funzionari internazionali. Sono qui raccolti due scritti. Nel primo, Alessandro Bufalini (Università della Toscana) effettua una disamina dei problemi collegati al Fondo di ristoro per le vittime italiane dei crimini commessi dai nazisti durante la Seconda guerra mondiale, recentemente istituito dal Governo italiano come risposta alla celebre sentenza della Corte internazionale di giustizia sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato* del 2012. Nel secondo, Claudia Campese (Università della Campania Luigi Vanvitelli) parte dall'altrettanto celebre caso dell'omicidio del diplomatico Luca Attanasio, avvenuto nel 2021 nella Repubblica Democratica del Congo, per proporre spunti ricostruttivi in materia di immunità giurisdizionale dei funzionari del Programma alimentare mondiale.

Nella quarta sezione ci si sofferma sulle evoluzioni e involuzioni che hanno recentemente caratterizzato l'ambito della tutela internazionale dei diritti umani. Aprono la sezione due contributi riguardanti la Convenzione europea dei diritti umani: Lorenzo Acconciamesa (Università di Palermo) propone una sintesi degli sviluppi riguardanti la definizione dello *status* di vittima ai sensi dell'art. 34 della Convenzione europea, mentre Claudia Morini (Università del Salento) pone l'accento sulla discutibilità dell'approccio adottato dalla Corte europea dei diritti umani rispetto alla violenza nei confronti delle donne nel caso *Germano c. Italia*. Seguono due contributi rilevanti dal punto di vista della tutela dei diritti umani nell'ordinamento italiano: alle critiche di Gianpaolo M. Ruotolo (Università di Foggia) avverso la 'segretezza' dei negoziati intavolati da Italia ed Egitto a margine del processo italiano intentato contro i rapitori egiziani di Giulio Regeni, si affiancano quelle mosse da Antonio Marchesi (Università di Teramo) nei confronti della configurazione progressivamente assunta dal reato di tortura nella legislazione italiana.

La quinta sezione concerne la tutela della persona nei rapporti tra privati connotati da elementi di internazionalità. Michele Grassi (Università di Milano Statale) si occupa della compatibilità con la Convenzione europea dei diritti umani dei limiti che l'ordinamento italiano pone all'iscrizione e trascrizione di rapporti di filiazione derivanti da tecniche di procreazione medicalmente assistita in tutto o in parte vietate in Italia. Partendo dalla sentenza *Semenya c. Svizzera* della Corte europea dei diritti umani, Anna Liebman (Università di Milano Statale) si interroga su quanto ampio possa essere il sindacato della stessa Corte europea sulla determinazione del contenuto della clausola di ordine pubblico effettuata dai giudici statali investiti della domanda di annullamento di un lodo reso nell'ambito dell'arbitrato sportivo. Infine, Pietro Franzina (Università Cattolica di Milano) fornisce una chiave di lettura delle due proposte concernenti la protezione degli adulti 'vulnerabili' nelle situazioni con elementi di internazionalità presentate dalla Commissione europea il 31 maggio 2023.

Nella sesta sezione convergono alcune questioni che hanno rappresentato, o tuttora rappresentano, dei banchi di prova per l'Unione europea. Si parte dalla vicenda del recesso coordinato di quest'ultima e dei suoi Stati membri dal Trattato sulla Carta dell'Energia, di cui si occupa Mattia Colli Vignarelli (Università di Torino), per proseguire con un ulteriore capitolo dell'ormai lunga saga della crisi della *rule of law* in Polonia, approfondita da Silvia Giudici (Università di Torino) con riguardo alla sentenza sulla c.d. 'legge bavaglio'. Con Gianpaolo M. Ruotolo (Università di Foggia)

l'attenzione si sposta invece su un ambito oggetto di recenti sforzi regolatori quale quello dell'intelligenza artificiale e della responsabilità per la diffusione *online* di informazioni. Infine, Diletta Danieli (Università di Verona) e Giacomo Biagioni (Università di Cagliari) si concentrano sulla proposta della Commissione europea di un regolamento in materia di giurisdizione, legge applicabile ed efficacia delle decisioni straniere in materia di filiazione, elaborando, rispettivamente, un quadro d'insieme della suddetta proposta e un'analisi degli aspetti critici del parere motivato con cui il Senato italiano ha ritenuto la stessa proposta contraria al principio di sussidiarietà.

La sezione speciale cui si è fatto cenno *supra* chiude questo X volume dei *Quaderni di SIDIBlog*. Essa si compone a sua volta di tre parti, precedute dall'introduzione dei curatori. La prima parte si prefigge di esaminare il rapporto tra il Global South e le regole di vita di relazione internazionale, ponendo in evidenza gli aspetti legati sia alla contestazione sia al rinnovamento di tali regole; sono qui raccolti i lavori di Irene Miano (Graduate Institute di Ginevra), Rachele Marconi (Università di Cagliari), Valeria Casillo (Università di Napoli Federico II), Edoardo A. Rossi (Università di Urbino) e Bernardo Mageste Castelar Campos (Università di Milano Bicocca). La seconda parte si incentra sull'analisi delle istanze del *Global South* nei rapporti economici internazionali, con particolare riguardo ai settori del commercio, degli investimenti e della gestione delle risorse naturali; questa parte si compone dei contributi di Ilaria Castagna (LUISS Guido Carli di Roma), Magdalena Greco (Università Bocconi di Milano), Antonio Attolico (LUISS Guido Carli di Roma) e Gabriele Redigonda (Università di Firenze). La terza e ultima parte concorre a 'immergere' gli attuali e noti problemi giuridici concernenti la tutela internazionale dell'ambiente e la lotta al cambiamento climatico nella prospettiva del *Global South*; sono qui confluiti gli scritti di Virginia Remondino (Università di Bologna), Francesca Neyroz (Università di Bologna), Giorgia Pane (Università di Palermo) e Anna Iermano (Università di Salerno). La sezione speciale beneficia del rapporto conclusivo di Lorenzo Gradoni (Luxembourg Centre for European Law), senz'altro idoneo a suscitare nei lettori non poche riflessioni inerenti anche e soprattutto a questioni di metodo e a problemi strutturali.

Caterina Benini (Università Cattolica di Milano)

Nicole Lazzerini (Università di Firenze)

Daniele Mandrioli (Università di Milano Statale)

Giuseppe Pascale (Università di Trieste)

Sezione I
Conflitti armati contemporanei:
implicazioni e reazioni

Conflitti armati e (in)sicurezza alimentare: il ruolo del diritto internazionale

LUDOVICA DI LULLO*

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'inestricabile rapporto tra conflitti armati e sicurezza alimentare. – 2. La dimensione interna al conflitto: il diritto internazionale umanitario. – 3. La dimensione esterna al conflitto: l'applicazione extraterritoriale del diritto al cibo. – 4. Strumenti di contrasto e limiti strutturali. – 5. Riflessioni conclusive.

ABSTRACT: I recenti conflitti armati hanno riaperto l'attenzione rispetto al tema del rapporto che intercorre tra la sicurezza alimentare e gli stessi conflitti armati. Dalla prospettiva giuridica, la questione riveste una duplice dimensione: da un lato, quella interna al conflitto, che riguarda principalmente il divieto di uso della 'fame' come metodo di guerra; dall'altro, la dimensione esterna, riguardante le mancate garanzie di accesso al cibo per i Paesi terzi, non coinvolti direttamente nelle ostilità. In questo quadro, l'articolo si propone di indagare il ruolo degli obblighi internazionali degli Stati nella prevenzione del rischio di carestia, come disposti dal diritto internazionale umanitario, e nella garanzia del diritto al cibo, anche oltre i confini meramente territoriali.

PAROLE CHIAVE: *food security* – conflitti armati – diritto al cibo – extraterritorialità – crimini internazionali – sicurezza internazionale.

1. Introduzione: l'inestricabile rapporto tra conflitti armati e sicurezza alimentare

Una definizione condivisa di sicurezza alimentare, nella sua accezione di *food security*, è contenuta nel Piano d'azione adottato nell'ambito del *World Food Summit* del 1996, nel quale si afferma che «food security exists when all people, at all times, have physical and economic access to sufficient, safe and nutritious food to meet their dietary needs and food preferences for an active and healthy life»¹.

* Assegnista di ricerca di Diritto internazionale, Università di Parma, ludovicadilullo@unipr.it, Dipartimento di Giurisprudenza Studi Politici e Internazionali, Dipartimento di Eccellenza 2023-2027.

Sulla base di tale affermazione, dunque, è possibile sostenere che la sicurezza alimentare si articola in quattro pilastri fondamentali: la disponibilità di cibo, l'accesso al cibo, l'utilizzo del cibo e la stabilità alimentare. Quest'ultima è soddisfatta quando i tre elementi precedenti coesistono; diversamente, ci si trova in una situazione di insicurezza alimentare. Secondo la classificazione *Integrated Food Security Phase Classification* (di seguito IPC), proposta congiuntamente da diversi *stakeholders*², al fine di qualificare la gravità e le caratteristiche delle crisi alimentari e nutrizionali acute e dell'insicurezza alimentare sulla base di *standard* internazionali, è possibile distinguere cinque diversi livelli di insicurezza alimentare: minima, sollecitata (*stressed*), crisi alimentare, emergenza e, infine, catastrofe o carestia³.

L'aggravarsi delle crisi alimentari è più probabile tra le popolazioni che già soffrono di insicurezza alimentare e di malnutrizione prolungata, nonché nelle aree in cui diversi elementi strutturali aumentano le vulnerabilità⁴. Tra i fattori esogeni che incidono maggiormente sull'aggravarsi delle condizioni alimentari emergono, principalmente, gli *shock* economici, le condizioni climatiche estreme e i conflitti armati⁵.

La relazione che intercorre tra questi ultimi e l'insicurezza alimentare, però, non si fonda solo su un legame di causalità diretta, ma è costituito da una pluralità di fattori tra loro interconnessi. Come evidenziato in un recente rapporto su tale tema, redatto dal relatore speciale delle Nazioni Unite sul diritto al cibo, il mancato accesso ai prodotti alimentari è spesso usato quale arma o parte integrante di un metodo di conflitto⁶ e può giocare un ruolo preponderante nelle violenze perpetrate all'interno dei con-

¹ FAO, *World Food Summit, Plan of Action*, WFS 96/REP, del 13-17 novembre 1996, par.1.

² L'IPC è un'iniziativa di collaborazione tra governi, agenzie delle Nazioni Unite, ONG e altri attori interessati al tema della sicurezza alimentare, finalizzata a determinare la gravità e l'estensione dell'insicurezza alimentare e delle situazioni di malnutrizione all'interno dei Paesi, sulla base di *standard* riconosciuti a livello internazionale: v. IPC, *What the IPC is*, www.ipcinfo.org.

³ IPC GLOBAL PARTNERS, *Integrated Food Security Phase Classification Technical Manual Version 3.1. Evidence and Standards for Better Food Security and Nutrition Decisions*, Roma, 2021.

⁴ FSIN AND GLOBAL NETWORK AGAINST FOOD CRISES, *2023 Global Report on Food Crisis*, Roma, 2023, p. 12.

⁵ *Ivi*, p. 8.

⁶ Consiglio dei diritti umani, *Conflict and the Right to Food, Report of the Special Rapporteur on the right to food, Michael Fakhri*, UN Doc. A/HRC/52/40, del 29 dicembre 2022, par. 62 ss.

flitti civili⁷. Al contempo, è il conflitto stesso che può incidere sulla sicurezza alimentare globale, con particolare riguardo a quei Paesi economicamente dipendenti dai prodotti alimentari di uno o più Stati parti a un conflitto⁸.

Pur trattandosi di una problematica da tempo rilevante nell'ambito dei conflitti armati, il mancato accesso al cibo è stato sovente considerato solo alla stregua di una mera conseguenza, un effetto indiretto o un danno collaterale delle ostilità⁹. Tuttavia, la centralità della sicurezza alimentare, all'interno della più ampia cornice della 'strategia di guerra', ha acquisito particolare importanza sulla scorta dei recenti conflitti armati.

Alla luce di tale contesto, si ritiene utile riflettere sulle norme del diritto internazionale che vengono in rilievo nel caso di specie.

L'analisi che segue mira, in primo luogo, a individuare le norme internazionali atte a garantire agli individui l'accesso al cibo sia nella dimensione interna al conflitto armato sia in quella esterna, onde inquadrare il ruolo del diritto internazionale nella lotta all'insicurezza alimentare. Nel primo caso, l'analisi sarà svolta tenendo conto dei recenti accadimenti inerenti al conflitto in corso nella Striscia di Gaza; mentre la dimensione esterna sarà considerata alla luce delle conseguenze del conflitto russo-ucraino sulla sicurezza alimentare globale.

In secondo luogo, il contributo intende mettere in evidenza alcuni limiti strutturali del regime giuridico internazionale in materia di prevenzione e contrasto di gravi fenomeni di insicurezza alimentare.

2. La dimensione interna al conflitto dell'insicurezza alimentare: il diritto internazionale umanitario

Nel dicembre 2023, a due mesi dall'inizio delle ostilità nei territori palestinesi, è stato pubblicato il primo rapporto sulla situazione della sicurezza alimentare nella Striscia di Gaza (di seguito Rapporto IPC). Secondo quanto emerge dal Rapporto IPC, già nella prima fase del conflitto sono stati prodotti danni catastrofici alla preesistente condizione di insicurezza alimentare, causati dal danneggiamento e dalla distruzione di terreni agricoli e delle infrastrutture essenziali per la produzione e la distribuzio-

⁷ *Ivi*, parr. 48-51.

⁸ *Ivi*, par. 21 ss.

⁹ B. CONLEY, A. DE WAAL, *The Purposes of Starvation: Historical and Contemporary Uses*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2019, p. 699-722.

ne alimentare (agricola, zootecnica e ittica)¹⁰. Inoltre, come ribadito nel più recente Rapporto IPC, pubblicato a marzo 2024, il quotidiano aggravarsi della situazione di emergenza alimentare sembra confermare le proiezioni degli osservatori che ritengono imminente il rischio di carestia¹¹. A ciò, si aggiunga che l'assistenza alimentare umanitaria e la quantità di prodotti che possono entrare nella Striscia di Gaza, limitati dalle restrizioni alle importazioni e alle organizzazioni di assistenza umanitaria imposte dal governo israeliano, sono estremamente inadeguati a coprire i bisogni della popolazione palestinese, in pericolo di vita¹².

I numeri di Gaza rappresentano la percentuale più elevata di persone ad alti livelli di insicurezza alimentare che i rapporti IPC abbiano mai classificato per una determinata area o Paese; secondo gli esperti, si tratta di una situazione senza precedenti per ampiezza, gravità e rapidità dello sviluppo della crisi¹³.

Il diritto internazionale umanitario non offre una definizione precisa di concetti quali insicurezza alimentare o carestia¹⁴. Tuttavia, i termini 'fame' o 'inedia' (*starvation*) si rinvencono nell'art. 54 del Protocollo addizionale I (AP I)¹⁵ e nell'art. 14 del Protocollo addizionale II (AP II) alle Convenzioni di Ginevra del 1949¹⁶. Entrambe le disposizioni, il cui contenuto è pressoché speculare – salvo alcuni maggiori dettagli inseriti nell'art. 54 API – riguardano la protezione dei beni indispensabili alla sopravvivenza della popolazione civile, ma differiscono circa il rispettivo ambito di applicazione: i conflitti internazionali, nel primo caso, e i conflitti non internazionali, nel secondo. Nello specifico, è fatto divieto, da un lato, di utilizzare la fame come metodo di guerra, dall'altro di attaccare, distruggere, rimuovere o danneggiare in alcun modo i beni indispensabili

¹⁰ IPC, *Gaza Strip: Famine Review of the IPC Analysis, Conclusions and Recommendations*, 21 dicembre 2023, www.ipcinfo.org.

¹¹ IPC, *Famine Review Committee: Gaza Strip, March 2024, Conclusions and Recommendations*, 18 marzo 2024, www.ipcinfo.org.

¹² Si vedano i dati riportati dal Consiglio dei diritti umani, *Anatomy of a Genocide, Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967, Francesca Albanese, A/HRC/55/73* del 25 marzo 2024.

¹³ IPC, *Gaza Strip: Famine Review of the IPC*, cit..

¹⁴ Per una ricostruzione generale si rimanda a J. PEJIC, *The Right to Food in Situations of Armed Conflict: The Legal Framework*, in *International Review of the Red Cross*, 2001, p. 1097 ss.

¹⁵ Protocollo I addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali del 1977 (di seguito API), art. 54.

¹⁶ Protocollo II addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949, relativo ai conflitti armati non internazionali del 1977 (di seguito APII), art. 14.

alla sopravvivenza della popolazione civile, quali le derrate alimentari e le zone agricole che le producono, i raccolti, il bestiame, le installazioni e le riserve di acqua potabile, e le opere di irrigazione, con la deliberata intenzione di privarne la popolazione civile¹⁷. Più precisamente, il Commentario agli articoli dei Protocolli chiarisce che il termine 'inedia' è generalmente inteso come l'atto, provocato deliberatamente, di far soffrire la fame alla popolazione civile attraverso la scarsità estrema o la privazione di cibo e dei rifornimenti, in quanto metodo di guerra, ovvero arma atta ad annientare o indebolire la popolazione stessa¹⁸.

Inoltre, prosegue il Commentario, anche nei casi in cui azioni, come ad esempio il blocco delle merci (*blockade*), siano ammesse nella misura in cui finalizzate a privare l'avversario dei rifornimenti necessari per condurre le ostilità, non è in alcun modo concesso che queste compromettano la situazione alimentare dei civili¹⁹. In tal caso, spetterà alle parti in conflitto assicurare che siano intraprese azioni di soccorso umanitario per la fornitura di cibo, beni sanitari, indumenti, mezzi di riparo e di altre forniture essenziali per la sopravvivenza della popolazione civile²⁰.

Il diritto internazionale dei conflitti armati, peraltro, dispone specifiche regole riguardanti le operazioni di aiuto umanitario, sia nelle convenzioni di Ginevra²¹ sia nei relativi Protocolli addizionali sulla tutela dei civili nei conflitti²², la cui lettura richiede di essere svolta in combinato disposto con le pertinenti disposizioni non appena illustrate²³. Sebbene sia sempre necessario il consenso dello Stato che esercita un controllo effettivo

¹⁷ È bene evidenziare che tali disposizioni integrano e specificano la più ampia norma, prevista all'art. 35 API, sulle regole fondamentali riguardanti mezzi e metodi di combattimento, secondo la quale sono vietati quei metodi capaci di causare mali superflui e sofferenze inutili.

¹⁸ Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, 1987, parr. 2089-2090, 4791-4813.

¹⁹ *Ivi*, parr. 2093-2095.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ La terza e la quarta convenzione di Ginevra dispongono le norme in materia di aiuto umanitario in relazione, rispettivamente, ai prigionieri di guerra e alle potenze occupanti: v. Convenzione III relativa al trattamento dei prigionieri di guerra del 1949 (di seguito CGIII), artt. 26-32, 72-75, e Convenzione IV relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra del 1949 (di seguito CGIV), artt. 55-63, 108-111.

²² AP I, cit., artt. 69-71, 81; APII, cit., art.18. In relazione alle tutele addizionali relative ai conflitti armati interni si rimanda a: F. D'ALESSANDRA, M. GILLET, *The War Crime of Starvation in Non-international Armed Conflict*, in *BSG Working Paper Series*, 2019, www.bsg.ox.ac.uk.

²³ L. COTULA, M. VIDAR, *The Right to Adequate Food in Emergencies*, Roma, 2002, p. 39-40.

vo sul territorio, la potenza occupante non può negare discrezionalmente le operazioni di soccorso nel caso in cui non sia in grado di assicurare l'adeguata fornitura di beni essenziali per la sopravvivenza della popolazione civile, se gli Stati che prestano soccorso e le organizzazioni umanitarie rispettano i requisiti di imparzialità e non discriminazione²⁴. Dunque, il consenso della potenza occupante è necessario, non può essere negato arbitrariamente e, una volta ottenuto, le parti al conflitto devono consentire, coordinare e facilitare il passaggio rapido e senza ostacoli delle operazioni di soccorso umanitario. Diversamente, le norme sul divieto di utilizzo della fame come metodo di guerra saranno ritenute violate²⁵. Ad ogni modo, ciò non toglie la possibilità che, in una situazione qualificata quale minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale, il Consiglio di sicurezza possa autorizzare l'ingresso e il passaggio delle agenzie umanitarie sul territorio dello Stato, anche in assenza del consenso delle autorità nazionali competenti²⁶.

Tali norme altro non rappresentano che una specificazione del più generale principio di umanità, secondo cui è vietato utilizzare ogni metodo di combattimento che sia concepito con lo scopo di provocare mali superflui e sofferenze inutili²⁷. A questo si aggiungono, inoltre, i principi di necessità, proporzionalità e distinzione, i quali mirano, nel loro insieme, ad assicurare lo scopo principale del diritto umanitario, ovvero il bilanciamento tra la necessità militare e la protezione della persona umana²⁸.

Inoltre, il principio di umanità, ormai consolidato nel diritto internazionale umanitario consuetudinario, è stato oggetto di codificazione, tanto

²⁴ Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (eds), *Commentary on the Additional Protocols*, cit., parr. 2808, 4885.

²⁵ *Ibidem*. Tale ipotesi risulta inoltre confermata dalla ricostruzione, fornita dal Comitato internazionale della Croce rossa, del diritto internazionale umanitario consuetudinario alla *Rule 55*, concernente l'accesso ai soccorsi umanitari per i civili in difficoltà, disponibile alla pagina www.ihl-databases.icrc.org. In dottrina si rimanda a C. ROTTENSTEINER, *The Denial of Humanitarian Assistance as a Crime under International Law*, in *International Review of the Red Cross*, 1999, p. 555 ss. Invero, al tema dell'assistenza alimentare è dedicata anche la Convenzione per l'Assistenza Alimentare del 2012 (*Food Assistance Convention*), entrata in vigore l'anno successivo, la quale, tuttavia, è ancora oggi oggetto di limitate ratifiche. V. A. LA CHIMIA, *Food Security and the Right to Food: Finding Balance in the 2012 Food Assistance Convention*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2016, p. 99-137.

²⁶ Valga da esempio l'autorizzazione determinata nel caso del conflitto in Siria: Consiglio di sicurezza, *Resolution 1265 (2014)*, UN Doc. S/RES/1265(2014), del 14 luglio 2014, par.2.

²⁷ PEJIC, *The Right to Food in Situations of Armed Conflict*, cit., p. 1105 ss.

²⁸ R. COUPLAND, *Humanity: What Is It and How Does It Influence International Law?*, in *International Review of the Red Cross*, 2001, p. 969 ss.

da essere incluso nelle norme convenzionali applicabili nel corso dei conflitti armati, internazionali e interni. Annoverato nel preambolo della seconda Convenzione de L'Aia del 1899, nella formula che sarà poi denominata Clausola Martens²⁹, il principio di umanità è oggi riflesso, in primo luogo, nell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra, secondo cui coloro che non partecipano in modo diretto alle ostilità saranno trattate, in ogni circostanza e senza alcuna discriminazione, con umanità³⁰. Ciò implica che, nei confronti di tali individui, è fatto divieto in ogni tempo e luogo, di esercitare violenza contro la vita e l'integrità fisica, trattamenti crudeli, umilianti e degradanti³¹. La medesima formulazione del principio di umanità è, peraltro, prevista in entrambi i Protocolli addizionali alle Convenzioni di Ginevra, concernenti le garanzie fondamentali per la tutela della popolazione civile³².

Inoltre, è ormai, da tempo, ritenuta superata la visione dicotomica del rapporto tra diritto internazionale umanitario e diritti umani secondo cui, in caso di conflitto armato, solo le norme pertinenti alla prima categoria sarebbero applicabili, mentre il rispetto delle seconde sarebbe dovuto esclusivamente in tempo di pace. Ad oggi, piuttosto, è opinione condivisa che tra le disposizioni sui diritti umani e quelle di diritto umanitario applicabili in tempo e luogo di conflitto armato vi sia un rapporto di continuità, basato su un necessario coordinamento³³.

Come più volte ribadito dalla giurisprudenza internazionale, la condizione di conflitto armato non implica *per sé* la possibilità di derogare interamente alla tutela dei diritti individuali fondamentali. Si pensi, in tal senso, alle parole della Corte internazionale di giustizia nel parere reso

²⁹ R. TICEHURST, *The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict*, in *International Review of the Red Cross*, 1997, p. 125 ss.; A. CASSESE, *The Martens Clause: Half of Loaf or Simply Pie in the Sky?*, in *European Journal of International Law*, 2000, p. 187 ss.; T. MERON, *The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*, in *American Journal of International Law*, 2000, p. 78-89.

³⁰ Convenzioni di Ginevra del 1949, art. 3.

³¹ *Ibidem*.

³² API, cit., art. 75; APII, cit., art. 14.

³³ V., tra gli altri, T. MERON, *The Humanization of Humanitarian Law*, in *American Journal of International Law*, 2000, p. 239 ss.; H. J. HEINTZE, *On the Relationship between Human Rights Law Protection and International Humanitarian Law*, in *Review of the Red Cross*, 2004, p. 789 ss.; A. E. CASSIMATIS, *International Humanitarian Law, International Human Rights Law, and Fragmentation of International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, p. 623 ss.; A. ORAKHELASHVILI, *The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law: Fragmentation, Conflict, Parallelism, or Convergence?*, in *European Journal of International Law*, 2008, p. 161 ss.

sull'uso e sulla minaccia di uso delle armi nucleari, in cui, sebbene in riferimento al diritto alla vita, essa afferma che: «(...) the protection of the International Covenant of Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency. Respect for the right to life is not, however, such a provision. In principle, the right not arbitrarily to be deprived of one's life applies also in hostilities. The test of what is an arbitrary deprivation of life, however, then falls to be determined by the applicable *lex specialis*, namely, the law applicable in armed conflict which is designed to regulate the conduct of hostilities (...)»³⁴.

Dunque, in tempo e in luogo di guerra non cessano le garanzie poste a tutela dei diritti umani, se non nei limiti stabiliti dalle norme di diritto internazionale umanitario applicabili nel caso di specie³⁵.

Ciò vale anche in relazione alle situazioni di occupazione territoriale in cui, in virtù dell'esercizio della giurisdizione basato sul controllo effettivo, spetta alla potenza occupante garantire i diritti fondamentali degli individui sottoposti alla sua giurisdizione. Si pensi al caso del rispetto dei diritti fondamentali nei Territori palestinesi occupati da parte di Israele, oggetto delle considerazioni del Comitato dei diritti umani e del Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, i quali hanno più volte censurato le condotte di Israele, poiché limitate alla sola applicazione del diritto dei conflitti armati³⁶. E, proprio sulla base delle considerazioni avanzate da questi

³⁴ CIG, parere consultivo del 8 luglio 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, para. 25.

³⁵ Per un'analisi ampia sul tema, v. A. MIGLIAZZA, *L'évolution de la réglementation de la guerre à la lumière de la sauvegarde des droits de l'homme*, in *Recueil des Cours*, vol. 137, 1972, p. 141 ss.; F. FORREST MARTIN, S. J. SCHNABLY, R. J. WILSON, J. S. SIMON, M. V. TUSHNET (eds.), *International Human Rights and Humanitarian Law. Treaties, Cases, and Analysis*, Cambridge, 2006; L. DOSWALD-BECK, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism*, Oxford, 2011; R. KOLB, G. GAGGIOLI, *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, Edward Elgar, 2013; E. RIEDEL, *Economic, Social, and Cultural Rights in Armed Conflict*, in A. CLAPHAM, P. GAETA (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, 2014, p. 441 ss.; D. JINKS, *International Human Rights Law in Time of Armed Conflict*, in A. CLAPHAM, P. GAETA (eds), cit., p. 656 ss.; E. GREPPI, *Tutela dei diritti umani e diritto internazionale umanitario*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2015, p. 801-821; A. ANNONI, F. SALERNO, *La tutela internazionale della persona umana nei conflitti armati*, Bari, 2019, p. 75 ss.; R. KOLB, G. GAGGIOLI, P. KILIBARDA, *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law. Further Reflections and Perspectives*, Edward Elgar, 2022.

³⁶ Comitato dei diritti umani, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, Concluding Observations of the Human Rights Committee, Israel*, UN Doc, CCPR/C/79/Add.93, del 18 agosto 1998, par. 10: «The Committee is deeply con-

Comitati, la stessa Corte internazionale di giustizia è giunta ad affermare, in relazione al Patto sui diritti economici, sociali e culturali, che: «(...) it is not to be excluded that it applies both to territories over which a State party has sovereignty and to those over which that State exercises territorial jurisdiction. (...) The territories occupied by Israel have for over 37 years been subject to its territorial jurisdiction as the occupying Power. In the exercise of the powers available to it on this basis, Israel is bound by the provisions of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Furthermore, it is under an obligation not to raise any obstacle to the exercise of such rights in those fields where competence has been transferred to Palestinian authorities»³⁷.

Considerazioni diverse, invero, riguardano la tutela dei diritti umani e, in particolare, la tutela del diritto al cibo, nei confronti di soggetti terzi alle ostilità, che potrebbero ritenersi vittime di violazioni causate dagli effetti del conflitto armato.

cerned that Israel continues to deny its responsibility to fully apply the Covenant in the occupied territories. In this regard, the Committee points to the long-standing presence of Israel in these territories, Israel's ambiguous attitude towards their future status, as well as the exercise of effective jurisdiction by Israeli security forces therein. In response to the arguments presented by the delegation, the Committee emphasizes that the applicability of rules of humanitarian law does not by itself impede the application of the Covenant or the accountability of the State under article 2, paragraph 1, for the actions of its authorities. The Committee is therefore of the view that, under the circumstances, the Covenant must be held applicable to the occupied territories and those areas of southern Lebanon and West Bank where Israel exercises effective control. The Committee requests the State party to include in its second periodic report all information relevant to the application of the Covenant in territories which it occupies»; Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Articles 16 And 17 of the Covenant, Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Israel*, UN Doc. E/C.12/1/Add.90, del 26 giugno 2003, par. 15: «(...) the Committee is deeply concerned at the insistence of the State party that, given the circumstances in the occupied territories, the law of armed conflict and humanitarian law are considered as the only mode whereby protection may be ensured for all involved, and that this matter is considered to fall outside the sphere of the Committee's responsibility».

³⁷ CIG, parere consultivo del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, para. 112. Le medesime conclusioni sono state ribadite dalla CIG nella decisione del 19 dicembre 2005, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, par. 218. Inoltre, v. M. J. DENNIS, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, in *American Journal of International Law*, 2005, p. 119 ss.; G. GIACCA, *The Relationship between Economic, Social, and Cultural Rights and International Humanitarian Law*, in E. RIEDEL, G. GIACCA, C. GOLAY (eds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law. Contemporary Issues and Challenges*, Oxford, 2014, p. 308-342.

3. La dimensione esterna al conflitto: l'applicazione extraterritoriale del diritto al cibo

Mentre il mancato accesso al cibo, nella sua dimensione interna al conflitto armato, si manifesta in modo più evidente, al punto da essere ritenuto, sovente, un elemento connaturato o un danno collaterale inevitabile delle ostilità, meno tangibile è, invece, la sua dimensione esterna, inerente agli effetti causati dal conflitto armato sulla sicurezza alimentare di Stati terzi alle ostilità.

Si pensi al conflitto in corso in Ucraina e, in particolare, agli effetti derivanti dalla decisione della Federazione Russa, adottata nel luglio 2023, di non procedere al rinnovo della *Initiative on the Safe Transportation of Grain and Foodstuffs from Ukrainian Ports* (c.d. *Black Sea Grain Initiative* o Accordo sul grano)³⁸.

L'Accordo sul grano – l'unico vero compromesso raggiunto finora, su proposta del Segretario generale delle Nazioni Unite, tra la Federazione Russa e l'Ucraina – è stato sottoscritto a Istanbul il 27 luglio 2022 da Federazione Russa, Turchia e Ucraina³⁹. Le disposizioni dell'Accordo prevedevano la realizzazione di un corridoio umanitario marittimo, atto a garantire la navigazione sicura delle imbarcazioni impiegate per l'esportazione di grano, cereali, derrate alimentari e fertilizzanti in transito tra i porti ucraini di Odessa, Chernomorsk e Yuzhny (Pivdennyi) e il porto di Istanbul⁴⁰.

L'Accordo sul grano, e il meno noto *Memorandum d'intesa* tra la Federazione Russa e il Segretario delle Nazioni Unite per la promozione dei prodotti alimentari e dei fertilizzanti russi sui mercati internazionali⁴¹, sottoscritti nella medesima occasione, hanno avuto un rilevante impatto sulla situazione socio-economica di numerosi Paesi⁴², destinatari finali

³⁸ The Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, *Foreign Ministry Statement on the Istanbul Agreements*, 17 luglio 2023, www.mid.ru.

³⁹ *Initiative on the Safe Transportation of Grain and Foodstuffs from Ukrainian Ports* del 22 luglio 2022, www.un.org.

⁴⁰ *Ivi*, punto 3.

⁴¹ *Memorandum of Understanding between the Russian Federation and the Secretariat of the United Nations on Promoting Russian Food Products and Fertilizers to the World Markets*, del 22 luglio 2022, www.un.org

⁴² In questo periodo, è stato registrato un totale di esportazioni attraverso il Mar Nero pari a 33 milioni di tonnellate di prodotti alimentari, capaci di generare un decremento del 20% dei prezzi di tali beni, rendendo il cibo maggiormente accessibile: v. UNCTAD, *A Trade Hope: The Impact of the Black Sea Grain Initiative*, 2023, www.unctad.org.

della maggior parte dei prodotti trasportati, per fini commerciali nonché umanitari. In questo novero rientrano sia Paesi c.d. sviluppati – quali Cina, Francia, Israele, Italia, Paesi Bassi, Spagna, Turchia – sia Paesi in via di sviluppo o in gravi condizioni umanitarie – tra cui Afghanistan, Bangladesh, Etiopia, India, Iraq, Kenya, Yemen – già supportati dalla *Food and Agriculture Organization* (FAO) e dal *World Food Programme* (WFP)⁴³.

L'estinzione dell'Accordo sul grano, esacerbando i principali mercati alimentari e agricoli globali e limitando l'accesso al cibo a livello economico e fisico, ha aggravato una situazione internazionale già estremamente fragile⁴⁴.

È perciò rilevante domandarsi se, sotto un profilo sostanziale, le conseguenze giuridiche derivanti dal mancato rinnovo dell'Accordo, lette attraverso la lente del diritto internazionale dei diritti umani, possano configurare la responsabilità internazionale della Federazione Russa per la violazione del diritto umano al cibo.

Già presente nella Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948⁴⁵, quale parte integrante del diritto a un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere di ogni persona e famiglia, a partire dall'adozione del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, il diritto al cibo, previsto all'art. 11⁴⁶, ha trovato una sua formulazione autonoma nel sistema di tutela internazionale dei diritti umani⁴⁷. Secondo tale disposizione, il diritto al cibo si compone di una duplice dimensione: il diritto a

⁴³ *Black Sea Grain Initiative Joint Coordination Centre, Vessel Movements*, www.un.org.

⁴⁴ Consiglio FAO, *Global Food Security Challenges and Its Drivers*, CL 174/4, del novembre 2023, parr. 63-81.

⁴⁵ Assemblea generale delle Nazioni Unite, *Universal Declaration of Human Rights*, UN Doc. A/RES/217/A, del 13 dicembre 1948, art. 25.

⁴⁶ Assemblea generale delle Nazioni Unite, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc. A/RES/ 2200A (XXI), del 16 dicembre 1966 (di seguito, Patto sui diritti economici, sociali e culturali). È bene ricordare che la Federazione Russa ha ratificato il Patto nel 1973.

⁴⁷ Il diritto al cibo, peraltro, è oggi incluso in numerosi strumenti internazionali, dalla Dichiarazione sul nuovo ordine economico internazionale del 1974 (par. 2), alla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne del 1979 (art. 12, par. 2), dalla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei contadini e delle altre persone che lavorano nelle aree rurali del 2019 (artt. 2, 10, 14, 13, 15, 19), alla Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989 (art. 24), nonché nei molteplici strumenti regionali per la tutela dei diritti umani. Si consideri, inoltre, che la riduzione della fame nel mondo è tra gli obiettivi dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite (*Goal 2 Zero Hunger*).

un livello di alimentazione adeguato, disponibile e accessibile e il diritto ‘fondamentale’ a essere liberi dalla fame⁴⁸.

Corroborato dall’interpretazione autorevole offerta dal Comitato per i diritti economici, sociali e culturali (ICESCR), non solo nel Commento generale n. 12 del 1999 sul diritto al cibo⁴⁹, ma anche nei commenti generali relativi ad altri diritti a esso connessi, il suo contenuto è oggi consolidato nel diritto internazionale.

La norma che, nel Patto, enuncia il diritto al cibo è una norma programmatica; da esso discendono infatti, in primo luogo, l’obbligo di garantire, almeno, l’elemento essenziale del diritto (*minimum core obligation*), ovvero la libertà dalla fame, così come di adottare ogni misura idonea a garantire la progressiva realizzazione e la non regressione dello stesso⁵⁰, attraverso l’adozione di misure statali di tipo legislativo, amministrativo e giudiziario, nonché attraverso strategie mirate⁵¹.

Il pertinente Commento generale specifica, poi, che quest’ultimo obbligo si estrinseca, a sua volta, nel dovere degli Stati parti di non adottare misure contrarie all’accesso al cibo (*respect*), di proteggere gli individui da possibili restrizioni (*protect*) e di promuovere attività che rafforzino la sicurezza alimentare (*fulfil*)⁵².

⁴⁸ L’introduzione della seconda parte dell’art. 11, dedicata alla libertà della fame, si deve alla partecipazione della FAO ai negoziati del Patto. Nel 1960, infatti, la FAO era impegnata nella campagna *Freedom from Hunger*, finalizzata a concentrare l’attenzione della comunità internazionale verso la crisi alimentare e nutritiva allora in corso. In argomento, v. P. ALSTON, *International Law and the Human Right to Food*, in P. ALSTON, K. TOMASEVSKI (eds.), *The Right to Food*, The Hague, 1984, p. 9 ss.

⁴⁹ Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, *General Comment n. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11)*, UN Doc. E/C.12/1999/5, del 12 maggio 1999. Per un’analisi dettagliata si veda: F. SEATZU, *The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights and the Rights to Adequate Food*, in *Anuario español de derecho internacional*, 2011, p. 573 ss.

⁵⁰ Si rimanda a M. SEPÚLVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, 2003.

⁵¹ Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, *General Comment n. 3: The Nature of States Parties’ Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)*, UN Doc. E/1991/23, del 14 dicembre 1990.

⁵² In dottrina si rimanda a P. ALSTON, *International Law*, cit., p. 9 ss.; S. SÖLLNER, *The ‘Breakthrough’ of the Right to Food: The Meaning of General Comment No. 12 and the Voluntary Guidelines for the Interpretation of the Human Right to Food*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2007, p. 391 ss.; M. GESTRI, *Il diritto all’alimentazione*, in F. BESTAGNO (a cura di), *I diritti economici, sociali e culturali. Promozione e tutela nella comunità internazionale*, Milano, 2009, p. 25 ss.; C. RICCI, *International Law as a Meta-framework for the Protection of the Right to Food*, in A. LUPONE, C. RICCI, A. SANTINI (eds.), *The Right to Safe Food. Towards a Global Governance*, Turin, 2013, p. 9 ss.

Non essendo previste clausole che delimitino l'ambito di applicazione del Patto alla sola giurisdizione territoriale del singolo Stato parte⁵³, il valore aggiunto dell'ICESCR risiede, invero, nella sua possibile applicazione extraterritoriale. In tal senso, i diritti previsti da tale strumento giuridico dovrebbero essere garantiti nei confronti di ciascun individuo che risulti in qualsiasi modo sottoposto alla giurisdizione o al controllo dello Stato parte⁵⁴.

L'ipotesi di riconoscere tale applicazione extraterritoriale, non solo del Patto, ma più in generale dei diritti umani, sarebbe stata suffragata, secondo alcuni commentatori, anche dalle pronunce della Corte internazionale di giustizia⁵⁵. Si pensi, in tal senso, alle parole della Corte nel parere consultivo sulla Namibia in cui affermava che «physical control of a territory, and not sovereignty or legitimacy of title, is the basis of State liability for acts affecting other States»⁵⁶. La stessa Corte, in una successiva pronuncia, ha ribadito che in assenza di clausole di limitazione dell'applicazione territoriale di uno strumento, quest'ultimo «apply, like other provisions of instruments of that nature, to the actions of a State party when it acts beyond its territory»⁵⁷.

Se è vero, come precedentemente affermato, che garanzie di tutela dei diritti individuali sono certamente dovute nelle circostanze in cui sia evidente un collegamento con la giurisdizione di uno Stato parte, più complessa potrebbe apparire la questione relativa al rispetto di tali diritti ol-

⁵³ Secondo quanto previsto dall'art. 29 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 «unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory». In tal senso, l'applicazione extraterritoriale del Patto si deduce dalla mancanza di un criterio di delimitazione, poiché l'art. 2 del Patto diritti economici, sociali e culturali, cit., riguardante il suo ambito di applicazione, recita «1. Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures».

⁵⁴ Su tutti, v. M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles, and Policy*, Oxford, 2011.

⁵⁵ R. WILDE, *Human Rights Beyond Borders at the World Court: The Significance of the International Court of Justice's Jurisprudence on the Extraterritorial Application of International Human Rights Law Treaties*, in *Chinese Journal of International Law*, 2013, p. 639-677.

⁵⁶ CIG, parere consultivo del 21 giugno 1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, par. 118.

⁵⁷ CIG, ordinanza del 15 ottobre 2008, *Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, par. 109.

tre la giurisdizione statale, in presenza di meri effetti extraterritoriali di una determinata condotta. Come illustrato da autorevoli commentatori, risulterebbe infatti estremamente complesso, se non impossibile, estendere l'ambito di applicazione del Patto a livello extraterritoriale in mancanza di un nesso eziologico tra la vittima, la violazione e la condotta, pur non trattandosi di un elemento costitutivo dell'illecito internazionale⁵⁸.

Eppure, quantomeno in relazione al diritto al cibo, diversi elementi sembrano non escludere il rispetto di tale diritto anche in ambito extraterritoriale⁵⁹. Innanzitutto, è lo stesso art. 11 del Patto a stabilire esplicitamente che gli Stati s'impegnano ad adottare, a livello individuale o attraverso la cooperazione internazionale, misure che mirino alla produzione, conservazione e distribuzione di cibo, tenendo in considerazione «the problems of both food importing and food exporting countries, to ensure an equitable distribution of world food supplies in relation to need»⁶⁰.

Inoltre, come affermato dal Comitato, le Parti hanno il compito di riconoscere il ruolo essenziale della cooperazione internazionale e, nel raggiungere la piena realizzazione del diritto a un'alimentazione adeguata, spetta ad essi adottare misure per garantire il godimento di tale diritto anche in altri Paesi⁶¹. A tal fine, gli Stati parti sono sottoposti all'obbligo di astenersi dal porre restrizioni ai prodotti alimentari, tali da mettere a rischio la produzione alimentare e l'accesso al cibo in altri Paesi⁶², nonché di fornire aiuti alimentari, in modo tale da non incidere negativamente sui produttori e sui mercati locali e da facilitare l'autosufficienza alimentare dei beneficiari⁶³.

Tale formulazione ribadisce quanto previsto nel Commento generale n. 3 sugli obblighi degli Stati parti al Patto. Più precisamente, il Comitato aveva sostenuto che, conformemente ai principi consolidati del diritto internazionale, la cooperazione internazionale per la realizzazione dei diritti economici, sociali e culturali è un obbligo di tutte le Parti, particolar-

⁵⁸ S. VEZZANI, *Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei trattati sui diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p.1116 ss.

⁵⁹ C. DI TURI, *Il diritto all'alimentazione nell'ordinamento giuridico internazionale. Norme, prassi, tutela*, Napoli, 2021, p. 41 ss.

⁶⁰ Patto diritti economici, sociali e culturali, cit., art. 11, par. 2, lett. b.

⁶¹ UN Doc. E/C.12/1999/5, cit., par. 36.

⁶² *Ivi*, par. 37.

⁶³ *Ivi*, par. 39.

mente incombente nei confronti degli Stati in grado di assistere gli altri a tale scopo⁶⁴.

La posizione sostenuta dal Comitato, in seguito, è stata ribadita nei commenti generali relativi a diritti strettamente connessi al cibo. Così, in relazione al diritto alla salute, il Comitato ha sottolineato la responsabilità individuale e collettiva degli Stati parti nel cooperare nella distribuzione e gestione delle risorse, come acqua sicura e potabile, cibo e forniture mediche necessarie per fronteggiare crisi internazionali⁶⁵.

Analogamente, anche nel Commento generale n. 15 sul diritto all'acqua⁶⁶, definito quale inestricabilmente connesso al diritto al cibo e al diritto alla salute⁶⁷, il Comitato afferma e ricorda che gli Stati, nell'adempiere i loro obblighi internazionali, devono rispettare il godimento di tale diritto in altri Paesi, astenendosi da azioni che vi interferiscano, direttamente o indirettamente, e ribadendo che qualsiasi attività intrapresa all'interno della giurisdizione di uno Stato parte non deve privare un altro Paese della proprie capacità di realizzare tali diritti⁶⁸. Spetta, inoltre, agli Stati il compito di facilitare la realizzazione di tali diritti in altri Paesi, anche attraverso la cooperazione internazionale e, conformemente al Patto e alle altre norme sui diritti umani, gli Stati parti economicamente sviluppati hanno una responsabilità particolare nell'assistere gli Stati in via di sviluppo⁶⁹.

Nella medesima direzione, inoltre, sono orientate due rilevanti dichiarazioni del Comitato. Nella prima dichiarazione, concernente il rapporto tra diritti economici, sociali e culturali e povertà, dopo aver ricordato quanto affermato nei commenti generali appena richiamati, il Comitato sostiene che gli obblighi essenziali derivanti da tali diritti hanno natura inderogabile e rappresentano un obbligo non solo a livello nazionale, ma anche a livello internazionale, specie per gli Stati c.d. sviluppati⁷⁰.

⁶⁴ UN Doc. E/1991/23, cit., par. 14.

⁶⁵ Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, *General Comment n. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)*, UN Doc. E/C.12/2000/4, del 11 agosto 2000, par. 40.

⁶⁶ Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, *General Comment n. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant)*, UN Doc. E/C.12/2002/11, del 20 gennaio 2003.

⁶⁷ *Ivi*, par. 3.

⁶⁸ *Ivi*, par. 31.

⁶⁹ *Ivi*, parr. 33-34.

⁷⁰ Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, *Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Poverty*

La seconda dichiarazione, riguardante la crisi alimentare del 2008, definisce la crisi allora in corso quale un fallimento nell'adempimento dell'obbligo di assicurare un'equa distribuzione delle scorte alimentari mondiali in relazione al fabbisogno e alle politiche nazionali e internazionali volte a garantire l'accesso fisico ed economico al cibo per tutti⁷¹. In altre parole, viene riconosciuto il mancato adempimento degli obblighi previsti nel par. 2 dell'art. 11 del Patto.

Sebbene, come sostenuto anche da alcuni commentatori, i lavori del Comitato lascino il tema, in parte, indeterminato a causa dell'assenza di precise indicazioni sugli strumenti attuativi e sulle conseguenze del mancato rispetto degli obblighi giuridici⁷², l'interpretazione fornita dal Comitato convalida la tesi della natura extraterritoriale degli obblighi previsti dal Patto.

È, dunque, possibile affermare che, nell'ottica del rispetto del diritto al cibo, il Patto può ritenersi una garanzia per il mantenimento della sicurezza alimentare internazionale. Di conseguenza, la decisione della Federazione Russa di sospendere il trasporto sicuro delle derrate alimentari, ostacolando l'effettivo accesso al cibo da parte degli individui presenti sul territorio dei Paesi destinatari di tali prodotti, specie negli Stati più poveri, può essere considerata una violazione delle garanzie offerte dal Patto a tutela del diritto al cibo.

4. Strumenti di contrasto e limiti strutturali

L'insicurezza alimentare legata ai conflitti armati e, come illustrato finora, causata dal mancato rispetto di norme internazionali poste a garanzia dei diritti degli individui è, o potrebbe essere, oggetto dei lavori di rilevanti

and the International Covenant on Economic, Social And Cultural Rights, Statement, UN Doc. E/C.12/2001/10, del 10 maggio 2001, parr. 16-18.

⁷¹ Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, *The World Food Crisis, Statement*, UN Doc. E/C.12/2008/1, del 20 maggio 2008, par.9.

⁷² F. COOMANS, *The Extraterritorial Scope of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Work of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2011, p. 23 ss. Ulteriori delucidazioni sul contenuto degli obblighi extraterritoriali degli Stati in materia, seppur informali, sono stati forniti in ETOs, *Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, www.fidh.org. Tale documento, adottato nel settembre 2011 da un gruppo di esperti internazionali, chiarisce gli obblighi degli Stati oltre la mera giurisdizione statale: si rimanda in proposito ad A. VITERBO, *L'applicazione extraterritoriale del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali: i Principi di Maastricht del 2011*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 210-216.

istituzioni internazionali e organi giurisdizionali, seppur nei limiti delle rispettive competenze e delle regole procedurali.

Un ruolo rilevante, in primo luogo, è rivestito dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite (di seguito il Consiglio). Il tema dell'insicurezza alimentare nei contesti di conflitto armato o in situazioni di minaccia per la pace e la sicurezza internazionali è stato più volte oggetto dei lavori del Consiglio, ma in modo settoriale, ovvero circoscritto a specifici conflitti armati, internazionali e interni. Valgano da esempio la condanna delle parti al conflitto, espressa nel 1992, per aver deliberatamente ostacolato le forniture di cibo essenziali per la sopravvivenza della popolazione civile nel corso delle ostilità in Somalia⁷³, nonché l'invito a tutte le parti ad assicurare l'accesso all'assistenza umanitaria nel conflitto nella *ex* Jugoslavia⁷⁴.

Nonostante la reticenza di alcuni Stati membri ad affrontare il tema della strumentalizzazione della sicurezza alimentare nei conflitti armati in modo autonomo⁷⁵, a partire dal 2018, a seguito dell'adozione della risoluzione 2417 (2018), concernente la protezione dei civili nei conflitti armati, il Consiglio ha riconosciuto la centralità del tema nell'ambito del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale⁷⁶. La risoluzione 2417 (2018) non solo riconosce il bisogno di «break the vicious cycle between armed conflict and food insecurity», ma ribadisce anche l'obbligo degli Stati parte di rispettare il diritto internazionale umanitario⁷⁷, ricordando, seppur nella sezione preambolare, che affamare la popolazione come metodo di guerra può costituire un crimine di guerra⁷⁸. Inoltre, attribuisce al Segretario generale delle Nazioni Unite il compito di informa-

⁷³ Consiglio di sicurezza, *Resolution 794 (1992)*, UN Doc. S/RES/794(1992), del 30 maggio 1992, parr. 4-5.

⁷⁴ Consiglio di sicurezza, *Resolution 752 (1992)*, UN Doc. S/RES/752(1992), del 15 maggio 1992, parr. 7-8.

⁷⁵ Si veda ad esempio la dichiarazione della Federazione Russa in Consiglio di sicurezza, *Summary of the 8267th meeting*, UN Doc. S/PV.8267, del 24 maggio 2018.

⁷⁶ Consiglio di sicurezza, *Resolution 2417 (2018)*, UN Doc. S/RES/2417 (2018), del 24 maggio 2018. Per una più ampia analisi, si rimanda a S. ZAPPALÀ, *Conflict Related Hunger, 'Starvation Crimes', and the UN Security Council Resolution 2417(2018)*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2019, p.881 ss.; M. FORNARI, *Starvation and Humanitarian Assistance in Time of Armed Conflicts*, in M. ARCARI, I. PAPANICOLOPULU, L. PINESCHI (eds.), *Trends and Challenges in International Law. Selected Issues in Human Rights, Cultural Heritage, Environment and Sea*, Springer, 2022, p. 79 ss.

⁷⁷ Res. 2417(2018), cit., parr. 4-8.

⁷⁸ *Ivi*, preambolo, par. 16.

re il Consiglio dei casi di carestia e insicurezza alimentare, indotte o diffuse nel contesto dei conflitti armati⁷⁹.

Tuttavia, nonostante i meriti della risoluzione del 2018, l'impegno del Consiglio di sicurezza sembra essere ancora a uno stadio primordiale, come rivela il fatto che, negli ultimi anni, il tema sia stato affrontato apertamente solo rispetto a singoli contesti, come nel caso della crisi umanitaria in Sud Sudan⁸⁰. In questo senso risulta emblematica la risoluzione adottata nel marzo 2024 in relazione al conflitto nella Striscia di Gaza. Pur richiedendo alle parti in conflitto di garantire l'accesso umanitario per i beni essenziali, non si esprime alcuna condanna per la situazione di catastrofe alimentare nella Striscia di Gaza, prossima alla carestia⁸¹.

I limiti dell'azione del Consiglio, dovuti principalmente all'esercizio del potere di veto da parte dei Membri permanenti e alle annose questioni a esso connesse, mettono ancora una volta in luce come interessi politici, inerenti a un tema legato alla tutela dei civili, incidano sull'effettività dell'azione di tale organo.

Quanto al tema dei ricorsi presso organi giurisdizionali o quasi-giurisdizionali internazionali, presso cui vantare le possibili violazioni delle norme illustrate in precedenza, è necessario distinguere, ancora una volta, tra le due dimensioni.

Per il diritto al cibo, tanto più nella sua applicazione extraterritoriale, risulta difficile ipotizzare l'attivazione di procedure di controllo nell'ambito della tutela internazionale dei diritti umani. Da un lato, i diritti economici, sociali e culturali sono da sempre oggetto di discussione rispetto alla loro «giustiziabilità», in virtù della loro natura di diritti a realizzazione progressiva, che impone alle parti di porre in essere nel tempo comportamenti capaci di produrre effetti giuridici rilevanti per l'attuazione di siffatti diritti⁸². Dall'altro lato, il meccanismo di controllo

⁷⁹ *Ivi*, parr. 11-13.

⁸⁰ Valga da esempio Consiglio di sicurezza, *Resolution 2459 (2019)*, UN Doc. S/RES/2459 (2019), del 15 marzo 2019.

⁸¹ Consiglio di sicurezza, *Resolution 2728 (2024)*, UN Doc. S/RES/2728 (2024), del 25 marzo 2024, par. 2.

⁸² E. VIERDAG, *The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Netherland Yearbook of International Law*, 1978, p. 69-105; M.J. DENNIS, D.P. STEWART, *Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights: Should There Be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Right to Food, Water Housing and Health?*, in *American Journal of International Law*, 2004, p.462-515; C. COURTIS, *The Right to Food as a Justiciable Right: Challenges and Strategies*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2007, p. 317-337; R. PISILLO MAZZESCHI, *Sulla natura degli obblighi*

predisposto dal Protocollo opzionale al Patto delimita il proprio ambito di applicazione, disponendo che le comunicazioni al Comitato possono essere presentate da o per conto di individui o gruppi di individui, sottoposti alla giurisdizione di uno Stato Parte, che affermano di essere vittime di una violazione di uno qualsiasi dei diritti economici, sociali e culturali enunciati nel Patto da parte di tale Stato⁸³. Ciò, dunque, restringe la possibilità che i c.d. effetti extraterritoriali di una condotta statale possano essere considerati quali sufficienti legami di giurisdizione.

Tuttavia, le considerazioni riguardanti l'accesso al cibo nella dimensione interna a un conflitto armato si estendono, ragionevolmente, al tema dei crimini internazionali e delle responsabilità penali individuali. Riferimenti puntuali alla privazione di cibo, in tal senso, sono previsti all'interno dello Statuto della Corte penale internazionale (lo Statuto).

In primo luogo, la violazione delle norme di diritto internazionale umanitario è da ricondurre alla fattispecie dei crimini di guerra, secondo quanto previsto nell'art. 8 dello Statuto. Tale disposizione prevede uno specifico crimine di guerra 'di fame' laddove sia utilizzata «intentionally (...) as a method of warfare by depriving them of objects indispensable to their survival, including willfully impeding relief supplies as provided for under the Geneva Conventions»⁸⁴. L'art. 8, inoltre, così come riformulato a seguito di un emendamento, proposto dalla Svizzera nel 2018, e adottato nel 2019, estende tale fattispecie anche ai conflitti non internazionali⁸⁵. Quanto all'elemento psicologico, è necessario che la condotta posta in essere sia commessa, in modo intenzionale e consapevole, in quanto parte di

internazionali di tutela e promozione dei diritti economici, sociali e culturali, in F. BESTAGNO (a cura di), *I diritti economici*, cit., p. 2-9; U. KHALIQ, R. CHURCHILL, *The Protection of Economic and Social Rights: A Particular Challenge?*, in H. KELLER, G. ULFSTEIN (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies. Law and Legitimacy*, Cambridge, 2012, p. 199 ss.

⁸³ Protocollo opzionale al Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 10 dicembre 2008, art. 2.

⁸⁴ Statuto della Corte penale internazionale, Art. 8, par. 2, lett. b(xxv). In dottrina, v. M. COTTIER, E. RICHARD, *Chapter 25, Paragraph 2(b)(xxv): Starvation of Civilians as a Method of Warfare*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (eds.), *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, III ed., Munich, 2015, p. 768 ss.; D. AKANDE, E.-C. GILLARD, *Conflict-induced Food Insecurity and the War Crime of Starvation of Civilians as a Method of Warfare. The Underlying Rules of International Humanitarian Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2019, p. 753 ss.

⁸⁵ ICC Assembly of States Parties, *Report of the Working Group on Amendments*, ICC-ASP/17/ 35 del 29 novembre 2018; *Switzerland: Proposal of Amendment*, UN Doc C.N.399.2019.TREATIES-XVIII.10, del 30 agosto 2019.

un piano o di una politica o di una commissione su larga scala del crimine di guerra⁸⁶.

In secondo luogo, l'art. 7 dello Statuto include tra le condotte rientranti nella fattispecie dei crimini contro l'umanità gli atti di sterminio. Quest'ultime consistono nel sottoporre intenzionalmente la popolazione civile a condizioni di vita dirette a cagionare la distruzione di parte della popolazione, come, tra l'altro, impedendo l'accesso al cibo⁸⁷. Dunque, la privazione del cibo rientra tra gli elementi atti a configurare una *gross violation* dei diritti umani, anche laddove non si arrivi a una fase di carestia; è infatti sufficiente che si tratti di un'azione, od omissione, ampia e sistematica⁸⁸. La fattispecie del crimine contro l'umanità, a sua volta, richiede la verifica della *mens rea*, ovvero l'intento di commettere uno specifico atto, accompagnato dalla consapevolezza che si tratti di un attacco, di cui la condotta è parte, diretto contro la popolazione⁸⁹.

Quanto al crimine di genocidio, seppur non esplicitamente prevista la privazione di cibo tra gli elementi costitutivi dell'*actus reus*, ex art. 6 dello Statuto, è possibile ritenere una siffatta condotta quale rientrante nelle condizioni di vita tali da comportare la distruzione fisica, totale o parziale, di un gruppo. Come si legge, infatti, nei lavori preparatori dello Statuto, l'espressione 'condizioni di vita' include (ma non è necessariamente limitato a) la privazione deliberata di risorse indispensabili per la sopravvivenza, tra cui, dunque, il cibo⁹⁰. Inoltre, l'ipotesi di crimine di genocidio andrebbe a configurarsi qualora risultasse comprovato che le condotte ivi rientranti siano attuate con l'intento di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, in quanto tale⁹¹.

Invero, secondo la maggior parte dei commentatori, proprio l'elemento della *mens rea* rappresenterebbe l'ostacolo più complesso da valicare in fase di giudizio⁹². Almeno fin ad oggi, però, la Corte penale in-

⁸⁶ Statuto CPI, cit., art. 8.

⁸⁷ *Ivi*, Art. 7, par. 2, lett. b.

⁸⁸ D. KEARNEY, *Food Deprivations as Crimes against Humanity*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2013, p. 257 ss.

⁸⁹ Statuto CPI, cit., art. 7.

⁹⁰ *Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum, Part II, Finalized Draft Text of the Elements of Crimes*, UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2, Art.6(c) del 2 novembre 2000, n. 4. In dottrina, v. D. MARCUS, *Famine Crimes in International Law*, in *American Journal of International Law*, 2003, p. 262.

⁹¹ Statuto CPI, cit., art. 6.

⁹² D. MARCUS, *Famine Crimes*, cit., p. 274; D. KEARNEY, *Food Deprivations as Crimes*, cit., p. 267; D. AKANDE, E.-C. GILLARD, *Conflict-induced Food Insecurity*, cit., p. 761.

ternazionale non è mai stata chiamata a pronunciarsi sulla relazione tra accesso al cibo e una delle fattispecie criminose rientranti sotto la sua giurisdizione; dunque, non vi è giurisprudenza che possa supportare un'analisi critica.

Tuttavia, la possibile responsabilità per suddetti crimini internazionali è stata invocata tra le ragioni della recente richiesta di mandato di arresto, avanzata dal Procuratore della Corte penale internazionale nei confronti del Presidente israeliano Netanyahu e del Ministro della difesa Gallant. Tra le motivazioni alla base della richiesta, rileva in questa sede la commissione intenzionale della «starvation of civilians as a method of warfare as a war crime contrary to article 8(2)(b)(xxv) of the Statute»⁹³, nonché l'«extermination and/or murder contrary to articles 7(1)(b) and 7(1)(a), including in the context of deaths caused by starvation, as a crime against humanity»⁹⁴.

Ad ogni modo, il legame tra sicurezza alimentare e conflitto armato, nel quadro del crimine di genocidio, è attualmente all'attenzione della Corte internazionale di giustizia, in relazione al il ricorso presentato dal Sudafrica circa le potenziali violazioni, da parte di Israele, delle disposizioni della Convenzione sulla prevenzione e la repressione del crimine di genocidio⁹⁵. La prima richiesta di misure cautelari che accompagnava il ricorso sudafricano richiedeva, tra le altre, che la Corte indicasse a Israele di desistere da, e prendere tutte le misure in suo potere, compresa la re-

⁹³ *Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for Arrest Warrants in the Situation in the State of Palestine*, 20 maggio 2024, www.icc-cpi.int.

⁹⁴ *Ibidem*. Si rimanda, inoltre, al rapporto del Panel di esperti istituito dal Procuratore della Corte penale internazionale, con il mandato di fornire un parere sull'esistenza di 'ragionevoli motivi per ritenere che le persone citate nei mandati abbiano commesso reati di competenza della Corte. CPI, *Panel of Experts in International Law Convened by the Prosecutor of the International Criminal Court*, in *Report of the Panel of Experts in International Law*, 20 maggio 2024.

⁹⁵ CIG, ricorso e richiesta di misure cautelari dell'8 dicembre 2023, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*. Sul piano del contenzioso penale, dopo il deferimento della situazione nella Striscia di Gaza alla Corte penale internazionale, avanzato da parte di Bangladesh, Bolivia, Comore, Gibuti, Sudafrica e, successivamente, Cile e Messico, il Procuratore ha esteso le proprie indagini sulla situazione in Palestina, cominciate già nel marzo 2021, alle ostilità e violenze che hanno avuto luogo a partire dal 7 ottobre 2023. Sui parallelismi tra i due procedimenti in corso si rimanda a E.A. Rossi, *L'indagine della procura della Corte penale internazionale sulla situazione in Palestina. Quale scenario dopo l'ordinanza sulle misure provvisorie della Corte internazionale di giustizia?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2024, p. 163-171.

voca di ordini, restrizioni e divieti, atti volti a privare il popolo palestinese di cibo e acqua adeguati⁹⁶.

In tal senso, le misure cautelari indicate *motu proprio* dalla Corte⁹⁷, riguardanti l'obbligo, a carico di Israele, di adottare misure immediate ed effettive per prevenire l'incitamento e la commissione di atti di genocidio, nonché a consentire la fornitura di servizi di base urgenti e di assistenza umanitaria per la sopravvivenza della popolazione palestinese⁹⁸, si basano su importanti considerazioni inerenti all'accesso al cibo. Nel motivare la propria ordinanza, la Corte cita, infatti, diversi documenti relativi alla situazione alimentare a Gaza forniti dall'Organizzazione mondiale della sanità (OMS)⁹⁹, dall'Ufficio delle Nazioni Unite per gli affari umanitari e degli aiuti di emergenza (OCHA)¹⁰⁰ e dal Commissario generale delle Nazioni Unite per il soccorso e l'occupazione dei rifugiati palestinesi nel Vicino Oriente (UNRWA). In base ad essi, i residenti nella Striscia di Gaza «lack everything, from food to hygiene to privacy. People live in inhumane conditions, where diseases are spreading, including among children. They live through the unlivable, with the clock ticking fast towards famine»¹⁰¹.

Ulteriori riflessioni in tema sono state oggetto di una seconda ordinanza cautelare della Corte, resa a seguito della richiesta del Sudafrica di modificare le misure precedentemente indicate, proprio in virtù della necessità di «address famine and starvation and the adverse conditions of life faced by Palestinians in Gaza»¹⁰².

Data la gravità della situazione umanitaria nella Striscia di Gaza e il peggioramento delle condizioni di vita della popolazione palestinese, in particolare del diffondersi della carestia e della fame, come evidenziato dai dati forniti più recentemente dall'IPC¹⁰³, la Corte ha stabilito che, in conformità con gli obblighi previsti dalla Convenzione contro il genocidio,

⁹⁶ CIG, ricorso e richiesta di misure cautelari, *Application of the Convention*, cit., par. 144, 5, lett. b. (i).

⁹⁷ Cfr. K. OELLERS-FRAHM, *Article 41*, in A. ZIMMERMANN, C. TOMUSCHAT, K. OELLERS-FRAHM (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, 2006, p. 923 ss.

⁹⁸ CIG, ordinanza del 26 gennaio 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, par. 86 (4).

⁹⁹ *Ivi*, par. 48.

¹⁰⁰ *Ivi*, par. 47.

¹⁰¹ *Ivi*, par. 49.

¹⁰² CIG, richiesta di misure cautelari urgenti e di modifica delle misure cautelari decise il 6 marzo 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, par. 17.4.

¹⁰³ IPC Global Initiative, *Special Brief: the Gaza Strip*, 18 marzo 2024, www.ipcinfo.org.

spetta a Israele: (a) prendere tutte le misure necessarie ed efficaci per assicurare, senza indugio, in piena cooperazione con le Nazioni Unite, la fornitura senza ostacoli e su larga scala, da parte di tutti gli interessati, dei servizi di base e dell'assistenza umanitaria urgentemente necessari, compresi cibo, acqua, elettricità, carburante, riparo, abbigliamento, igiene e servizi igienici, nonché forniture mediche e assistenza medica ai palestinesi in tutta Gaza, anche aumentando la capacità e il numero dei punti di attraversamento terrestri e mantenendoli aperti per tutto il tempo necessario; e (b) garantire con effetto immediato che i militari israeliani non commettano atti che costituiscano una violazione dei diritti dei palestinesi di Gaza in quanto gruppo protetto dalla Convenzione contro il genocidio, anche impedendo, con qualsiasi azione, la consegna di assistenza umanitaria urgentemente necessaria¹⁰⁴.

È bene ricordare, però, che nonostante il carattere vincolante di entrambe le ordinanze cautelari adottate dalla Corte¹⁰⁵, le considerazioni avanzate in tale fase del procedimento non anticipano le valutazioni nel merito del ricorso¹⁰⁶. Bisognerà, dunque, attendere i consueti tempi degli organi giurisdizionali per poter soppesare attentamente il ruolo della giustizia internazionale rispetto alla sicurezza alimentare internazionale negli scenari di crisi internazionali.

5. Riflessioni conclusive

Il tema della sicurezza alimentare globale sta assumendo, da tempo, un ruolo sempre più centrale nei dibattiti internazionali. Come dimostrato all'inizio dell'analisi qui condotta, i conflitti armati si pongono in stretta connessione con tale questione, soprattutto nei contesti in cui l'accesso al cibo è già precario, per una duplice ragione: da un lato, rappresentano una delle principali cause dell'esacerbarsi dell'insicurezza alimentare; dall'altro, proprio nell'ambito dei conflitti armati, il cibo è sempre più integrato nelle strategie connesse alle ostilità.

¹⁰⁴ CIG, ordinanza del 28 marzo 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, par. 45.

¹⁰⁵ CIG, sentenza del 27 giugno 2001, *LaGrand (Germany v. United States of America)*, parr.99-109.

¹⁰⁶ Si rimanda a S. ROSENNE, *Provisional Measures and prima facie Jurisdiction Revisited*, in N. ANDO, E. McWHINNEY, R. WOLFRUM (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, The Hague, 2002, p. 515-544, e G. LE FLOCH, *Requirements for the Issuance of Provisional Measures*, in F.M. PALOMBINO, R. VIRZO, G. ZARRA (eds.), *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals*, The Hague, 2021, p. 23 ss.

La gravità della situazione attuale, e probabilmente di quella futura, ancor più evidente se osservata attraverso la lente dei conflitti armati in corso, spinge a interrogarsi sul ruolo che il diritto internazionale svolge rispetto a questo legame inestricabile.

Sia in tempo di pace sia in tempo di guerra, la tutela della sicurezza alimentare non è estranea al diritto internazionale che, invero, dispone già di una serie di norme dettagliate. Nella dimensione interna a un conflitto armato, il diritto internazionale umanitario garantisce i beni essenziali per la sopravvivenza della popolazione civile e, più in generale, di coloro che non prendono parte alle ostilità. Nella dimensione esterna di un conflitto armato, ovvero degli effetti che questo può causare, intenzionalmente o no, nei confronti dell'insicurezza alimentare di Stati terzi, il diritto internazionale dei diritti umani prevede obblighi di cooperazione internazionale, che, se rispettati, potrebbero far fronte efficacemente alle sfide della globalizzazione¹⁰⁷.

Se è vero che gli sforzi di numerosi organi internazionali sono oggi indirizzati verso maggiori attenzioni al tema in esame, come nel caso del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, è anche vero che la prassi degli Stati dimostra, sovente, la violazione delle norme internazionali poste a contenere gli effetti dei conflitti armati sulla sicurezza alimentare, lasciando emergere e amplificando i limiti, tradizionali, dell'azione internazionale di contrasto a tali fenomeni.

È, dunque, oggi ancor più evidente la necessità di un'azione, sia degli Stati sia degli organi internazionali, che sia coerente con il quadro giuridico internazionale, capace di oltrepassare i limiti intrinseci dell'ordinamento internazionale che minano l'effettività dello stesso diritto internazionale.

¹⁰⁷ Cfr. S. SKOGLY, *Beyond National Borders: States' Human Rights Obligations in International Cooperation*, Antwerp, 2006, e M. GONDEK *The Reach of Human Rights in a Globalising World. Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerp, 2009.

Le vicende degli accordi di Istanbul sul traffico internazionale di grano e il loro impatto sulla sicurezza alimentare internazionale

CLAUDIO DI TURI*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive: oggetto e metodo dell'indagine. – 2. Il problema della qualificazione giuridica di taluni metodi di condotta delle ostilità adottati dalla Marina russa nel Mar d'Azov, con particolare riferimento all'istituzione di un blocco navale e di zone di esclusione marittima. – 3. Il fallimento della proposta dell'Organizzazione marittima internazionale d'istituire un *blue safe maritime corridor* e il contenuto degli impegni sottoscritti nell'*Initiative on the Safe Transportation of Grain and Foodstuffs from Ukrainian Ports* tra Ucraina, Federazione russa e Turchia e nel *Memorandum of Understanding* tra ONU e Federazione russa. – 4. La natura giuridica dell'*Initiative on the Safe Transportation of Grain and Foodstuffs from Ukrainian ports* e le sue vicende: in particolare, la sospensione della sua efficacia effettuata dalla Federazione russa nell'ottobre 2022 e la sua valutazione alla luce della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. – 5. Possibili rapporti tra diritto dei trattati e diritto della responsabilità internazionale: la sospensione dell'applicazione dell'*Initiative* quale conseguenza della sua violazione? – 6. Altre probabili interazioni tra diritto dei trattati e diritto della responsabilità internazionale: quale rilievo per l'impossibilità sopravvenuta e la forza maggiore nella decisione di sospendere l'efficacia dell'*Initiative*? – 7. La mancata proroga dell'*Initiative* del luglio 2023 nelle dichiarazioni ufficiali russe e le sue conseguenze sulla sicurezza alimentare internazionale. – 8. Conclusioni.

ABSTRACT: Il contributo affronta le conseguenze sulla sicurezza alimentare e sul godimento del diritto umano ad un'alimentazione adeguata della sospensione dell'efficacia dei c.d. accordi di Istanbul, firmati nella città turca nel luglio 2022 da rappresentanti ufficiali dell'Ucraina, della Turchia e della Federazione russa con la mediazione del Segretario generale delle Nazioni Unite per assicurare la continuità delle forniture internazionali di prodotti cerealicoli minacciata dal conflitto armato

* Professore associato di Diritto internazionale, Università della Calabria, claudio.dituri@unical.it.

internazionale tra Russia e Ucraina. Richiamati alcuni profili relativi alle operazioni belliche che hanno interessato gli spazi marittimi del Mar Nero e del Mar d'Azov, lo scritto analizza la forma e il contenuto dei citati accordi per valutarne le vicende alla luce delle dichiarazioni ufficiali di alti esponenti del governo russo e del Presidente Putin colte in rapporto al diritto dei trattati e al diritto della responsabilità internazionale.

PAROLE CHIAVE: Accordi di Istanbul – sicurezza alimentare – conflitto armato internazionale – diritto all'alimentazione – diritto dei trattati – responsabilità internazionale degli Stati.

1. Considerazioni introduttive: oggetto e metodo dell'indagine

A quasi tre anni dall'aggressione da parte della Federazione russa all'Ucraina, condannata dall'Assemblea generale ONU con una risoluzione adottata a larghissima maggioranza¹ nonché da alcune tra le principali istituzioni internazionali², non s'intravedono ancora spazi per una solu-

¹ Assemblea Generale, *Aggression against Ukraine*, UN Doc. ES-11/1, del 18 marzo 2022. Nella risoluzione, adottata con 141 voti a favore, 5 contro e 35 astensioni, l'organo plenario dell'ONU chiedeva alla Federazione russa il ritiro immediato e incondizionato delle sue truppe dal territorio ucraino. Al tempo in cui si scrive (marzo 2024), l'Assemblea generale ha adottato dopo l'invasione dell'Ucraina del 22 febbraio 2022 altre 5 risoluzioni, denominate *Humanitarian Consequences of the Aggression against Ukraine*, UN Doc. A/RES/ES-11/2, del 24 marzo 2022; *Suspension of the Rights of Membership of the Russian Federation in the Human Rights Council*, UN Doc. A/RES/ES-11/3, dell'8 aprile 2022; *Territorial Integrity Of Ukraine: Defending the Principles of the Charter of the United Nations*, UN Doc. A/RES/ES-11/4, del 13 ottobre 2022; *Furtherance of Remedy and Reparation for Aggression against Ukraine*, UN Doc. A/RES/ES-11/5, del 15 novembre 2022; *Principles of the Charter of the United Nations Underlying a Comprehensive, Just and Lasting Peace in Ukraine*, UN Doc. A/RES/ES-11/6, del 2 marzo 2023. In argomento, v. M. MANCINI, *Il conflitto tra Federazione russa e Ucraina e i limiti posti dal diritto internazionale a un accordo di pace*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, p. 367 ss.; P. BARGIACCHI, *Guerra e giustizia in Ucraina: l'Occidente, gli 'altri' e i tre elefanti nella stanza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, 2023, p. 1 ss.; M.C. VITUCCI, *Le cyberoperazioni e il diritto internazionale, con alcune considerazioni sul conflitto ibrido russo-ucraino*, in *La Comunità internazionale*, 2023, p. 165 ss.; M. IOVANE, *Il conflitto ucraino e il diritto internazionale: prime osservazioni*, in *Osservatorio costituzionale*, 2022, p. 6 ss.; A. CIAMPI, *Il conflitto russo-ucraino: analisi, cambiamenti, prospettive*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, p. 7 ss.; P.F. ROSSI, *La compatibilità con il diritto internazionale e la Costituzione italiana dell'invio di aiuti militari all'Ucraina*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2022, p. 185 ss.

² Si vedano le Conclusioni EUCO 18/22, del Consiglio europeo, del 24 febbraio 2022; la risoluzione *Aggressione russa contro l'Ucraina*, P9TA(2022)0052, del Parlamento europeo,

zione negoziale tra i due Stati o spiragli politici per iniziative che favoriscano il ricorso a uno dei procedimenti diplomatici di soluzione delle controversie elencati nell'art. 33 della Carta ONU³.

Tra gli effetti più devastanti del conflitto armato internazionale che è divampato in seguito a tale gravissimo fatto illecito coinvolgendo i due principali esportatori mondiali di prodotti cerealicoli, vi sono state le ripercussioni sulla sicurezza alimentare⁴ della Comunità internazionale. In effetti, la drastica riduzione della quantità di grano disponibile per il commercio e il consumo, le interruzioni delle catene di approvvigionamento, l'aumento del prezzo dei beni cerealicoli sui mercati internazionali

del 1 marzo 2022; lo *Statement by the North Atlantic Council on Russia's Attacks on Ukraine*, del 24 febbraio 2022.

³ Si noti, però, che la Corte internazionale di giustizia (CIG) ha avuto modo di pronunciarsi sulla controversia che oppone i due Paesi nell'ambito di un procedimento iniziato dall'Ucraina per difendersi dalle accuse russe di avere compiuto atti di genocidio: v. CIG, ordinanza sulle misure provvisorie del 16 marzo 2022, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*; CIG, sentenza sulle eccezioni preliminari del 2 febbraio 2024, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*. Per un esame di tali pronunce, che esula dai propositi di questo scritto, si rinvia a L. ACCONCIAMESSA, *Il conflitto armato in ucraina come catalizzatore di una rinnovata fiducia nei tribunali internazionali? Riflessioni a partire dalle misure provvisorie della Corte internazionale di giustizia*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2022, p. 19; M. MILANOVIC, *ICJ Delivers Preliminary Objections Judgment in the Ukraine v. Russia Genocide Case, Ukraine Loses on the Most Important Aspects*, in *EJIL: Talk!*, 2 febbraio 2024, www.ejiltalk.org.

⁴ La nozione di sicurezza alimentare dev'essere colta con riferimento a un duplice significato: quantitativo, da intendersi come possibilità di accesso a una quantità sufficiente di cibo (*food security*), e qualitativo ossia avuto riguardo alle caratteristiche di sanità di un prodotto alimentare (*food safety*). Oggetto delle riflessioni che seguiranno sarà la sola *food security*, nozione elaborata grazie all'attività della FAO che ha provveduto alla sua definizione in occasione della seconda Conferenza mondiale sulla nutrizione da essa organizzata a Roma nel novembre 1996 e conclusasi con l'adozione di una Dichiarazione (FAO, *Rome Declaration on World Food Security*, WFS 96/INF/3 Rev. 1, Annex V del 13-17 novembre 1996) e di un Piano d'azione (FAO, *World Food Summit Plan of Action*, WFS 96/REP del 13-17 novembre 1996). Secondo tali documenti, la sicurezza alimentare è la condizione che sussiste quando ogni essere umano, in ogni momento, ha accesso fisico, sociale ed economico a cibo sufficiente, sicuro e nutriente che soddisfi esigenze nutrizionali e preferenze alimentari per condurre una vita sana e attiva. Questa definizione, come vedremo *infra* (par. 3), è affine a quella elaborata da alcuni organi delle Nazioni Unite per definire il contenuto del diritto umano individuale all'alimentazione, sancito all'art. 11 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (PIDESC) quale componente del diritto ad un livello di vita adeguato. Sui rapporti tra la sicurezza alimentare e il diritto umano all'alimentazione, v. C. DI TURI, *Il diritto all'alimentazione nell'ordinamento giuridico internazionale. Norme, prassi, tutela*, Napoli, 2021, p. 100-103.

e il crollo delle esportazioni provocavano un immediato deterioramento delle condizioni economiche dei Paesi a basso reddito importatori netti di prodotti agricoli: tali Paesi, già di per sé fragili anche a causa dello *shock* causato dalla pandemia⁵, vedevano quindi ulteriormente peggiorare le loro condizioni economiche e sociali. Oltre alle conseguenze di natura macroeconomica, l'aggressione ha avuto ripercussioni sul diritto all'alimentazione di milioni di individui vulnerabili aggravandone la condizione di povertà e malnutrizione a causa dell'incapacità degli Stati di origine di assicurare loro il nutrimento di base.

Ciò premesso, l'indagine sarà svolta da diversi angoli visuali: anzitutto, verrà descritto l'impatto che il ricorso da parte della Marina da guerra russa a taluni metodi di combattimento⁶ attuati durante le prime settimane di confronto militare negli spazi marittimi antistanti le coste ucraine ha avuto sulla sicurezza alimentare degli Stati appartenenti alla Comunità internazionale (par. 2). Più precisamente, svolgendo in questa parte della trattazione considerazioni elaborate sulla base di una lettura congiunta delle norme del diritto internazionale umanitario e di quelle sui diritti umani e che verranno successivamente riprese, tento di evidenziare una stretta connessione tra tali due branche del diritto internazionale ipotizzando che la loro simultanea violazione da parte delle forze armate russe ha comportato sia una minaccia per un bene collettivo (la sicurezza alimentare), che la violazione del diritto umano individuale all'alimentazione adeguata.

⁵ FAO, *Impact of the Ukraine-Russia Conflict on Global Food Security and Related Matters under the Mandate of the Food and Agriculture Organization of the United Nations*, CL 170/6, del 13-17 giugno 2022; J. GLAUBER, D. LABORDE (eds.), *The Russia-Ukraine Conflict and Global Food Security*, Washington, 2023.

⁶ Secondo A. ANNONI, F. SALERNO, *La tutela internazionale della persona umana nei conflitti armati*, II ed., Bari, 2023, p. 191 ss., la categoria dei metodi di combattimento comprende «qualunque procedura, tattica o strategica, utilizzata nel corso delle ostilità per cercare di imporsi sull'avversario», mentre quella di mezzo di combattimento è utilizzata avuto riguardo a «qualsiasi strumento utilizzato materialmente dai combattenti per esercitare la propria violenza bellica». La materia è disciplinata dall'art. 22 del Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aja relativa alle leggi e agli usi della guerra terrestre del 18 ottobre 1907, e dall'art. 35 del Protocollo I sulla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 sul diritto internazionale umanitario. In dottrina, v. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, VII ed., Torino, 2021, p. 200-201; G. GAGGIOLI, N. MELZER, *Methods of Warfare*, in B. SAUL, D. AKANDE (eds.), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford, 2020, p. 235 ss.; Y. DINSTEIN, *Warfare, Methods and Means*, in *Max Planck Encyclopaedias of International Law*, febbraio 2009, www.opil.oupilaw.com/home/mpil.

Successivamente (parr. 3-4), l'analisi si focalizzerà sulla natura giuridica e le vicende attuative di due diversi strumenti concordati con la mediazione dell'ONU per garantire la sicurezza della navigazione e l'esportazione di grano e fertilizzanti dall'Ucraina e dalla Federazione russa: si tratta dei c.d. «accordi di Istanbul», ossia l'*Initiative on the Safe Transportation of Grain and Foodstuffs from Ukrainian Ports* (l'*Initiative*), e il connesso *Memorandum of Understanding* (MoU). L'aver postulato (parr. 5, 6, 7) che il primo di questi documenti dev'essere a mio avviso considerato un accordo internazionale ai sensi della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (CVDT) mi indurrà, alla luce di tale strumento convenzionale, a ritenere non conformi ad esso le dichiarazioni delle autorità russe con cui queste annunciavano la sospensione dell'efficacia dell'*Initiative*. Infine nelle Conclusioni (par. 8), una volta valutate le condotte russe come incompatibili rispetto a talune disposizioni in materia di diritto all'alimentazione e di diritto internazionale umanitario, verificherò se la creazione di un nuovo passaggio marittimo da parte dell'Ucraina e di alcuni Stati neutrali possa incidere positivamente sul mantenimento della sicurezza alimentare internazionale e sul godimento del diritto umano ad un'alimentazione adeguata.

2. Il problema della qualificazione giuridica di taluni metodi di condotta delle ostilità adottati dalla Marina russa nel Mar d'Azov, con particolare riferimento all'istituzione di un blocco navale e di zone di esclusione marittima

Sin dalle prime fasi delle operazioni militari, la sicurezza alimentare della popolazione ucraina e di quella degli Stati appartenenti alla Comunità internazionale è parsa minacciata dall'attuazione di taluni metodi di combattimento posti in essere dalla Marina militare russa nel Mar d'Azov, che bagna le coste ucraine, russe e crimeane. Esso è separato dal Mar Nero dallo stretto di Kerch, su cui le autorità di Mosca, dopo l'illegale occupazione della Crimea nel 2014⁷, hanno costruito un ponte che collega questo territorio alla penisola russa di Taman, e la cui conformità rispetto al regime internazionale degli stretti è al vaglio di un Tribunale arbitrale adito

⁷ Assemblea generale, *Territorial Integrity of Ukraine*, UN Doc. A/RES/68/262, del 1 aprile 2014.

dall'Ucraina in virtù dell'Allegato VII alla Convenzione delle Nazioni Unite di Montego Bay⁸, di cui entrambi gli Stati sono parti⁹.

Tornando ai metodi di combattimento adottati dalle forze armate di Mosca¹⁰, di grande interesse risultano le dichiarazioni emesse dall'Agenzia federale russa per il trasporto marittimo e fluviale (*Rossmorechflot*)¹¹ il 24 e il 25 febbraio 2022 con cui, successivamente a un'allerta del Ministero della difesa sul rischio di attacchi terroristici, veniva sospeso il traffico marittimo commerciale nel mare d'Azov, nella parte settentrionale del Mar Nero e nello stretto di Kerch per come disciplinato dall'apposito trattato di cooperazione bilaterale stipulato con l'Ucraina¹².

⁸ Corte permanente di arbitrato, *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait*, 2017/06, del 16 settembre 2016 (www.pca-cpa.org/en/cases/149). Nella sentenza del 21 febbraio 2020 sulle eccezioni preliminari sollevate dalla Russia, l'Ucraina ha sostenuto che la costruzione del ponte e di cavi sottomarini «are not compatible with the Convention and constitute internationally wrongful acts for which the Russian Federation bears international responsibility» (*ivi*, par. 9). Secondo l'Ucraina il Mar d'Azov comprende le proprie acque interne, il mare territoriale, la zona economica esclusiva e la piattaforma continentale, laddove per la Russia il Mar d'Azov e lo stretto di Kerch fanno storicamente parte delle proprie acque interne. Secondo B. KORMICH, T. MALYARENKO, *From Gray Zone to Conventional Warfare: The Russia-Ukraine Conflict in the Black Sea*, in *Small Wars and Insurgencies*, 2023, p. 1235 ss., p. 1237-1238, la controversia costituisce il cuore di una strategia più complessa volta ad estendere attraverso *gray zones* la sovranità russa ben oltre i confini del proprio territorio internazionalmente riconosciuti.

⁹ Pur non rientrando tra i propositi di questo contributo l'analisi delle norme di tale strumento, sembra comunque opportuno precisare che mentre secondo alcuni autori esso non trova applicazione nell'ambito di un conflitto armato internazionale (così J. KRASKA, *The Kerch Strait Incident: Law of the Sea or Law of Naval Warfare?*, in *EJIL: Talk!*, 3 dicembre 2018, www.ejiltalk.org), per altra parte della dottrina la sospensione della navigazione nel Mar d'Azov e nello stretto di Kerch effettuata in modo discriminatorio dalla Federazione russa incide sul diritto di passaggio inoffensivo ed è quindi incompatibile con il regime internazionale degli stretti (S. FRIEDMAN, *To Blockade or not to Blockade? The Legal Status of Russia's Suspension of Shipping in the Sea of Azov*, in *Israel Law Review*, 2024, p. 1 ss., p. 13-14. Sul punto, v. pure M. TUNCER, *L'analyse d'un blocus maritime inédit: le cas du blocus de la mer noire*, in *Revue québécoise*, 2023, p. 51 ss., e A. LOTT, *The Passage Regimes of the Kerch Straits-To Each Their Own?*, in *Ocean Development and International Law*, 2021, p. 1 ss.

¹⁰ Non rientra tra gli scopi del presente contributo analizzare le problematiche poste dalla posa di mine nelle acque antistanti i porti dell'Ucraina. Al riguardo, v. Organizzazione marittima internazionale (IMO), *Maritime Security Threat Posed by Free Floating Sea Mines in the Black Sea Region*, Circular Letter n. 4573 del 24 maggio 2022 (www.imo.org). L'IMO promuove la cooperazione marittima tra i Paesi membri e garantisce la sicurezza della navigazione.

¹¹ Reuters, *Russia Confirms Suspension of Movement of Commercial Vessels in the Azov Sea*, 24 febbraio 2022 www.reuters.com.

¹² *Agreement between the Russian Federation and the Ukraine on Cooperation in the Use of the Sea of Azov and the Strait of Kerch* del 2003. Per una illustrazione del trattato, v. A. LOTT,

Ci si deve domandare se tali dichiarazioni potessero validamente istituire un blocco navale¹³ delle coste e dei porti ucraini in conformità ai requisiti richiesti dal diritto internazionale che disciplina la guerra marittima, poiché solo il rispetto di tali requisiti da parte della Russia consente di riconoscere a questo Stato i diritti ad esso attribuiti in tale circostanza¹⁴. Il blocco navale consiste in una «belligerent operation to prevent vessels and/or aircraft of all nations, enemy as well as neutral, from entering or exiting specified ports, airfields, or coastal areas belonging to, occupied by, or under the control of an enemy nation»; lo scopo di tale operazione militare è «to deny the enemy the use of enemy and neutral vessels or aircraft to transport personnel and goods to or from enemy territory»¹⁵.

stante l'opposizione delle maggiori potenze alla codificazione del diritto bellico navale, la disciplina del blocco è contenuta nella *London Declaration concerning the Laws of Naval War* del 1909 (Dichiarazione di Londra), ritenuta espressione di diritto consuetudinario, e nel Manuale di San Remo del 1994 sul diritto internazionale applicabile ai conflitti armati in mare (Manuale di San Remo)¹⁶. Da una lettura congiunta di tali documenti, emerge che l'imposizione di un blocco navale è internazionalmente leciti-

Russia's Blockade in the Sea of Azov: A Call for Relief Shipment for Mariupol, in *Ejil:Talk!*, 14 marzo 2022 (www.ejiltalk.org).

¹³ Sulla nozione di blocco, M. FROSTAD, *Naval Blockade*, in *Arctic Review on Law and Politics*, 2018, p. 195 ss.

¹⁴ Per esempio, v. International Institute of Humanitarian Law, *Manuale di San Remo sul diritto internazionale applicabile ai conflitti armati sul mare*, Cambridge, 1995, par. 98: «Merchant vessels believed on reasonable grounds to be breaching a blockade may be captured. Merchant vessels which, after prior warning, clearly resist capture may be attacked». In argomento, v. A. CLAPHAM, *Booty, Bounty, Blockade, and Prize: Time to Reevaluate the Law*, in *International Law Studies*, 2021, p. 1200 ss.

¹⁵ Così W. VON HEINEGG, *Blockade*, in *Max Planck Encyclopaedias of International Law*, febbraio 2015, www.opil.ouplaw.com/home/mpil. La definizione è riprodotta in US Department of Defense, *Law of War Manual*, Washington, 2015, p. 886 ss.

¹⁶ *Manuale di San Remo*, cit., parr. 93-104. Per quanto tale documento non possa considerarsi una vera e propria fonte del diritto internazionale in materia, nella *Explanation* si legge che esso si propone «to provide a contemporary restatement of international law applicable to armed conflicts at sea. The Manual includes a few provisions which might be considered progressive developments in the law but most of its provisions are considered to state the law which is currently applicable». Secondo Doswald-Beck, «the Manual is not a binding document. In view of the extent of uncertainty in the law, the experts decided that it was premature to embark on diplomatic negotiations to draft a treaty on the subject. The work therefore concentrated on finding areas of agreement as to the present content of customary law»: L. DOSWALD-BECK, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflict at Sea*, in *International Review of the Red Cross*, 1995, p. 583 ss., p. 587.

ta se essa è dichiarata e notificata¹⁷ a tutti gli Stati (nemici e neutrali), con indicazioni circa la sua durata¹⁸, ed è attuata in modo effettivo¹⁹ e imparziale rispetto al naviglio di tutti gli Stati²⁰.

Ciò premesso, la dichiarazione diffusa dalla *Rossmorechflot* di sospensione del traffico marittimo nel Mar d'Azov non pare integrasse i requisiti richiesti dal diritto internazionale poiché ad essa non è seguita alcuna notifica circa l'inizio, la durata, la localizzazione e l'estensione della sospensione²¹. Né, del resto, l'IMO ha mai comunicato di essere stata avvertita dalla Federazione russa, membro di tale Ente, di avere stabilito un blocco navale lungo le coste ucraine²². Inoltre, la dichiarazione di sospensione non è stata seguita da una sua attuazione imparziale poiché la Marina da guerra russa ha consentito ingressi e uscite selettivi nel Mar d'Azov e da esso verso il Mar Nero²³: pertanto, in assenza di una base giuridica il bloc-

¹⁷ Dichiarazione di Londra, artt. 8, 10, 11; *Manuale di San Remo*, cit., parr. 93-94. La dichiarazione deve riportare la data di inizio del blocco, i limiti geografici della costa interessata e il periodo entro il quale il naviglio degli Stati neutrali può lasciare la zona interessata dal blocco: Dichiarazione di Londra, cit., art. 9, e *Manuale di San Remo*, cit., par. 94.

¹⁸ *Manuale di San Remo*, cit., par. 94.

¹⁹ Dichiarazione di Londra, cit., art. 2, e *Manuale di San Remo*, cit., parr. 95-97. Il requisito dell'effettività consiste nel dispiegamento della forza necessaria a impedire al naviglio di avvicinarsi alla costa del nemico.

²⁰ Dichiarazione di Londra, cit., art. 5, e *Manuale di San Remo*, cit., par. 100.

²¹ OSCE MOSCOW MECHANISM'S MISSION OF EXPERTS REPORT, *Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine (1 april-25 june 2022)*, ODIHR.GAL/36/22/Corr.1, del 14 luglio 2022, p. 54-56.

²² L. DOSWALD BECK (ed), *San Remo Manual on International Law applicable to Armed Conflicts at Sea*, Cambridge, 1995, p. 172: «the obligation to notify will normally be fulfilled by notification through the usual channels established for international shipping, that is (...) communication to the International Maritime Organisation». In conseguenza di tale mancata notifica l'IMO si limitava a esprimere preoccupazione per la sicurezza della gente di mare imbarcata su naviglio in transito nel Mar Nero e nel Mar Rosso, invocando la creazione di un corridoio marittimo per garantire la sicurezza della navigazione. Al riguardo, v. IMO, *Ukraine crisis-Security situation in the Black Sea and the Sea of Azov*, Circular Letter n. 4524/Add. 1, del 14 marzo 2022; IMO, *Armed Conflict between the Russian Federation and Ukraine- Information Reporting form for Stranded Ships and Advice and Updates related to Maritime Security in the Black Sea and the Sea of Azov*, n. 4524/Add. 3, del 28 marzo 2022.

²³ M. FINK, *The War at Sea: Is There a Naval Blockade in the Sea of Azov?*, in *Articles of War*, 24 marzo 2022. Secondo S. FRIEDMAN, *To Blockade or not to Blockade?*, cit., p. 8, la condizione giuridica del Mar d'Azov era quella di area soggetta a occupazione bellica. Pertanto, secondo questo A., ai sensi dell'art. 43 del Regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aja, cit., la Russia avrebbe dovuto adottare tutte le misure necessarie a ristabilire e assicurare l'ordine pubblico, senza confiscare la proprietà privata (in specie, naviglio ucraino o appartenente a Stati neutrali) ai termini dell'art. 46 del detto Regolamento.

co russo deve considerarsi un atto di aggressione ai sensi dell'art. 8 *bis*, par. 2, lett. c, dello Statuto della Corte penale internazionale e dell'art. 3, lett. c, della risoluzione n. 3314/1974 dell'Assemblea Generale dell'ONU.

Non sono mancate, peraltro, ricostruzioni alternative volte ad affermare la legalità dell'istituzione del blocco navale da parte della Russia. Secondo tali opinioni, il prescritto requisito della dichiarazione istitutiva del blocco è assorbito dal contenuto della comunicazione di allerta della *Rosmorechflot*²⁴, o costituisce una mera formalità che valorizza la circostanza puramente fattuale dell'effettività del blocco navale, ma inidonea a incidere sulla sua qualificazione giuridica²⁵. Le norme in materia di blocco si applicherebbero «(...) to blockading actions taken by States *regardless of the name given to such actions*»²⁶, e le condotte belliche russe, di ostacolo o impedimento al traffico di beni agricoli, non solo ledono l'interesse della Comunità internazionale alla salvaguardia della sicurezza alimentare, ma violano altresì alcune fondamentali regole del diritto applicabile ai conflitti armati in mare e segnatamente quelle contenute nei parr. 102²⁷ e 103²⁸ del Manuale di San Remo in tema di metodi e mezzi di combattimento. Queste proibiscono, *inter alia*, l'istituzione o il mantenimento di un blocco navale quando la sua unica finalità è di affamare la popolazione civile o privarla di oggetti essenziali alla sua sopravvivenza (c.d. *starvation*). I summenzionati paragrafi, peraltro, completano la regolamentazione prevista dall'art. 54 del I Protocollo addizionale relativo alla protezione delle

²⁴ Così B. KORMYCH, T. AVEROCHKINA, *Ukrainian Maritime Industry under Fire: Consequences of Russian Invasion*, in *Lex Portus*, 2022, p. 7 ss., p. 13-14.

²⁵ A. LOTT, *Russia's Blockade*, cit.

²⁶ L. DOSWALD BECK, *San Remo Manual*, cit., p. 177 (corsivo aggiunto).

²⁷ *Manuale di San Remo*, cit., par. 102: «The declaration or establishment of a blockade is prohibited if: (a) it has the sole purpose of starving the civilian population or denying it other objects essential for its survival; or (b) the damage to the civilian population is, or may be expected to be, excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated from the blockade».

²⁸ *Ivi*, par. 103: «If the civilian population of the blockaded territory is inadequately provided with food and other objects essential for its survival, the blockading party must provide for free passage of such foodstuffs and other essential supplies, subject to: (a) the right to prescribe the technical arrangements, including search, under which such passage is permitted; and (b) the condition that the distribution of such supplies shall be made under the local supervision of a Protecting Power or a humanitarian organisation which offers guarantees of impartiality, such as the International Committee of the Red Cross». Per un commento alle due disposizioni, v. T. DANNENBAUM, *Encirclement, Deprivation, and Humanity: Revising the San Remo Manual Provisions on Blockade*, in *International Law Studies*, 2021, p. 306 ss., p. 333-336.

vittime dei conflitti armati internazionali dell'8 giugno 1977 (il I Protocollo addizionale) relativo ai metodi e mezzi di combattimento²⁹. Dalla disciplina complessiva si evince che la lista degli «oggetti indispensabili alla sopravvivenza della popolazione civile»³⁰ è puramente esemplificativa, non comprende solo i beni alimentari e le azioni militari russe d'interdizione sul mare integrano la fattispecie della *starvation* poiché impediscono all'Ucraina di usufruire del commercio internazionale di beni necessari alla sopravvivenza della popolazione civile³¹.

Qualunque sia il corretto inquadramento giuridico della dichiarazione della *Rossmorechflot*, conviene osservare che la fattispecie del blocco è l'unica ad essere disciplinata dal Manuale di San Remo ai fini della proibizione della *starvation*. Ma ciò non esclude che la dichiarazione dell'Ente di navigazione russo non possa configurare un'ipotesi diversa da quella del blocco. In particolare, in dottrina è stata avanzata l'ipotesi che la condotta bellica russa potesse integrare la fattispecie della zona di esclusione marittima³² indirettamente contemplata nella Sez. II (*Methods of Warfare, Zones*, par. 108), del Manuale di San Remo: esso riconosce l'esistenza di un

²⁹ La norma proibisce la pratica della *starvation* in modo assoluto se costituisce un *method of warfare* ed è attuata, *inter alia*, attraverso attacchi o la distruzione di oggetti indispensabili alla sopravvivenza della popolazione civile. Secondo J.M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I (Rules), Cambridge, 2009, la disposizione ha assunto portata consuetudinaria (*Rule 53*). Conviene pure rammentare che la *starvation* costituisce un crimine di guerra secondo l'art. 8, par. 2, lett. a, punto xxv, dello statuto della Corte penale internazionale del 1998. Sul punto v. L. DI LULLO, *Conflitti armati e (in)sicurezza alimentare: il ruolo del diritto internazionale*, in *Questa Rivista*, 2023, p. 19-43.

³⁰ Secondo Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B.ZIMMERMANN (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, 1987, par. 2103: «(...) the words "such as" show that the list of protected objects is merely illustrative».

³¹ Tale affermazione implica l'intenzionalità delle condotte russe di *starve* la popolazione civile ucraina, e quindi l'esistenza di uno «(...) specific purpose of denying them for their sustenance value to the civilian population or to the adverse Party, whatever the motive, whether in order to starve out civilians, to cause them to move away, or for any other motive» ex art. 54 del Protocollo I addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali del 1977 (I Protocollo addizionale). Tale posizione risulterà corroborata dalle considerazioni svolte *infra* in questo paragrafo e in quello successivo.

³² In generale, v. S. SIVAKUMARAN, *Exclusion Zones in the Law of Armed Conflict at Sea: Evolution in Law and Practice*, in *International Law Studies*, 2016, p. 154 ss. Per una discussione circa gli scopi di tale istituto e la sua eventuale riconducibilità alle dichiarazioni di sospensione del traffico di naviglio effettuato dalla Russia, v. R. PEDROZO, *Ukraine Symposium-Maritime Exclusion Zones in Armed Conflicts*, in *Articles of War*, 12 aprile 2022.

diritto consuetudinario in capo allo Stato belligerante «to control neutral vessels and aircraft in the immediate vicinity of naval operations»³³.

Come già a proposito della definizione dell'istituto del blocco navale, la fattispecie della zona di esclusione marittima pare altrettanto controversa³⁴: ma la difficoltà d'inquadramento giuridico dei due istituti e la conseguente applicabilità al conflitto in mare non esclude la perdurante vigenza in capo alla Russia degli obblighi del diritto internazionale umanitario e in particolare del rispetto del principio di distinzione, uno dei cardini del diritto dei conflitti armati³⁵, che prescrive di dirigere le operazioni belliche esclusivamente contro obiettivi militari³⁶ proibendo attacchi indiscriminati contro i civili e i loro beni³⁷. Il principio *de quo* trova applicazione, secondo il Manuale di San Remo, anche nei conflitti armati in mare³⁸: esso vi è evocato nel par. 41, che nel limitare gli attacchi agli obiettivi militari precisa che il naviglio mercantile non può essere assimilato a un legittimo

³³ Nel commento a tale disposizione, si legge: «within the immediate area or vicinity of naval operations, a belligerent may establish special restrictions upon the activities of neutral vessels and aircraft and may prohibit altogether such vessels and aircraft from entering the area. For example, a belligerent warship may exercise control over the communications of any neutral merchant vessel or civil aircraft whose presence in the area might otherwise endanger or jeopardise naval operations. Vessels or aircraft which ignore directions concerning communications risk being fired upon or captured. The immediate area or vicinity of naval operations is that area within which hostilities are taking place or belligerent forces are actually operating».

³⁴ Per M. FINK, *The War at Sea*, cit., p. 4) essa «hasn't quite crystallized as a matter of law» in quanto « (its) legal status...is not clear»: così pure S. FRIEDMAN, *To Blokhade or not to Blokhade?*, cit., p. 9.

³⁵ CIG, parere consultivo dell'8 luglio 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, par. 78. La Commissione del diritto internazionale ha ritenuto che il principio di distinzione faccia parte del diritto cogente: *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, parte 2, p. 112. In dottrina, cfr. N. MELZER, *The Principle of Distinction*, in A. CLAPHAM, P. GAETA (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, 2014, p. 297 ss.

³⁶ I Protocollo addizionale, cit., art. 48. Secondo la *Basic Rule* del Commentario al Protocollo, predisposto dal Comitato internazionale della Croce Rossa e disponibile su www.icrc.org, il principio di distinzione ha assunto natura consuetudinaria (par. 1863). In dottrina, v. R. KOLB, *Military Objectives in International Humanitarian Law*, in *Leiden Journal Of International Law*, 2015, p. 691 ss.

³⁷ I Protocollo addizionale, cit., art. 51, parr. 4-5.

³⁸ *Manuale di San Remo*, cit., par. 39: «Parties to the conflict shall at all times distinguish between civilians or other protected persons and combatants and between civilian or exempt objects and military objectives».

obiettivo militare ai sensi del par. 40³⁹, *a fortiori* quando esso trasporta merce indispensabile alla sopravvivenza della popolazione civile e non può neanche essere catturato (parr. 47, 136).

V'è da chiedersi se successivamente all'instaurazione *de facto* del blocco navale, la Marina da guerra russa abbia rispettato tale principio e, più in generale, le regole della guerra in mare, per quanto riguarda il trattamento del naviglio sia di Paesi neutrali che ucraino. In entrambi i casi, la risposta è negativa.

Per quanto riguarda la violazione del principio di distinzione, essa è stata affermata con particolare nettezza rispetto agli attacchi e ai danneggiamenti di naviglio neutrale causati nelle prime settimane del conflitto⁴⁰. Il Manuale di San Remo vieta di attaccare o catturare navi mercantili di Stati neutrali a meno che non vi siano fondati motivi per ritenere che esse trasportino merce di contrabbando, ossia destinata alla Potenza belligerante e suscettibile di essere da essa impiegata nel conflitto, purché la potenza belligerante nemica che lo attua abbia pubblicato l'elenco di tali oggetti in apposite liste e a condizione che i beni in questione non costituiscano *essential foodstuffs*⁴¹. Al riguardo, hanno costituito esempi di tali condotte le violazioni commesse rispetto a mercantili ucraini che trasportavano merce verso la Romania, senza che fosse stata preventivamente fornita dalla Russia la prova del contributo della merce allo sforzo bellico di Kiev in modo da renderli obiettivi militari ai sensi del par. 60 del Manuale di San Remo⁴².

³⁹ *Ivi*, par. 41: «In so far as objects are concerned, military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and (...) offers a definite military advantage».

⁴⁰ R. PEDROZO, *Russia-Ukraine Conflict: The War at Sea*, in *International Law Studies*, 2023, p. 23-25.

⁴¹ *Manuale di San Remo*, cit., parr. 67, 118 e 147-150. Non risulta che la Federazione russa abbia mai pubblicato alcuna di tali liste. Esula dalla presente trattazione l'approfondimento della compatibilità tra le condotte russe e il diritto dei Paesi neutrali di commerciare con i belligeranti durante una guerra marittima: su tali profili si rinvia a G. BARTOLINI, M. PERTILE, *Relic of the Past or Immortal Phoenix? The Legal Relevance of Neutrality in the Russo-Ukrainian War*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2022, p. 201 ss., p. 224-227, i quali rilevano la mancata invocazione da parte di tali Stati della loro condizione giuridica per difendere i loro diritti. In argomento, cfr. pure N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 361.

⁴² V. il Rapporto degli esperti dell'OSCE, *Report on Violations of International Humanitarian Law, War Crimes and Crimes Against Humanity Committed in Ukraine since 24 February 2022*, ODIHR.GAL/26/22/Rev.1, del 3 aprile 2022, p. 45.

3. Il fallimento della proposta dell'Organizzazione marittima internazionale d'istituire un *blue safe maritime corridor* e il contenuto degli impegni sottoscritti nell'*Initiative on the Safe Transportation of Grain and Foodstuffs from Ukrainian Ports* tra Ucraina, Federazione russa e Turchia e nel *Memorandum of Understanding* tra ONU e Federazione russa

Il progressivo intensificarsi delle operazioni militari e il deterioramento della sicurezza alimentare internazionale in conseguenza della sospensione della navigazione marittima da e verso i porti ucraini inducevano l'IMO a condannare gli attacchi indiscriminati della Federazione russa contro il naviglio commerciale, domandandone la cessazione al fine di garantire la sicurezza della gente di mare, della navigazione «(...) the supply chains providing necessary food to the people of Ukraine (...) and to developing nations»⁴³. Contestualmente, l'IMO raccomandava la creazione «as a provisional and urgent measure» di un corridoio marittimo che consentisse l'evacuazione in sicurezza di navi e personale marittimo dalle aree a rischio nel Mar Nero e nel Mar d'Azov. Nonostante le autorità russe avessero manifestato la loro disponibilità ad accogliere la proposta dell'IMO⁴⁴, la mancata accettazione da parte ucraina, per ragioni non sufficientemente chiarite⁴⁵, induceva il Segretario generale dell'ONU a intraprendere un'intensa attività diplomatica che sfociava nella firma a Istanbul il 22 luglio 2022 di due strumenti distinti ancorché funzionalmente connessi e che, in quanto tali, possono considerarsi un *single package*⁴⁶: la *Initiative on the Safe Transportation of Grain and Foodstuffs from Ukrainian Ports (Initiative)* e un *Memorandum of Understanding (MoU)*⁴⁷.

⁴³ IMO, *Council Decision on Black Sea and Sea of Azov Situation*, 11 marzo 2022 (www.imo.org). Condanna identica era espressa dall'OSCE, *Report on Violations*, cit., p. 44.

⁴⁴ IMO, *Communication from the Government of the Russian Federation*, Circular Letter No. 4543, del 28 marzo 2022 (wwwcdn.imo.org).

⁴⁵ Secondo R. PEDROZO, *The Black Sea Grain Initiative: Russia's Strategic Blunder or Diplomatic Coup?*, in *International Law Studies*, 2023, p. 423 ss., p. 428, la continua presenza di mine dimostrerebbe la mala fede nell'esecuzione dell'impegno a garantire la sicurezza della navigazione da parte dei russi.

⁴⁶ Alla luce della qualificazione giuridica dei due strumenti adottata nel presente contributo (*infra*, par. 4), è utile ribadire che per l'art. 2, lett. a, della CVDT, il termine trattato designa un accordo internazionale contenuto sia in un unico strumento sia in due o più strumenti connessi.

⁴⁷ Segretario Generale dell'ONU, *Note to Correspondents on Today's Agreements*, 22 luglio 2022 (www.un.org). Secondo B. KORMYCH, L. KORMYCH, T. AVEROCHKINA, *Black Sea Grain Initiative: Bringing Lawfare to Convention Armed Conflict*, in *Australian Journal of Maritime and*

Per quanto riguarda l'*Initiative*, di cui sono «Parties» l'Ucraina, la Federazione russa e la Turchia, essendo stata firmata dai relativi esponenti di governo congiuntamente al Segretario generale Guterres, essa si basava (art. 2) sugli obblighi esistenti per i firmatari in materia di tutela della navigazione del naviglio mercantile: la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita in mare del 1974⁴⁸ e il Codice internazionale per la sicurezza delle navi e degli impianti portuali entrato in vigore nel 2004 che ne costituisce emendamento, entrambi adottati dall'IMO⁴⁹.

Il proposito dell'*Initiative*, che non menzionava in alcun modo l'esistenza del conflitto armato in corso, era di facilitare il trasporto sicuro delle esportazioni di grano, alimenti connessi e fertilizzanti dai porti ucraini (par. 3): a tal fine le Parti «agree» di fornire completa garanzia riguardo il transito sicuro del naviglio commerciale (par. A), impegnandosi a non «undertake any attacks against merchant vessels and other civilian vessels and port facilities» (par. C). Allo scopo di supervisionare e coordinare l'attuazione dell'*Initiative* veniva istituito un *Joint Coordination Centre* composto da rappresentanti delle Parti, cui era affidato il compito di condurre ispezioni sul naviglio verificando che esso non trasportasse armi e autorizzarne il percorso lungo un corridoio marittimo umanitario concordato tra le parti⁵⁰. Queste avrebbero dovuto astenersi dal porre in essere attività militari entro 10 miglia del corridoio al fine di evitare incidenti (parr. A-G). Di centrale importanza era il par. H del documento che,

Ocean Affairs, 2024, p. 1 ss., p. 3, i due strumenti rappresentano per la Federazione russa un «instrument for settling the hybrid stage» della guerra con l'Ucraina.

⁴⁸ In particolare, v. il cap. XI-2 della Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita in mare del 1974 (*Special Measures to Enhance Maritime Security*), che stabilisce «alternative security agreements» da concordarsi tra le Parti contraenti.

⁴⁹ La consultazione dei due strumenti è possibile su: www.imo.org.

⁵⁰ Il diritto internazionale umanitario non prevede esplicitamente l'istituto del corridoio umanitario, né esso figura tra le 'zone protette' riconosciute dalle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949. In argomento, v. R. GIUFFRIDA, *La costituzione di zone e corridoi di sicurezza quale contenuto dell'intervento umanitario*, Torino, 2008. Secondo l'Ufficio delle Nazioni Unite per il coordinamento degli affari umanitari, i corridoi umanitari consistono in «specific routes and logistic methods agreed upon by all relevant parties to allow the safe passage of humanitarian goods and/or people from one point to another in an area of active fighting»: v. il documento ONU, *Glossary of Terms: Pauses During Conflict* del 14 marzo 2022 (www.ukraine.un.org). Per quanto riguarda l'istituzione di corridoi umanitari nel contesto di operazioni belliche condotte in particolare in aree marittime, v. *Manuale di San Remo*, cit., par. 160: «the parties to the conflict may agree, for humanitarian purposes, to create a zone in a defined area of the sea in which only activities consistent with those humanitarian purposes are permitted».

nel prevedere un termine di efficacia di 120 giorni dalla data della firma, ammetteva che esso potesse essere prorogato «unless one of the Parties notifies the other of the intent to terminate the initiative, or to modify it».

Veniamo adesso all'analisi del secondo documento firmato a Istanbul dal Segretario delle Nazioni Unite Guterres e da un alto esponente del Governo russo: il *MoU*. Richiamato nel preambolo il diritto umano all'alimentazione⁵¹ e l'obiettivo di fare fronte all'insicurezza alimentare determinata dall'aumento dei prezzi dei beni sui mercati internazionali, il documento impegnava i due soggetti firmatari su due piani complementari. La Russia si impegnava a «continue commercial supplies of food and fertilizers to the countries in need», a facilitare «the unimpeded export of food and fertilizers from ukrainian controlled Black Sea ports» e ad informare l'ONU di ogni «impediments to access of food and fertilizers». Per parte sua, l'ONU accettava di «engage relevant authorities and the private sector to effectively exempt food and fertilizers originating in the Russian Federation from measures imposed on the Russian Federation». Il *MoU* aveva una durata di tre anni e grazie al richiamo al diritto umano al cibo, non pare azzardato assimilarlo a uno strumento volto a rendere applicabile nell'ambito di un conflitto armato le norme internazionali sui diritti umani⁵².

⁵¹ Disciplinato all'art. 11 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 (PIDESC), il diritto *de quo* è stato definito dal Relatore speciale dell'ONU sul diritto all'alimentazione come «(...) the right to have regular, permanent and free access (...) to quantitatively and qualitatively adequate and sufficient food (...) which ensures a dignified life free of fear»: *Report by the Special Rapporteur on the Right to Food, Mr. Jean Ziegler, Submitted in Accordance with Commission on Human Rights Resolution 2000/10*, UN Doc. E/CN.4/2001/53, del 7 febbraio 2001, par. 14. Questa definizione è stata integrata dall'attività interpretativa svolta dal Comitato per i diritti economici, sociali e culturali: v. *General Comment n. 12: The Right to Adequate Food*, UN Doc. E/C.12/1999/5, del 12 maggio 1999, ove si precisa che il cibo deve essere adeguato, disponibile e accessibile.

⁵² Anche la migliore dottrina considera ormai desueta la risalente distinzione tra diritto internazionale dei diritti umani e diritto internazionale umanitario, quanto alla protezione offerta alla persona umana: v. R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, Torino, 2020, p. 195-196. Tali posizioni sono avvalorate dalla giurisprudenza della CIG: v. il parere consultivo del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. La Corte, nel valutare se (anche) il PIDESC fosse applicabile nell'ambito di un conflitto armato, affermò che «(...) the protection offered by human rights conventions does not cease in case of armed conflict (...)» (parr. 104, 106). Queste conclusioni sono state recentemente ribadite dalla CIG nel suo parere consultivo del 19 luglio 2024, *Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, par. 9.

Nonostante le forti aspettative riposte dalla Comunità internazionale sugli accordi di Istanbul quali strumenti fondamentali per il mantenimento della sicurezza alimentare, le vicende che ne hanno caratterizzato la fase operativa hanno rivelato l'intrinseca fragilità dei meccanismi in essi predisposti a causa della mancata previsione di procedimenti formali di soluzione delle controversie derivanti dall'interpretazione e attuazione dei due accordi. Non si poteva, insomma, riporre eccessivo affidamento sull'attività di assistenza nell'attuazione dell'*Initiative* svolta dal Segretario generale dell'ONU (art. 4 del documento), come pure sulle consultazioni tra ONU e Russia previste dall'art. 5 del *MoU* in caso di divergenze tra le Parti sulla sua interpretazione ed esecuzione. Non sorprende, pertanto, che l'attuazione degli impegni contenuti nei due strumenti sia passata attraverso alterne vicende. In particolare, alla sospensione della loro efficacia da parte russa dovuta agli asseriti attacchi terroristici compiuti dalle forze armate ucraine con l'impiego di droni sulle infrastrutture di Mosca nel Mar Nero⁵³, seguiva poche settimane dopo la ripresa della partecipazione di Mosca, accompagnata dalla dichiarazione del Presidente Putin che si riservava «the right to withdraw» se l'Ucraina non avesse rispettato i propri impegni sul traffico nei corridoi umanitari⁵⁴. A tali dichiarazioni faceva seguito il rinnovo dell'*Initiative*⁵⁵, accompagnato da sempre più frequenti dichiarazioni di esponenti del Governo e della diplomazia russa secondo cui le perduranti restrizioni occidentali alla circolazione delle merci russe unitamente all'esclusione del Paese dai circuiti di pagamento internazionali rendevano irrealistico il rinnovo degli impegni successivamente al luglio 2023.

⁵³ Secondo una nota ufficiale del Ministro degli esteri della Federazione russa del 29 ottobre 2022 (www.mid.ru), gli attacchi effettuati con l'impiego di droni sulle infrastrutture di Mosca nel Mar Nero avevano colpito in particolare «(...) civilian vessels employed to safeguard security of the grain corridor», tanto che «the Russian side can no longer guarantee the safety of civilian dry cargo ships (...)». Per parte sua, il presidente Putin precisava qualche giorno dopo che nonostante la «potential threat to the humanitarian corridor, we are not saying that we are terminating our participation in this operation (...), we are saying that we are temporarily suspending it» (www.tass.com). In argomento, v. D. LABORDE, J. GLAUBER, *Suspension of the Black Sea Grain Initiative: What has the deal achieved, and what happens now?*, in *Trade Policy*, 31 ottobre 2022.

⁵⁴ Cfr. *President Putin Meeting with Government Members*, www.en.kre.rus, 10 novembre 2022, e *Statement of the Secretary-General on the Renewal of the Black Sea Grain Initiative*, 17 novembre 2022.

⁵⁵ Cfr. la *Note to Correspondents—On the Extension of the Black Sea Grain Initiative*, 18 marzo 2023.

Nel paragrafo successivo si procederà a una valutazione dell'*Initiative* che tenterà d'inquadrare in modo giuridicamente corretto le dichiarazioni ufficiali con le quali le autorità russe ne avevano effettuato la sospensione nell'ottobre del 2022.

4. La natura giuridica dell'*Initiative on the Safe Transportation of Grain and Foodstuffs from Ukrainian ports* e le sue vicende: in particolare, la sospensione della sua efficacia effettuata dalla Federazione russa nell'ottobre 2022 e la sua valutazione alla luce della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati

Nonostante l'*Initiative* non specifichi se tale documento debba intendersi come giuridicamente vincolante, a mio avviso esso costituisce un vero e proprio trattato internazionale *ex art. 2, par. 1, lett. a, della CVDT*⁵⁶ e come tale è dotato di efficacia obbligatoria tra le Parti. A ciò non osta la particolare qualificazione dell'accordo, poiché la disposizione appena citata stabilisce che il termine trattato si riferisce a un accordo scritto disciplinato dal diritto internazionale⁵⁷ «qualunque ne sia la particolare denominazione», come ha confermato la CIG nei casi relativi al *Sud-ovest africano*: in tale pronuncia, la Corte dell'Aja ha chiarito che «terminology is not a determinant factor as to the character of an international agreement or undertaking»⁵⁸. Non è neanche di ostacolo all'assimilabilità a un accordo internazionale la mancata registrazione dell'*Initiative ex art. 102, par. 1, della Carta dell'ONU e 80 CVDT* presso il Segretariato delle Nazioni Unite poiché, secondo quanto ha affermato la CIG nella pronuncia relativa alla *Delimitazione marittima e questioni territoriali tra Qatar e Bahrain*⁵⁹ a proposito di accordi internazionali non registrati, tale inadempimento «(...)

⁵⁶ V. K. SCHMALENBACH, *Article 2 – Use of terms*, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Berlin, II ed., 2018, p. 29 ss.

⁵⁷ La Commissione del diritto internazionale, avuto riguardo alla frase «governed by international law», considerò se «the element of “intention to create obligations under international law”» dovesse essere aggiunto alla definizione di trattato, ma concluse che «(...) the element of intention is embraced in the phrase “governed by international law”»: *Yearbook of International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 189.

⁵⁸ CIG, sentenza sulle eccezioni preliminari del 21 dicembre 1962, *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, p. 319 ss., p. 331.

⁵⁹ CIG, sentenza sulla competenza e ricevibilità del 1° luglio 1994, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, par. 29.

does not have any consequence for the actual validity of the agreement, which remains no less binding upon the parties»⁶⁰.

Peraltro vi sono ulteriori elementi, di carattere testuale, che depongono nel senso dell'obbligatorietà giuridica dell'*Initiative*. Richiamando in questa sede la sentenza sulla *Piattaforma continentale del Mar Egeo*, in cui la CIG ha affermato che per determinare la natura giuridica di un atto è necessario avere riguardo «(...) above all to its *actual terms* and to the particular circumstances in which it was drawn up»⁶¹, si può presumere che l'impiego nell'art. 5 dell'*Initiative* della locuzione «(...) the Parties agree as follows» manifesti chiaramente la loro volontà di vincolarsi reciprocamente. Inoltre, al reiterato riferimento alle 'Parti' (in luogo di 'partecipanti') contenuto nel documento, fa da contraltare la precisazione contenuta nell'art. 4 del *MoU* che esso «(...) is not an international treaty and does not establish any rights or obligations under the international law»: l'assenza di analoga terminologia nell'*Initiative* è un chiaro indice della sua natura giuridica vincolante⁶².

La qualificazione giuridica dell'*Initiative* ci consente di valutare le vicende relative alla sua implementazione: mi riferisco alla menzionata sospensione unilaterale attuata dalla Federazione russa nell'ottobre del 2022, da intendersi quale temporanea interruzione degli effetti del tratta-

⁶⁰ La mancata registrazione, peraltro, assume un'importanza indiretta che secondo A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Milano, 2023, VII ed., p. 138, risiede nel fatto che essa «(...) potrà costituire uno degli elementi per accertare in casi particolarmente controversi l'esistenza dell'intenzione delle parti a vincolarsi internazionalmente rispetto ai contenuti di uno strumento internazionale (...)» In argomento, cfr. pure D.N. HUTCHINSON, *The Significance of Registration or Non-Registration of an International Agreement in Determining Whether or not it is a Treaty*, in S. DAVIDSON (ed.) *The Law of Treaties*, London, 2004, p. 133 ss.; R. KOLB, *Art. 80*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford, 2011, p. 1797 ss.

⁶¹ CIG, sentenza del 19 dicembre 1978, *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, par. 96, corsivo aggiunto.

⁶² Il punto è colto anche da G. NOWAK, H. AUST, *The Law of Treaties in Wartime: the Case of the Black Sea Grain Initiative*, in *Just Security*, 10 novembre 2022. *Contra*, M. SOLDATENKO, *The Black Sea Grain Deal: Fragile Cooperation between Ukraine and Russia*, in *Lawfare*, 21 aprile 2023. Secondo questo autore, gli impegni concordati tra le parti sono piuttosto di natura politica e la formulazione ambigua e contraddittoria del testo ne esclude la portata giuridicamente vincolante. In particolare, tale tesi viene sostenuta rilevando che nessuna delle parti coinvolte ha mai chiarito ufficialmente la natura dell'*Initiative* e che, in particolare, il Presidente Putin per definirla ha impiegato una terminologia usata per qualificare accordi di natura commerciale: v. M. SOLDATENKO, *The Uncertainty of the Black Sea Grain Agreement: A Counterresponse*, in *Lawfare*, 8 giugno 2023.

to piuttosto che la sua non applicazione⁶³, e alla successiva decisione di non rinnovare l'accordo comunicata nel luglio 2023 (su cui v. *infra*, par. 5). Ci si chiede, in particolare, se tali atti unilaterali siano stati conformi a quanto eventualmente stabilito nell'*Initiative* e nelle pertinenti disposizioni della CVDT.

Noto, anzitutto, che ai sensi dell'art. 42, par. 2, di questo strumento⁶⁴ la sospensione di un trattato (così come, del resto, l'estinzione o il recesso) non può avere luogo che in applicazione del trattato o della CVDT in omaggio al principio *pacta sunt servanda* e che tale principio generale viene ribadito nel successivo art. 57, secondo cui l'applicazione del trattato nei confronti di una parte può essere sospesa in conformità alle proprie disposizioni o in ogni momento con il consenso di tutte le parti previa consultazione degli altri Stati contraenti⁶⁵. Se pure è vero che l'*Initiative* non contiene alcuna norma che ne disciplina la sospensione, in quanto trattato internazionale costituito «da un solo strumento o da due o più strumenti connessi» ci si deve anzitutto chiedere se esistano altri «strumenti connessi», compresi accordi conclusi contestualmente e funzionalmente collegati ad essa, nei quali reperire le norme che regolano la fattispecie *de qua*⁶⁶. Se pure il *MoU* costituisce un immediato riferimento giuridico in quanto strumento connesso ex art. 31, par. 2, lett. b, della CVDT, a tale interrogativo si deve fornire risposta negativa mancando esso di disposizioni regolative della facoltà per le parti di sospensione

⁶³ Secondo F. CAPOTORTI, *L'extinction et la suspension des traités*, in *Recueil des Cours*, 1971, vol. 134, p. 417 ss., p. 467-468: «(...) l'idée que ce soit aux dispositions du traité à se trouver dans un état de suspension (provisoire par sa nature) non seulement n'exclut pas, mais au contraire implique logiquement qu'elles gardent leur valeur normative pendant la période de suspension (...) l'expression la plus correcte est donc: suspension *des effets* du traité» (corsivo nel testo).

⁶⁴ La disposizione è ritenuta di natura consuetudinaria da M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, 2009, p. 549, nonché da M. KOHEN, S. HEATHCOTE, *Article 42*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *The Vienna Conventions*, cit., p. 1017. In argomento, v. pure F. CAPOTORTI, *L'extinction*, cit., p. 488.

⁶⁵ T. GIEGERICH, *Article 57*, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention*, cit., p. 1061 ss. Secondo M. VILLIGER, *Commentary*, cit., p. 711, l'art. 57, par. b «(...) appears codificatory in that it reflects the principle of the sovereignty of States which remain masters of their treaties».

⁶⁶ La possibilità che «if there is an agreement providing for termination or suspension, made collaterally with, or subsequent to, the coming into force of the treaty, or by means of another treaty (... (it may fill any gap in the treaty (...) in regard to termination or suspension (...))», era stata discussa dal Relatore speciale della Commissione del diritto internazionale in materia di diritto dei trattati. G. FITZMAURICE, *Second Report*, in *Yearbook of International Law Commission*, 1957, vol. II, p. 22.

dell'*Initiative*. Né, in difetto di una disposizione permissiva contenuta nell'*Initiative* o nel *MoU*, è possibile ritenere che la sospensione unilaterale dell'*Initiative* ad opera della Federazione russa trovi un fondamento nell'art. 57 CVDT in difetto del consenso di Ucraina e Turchia e anche di una loro preventiva consultazione⁶⁷.

Vedremo, nel prossimo paragrafo, se al fine di valutare giuridicamente la condotta russa potranno essere impiegati strumenti interpretativi differenti, e segnatamente il Progetto di articoli predisposto dalla Commissione del diritto internazionale (CDI) in materia di responsabilità dello Stato per fatto illecito⁶⁸. Se pure la CIG ha affermato che il diritto della responsabilità internazionale e il diritto dei trattati «obviously have a scope that is distinct»⁶⁹, numerosi sono i punti di contatto tra i due ambiti normativi⁷⁰, testimoniati dal principio *pacta sunt servanda*⁷¹, dalla clausola di

⁶⁷ Il principio del consenso quale elemento ispiratore della disposizione era stato evocato ancora da Fitzmaurice, *ibidem*: «from (...) the inherent character of a treaty as an instrument binding on the parties (...) it follows that termination or suspension, or withdrawal from participation in it, once the treaty has been duly concluded and come into force, is not an inherent or automatic right of the parties. Unless provided for in the treaty itself (...), it cannot take place at the sole will of any party, except on grounds and in conditions specifically recognized by international law as justifying unilateral termination, suspension, or withdrawal» (corsivo aggiunto).

⁶⁸ *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, parte 2, p. 26 ss.

⁶⁹ CIG, sentenza del 25 settembre 1997, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, par. 47: «A determination of whether a convention is or is not in force, and whether it has or has not been properly suspended or denounced, is to be made pursuant to the law of treaties. On the other hand, an evaluation of the extent to which the suspension or denunciation of a convention, seen as incompatible with the law of treaties, involves the responsibility of the State which proceeded to it, is to be made under the law of state responsibility. Thus the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties confines itself to defining - in a limitative manner - the conditions in which a treaty may lawfully be denounced or suspended; while the effects of a denunciation or suspension seen as not meeting those conditions are, on the contrary, expressly excluded from the scope of the Convention by operation of Article 73. It is moreover well established that, when a State has committed an internationally wrongful act, its international responsibility is likely to be involved whatever the nature of the obligation it has failed to respect».

⁷⁰ In argomento, v. S. FORLATI, *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale*, Milano, 2005; A. GIANELLI, *Aspects of the Relationship between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility*, in A. GIARDINA, F. LATTANZI (a cura di), *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, vol. III, p. 757 ss.; P. WECKEL, *Convergence du droit des traités et du droit de la responsabilité internationale*, in *Revue générale de droit international public*, 1998, p. 647 ss.

⁷¹ W. RIPHAGEN, *Third Report*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1982, vol. II, parte 1, p. 30, par. 50.

non pregiudizio di cui all'art. 73 CVDT⁷², nonché – per gli scopi che qui interessano – dal fatto che le norme di tale strumento in tema d'invalidità, sospensione ed estinzione dei trattati «hanno natura non esclusivamente correttiva degli squilibri creatisi nei rapporti tra le Parti, ma anche coercitiva e, dunque, funzionale ad ottenere la cessazione dell'illecito (...)»⁷³.

5. Possibili rapporti tra diritto dei trattati e diritto della responsabilità internazionale: la sospensione dell'applicazione dell'*Initiative* quale conseguenza della sua violazione?

Il mancato richiamo da parte della Russia a una qualsivoglia base giuridica che legittimasse la sospensione dell'*Initiative* non sorprende stante, come si è visto, l'assenza nell'accordo di una norma permissiva e in mancanza di consenso tra tutte le parti ex art. 57 CVDT. Ciò non esclude che – almeno in linea teorica e ove la Russia avesse ritenuto l'*Initiative* assimilabile a un accordo internazionale disciplinato dalla CVDT – questo Stato avrebbe potuto sostenerne la legittimità alla luce di altre disposizioni di tale strumento, e tra queste l'art. 60, par. 2, lett. b, e par. 3, lett. b, e l'art. 61.

Quanto all'art. 60⁷⁴, la norma avrebbe forse potuto essere invocata a fronte della supposta inosservanza da parte dell'Ucraina dell'art. C, par. 2 dell'*Initiative*⁷⁵, disposizione fondamentale per la realizzazione dell'oggetto e dello scopo del trattato (assicurare la libertà di navigazione) e asseritamente violata in modo sostanziale dai descritti metodi di combattimento ucraini che avrebbero danneggiato in modo particolare la Fe-

⁷² L'art. 73 CVDT stabilisce che le disposizioni della stessa CVDT «(...) non pregiudicano alcuna questione che si ponga a proposito di un trattato (...) in ragione della responsabilità internazionale di uno Stato». Secondo S. FORLATI, *Diritto*, cit., p. 9, la *ratio* della norma è di «(...) evitare che l'applicazione delle regole esistenti in materia di responsabilità possa essere esclusa rispetto a norme di origine pattizia».

⁷³ *Ivi*, p. 3, 18.

⁷⁴ La disposizione, espressione del principio *inadimplenti non est adimplendum*, è stata ritenuta dalla Corte internazionale di giustizia «in many respects» codificatrice del diritto internazionale generale in materia: CIG, parere consultivo del 21 giugno 1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, par. 94. In dottrina, v. M. VILLIGER, *Commentary*, cit., p. 731 ss.; M.M. GOMAA, *Suspension or Termination of Treaties on Grounds Breach*, Dordrecht, 1996, p. 75-85; R. PISILLO MAZZESCHI, *Risoluzione e sospensione dei trattati per inadempimento*, Milano, 1984; B. SIMMA, *Reflections on Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Its Background in General International Law*, in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1970, p. 38 ss.

⁷⁵ Secondo l'art. C, par. 2 dell'*Initiative*, «the Parties will not undertake any attacks against merchant vessels and other civilian vessels and port facilities engaged in this Initiative».

derazione russa⁷⁶. Orbene, se non rientra tra i propositi di questo studio verificare se la presunta violazione ucraina dell'*Initiative* sia stata determinata da una precedente violazione della Federazione russa⁷⁷, l'eventuale invocazione da parte di questo Stato dell'art. 60 avrebbe richiesto il rispetto di alcuni requisiti – materiali e procedurali – che nel caso di specie non sono stati osservati. Infatti, la Russia ha sospeso l'*Initiative* nei confronti delle altre due parti contraenti nonostante la sfera di applicazione dell'art. 60, par. 2, lett. b, riguardi solo le relazioni tra lo Stato autore della violazione sostanziale e lo Stato danneggiato. Inoltre, la condotta russa non era conforme agli artt. 65, par. 1⁷⁸, e 67, par. 1, CVDT, che richiedono allo Stato che intende avvalersi di un motivo di sospensione del trattato di notificare in forma scritta la propria pretesa alle altre parti, indicando il provvedimento previsto nei confronti del trattato e le ragioni che l'hanno determinato⁷⁹, al fine di poter verificare la connessione e la proporzionalità tra la pretesa e la presunta violazione che l'ha occasionata. La mancata notifica in forma scritta della sospensione ha impedito il decorso dei tre mesi contemplato al par. 2 dell'art. 65 CVDT precludendo a Ucraina e Turchia di adottare le misure necessarie a tutelare i reciproci diritti e interessi e, quindi, di «multilateralize the process of su-

⁷⁶ Secondo B. SIMMA, C. TAMS, *Article 60*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *The Vienna Conventions*, cit., p. 1351 ss., p. 1359, la norma «does not (...) refer to the intensity, or gravity, of the breach in question, but requires that the provision breached must have been essential for the accomplishment of the treaty's object and purpose; in other words, the focus of the provision is on the character of the treaty obligation» (corsivi aggiunti).

⁷⁷ Le conseguenze di tale ipotesi, non disciplinata dall'art. 60, sono state evocate anzitutto dalla Corte permanente di giustizia internazionale nella sentenza sulla giurisdizione del 26 luglio 1927 sulla *Factory at Chorzow*, p. 31: qui si legge che è un «principle generally accepted (...) that one Party cannot avail himself of the fact that the other has not fulfilled some obligation (...) if the former Party has, by some illegal act, prevented the latter from fulfilling the obligation in question (...)». A conclusioni analoghe è pervenuta la CIG nel parere sulle *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, cit., par. 91: «a party which disowns or does not fulfil its own obligations cannot be recognized as retaining the rights which it claims to derive from the relationship».

⁷⁸ Secondo A. CIAMPI, *Invalidity and Termination of Treaties and Rules of Procedure*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, p. 360, questa disposizione mira ad assicurare adattabilità e stabilità nelle relazioni contrattuali tra Stati.

⁷⁹ Secondo, M. PROST, *Article 65*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *The Vienna Conventions*, cit., p. 1483 ss., p. 1492-1495: «the reference to the "proposed" measure is a reminder of the fact that, at this stage, the notification only reveals a pretension or an assertion, and not the actual suspension/termination/invalidation which only occurs after the process has been duly completed». Sul punto, v. anche G. MORELLI, *Aspetti processuali della invalidità dei trattati*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1974, p. 5 ss.

suspension»⁸⁰: e se pure Ankara non è parte contraente della CVDT, in un noto brano della sentenza sul *Gabčíkovo-Nagymaros Project* la Corte internazionale di giustizia ha affermato che l'articolo 65 CVDT «(...) if not codifying customary law, at least generally reflect customary international law and contain certain procedural principles which are based on an obligation to act in good faith»⁸¹. È possibile, pertanto, sostenere che l'obbligo ex art. 65 ha natura consuetudinaria⁸² e in quanto tale s'impone alla Russia che lo ha violato anche nei confronti della Turchia.

Peraltro, il par. 2 dell'art. 67 richiede che l'atto che dichiara la sospensione dell'applicazione del trattato dev'essere contenuto in uno strumento sottoscritto dagli organi titolari del potere estero: non pare possibile, quindi, assimilare a tale atto i comunicati ufficiali russi emanati per informare della sospensione, che si limitavano a dare conto della decisione e attuazione della misura in via unilaterale⁸³; né, tantomeno, può considerarsi una notifica formale la mera «informazione» comunicata dalle autorità russe in seno al *Joint Coordination Centre* della sospensione a tempo indeterminato dell'*Initiative*⁸⁴. Poiché l'art. 67 «(...) may now be considered as crystallising into customary international law»⁸⁵, si deve ritenere

⁸⁰ M. PROST, *Article 65*, cit., p. 1495. Sui caratteri della procedura ivi sancita in generale, v. P. DE SENA, M. STARITA, *Corso di diritto internazionale*, Bologna, 2023, p. 84.

⁸¹ *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 109.

⁸² Questa tesi è condivisa da M. BUSCEMI, L. MAROTTI, *Obblighi procedurali e conseguenze del recesso dai trattati: quale rilevanza della Convenzione di Vienna nella prassi recente?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 939 ss., p. 946-949, che hanno sostenuto la natura consuetudinaria dell'obbligo di notifica scritta della misura che s'intende adottare e dei motivi giuridici posti a fondamento della sospensione. Altri Autori sono invece orientati a escludere la portata consuetudinaria della norma, interpretata come una manifestazione di sviluppo progressivo del diritto: v. E. CANNIZZARO, *The Law of Treaties Through the Interplay of its Different Sources*, in C. TAMS, A. TZANAKOPOULOS, A. ZIMMERMANN (eds.), *Research Handbook of the Law of Treaties*, Cheltenham, 2014, p. 16 ss., p. 25, e H. KRIEGER, *Article 65*, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (eds.), *Vienna Convention*, cit., p. 1211 ss., p. 1212.

⁸³ V., ad esempio, Ministero degli affari esteri russo, *Foreign Ministry Statement on the Black Sea Grain Initiative for the Export of Ukrainian Grain*, 29 ottobre 2022 (www.mid.ru), secondo cui a seguito delle 'azioni terroristiche' delle forze armate di Kiev dirette «in particular, against Russian ships ensuring the functioning of the humanitarian corridor, the Russian side can no longer guarantee the safety of civilian dry cargo ships participating in the Black Sea Grain Initiative and will suspend its implementation from today for an indefinite period» (corsivo aggiunto).

⁸⁴ *Information Note from the United Nations Secretariat at the Joint Coordination Centre*, 30 ottobre 2022.

⁸⁵ Per queste valutazioni, v. M. VILLIGER, *Commentary*, cit., p. 837 ss. *Contra*, A. TZANAKOPOULOS, *Article 67*, in O. CORTEN, P. KLEIN (eds.), *The Vienna Conventions*, cit., p. 1550.

che la mancata osservanza dei requisiti procedurali comporti una violazione ulteriore delle pertinenti disposizioni della CVDT.

Come anticipato *supra* (par. 4), ci si può ora domandare se le disposizioni contenute nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato risultino di qualche utilità per valutare la legittimità della sospensione dell'*Initiative* da parte delle autorità russe. Viene anzitutto in rilievo la fattispecie della contromisura quale risposta attuata dallo Stato leso *ex art.* 49 del Progetto, il cui commento ad opera della CDI mette in evidenza la diversa funzione di tale reazione rispetto a quella regolata dall'*art.* 60 CVDT⁸⁶.

Se parrebbe *prima facie* possibile assimilare la posizione della Russia a quella di 'Stato leso' dall'asserita violazione di un obbligo dovuto dall'Ucraina a «un gruppo di Stati comprendente quello Stato (quando) la violazione dell'obbligo riguarda specialmente quello Stato» *ex art.* 42, lett. b, punto i⁸⁷, una lettura più attenta del commento della CDI all'*art.* 49 del Progetto non permette d'interpretare la sospensione dell'*Initiative* come una contromisura. Infatti, il Presidente Putin ha motivato la sospensione con la necessità d'indurre l'Ucraina al rispetto degli obblighi violati cessando la propria condotta illecita, impegnando la Russia a riprendere l'esecuzione dell'accordo qualora fosse stato ristabilito l'equilibrio leso⁸⁸. Tuttavia, secondo il commento della CDI all'*art.* 49, la contromisura deve consistere in una o eventualmente più violazioni di obblighi dovuti allo

⁸⁶ V. l'introduzione al capitolo relativo alle contromisure, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, p. 128-129, par. 4: «countermeasures are to be clearly distinguished from the termination or suspension of treaty relations on account of the material breach of a treaty by another State, as provided for in article 60 of the 1969 Vienna Convention. Where a treaty is terminated or suspended in accordance with article 60, the substantive legal obligations of the States parties will be affected, but this is quite different from the question of responsibility that may already have arisen from the breach (...)». Sulle diverse funzioni della contromisura, v. E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nel diritto internazionale*, Milano, 2000, p. 377.

⁸⁷ Nel commento all'*art.* 42 del Progetto in materia di responsabilità per fatto illecito, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001 vol. II, p. 119, par. 12, la CDI ha sostenuto che «for a State to be considered injured, it must be affected by the breach in a way which distinguishes it from the generality of other States to which the obligation is owed».

⁸⁸ Tale condotta appare conforme alle finalità e ai presupposti di legittimità richiesti per l'adozione delle contromisure V. il commento all'*art.* 49 del Progetto in tema di responsabilità internazionale in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, p. 130-131, parr. 1, 3, 4, 7.

Stato autore dell'illecito⁸⁹: ma la reazione russa, consistente nella sospensione dell'*Initiative*, appare decisamente sproporzionata rispetto a quanto affermato nel Commento della CDI⁹⁰ e dalla CGI nella citata sentenza relativa al *Gabčíkovo-Nagymaros Project*⁹¹.

6. Altre probabili interazioni tra diritto dei trattati e diritto della responsabilità internazionale: quale rilievo per l'impossibilità sopravvenuta e la forza maggiore nella decisione di sospendere l'efficacia dell'*Initiative*?

V'è ora da domandarsi se la sospensione dell'*Initiative* attuata nell'ottobre 2022 potesse essere giustificata alla luce dell'art. 61 CVDT relativo all'impossibilità sopravvenuta, circostanza che comporta un mutamento fondamentale delle circostanze esistenti al momento della conclusione del trattato ex art. 62 dello stesso strumento⁹². Si tratterebbe, in particolare, di un'impossibilità solo temporanea dell'esecuzione dell'accordo poiché successivamente all'interruzione della sua efficacia la Russia è tornata al tavolo negoziale accettando di rinnovarlo di 120 giorni secondo quanto prescritto dall'art. H.

La fattispecie *de qua* è contemplata all'art. 61 CVDT quale ipotesi sospensiva quando essa risulti dalla scomparsa o dalla distruzione temporanea di un oggetto indispensabile all'esecuzione del trattato: tale presupposto è da intendersi anzitutto in un senso materiale o fisico, il che rende la categoria dell'impossibilità sopravvenuta prossima a quella della forza maggiore descritta nel diritto della responsabilità internazionale⁹³.

⁸⁹ *Ivi*, par. 6: «the injured State effectively withholds performance for the time being of one or more international obligations owed by it to the responsible State (...) Although countermeasures will normally take the form of the non-performance of a single obligation, it is possible that a particular measure may affect the performance of several obligations simultaneously (...) different and coexisting obligations might be affected by the same act. The test is always that of proportionality (...)» (corsivi aggiunti).

⁹⁰ *Ivi*, par. 129: «Countermeasures involve conduct taken in derogation from a subsisting treaty obligation but justified as a necessary and proportionate response to an internationally wrongful act of the State against which they are taken. They are essentially temporary measures, taken to achieve a specified end, whose justification terminates once the end is achieved». *Ivi*, p. 129, par. 4.

⁹¹ *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 85.

⁹² Così in *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 255-256. Le due norme sono state ritenute di natura consuetudinaria dalla CIG nella sentenza relativa al *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., par. 46, 99.

⁹³ *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, p. 76, par. 2-3. Nel successivo par. 4, la CDI traccia il parallelismo tra le due ipotesi regolate però da ambiti normativi

Se gli asseriti gravi danneggiamenti causati dagli attacchi ucraini non paiono integrare quanto stabilito nell'art. 61 CVDT, la norma potrebbe comunque spiegare i propri effetti: infatti, nell'ipotesi in cui gli argomenti russi fossero veritieri, l'oggetto indispensabile per l'esecuzione del trattato consisterebbe nel regime giuridico predisposto dall'*Initiative*, temporaneamente compromesso dalle azioni armate ucraine cui la Russia avrebbe risposto sospendendo temporaneamente l'accordo. La scomparsa (temporanea) di un regime giuridico funzionalmente connesso alle prestazioni reciproche dedotte nel trattato, del resto, era stata esplicitamente evocata dal Relatore speciale Waldock se la sua esecuzione fosse divenuta impossibile a causa di una «(...) complete and permanent disappearance of a legal arrangement or regime», ossia «(...) through the disappearance of a legal state of affairs which was the *raison d'être* of (the) rights and obligations»⁹⁴. Inoltre, nel citato affare del *Gabčíkovo-Nagymaros Project* l'Ungheria sostenne che l'oggetto indispensabile per l'esecuzione del trattato, la cui scomparsa o distruzione era richiesta dall'art. 61 CVDT «did not have to be a physical object, but could also include, in the words of the International Law Commission, a legal situation which was the *raison d'être* of the rights and obligations» (par. 94).

Com'è noto, la CIG non si pronunciò sul punto, ritenendo che il regime giuridico istituito dal trattato del 1977 con la Cecoslovacchia non fosse scomparso e perché l'Ungheria, avendo provocato con la propria condotta illecita l'impossibilità sopravvenuta, non avrebbe potuto avvalersene (par. 103). *Mutatis mutandis*, non sembra possibile giustificare una sospensione dell'esecuzione dell'*Initiative* da parte della Russia perché, anche a voler escludere qualunque concorso nella violazione dell'intesa da parte delle sue forze armate, la ripresa di efficacia di tale accordo intervenuta nel novembre 2022 prova che il regime giuridico da esso istituito non si era estinto.

che devono rimanere distinti: «in drafting what became article 61 of the 1969 Vienna Convention, ILC took the view that force majeure was a circumstance precluding wrongfulness in relation to treaty performance, just as supervening impossibility of performance was a ground for termination of a treaty».

⁹⁴ *Yearbook of International Law Commission*, 1963, vol. II, p. 78-79.

7. La mancata proroga dell'*Initiative* del luglio 2023 nelle dichiarazioni ufficiali russe e le sue conseguenze sulla sicurezza alimentare internazionale

Il contesto fattuale finora descritto mutava radicalmente il 17 luglio 2023, giorno in cui veniva a scadenza il termine di 120 giorni previsto dall'art. H dell'*Initiative* per un'eventuale proroga dell'accordo. Lo stesso giorno, invocando genericamente il mancato rispetto dell'intero *package* negoziale da parte dell'Ucraina, la portavoce del Ministero degli esteri russo Maria Zakharova diffondeva una nota ufficiale informando che il proprio Governo aveva notificato alle altre parti contraenti e al Segretario generale dell'ONU «its objections to the agreement extension»⁹⁵ a causa del mancato rispetto degli impegni assunti verso il suo Paese. Tale asserita violazione veniva ribadita e precisata in un successivo comunicato ufficiale del Ministero degli esteri di Mosca in cui si contestava la violazione da parte ucraina e dei Paesi occidentali della lettera e dello spirito esclusivamente umanitari dell'*Initiative*, strumento che sarebbe stato però fino ad allora utilizzato da tali soggetti per il commercio del grano a scopi puramente lucrativi⁹⁶.

La nota ufficiale del Ministero degli esteri russo appare criticabile poiché imputava violazioni dell'intero pacchetto negoziale concordato a Istanbul (anche) a soggetti (i Paesi occidentali) che non ne sono formalmente parti: è vero che, secondo l'art. 2 del *MoU*, il Segretario generale dell'ONU si sarebbe dovuto impegnare «to engage relevant authorities» ad esentare cibo e fertilizzanti russi dalle sanzioni imposte a Mosca, ma ciò non vale a elevare i Paesi che sostengono l'Ucraina a rango di parte contraente di tale impegno. Ad ogni modo, i toni dello *statement* del Ministero degli esteri di Mosca non venivano ripresi dal portavoce del Presidente Putin, Peskov, il quale precisava che «the Black Sea agreements have

⁹⁵ La nota (disponibile su: www.interfax.ru.) non chiariva se la notifica fosse stata effettuata alle controparti in forma scritta come richiesto dall'art 67 CVDT. Un eventuale documento in tal senso, comunque, non è stato reso pubblico.

⁹⁶ Ministero degli esteri russo, *Foreign Ministry Statement on the Istanbul Agreements*, 17 luglio 2023 (www.mid.ru). In particolare, per quanto riguarda il *MoU*, Mosca lamentava il mantenimento del sistema sanzionatorio riguardo a prodotti alimentari e fertilizzanti russi a dispetto degli impegni assunti dai Paesi occidentali e la mancata riconnessione della Russian Agricultural Bank al sistema SWIFT per i pagamenti internazionali. Si noti come statistiche ufficiali dell'UNCTAD avessero evidenziato come a trarre i maggiori benefici dalle esportazioni di cibo e grano fossero stati i Paesi in via di sviluppo: UNCTAD, *The Black Sea Initiative*, 15 maggio 2023 (www.unctad.org).

ceased to be in force today», ma che «as soon as the Russian part of the agreements is fulfilled, the Russian side will return to the implementation of this agreement, immediately»⁹⁷. Più netta appariva la comunicazione fornita dalle autorità della Federazione russa all'IMO di volere estinguere l'*Initiative*, conformemente al suo art. H, «considering the continued armed provocations (...) attempts to attack Russian military and civilian objects (as well as) the non-fulfilment of obligations under the Black Sea Grain Initiative package agreement»⁹⁸.

L'ambiguità della posizione ufficiale della Federazione russa, oscillante tra la volontà di estinguere il *package* di Istanbul in conseguenza della sua violazione e la mera sospensione dello stesso, stigmatizzata dal Segretario generale e dal Presidente dell'Assemblea generale dell'ONU⁹⁹, veniva finalmente chiarita da una successiva dichiarazione ufficiale del Presidente Putin che inequivocabilmente definiva la condotta russa come volta a sospendere l'accordo a causa del mancato rispetto degli impegni concordati in materia di abolizione delle sanzioni e facilitazione dell'accesso dei prodotti russi sui mercati internazionali¹⁰⁰. Ad essa faceva seguito la chiusura da parte delle autorità di Mosca dei corridoi umanitari del Mar Nero utilizzati per il trasporto dei prodotti cerealicoli e l'avvertimento che ogni mercantile in rotta verso porti ucraini attraverso tali aree marittime sarebbe stato considerato come un possibile vettore di oggetti destinati allo sforzo bellico di Kiev. Ciò suscitava interrogativi circa le ripercussioni di tale ulteriore sospensione degli accordi di Istanbul sulla sicurezza alimentare internazionale, tanto che quasi immediatamente dopo l'annuncio delle autorità russe, l'Ucraina intraprendeva negoziati con Romania, Turchia e Bulgaria (Paesi membri della NATO, ancorché neutrali nel conflitto tra

⁹⁷ *Peskov Stated That on Monday the Grain Deal Was Actually Terminated*, 17 luglio 2023 (www.interfax).

⁹⁸ IMO, *Communication from the Government of the Russian Federation*, Circular letter n. 4747, del 17 luglio 2023.

⁹⁹ *UN Chief Regrets Russia's Decision to Withdraw from Grain Deal*, 17 luglio 2023 (www.news.un.org). In particolare, Guterres criticava la decisione «to terminate the implementation» dell'*Initiative* vanificando così l'impegno contenuto nel *MoU* di «facilitate the unimpeded export of food» e mettendo in pericolo la sicurezza alimentare internazionale.

¹⁰⁰ Per il Capo di Stato russo, comunque, «(...) we will certainly consider the possibility of resuming our participation in it, only on the condition that all, without exception, principles of Russia's involvement in this deal that had been earlier agreed are fully taken into account and, most importantly, are acted on»: *Meeting with Government Members*, 19 luglio 2023 (www.en.kremlin.ru).

Kiev e Mosca)¹⁰¹ al fine di facilitare attraverso il mare territoriale di questi Stati il passaggio da e per i propri porti di naviglio commerciale, organizzando al contempo un gruppo navale interforze incaricato di effettuare lo sminamento delle rispettive acque territoriali.

La nuova rotta marittima era concepita tenendo conto del divieto di compiere attività ostili nelle acque neutrali da parte dei belligeranti sancito nel par. 15 del Manuale di San Remo, nonché nel corrispondente obbligo per gli Stati neutrali sancito nello stesso documento di adottare tutte le misure necessarie per porre fine alla violazione del regime delle proprie acque neutrali da parte dei belligeranti¹⁰².

L'adozione di tali misure, soprattutto nell'ipotesi in cui «strong belligerents would be tempted to violate such neutral waters and weak neutral States might be unable or unwilling to enforce», pone il problema della loro qualificazione giuridica che potrebbe essere risolto facendo ricorso alla teoria della 'neutralità benevolente/qualificata' già impiegata in dottrina per giustificare il sostegno armato di numerosi Stati a Kiev¹⁰³.

Se pure echi di tale teoria sembrano potersi rinvenire, *mutatis mutandis*, anche nel par. 7 del Manuale di San Remo¹⁰⁴, a mio avviso la collaborazione prestata dai Paesi terzi neutrali potrebbe ben situarsi su un piano diverso. Esso, in particolare, può comprendere ogni misura idonea che, ai

¹⁰¹ Le norme sulla neutralità sono essenzialmente codificate nella V Convenzione dell'Aja relativa alle leggi e agli usi della guerra per terra del 1907 e nella XIII Convenzione dell'Aja relativa ai diritti e ai doveri delle potenze neutrali in caso di guerra marittima del 1907. La Russia è parte contraente di tali strumenti dal 1909, l'Ucraina vi ha aderito nel 2015.

¹⁰² *Manuale di San Remo*, cit., par. 22.

¹⁰³ O. HATHAWAY, S. SHAPIRO, *Supplying Arms to Ukraine is not an Act of War*, in *Just Security*, 12 marzo 2022. La dottrina in parola prefigura un'eccezione ammessa alle norme sulla neutralità e consente agli Stati neutrali di differenziare la condizione delle parti a un conflitto favorendo anche attraverso l'assistenza militare la posizione dello Stato vittima di un'aggressione nel caso in cui il Consiglio di sicurezza non riesca ad adottare una risoluzione vincolante ex cap. VII della Carta. In argomento, cfr. A. GIOIA, *Neutrality and Non-Belligerency*, in H. POST (ed.), *International Economic Law and Armed Conflict*, Dordrecht, 1994, p. 51 ss.; H. VON HEINEGG, *'Benevolent' Third States in International Armed Conflicts: The Myth of the Irrelevance of the Law of Neutrality*, in M. SCHMITT, J. PEJIC (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultiness*, Boston, 2007, p. 543 ss.

¹⁰³ IMO, Circular letter n. 4769, 24 agosto 2023 (www.imo.org). In argomento, B. KORMYCH, T. AVERICHKINA, *Black Sea Grain Initiative is Dead, Long Live the New Trade Corridor*, in *Lex Portus*, 2023, p. 7 ss.

¹⁰⁴ *Manuale di San Remo*, cit., par. 7, ove si dispone che gli Stati neutrali possano prestare assistenza a qualunque Stato vittima di un'aggressione quando il Consiglio di sicurezza «[...] has not taken action in the form of imposing economic sanctions or deciding upon military measures».

sensi dell'art. 11 del PIDESC, gli Stati adottano attraverso la cooperazione internazionale al fine di assicurare un'equa distribuzione delle risorse alimentari mondiali in relazione ai bisogni, tenendo conto dei problemi tanto dei Paesi importatori quanto dei Paesi esportatori di derrate alimentari¹⁰⁵; e in quanto tale, rappresenta una efficace modalità di garantire la sicurezza alimentare internazionale.

8. Conclusioni

Nelle pagine precedenti si è cercato di valutare quale sia stato l'impatto degli accordi conclusi ad Istanbul tra i rappresentanti dei governi della Federazione russa, dell'Ucraina, della Turchia e dal Segretario generale delle Nazioni Unite, e delle vicende che ne hanno caratterizzato l'operatività, sull'obiettivo di garantire la libertà di navigazione nel Mar d'Azov e nel Mar Nero del naviglio destinato all'esportazione di beni agricoli, assicurando, per questa via, la sicurezza alimentare a beneficio dell'intera Comunità internazionale.

Giunti a conclusione della nostra indagine pare possibile identificare *grosso modo* tre fasi temporali al cui interno il tentativo di ottenere continuità nelle forniture alimentari è stato perseguito con modalità differenti, ottenendo risultati alterni.

Nella *prima fase*, che si estende dall'aggressione all'Ucraina fino alla firma dell'*Initiative* e del *MoU*, la condotta delle forze armate di Mosca è parsa violare ripetutamente alcuni fondamentali principi e norme del diritto internazionale umanitario che, come anticipato *supra* (par. 2), trovano applicazione anche nella guerra in mare: in particolare, i ripetuti attacchi indiscriminati condotti nelle prime settimane di guerra nel Mar Nero e nel Mar d'Azov contro il naviglio ucraino e di Stati neutrali¹⁰⁶, utilizzato

¹⁰⁵ Sulla diversa posizione che i Paesi del Nord e del Sud del mondo manifestano in ordine all'esistenza di obblighi di fornire assistenza internazionale, v. T. KARIMOVA, *The Nature and Meaning of International Assistance and Cooperation under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in E. RIEDEL, G. GIACCA, C. GOLAY (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. Contemporary Issues and Challenges*, Oxford, 2014, p. 134 ss.; S. SKOGLY, *Beyond National Borders: States' Human Rights Obligations in International Cooperation*, Antwerp, 2006; J. DE MESQUITA, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Obligations of International Assistance and Cooperation*, Colchester, 2002.

¹⁰⁶ OSCE Moscow Mechanism's Mission Of Experts Report, *Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law*, cit., p. 53-56.

(anche) per le esportazioni di grano, ha comportato gravi danni alle forniture di beni alimentari denunciate dal *World Food Program*¹⁰⁷.

Quanto alla *seconda fase*, che inizia con la firma degli accordi di Istanbul e si conclude con la loro sospensione nel luglio 2023, è possibile ritenere che grazie ad essi si sia riavviato il traffico internazionale di beni cerealicoli, pure se la sua ripresa non è andata esente da eventi interruttivi quali la sospensione dichiarata dalle autorità russe nell'ottobre 2022.

Un analogo provvedimento segna l'inizio della *terza fase* (dal luglio 2023 a tutt'oggi), in cui la sicurezza alimentare internazionale avrebbe dovuto essere meglio protetta dal nuovo corridoio marittimo in cui il naviglio commerciale destinato all'esportazione di prodotti cerealicoli utilizza le acque territoriali ucraine, nonché di taluni Paesi neutrali: nonostante non manchino opinioni diverse¹⁰⁸, ritengo che la nuova rotta resti esposta al rischio connesso all'imprevedibilità delle condotte russe. Esso è frutto della mancata osservanza del dovere di buona fede che le autorità politiche e i vertici militari di Mosca hanno dimostrato durante tutto il periodo di durata del *deal*: ne sono manifestazione la rilevata contraddittorietà tra il tenore letterale delle molteplici dichiarazioni di volere considerare l'*Initiative* come solo sospesa in occasione delle presunte violazioni da esse denunciate, e l'averne effettuato la sospensione, in mancanza di disposizioni *ad hoc* contenute nel documento, attraverso modalità non contemplate neanche dalla CVDT. Inoltre, la disponibilità manifestata dal Presidente Putin ai Paesi africani a fornire gratuitamente e senza costi di trasporto i necessari quantitativi di prodotti cerealicoli¹⁰⁹ non sembra neanche conforme a quanto stabilito all'art. 72, par. 2, CVDT, che obbliga gli Stati ad astenersi da qualsiasi azione volta ad ostacolare la ripresa dell'applicazione del trattato durante il periodo di sospensione. Su di un piano più generale, peraltro, tale ultima manifestazione di volontà sembra più che altro un gesto politico teso ad accreditare la Federazione russa

¹⁰⁷ World food program, *War in Ukraine: WFP Calls for Ports to Reopen as World Faces Deepening Hunger Crisis*, 6 maggio 2022 (www.wfp.org).

¹⁰⁸ Cfr. B. KORMYCH, T. AVEROCHKINA, L. KORMICH, *Black Sea, Grain, and Two Humanitarian Corridors: Unblocking Ukrainian Shipping amid the Russian Invasion*, in *Small Wars and Insurgencies*, 2024, p. 1 ss., p. 20, che valutano positivamente per la sicurezza dei trasporti internazionali il contributo della nuova rotta marittima, a causa della mancanza di attacchi armati nelle aree marittime da essa delimitate dopo il luglio 2023.

¹⁰⁹ Il resoconto del vertice di San Pietroburgo, intitolato *Meeting with Heads of African Delegations on Ukrainian agenda*, del 28 luglio 2023, è disponibile all'indirizzo www.en.kre.rus.

come interlocutore credibile presso un'importante componente della Comunità internazionale ma non offre garanzie concrete circa la salvaguardia della sicurezza alimentare e del diritto all'alimentazione. Questi, infatti, avrebbero dovuto essere perseguiti nel contesto delle norme poste a protezione del diritto umano ad un'alimentazione adeguata e dell'interesse al mantenimento della sicurezza alimentare, lette in combinato con gli obblighi di diritto internazionale umanitario in precedenza richiamati. Come si è avuto modo di vedere, entrambe tali classi di disposizioni sono state simultaneamente violate: è giunto il momento di meglio precisare il contenuto di tali illeciti.

Quanto al primo profilo, mi sembra possibile anzitutto ribadire che la Russia ha violato il proprio obbligo di garantire il diritto all'alimentazione adeguata impedendo all'Ucraina, attraverso il mantenimento di un blocco navale *de facto* durante la prima fase di svolgimento delle operazioni belliche, di provvedere all'esportazione di adeguate quantità di prodotti cerealicoli rendendole inaccessibili alla Comunità internazionale. La portata extraterritoriale di tale violazione non deve costituire un limite alla qualificazione illecita della condotta russa. È vero che lo Stato parte del PIDESC ha l'obbligo di rispettare i diritti ivi sanciti¹¹⁰, astenendosi da condotte che possano impedirne il godimento ai beneficiari che si trovino sul suo territorio o sotto la sua giurisdizione¹¹¹; tuttavia, nel citato parere sul muro nei Territori palestinesi occupati, la CIG, dopo aver affermato che tale documento non contiene disposizioni in ordine al proprio ambito di applicazione, non escludeva che il PIDESC «(...) applies both to territories over which a State party has sovereignty and to those over which that State exercises territorial jurisdiction»¹¹².

¹¹⁰ L'insieme delle condotte illecite russe può, invero, ben integrare non solo la violazione del dovere di *respect* ma anche quella degli obblighi di *protect* e *fulfill* gli obblighi in materia di diritti umani di seconda generazione, secondo la nota classificazione proposta in A. EIDE, *Report on the Right to Adequate Food as a Human Right*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23, del 7 luglio 1987, parr. 66-70. La classificazione è stata criticata, nella dottrina italiana, da R. PISILLO MAZZESCHI, *Sulla natura degli obblighi internazionali di tutela e promozione dei diritti economici, sociali e culturali*, in F. BESTAGNO (a cura di) *Diritti economici, sociali e culturali. Promozione e tutela nella Comunità internazionale*, Milano, 2009, p. 3 ss.

¹¹¹ Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, *General Comment n. 12*, cit., par. 15, e *General Comment n. 1: Reporting by State Parties*, UN Doc. E/1989/22, del 27 luglio 1981, par. 3.

¹¹² *Legal Consequences*, cit. par. 112 (corsivo aggiunto). Sull'ambito di applicazione spaziale dei trattati sui diritti umani, con particolare riferimento all'eventuale impiego in essi di termini quali 'territorio' e 'giurisdizione', v. R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale*, cit.,

Per quanto attiene, invece, al mancato rispetto da parte della Federazione russa delle pertinenti disposizioni di diritto internazionale umanitario e alle negative ripercussioni sulla sicurezza alimentare e sul godimento del diritto umano all'alimentazione, è importante sottolineare l'incompatibilità delle condotte russe con alcuni documenti adottati in sede ONU, e segnatamente con l'importante risoluzione 2417/2018 del Consiglio di sicurezza¹¹³. Questo organo, stabilito il nesso tra conflitto armato e insicurezza alimentare, richiede per un verso alle Parti coinvolte di rispettare le norme del diritto internazionale umanitario con particolare riferimento alla protezione degli oggetti necessari alla produzione, trasporto e distribuzione di cibo astenendosi da attaccare, distruggere o rendere inservibili oggetti indispensabili alla sopravvivenza della popolazione civile, quale il cibo. Per altro verso, riconoscendo che i conflitti armati hanno conseguenze sulla sicurezza alimentare anche in modo indiretto «such as disruptions to food systems and markets, leading to increased food prices (...) or decreased access to supplies that are necessary for food preparation (...)», pone in evidenza il collegamento tra diritto internazionale umanitario e diritti umani, le cui norme devono essere rispettate da parte di tutti gli Stati coinvolti in un conflitto armato¹¹⁴. E sebbene raccomandazioni analoghe si rinvenivano in una successiva risoluzione del Consiglio di sicurezza¹¹⁵, nonché in un recente rapporto del Relatore speciale sul diritto all'alimentazione¹¹⁶, non sembra che l'istituzione del nuovo percorso marittimo tra l'Ucraina e alcuni Paesi neutrali, possa attenuare le minacce russe alla sicurezza alimentare. Infatti, il lancio di missili da crociera sulle

p. 116-117. Sui vari modelli di giurisdizione extraterritoriale, v. P. PUSTORINO, *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, Bari, 2019, p. 32-36, e S. VEZZANI, *Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei trattati sui diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 1086 ss. Sull'applicazione extraterritoriale dei diritti economici, sociali e culturali, v. A. VANDENBOGAERDE, *Attributing Extraterritorial State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights and International Legal Discourse*, 2015, p. 6 ss., e M. LANGFORD, *Global Justice, State Duties: The Extra-Territorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Cambridge, 2013.

¹¹³ In argomento, v. S. ZAPPALÀ, *Conflict Related Hunger 'Starvation Crimes' and UN Security Council Resolution 2417 (2018)*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2019, p. 881 ss.

¹¹⁴ Consiglio di sicurezza, risoluzione 2417/2018, UN Doc. S/RES/2417 (2018), del 24 maggio 2018, preambolo, par. 1-2, 5, 17-18.

¹¹⁵ Consiglio di sicurezza, risoluzione 2573/2021, UN Doc. S/RES/2573 (2021), del 27 aprile 2021, preambolo, par. 12, 17, 21.

¹¹⁶ M. FAKHRI, *Conflict and the Right to Food*, UN Doc. A/HRC/52/40, del 29 dicembre 2022, par. 62.

infrastrutture portuali ucraine e la perdurante minaccia che la Marina da guerra di Mosca rappresenta attraverso esercitazioni militari in prossimità delle acque territoriali di tali Stati¹¹⁷, dissuade gli operatori economici dall'imbarcare cereali dai porti ucraini a causa dell'effetto deterrente e dell'aumento dei costi di trasporto, suscitando ulteriore pessimismo circa gli esiti di un conflitto che getta ombre sinistre sulla pace e la sicurezza internazionale.

¹¹⁷ V. SOCOR, *Russian Black Sea Fleet Intrudes Bulgarian Waters, Harasses Turkish Grain Freighter*, in *Eurasia Daily Monitor*, 15 agosto 2023, www.jamestown.org

La prima (incoerente) reazione dell'UE alla crisi di Gaza del 2023

MAURO GATTI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le dichiarazioni *ultra vires* di Von der Leyen. – 3. La «revisione» del finanziamento alla Palestina. – 4. Conclusione.

ABSTRACT: Nei giorni immediatamente successivi all'attacco di Hamas del 7 ottobre 2023, e ai primi attacchi israeliani a Gaza, l'Unione europea si è espressa con diverse voci, trasmettendo messaggi contraddittori. L'incoerenza nell'azione dell'Unione è dipesa, in parte, dalla frammentazione del suo quadro costituzionale, che ha comportato l'intervento di una pluralità di attori. La principale causa di incoerenza dell'azione esterna, ad ogni modo, è stato il protagonismo – e l'estremismo – di alcuni membri della Commissione europea, segnatamente della sua Presidente.

PAROLE CHIAVE: Palestina – Unione europea – azione esterna – coerenza – rappresentanza esterna – cooperazione allo sviluppo.

1. Introduzione

Il problema della coerenza è un argomento classico del diritto delle relazioni esterne dell'UE. Da tempo, la dottrina ha mostrato come la coerenza dell'azione esterna sia messa in discussione dall'assetto costituzionale dell'Unione, il quale comporta una molteplicità di istituzioni, procedure e politiche – che coesistono con istituzioni, procedure e politiche degli stati membri¹.

Questo articolo analizza un caso in cui la coerenza dell'azione esterna dell'Unione è stata messa a dura prova: la prima risposta dell'Unione

* Professore associato di diritto dell'Unione europea, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna, m.gatti@unibo.it.

¹ Sull'argomento, v., *ex multis*, A. MIGNOLLI, *L'azione esterna dell'UE e il principio della coerenza*, Napoli, 2009; I. BOSSE-PLATIERE, *L'article 3 du traité UE: recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, 2009.

all'attacco di Hamas del 7 ottobre 2023 e ai seguenti attacchi di Israele nei confronti della striscia di Gaza. Nell'articolo si mostra come, nei giorni immediatamente successivi al 7 ottobre 2023, l'Unione europea si sia espressa con diverse voci, trasmettendo messaggi contraddittori. Tanta è stata la confusione che gli Stati membri hanno ritenuto di dover pubblicare, il 15 ottobre 2023, un'estemporanea dichiarazione, che ha chiarito – una volta per tutte – la posizione dell'Unione². Sebbene la crisi di Gaza sia continuata ben oltre il 15 ottobre 2023 (e continui nel momento in cui si scrive), questo contributo non analizza, per ragioni di brevità, la successiva azione dell'Unione³.

L'analisi suggerisce che l'incoerenza nell'azione dell'Unione è sì dipesa, in parte, dalla frammentazione del quadro istituzionale, che ha comportato l'intervento di una pluralità di attori. La principale causa di incoerenza dell'azione esterna, però, è stato il protagonismo – e l'estremismo – di alcuni membri della Commissione europea, segnatamente della sua Presidente. In una prima sezione, si mostra come Von der Leyen, esorbitando dai poteri della Commissione, abbia fatto delle dichiarazioni di assoluto sostegno ad Israele, incoerenti con la posizione ufficiale dell'Unione. Di seguito, si rileva che diversi membri della Commissione, e l'istituzione nel suo complesso, hanno adottato approcci contraddittori alla sospensione degli aiuti alla Palestina. Se ne conclude che l'incoerenza nell'azione dell'Unione è dipesa, più che da ragioni giuridiche, dall'azione scomposta dell'autoproclamata «Commissione geopolitica».

2. Le dichiarazioni *ultra vires* di Von der Leyen

A partire dal 7 ottobre 2023, la Presidente della Commissione ha ripetutamente espresso sostegno ad Israele, con comunicati stampa e tweet, presentandosi sistematicamente come la voce dell'Unione: «The European Union stands with Israel»⁴; «Europe stands with Israel»⁵. Nelle sue dichia-

² Consiglio europeo, *Dichiarazione dei membri del Consiglio europeo sulla situazione in Medio Oriente*, 15 ottobre 2023, www.consilium.europa.eu; *Remarks by President Charles Michel after the video conference of the members of the European Council*, 17 ottobre 2023, www.consilium.europa.eu.

³ Non sembra, comunque, che la coerenza dell'azione dell'Unione sia aumentata nei mesi seguenti all'ottobre 2023, v. A. MIGNOLLI, *L'Unione europea e la crisi di Gaza. Un equilibrio sempre più complesso*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2024, p. 261 ss.

⁴ U. VON DER LEYEN, tweet dell'8 ottobre 2023, www.x.com.

razioni, Von der Leyen non ha mai invitato Israele alla moderazione. Le sofferenze dei palestinesi, infatti, non sarebbero da imputarsi ad Israele, ma ad Hamas stesso: «Hamas alone is responsible for what is happening»⁶; «Hamas terror is also bringing immense suffering to the Palestinian people»⁷.

Tra il 7 e il 13 ottobre 2023, Von der Leyen non ha mai menzionato gli obblighi di diritto internazionale che vincolano Israele. La fiducia in questo Stato, del resto, era piena: «I know that how Israel responds will show that it is a democracy»⁸. Solo a partire dalla dichiarazione del 14 ottobre⁹, la Presidente della Commissione ha cominciato a citare *en passant* l'obbligo di rispettare il diritto internazionale umanitario (presumibilmente per via della crescente pressione esercitata dagli Stati membri, di cui si dirà sotto).

È opportuno segnalare che la Presidente della Commissione ha mantenuto ferma la sua posizione anche quando Israele ha iniziato l'assedio di Gaza, bloccando acqua, viveri, carburante ed elettricità destinati alla popolazione civile della Striscia, verosimilmente violando il diritto internazionale umanitario¹⁰. Né hanno smosso Von der Leyen le più di 2000 vittime dei primi attacchi israeliani (un terzo delle quali bambini)¹¹, il probabile uso da parte di Israele di fosforo bianco sui centri abitati¹², il tenta-

⁵ Commissione europea, *Statement by President von der Leyen on the occasion of the minute of silence held by the College in honour of the victims of the terrorist attacks in Israel, in presence of the ambassador of Israel to the EU*, 11 ottobre 2023, www.ec.europa.eu.

⁶ Commissione europea, *Statement by President von der Leyen with Israeli Prime Minister Netanyahu*, 13 ottobre 2023, www.ec.europa.eu.

⁷ *Extraordinary European Council: Press conference by Presidents Ursula von der Leyen and Charles Michel*, 17 ottobre, www.youtube.com.

⁸ Commissione europea, *Statement by President von der Leyen with Israeli Prime Minister Netanyahu*, 13 ottobre 2023, www.ec.europa.eu.

⁹ Commissione europea, *European Commission will immediately triple humanitarian assistance for Gaza to over 75 million euros*, 14 ottobre 2023, www.ec.europa.eu.

¹⁰ Si v., in particolare, art. 55 della Convenzione di Ginevra per la protezione delle persone civili in tempo di guerra del 1949; v. anche M. LONGOBARDO, *Brevi riflessioni sull'uso della forza nella recente escalation del conflitto israelo-palestinese*, in *SIDIBlog*, 15 ottobre 2023.

¹¹ *October 14, 2023 Israel-Hamas war news*, in *CNN*, 15 ottobre 2023, www.edition.cnn.com.

¹² Human Rights Watch, *Israel: White Phosphorus Used in Gaza, Lebanon*, 12 ottobre 2023, www.hrw.org.

tivo di evacuazione forzata di 22 ospedali¹³, o l'ordine di evacuare 1 milione di persone dalla parte settentrionale di Gaza in 24 ore¹⁴.

Con le sue dichiarazioni, Von der Leyen si è arrogata dei poteri che non le sono attribuiti dai Trattati, in violazione del principio di equilibrio istituzionale (art. 13, par. 2, TUE). È vero che, in taluni casi, la ripartizione dei poteri in materia di azione esterna è complessa, segnatamente per quanto riguarda la relazione fra Alto rappresentante, Presidente della Commissione, e Presidente del Consiglio europeo, come dimostrato, per esempio, dal famigerato *Sofagate*¹⁵. Ciò nonostante, i Trattati danno alcune indicazioni univoche, che Von der Leyen ha ignorato.

In primis, alla Commissione non è attribuito alcun potere di rappresentanza in materia di PESC; la Commissione assicura sì «la rappresentanza esterna dell'Unione», ma «fatta eccezione per la politica estera e di sicurezza comune» (art. 17, par. 1, TUE). In tale settore, il potere di rappresentanza esterna è esercitato dall'Alto rappresentante e dal Presidente del Consiglio europeo (artt. 15, par. 6 e 27, par. 2, TUE). Presentandosi come la rappresentante dell'Unione rispetto ad una questione di politica estera, Von der Leyen ha ecceduto i poteri della propria istituzione.

In secundis, i Trattati chiariscono che la Commissione non può definire la posizione esterna dell'Unione. Ai sensi dell'art. 16 TUE, è il Consiglio che «esercita funzioni di definizione delle politiche»; in particolare, il Consiglio Affari esteri «elabora l'azione esterna dell'Unione», secondo le linee strategiche definite dal Consiglio europeo¹⁶. In materia di PESC, in particolare, la definizione della posizione dell'Unione è riservata al Consiglio e al Consiglio europeo, i quali decidono generalmente all'unanimità (v., ad es., art. 26 TUE). Presentando le proprie opinioni personali come la posizione dell'Unione, Von der Leyen ha violato le prerogative di Consiglio e Consiglio europeo. Dato che queste istituzioni, in ambito PESC, decidono all'unanimità dei componenti, cioè degli Stati membri, discostarsi dalla

¹³ Organizzazione mondiale della sanità, *Evacuation orders by Israel to hospitals in northern Gaza are a death sentence for the sick and injured*, 14 ottobre 2023, www.emro.who.int.

¹⁴ United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, *Israel must rescind evacuation order for northern Gaza and comply with international law: UN expert*, 13 ottobre 2023, www.ohchr.org.

¹⁵ Sul quale si rinvia a P. DE PASQUALE, *Quel pasticciaccio brutto del sofà di Ankara*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2021, p. 5 ss.

¹⁶ Si v., in tal senso, CGUE, sentenza del 28 luglio 2016, C-660/13, *Consiglio c. Commissione (Memorandum svizzero)*, punto 36.

posizione dell'Unione ha significato, di fatto, ignorare «the line member states agreed»¹⁷.

Non è la prima volta che un Presidente della Commissione si occupa di politica estera. Von der Leyen, in particolare, si è dimostrata molto attiva rispetto alla guerra in Ucraina. Ad esempio, ad ottobre 2022 ha dichiarato: «Cutting off men, women, children of water, electricity and heating with winter coming – these are acts of pure terror»¹⁸ (quando tali azioni sono compiute dalla Russia, beninteso). Questo tipo di dichiarazioni, in passato, sono state generalmente riprodotte di posizioni già espresse dal Consiglio e non sono state, dunque, particolarmente contestate. Le dichiarazioni di Von der Leyen sulla crisi di Gaza costituiscono invece una novità, poiché la Presidente della Commissione si è espressamente pronunciata a nome dell'Unione, veicolando un messaggio diverso dalla posizione ufficiale dell'Unione, stabilita (all'unanimità) dal Consiglio.

L'Unione ha invero adottato una posizione ufficiale sugli attacchi di Hamas già il 7 ottobre 2023. In tale data, l'Alto rappresentante per gli affari esteri, Josep Borrell, rilasciava una succinta dichiarazione (presumibilmente approvata dal Consiglio), con cui esprimeva sì solidarietà a Israele, ma ricordava anche che esso ha «il diritto di difendersi *in linea con il diritto internazionale*»¹⁹. In altri termini, l'Unione sosteneva Israele, ma *non in modo assoluto e incondizionato*, coerentemente con la posizione che aveva adottato in passato²⁰ e diversamente dalla linea adottata dalla Presidente della Commissione.

L'atteggiamento di Von der Leyen ha irritato alcuni Stati membri. Ad esempio, il Presidente della Repubblica irlandese ha dichiarato che la Presidente della Commissione «[was] not speaking for Ireland»²¹. Alcuni Stati membri sarebbero stati particolarmente «unhappy that von der Leyen (...) had not relayed their calls for Israel to respect international law in Ga-

¹⁷ Cit. di un anonimo diplomatico, riportata da E. WAX, J. BARIGAZZI, *Von der Leyen accused of 'unacceptable bias' toward Israel*, in *Politico*, 14 ottobre 2023.

¹⁸ U. VON DER LEYEN, tweet del 19 ottobre 2022, www.x.com.

¹⁹ Consiglio dell'Unione europea, *Dichiarazione dell'alto rappresentante, a nome dell'Unione europea, sugli attacchi contro Israele*, 7 ottobre 2023, www.consilium.europa.eu, corsivo aggiunto; v. anche Consiglio dell'Unione europea, *Videoconferenza informale dei ministri degli Affari esteri*, 10 ottobre 2023, www.consilium.europa.eu.

²⁰ Si v., ad es., dichiarazione dell'Alto Rappresentante del 15 maggio 2021, www.eeas.europa.eu.

²¹ C. SAVAGE, *Von der Leyen does 'not speak for Ireland' on Israel-Hamas conflict*, in *Independent*, 16 ottobre 2023.

za»²². Il contrasto tra la posizione dell'Unione e quella (personale) di Von der Leyen è divenuto talmente evidente che l'Alto rappresentante l'ha pubblicamente sconfessata, ricordando che: «the position of the European Union on foreign policy is being determined by the European Union Council»²³.

Per rimediare a questo caos – e forse per distanziarsi dalle azioni di Israele – gli Stati membri hanno rilasciato, il 15 ottobre 2023, una dichiarazione dei «membri del Consiglio europeo»²⁴, che ribadisce ed espande la posizione precedentemente espressa da Borrell²⁵. La dichiarazione enfatizza alcune questioni, significativamente omesse dalla Presidente della Commissione, come l'importanza di garantire «la protezione di tutti i civili in linea con il diritto internazionale umanitario» e, più in generale, la necessità di una «soluzione fondata sulla coesistenza di due Stati». È forse indicativo dell'irritazione degli Stati membri il fatto che essi hanno voluto pubblicare questa dichiarazione ancor prima che il Consiglio europeo si riunisse per discutere della questione, il 17 ottobre²⁶.

Va detto che il Consiglio europeo non ha accusato apertamente Israele di violare il diritto internazionale umanitario e non lo hanno fatto nemmeno le precedenti prese di posizione dell'Unione²⁷. Ciò, del resto, non stupisce, essendo abituale per l'Unione stigmatizzare la condotta dei gruppi palestinesi ed evitare di criticare espressamente gli abusi compiuti dalle autorità israeliane²⁸. Ad ogni modo, il richiamo al diritto internazio-

²² N. VINOCUR, B. MOENS, J. BARIGAZZI, S. LYNCH, *EU capitals fume at 'Queen' von der Leyen*, in *Politico*, 17 ottobre 2023.

²³ Servizio europeo per l'azione esterna, *China: Press remarks by High Representative Josep Borrell after concluding his visit to the country*, 15 ottobre 2023, www.eeas.europa.eu.

²⁴ La formula è (forse volutamente) ambigua, ma parrebbe indicare che la dichiarazione sia stata adottata dagli Stati membri, in quanto soggetti di diritto internazionale, attraverso i propri rappresentanti riuniti in sede di Consiglio europeo; sul punto, cfr. Tribunale, ordinanza del 28 febbraio 2017, T-192/16, *NF c. Consiglio europeo*, punto 57.

²⁵ Consiglio europeo, *Dichiarazione dei membri del Consiglio europeo sulla situazione in Medio Oriente*, 15 ottobre 2023, www.consilium.europa.eu.

²⁶ In tale riunione, il Consiglio europeo ha, peraltro, ribadito la posizione espressa nella dichiarazione precedente, v. *Extraordinary European Council: Press conference by Presidents Ursula von der Leyen & Charles Michel*, 17 ottobre 2023, www.youtube.com.

²⁷ Consiglio dell'Unione europea, *Dichiarazione dell'Alto rappresentante, a nome dell'Unione europea, sugli attacchi contro Israele*, 7 ottobre 2023, www.consilium.europa.eu; *Videoconferenza informale dei ministri degli Affari esteri*, 10 ottobre 2023, www.consilium.europa.eu.

²⁸ Sul punto, mi permetto di rinviare a M. GATTI, *The EU's Statements about the Israel-Palestine «11-Days Crisis»: On the Side of the Oppressor*, in *Quaderni di Sidiblog*, 2021, p. 117 ss.

nale umanitario nel testo della dichiarazione del 15 ottobre 2023 è un chiaro, seppure implicito, monito ad Israele – assente, invece, dalle dichiarazioni di Von der Leyen.

3. La «revisione» del finanziamento alla Palestina

Oltre ad avere invaso apertamente il campo della PESC con le dichiarazioni di Von der Leyen, la Commissione – o, almeno, alcuni suoi membri – sembrano aver inteso influenzare indirettamente la politica estera dell'Unione anche sul piano della *policy*, sfruttando (abusivamente) la leva della cooperazione allo sviluppo.

Il 9 ottobre 2023, diversi commissari hanno rilasciato dichiarazioni – confliggenti – rispetto ad una possibile sospensione degli aiuti alla Palestina. Oliver Varhelyi, Commissario europeo per il Vicinato, ha annunciato: «The scale of terror and brutality against Israel and its people is a turning point. (...) As the biggest donor of the Palestinians, the European Commission is putting its full development portfolio under review. (...) All payments immediately suspended»²⁹. Di lì a poche ore, il Commissario per gli aiuti umanitari, Janez Lenarčič, ha precisato che, diversamente dagli aiuti allo sviluppo, l'aiuto umanitario ai palestinesi «will continue as long as needed» (successivamente tale aiuto è stato, in effetti, triplicato)³⁰. L'Alto rappresentante/Vicepresidente della Commissione ha poi contraddetto direttamente Varhelyi, affermando che l'Unione *non* avrebbe sospeso nessun pagamento a favore dei Palestinesi: «punishing all the Palestinian people» danneggerebbe gli interessi dell'Unione nella regione e fomenterebbe il terrorismo³¹.

Nel mentre, con un comunicato stampa, la Commissione aveva adottato una posizione ancora diversa³². Da un lato, essa aveva confermato di non voler bloccare gli aiuti umanitari (come Lenarčič) ed aveva escluso la sospensione immediata dei pagamenti degli aiuti allo sviluppo a favore delle autorità palestinesi (come Borrell). D'altro canto, però, aveva motivato tale esclusione con ragioni prettamente tecniche: «dal momento che non erano previsti pagamenti, non vi sarà alcuna sospensione degli stes-

²⁹ O. VARHELYI, tweet del 9 ottobre 2023, www.x.com, corsivo aggiunto.

³⁰ J. LENARČIČ, tweet del 9 ottobre 2023, www.x.com.

³¹ J. BORRELL, tweet del 9 ottobre 2023, www.x.com.

³² Commissione europea, *La Commissione europea annuncia un riesame urgente dell'assistenza finanziaria alla Palestina*, 9 ottobre 2023, www.ec.europa.eu.

si»³³. Per di più, la Commissione aveva annunciato che una «revisione» degli aiuti allo sviluppo per la Palestina avrebbe comunque avuto luogo³⁴, suggerendo così, almeno implicitamente, la possibilità di una sospensione futura di tali aiuti (già prospettata da Varhelyi).

È opportuno chiedersi di quale margine di discrezionalità goda la Commissione nella «revisione» degli aiuti ad uno Stato terzo e, in particolare, se essa possa autonomamente decidere di *sospendere* tali aiuti. Secondo lo Strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale³⁵, la Commissione può modificare i «programmi indicativi pluriennali», con i quali sono stanziati i fondi per gli stati partner, attraverso un atto di esecuzione³⁶. Tale atto è però soggetto al controllo degli Stati membri, attraverso una «procedura di esame», nell'ambito della c.d. «comitologia»³⁷. Ciò significa, in sostanza, che una maggioranza di Stati membri può, in ogni caso, opporsi alla modifica, da parte della Commissione, dei suddetti «programmi indicativi pluriennali» – e quindi all'eventuale sospensione degli aiuti ad uno Stato terzo, come la Palestina³⁸. La Commissione avrebbe potuto cercare di aggirare questo ostacolo utilizzando una procedura d'urgenza, che permette l'adozione di atti di esecuzione «immediatamente applicabil[i]»³⁹. Tali atti devono, però, essere comunque sottoposti all'attenzione dei rappresentanti degli Stati membri entro 14 giorni; in caso di opposizione di una maggioranza di Stati membri, l'atto di esecuzione deve essere abrogato⁴⁰.

Atteso che, come rilevato da Borrell, «the overwhelming majority of [foreign affairs] ministers expressed themselves against the suspension of

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Regolamento (UE) 2021/947 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 giugno 2021, che istituisce lo strumento di vicinato, cooperazione allo sviluppo e cooperazione internazionale – Europa globale.

³⁶ *Ivi*, art. 16.

³⁷ Regolamento (UE) 182/2011, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione, art. 5.

³⁸ In tal senso, v. J. ÖBERG, *After the Hamas Attack, Will the EU Suspend Aid to Palestine? A Legal and Political Analysis*, in *Brexit institute News*, 2023.

³⁹ Regolamento (UE) 2021/947, cit., art. 16, par. 5.

⁴⁰ Regolamento (UE) 182/2011, cit., art. 8.

the payments of EU funds»⁴¹, era scontato che la Commissione non potesse sospendere completamente gli aiuti alla Palestina. E, infatti, la «revisione» operata dalla Commissione ha portato, a novembre 2023, alla sospensione di *due* soli progetti⁴². *Parturient montes, nascetur ridiculus mus*.

Non è però scontato che, in futuro, vi sia una maggioranza di Stati membri opposta ad un uso spregiudicato dei fondi per lo sviluppo, come quello prospettato da Varhelyi (e in parte legittimato dalla Commissione, con la «revisione» dei fondi per la Palestina). È dunque opportuno chiedersi se il diritto costituzionale dell'UE avrebbe consentito una sospensione degli aiuti alla Palestina (e se consentirebbe simili sospensioni in futuro). A mio avviso, una tale sospensione avrebbe comportato una violazione del principio di proporzionalità (art. 5, par. 4, TUE). Secondo tale principio, gli atti delle istituzioni dell'Unione devono essere «*idonei* a realizzare i legittimi obiettivi perseguiti dalla normativa di cui trattasi»⁴³. Ad ottobre 2023, la Commissione aveva motivato l'eventuale sospensione degli aiuti alla Palestina con l'obiettivo «di garantire che nessun finanziamento dell'UE consenta indirettamente a alcuna organizzazione terroristica di perpetrare attacchi contro Israele»⁴⁴. Però, come confermato dalla Presidente della Commissione: «EU funding has never (...) go[ne] to Hamas or any terrorist entity»⁴⁵. Del resto, sarebbe curioso se la Commissione si fosse resa conto *proprio ad ottobre 2023* di avere, per anni, finanziato Hamas. Si può dunque supporre che sospendere gli aiuti alla Palestina non fosse necessario e, quindi, *idoneo* a ridurre il rischio di finanziamento del terrorismo.

Il reale obiettivo perseguito dalla «revisione» dell'assistenza alla Palestina, in effetti, era un altro: contribuire alla 'punizione collettiva' dei palestinesi messa in atto da Israele, in seguito agli attentati di Hamas. Non pa-

⁴¹ Servizio europeo per l'azione esterna, *Oman: EU - GCC Joint Council and informal EU Foreign Affairs Council focus on the latest developments in the Middle East*, 12 ottobre 2023, www.eeas.europa.eu.

⁴² Commissione europea, *La Commissione conclude il riesame dell'assistenza dell'UE alla Palestina*, 21 novembre 2023, www.ec.europa.eu. Tali progetti erano svolti in cooperazione con organizzazioni della società civile, accusate di incitamento all'odio, v. *ibidem*.

⁴³ CGUE, sentenza del 3 dicembre 1996, C-268/94, *Portogallo c. Consiglio*, punto 37, corsivo aggiunto.

⁴⁴ Commissione europea, *La Commissione europea annuncia un riesame urgente dell'assistenza finanziaria alla Palestina*, 9 ottobre 2023, www.ec.europa.eu.

⁴⁵ Commissione europea, *Statement by President von der Leyen on the occasion of the minute of silence held by the College in honour of the victims of the terrorist attacks in Israel, in presence of the ambassador of Israel to the EU*, 11 ottobre 2023, www.ec.europa.eu.

re però possibile utilizzare la cooperazione allo sviluppo per perseguire tali finalità, le quali rientrano nella politica estera, e sono tipiche della PESC⁴⁶. Ai sensi dell'art. 40 TUE, l'applicazione delle misure PESC non può essere pregiudicata da atti adottati nell'ambito di altre politiche, quale la cooperazione allo sviluppo. È vero che gli obiettivi della cooperazione allo sviluppo sono ampi⁴⁷ e che essa persegue anche gli obiettivi generali dell'azione esterna dell'Unione (art. 21 TUE), come quello di «rafforzare la sicurezza internazionale»⁴⁸. Ed è altresì vero che, in un atto che «persegu[a] principalmente obiettivi connessi (...) alla cooperazione allo sviluppo», la componente principale, relativa alla cooperazione, può assorbire gli elementi accessori relativi alla PESC⁴⁹. Va però rilevato che un'eventuale sospensione degli aiuti alla Palestina, motivata dagli attentati di Hamas, avrebbe perseguito *esclusivamente* – e non accessoriamente – obiettivi politici, cioè connessi alla PESC⁵⁰. Come rilevato dalla Corte in *ECOWAS*, non rientra nell'ambito della cooperazione allo sviluppo un atto che «abbia la finalità primaria di attuare la PESC»⁵¹. Del resto, perché un atto rientri nell'ambito della cooperazione allo sviluppo, bisogna pur sempre che esso «contribuisca al perseguimento degli obiettivi di sviluppo economico e sociale di quest'ultima»⁵². E una sospensione degli aiuti ad un Paese in via di sviluppo, finalizzata ad imporre una punizione collettiva per degli atti di un gruppo terroristico, sarebbe difficilmente riconducibile allo sviluppo economico e sociale.

⁴⁶ Si può anche dubitare della compatibilità di una tale 'punizione collettiva' coi valori e gli obiettivi dell'Unione, v. artt. 2, 3, par. 5, e 21 TUE.

⁴⁷ *Inter alia*, CGUE, sentenza del 3 dicembre 1996, C-268/94, *Portogallo c. Consiglio*, punto 37.

⁴⁸ CGUE, sentenza del 2 settembre 2021, C-180/20, *Commissione/ Consiglio (Accordo con l'Armenia)*, punto 49.

⁴⁹ *Ivi*, punto 53; CGUE, sentenza del 4 settembre 2018, C-244/17, *Commissione/ Consiglio (Accordo con il Kazakistan)*, punto 46.

⁵⁰ È vero che la PESC non ha obiettivi suoi propri, ma persegue generalmente gli obiettivi dell'azione esterna; si può però sostenere che un atto che *non* persegua obiettivi settoriali (ad es., l'eradicazione della povertà) non può che perseguire finalità prettamente politiche, cioè finalità PESC. Del resto, come mostrato sopra, l'atto con cui si sarebbero eventualmente sospesi gli aiuti alla Palestina sarebbe stato difficilmente qualificabile come connesso alla cooperazione allo sviluppo e quindi, di necessità, si sarebbe dovuto qualificare come atto PESC.

⁵¹ CGUE, sentenza del 20 maggio 2008, C-91/05, *ECOWAS*, punto 72; v. anche CGUE, sentenza del 14 giugno 2016, C-263/14, *Parlamento c. Consiglio (Tanzania)*, punti 48-55.

⁵² CGUE, *ECOWAS*, cit., punto 67.

4. Conclusione

La Commissione europea è da sempre intenzionata a giocare un ruolo in politica estera. La Commissione Von der Leyen, autodefinitasi «Commissione geopolitica»⁵³ ha enfatizzato questa tendenza. Nella risposta alla crisi in Israele e Palestina, la Presidente della Commissione ha forse calcolato eccessivamente la mano, esorbitando manifestamente dai propri poteri e mettendo in discussione la posizione concordata dagli Stati membri in ambito PESC.

Non ha aiutato Von der Leyen l'aver sposato una posizione estrema, di incondizionato sostegno a Israele, che ha esacerbato le divisioni nell'Unione, esposto l'Unione alle critiche di osservatori esterni⁵⁴ e allontanato la Presidente della Commissione dalle cancellerie europee più prossime alla Palestina⁵⁵. L'attivismo di Von der Leyen (e Varhelyi), e l'incoerenza da essi generata, hanno spinto gli Stati membri, che pur avevano lasciato un certo margine di azione alla Commissione, a 'tirare le redini' con la dichiarazione del 15 ottobre 2023.

Resta da vedere se questi eventi avranno conseguenze a lungo termine sulla coerenza dell'azione esterna, l'equilibrio istituzionale e la credibilità della Commissione come attore di politica estera. Lo scomposto attivismo della «Commissione geopolitica» non lascia ben sperare.

⁵³ Sul punto, v., ad es., P. HAROCHE, *A 'Geopolitical Commission': Supranationalism Meets Global Power Competition*, in *Journal of Common Market Studies*, 2022, p. 970 ss.

⁵⁴ Si v., ad es., E. WAX, J. BARIGAZZI, *Von der Leyen accused of 'unacceptable bias' toward Israel*, in *Politico*, 14 ottobre 2023; E. GJEVORI, *Israel-Palestine war: UN rapporteur slams EU 'double standard' on Palestine, Ukraine*, in *Middle East Eye*, 12 ottobre 2023.

⁵⁵ N. O'LEARY, *As von der Leyen visits Israel, is the European Commission overstretching its powers?*, in *The Irish Times*, 13 ottobre 2023.

La Corte penale internazionale di fronte agli avvenimenti in Israele e nella Striscia di Gaza: quali prospettive per l'accertamento di responsabilità penali internazionali?

LUCA POLTRONIERI ROSSETTI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'attivazione della Corte penale internazionale rispetto ai crimini commessi nel conflitto israelo-palestinese e la sua giurisdizione. – 3. Le condotte rilevanti per la giurisdizione della Corte nel quadro degli eventi del 7 ottobre 2023 e della successiva risposta militare israeliana. – 3.1 Le condotte attribuibili a membri di Hamas. – 3.2 Le condotte attribuibili alle forze armate e alla leadership politico-militare israeliana. – 4. La possibile influenza delle controversie instaurate davanti alla CIG sui procedimenti alla CPI. – 5. Prospettive future: un test cruciale per la credibilità della giustizia penale internazionale.

ABSTRACT: Gli attentati del 7 ottobre 2023 e la successiva massiccia operazione militare israeliana su Gaza hanno dato luogo alla commissione di numerosi potenziali crimini internazionali rientranti nella competenza della Corte penale internazionale (CPI). Questo contributo, dopo una breve ricostruzione del contesto nel quale è maturato il coinvolgimento della CPI rispetto alla storia recente del conflitto israelo-palestinese, prende in esame le condotte – riconducibili sia ad Hamas e ad altri gruppi armati palestinesi, sia alle forze armate israeliane – che potrebbero, anche sulla scorta delle recenti richieste di mandato d'arresto avanzate dal procuratore, formare oggetto di accertamento in sede penale di fronte alla CPI. L'articolo si sofferma, in particolare, sui profili relativi ai crimini di guerra e ai crimini contro l'umanità. Viene, inoltre, presa in esame la possibile configurabilità del crimine di genocidio, anche alla luce dell'azione avviata dal Sudafrica contro lo Stato d'Israele davanti alla Corte internazionale di giustizia (CIG) per presunte violazioni della Convenzione per la prevenzione e repressione

* Assegnista di ricerca in diritto internazionale, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, luca.poltronierirossetti@santannapisa.it. L'autore rende noto il sostegno dell'Unione Europea nell'ambito della cattedra Jean Monnet "European and International Human Rights Standards in Conflicts and Disasters" - EHRSCaD GA 101127519. Le idee ed opinioni espresse sono esclusivamente riferibili all'autore.

ne del genocidio. Le prospettive di sviluppo e le principali criticità dell'indagine penale del procuratore della CPI nella situazione relativa allo Stato di Palestina sono analizzate nel quadro della prassi recente, con particolare riguardo agli effetti delle decisioni discrezionali del procuratore sulla credibilità e legittimazione del Corte presso l'opinione pubblica internazionale.

PAROLE CHIAVE: conflitto israelo-palestinese – diritto internazionale penale – Corte penale internazionale – crimini di guerra – crimini contro l'umanità – genocidio.

1. Introduzione

I violenti attacchi lanciati da militanti di Hamas e di altri gruppi armati palestinesi sul territorio israeliano il 7 ottobre 2023 e l'immediata, pesantissima risposta militare dello Stato ebraico diretta contro la Striscia di Gaza costituiscono l'*escalation* più grave e sanguinosa nella pluridecennale storia del conflitto israelo-palestinese. Gli eventi bellici di questi mesi hanno causato uno spaventoso numero di vittime¹, oltre a devastazioni materiali di vaste proporzioni², e hanno avuto conseguenze destabilizzanti sull'intero quadrante mediorientale³. L'operazione militare israeliana, inizialmente caratterizzata da intensi *raid* e campagne di bombardamento aereo su alcune zone della Striscia, si è successivamente allargata attraverso incursioni e operazioni di terra sempre più ampie, dapprima con-

¹ Per un quadro aggiornato sulle vittime delle azioni del 7 ottobre e del successivo conflitto, si vedano i report pubblicati sul sito dell'Ufficio per il coordinamento degli affari umanitari delle Nazioni Unite (OCHA), www.ochaopt.org. Oltre alle circa 1.200 vittime degli attentati del 7 ottobre, secondo le più recenti stime, vi sono state circa 42.000 vittime palestinesi (di cui oltre 13.000 fanciulli e 7.000 donne), cui vanno aggiunti gli oltre 10.000 dispersi e i circa 100.000 feriti.

² Per una valutazione preliminare dei danni materiali causati dal conflitto, si veda World Bank, *Gaza Strip Interim Damage Assessment – Summary Note*, 29 marzo 2024, www.worldbank.org.

³ Il conflitto ha messo in moto una serie di episodi di violenza e uso della forza da parte di attori sia statali sia non statali nella regione, tra cui si possono ricordare gli attacchi portati dagli Houthi in danno alla sicurezza e alla libertà di navigazione nel Mar Rosso, le azioni israeliane nei confronti di Hezbollah in Libano, ovvero i recenti episodi di illegittimo uso della forza tra Israele e l'Iran, innescati dall'attacco israeliano al consolato iraniano a Damasco, con la conseguente rappresaglia armata di Teheran e la contro-rappresaglia israeliana.

centrate sul nord di Gaza, e poi estese ad altre aree del territorio, incluse quelle meridionali verso cui erano nel frattempo stati costretti a rifugiarsi gli sfollati⁴.

Questa drammatica spirale di violenza, oltre a suscitare lo sgomento di ampi settori dell'opinione pubblica internazionale, ha avuto effetti dirompenti sul piano dei rapporti giuridici internazionali. Ne sono gli esempi più notevoli l'azione avviata dal Sudafrica contro lo Stato d'Israele davanti alla Corte internazionale di giustizia (CIG) per presunte violazioni della Convenzione per la prevenzione e repressione del genocidio⁵ – che si intreccia con la già pendente richiesta di parere consultivo sulle conseguenze giuridiche dell'occupazione israeliana del Territorio Palestinese⁶ –, le decisioni di alcuni giudici nazionali in merito agli obblighi di Stati terzi discendenti dalla situazione a Gaza e dalle decisioni cautelari della CIG⁷,

⁴ Nel momento in cui si scrive le ostilità sono ancora in atto. Israele ha più volte manifestato l'intenzione di voler portare un'offensiva di terra di ampia portata su Rafah (v. C. KELLER-LYNN, A. AYYOUB, *Israel Moves Closer to Rafah Invasion as Iran Crisis Wanes*, in *Wall Street Journal*, 22 aprile 2024, www.wsj.com). Tra la fine di aprile e l'inizio di maggio del 2024, e nei mesi successivi, la località al confine con l'Egitto, dove si trovano rifugiate in condizioni umanitarie drammatiche circa un milione e mezzo di persone, è stata oggetto di attacchi aerei ed altre iniziative militari che hanno provocato numerosi morti e feriti tra la popolazione civile (v. M. JAHJOUH, S. MAGDY, *Israeli strikes on southern Gaza city of Rafah kill 22, mostly children, as US advances aid package*, in *Associated Press News*, 22 aprile 2024, www.apnews.com). Negli stessi giorni, Israele ha anche ordinato alla popolazione civile di evacuare da alcune zone di Rafah e ha dichiarato di aver preso il controllo operativo del lato di Gaza del valico.

⁵ CIG, ricorso e istanza cautelare del Sudafrica del 29 dicembre 2023, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*. Tutti i documenti relativi a questa controversia e agli altri procedimenti contenziosi e consultivi pendenti menzionati possono essere consultati sul sito della CIG (www.icj-cij.org).

⁶ CIG, richiesta di parere consultivo dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 30 dicembre 2022, *Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*. In relazione al comportamento di Stati terzi rispetto alla situazione in Palestina, in particolare per quanto riguarda la questione delle eventuali responsabilità per violazioni del diritto internazionale derivanti dal sostenere, ad esempio attraverso la fornitura di armi, lo sforzo bellico israeliano, si può ricordare il ricorso presentato dal Nicaragua contro la Germania, per presunte violazioni della Convenzione sul genocidio e degli obblighi discendenti dagli strumenti di diritto internazionale dei diritti umani e di diritto internazionale umanitario (v. CIG, ricorso e istanza cautelare del Nicaragua del 1 marzo 2024, *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany)*).

⁷ Si fa riferimento, ad esempio, ad una importante decisione della Corte d'Appello dell'Aia, che ha imposto al Governo olandese un blocco all'esportazione di materiale bellico (specificamente parti di aerei da caccia F-35) dai Paesi Bassi verso lo Stato d'Israele, in ragione dell'esistenza di un «clear risk» che tali beni vengano utilizzati per commettere di viola-

nonché il *referral* di alcuni Stati Parte allo Statuto della Corte penale internazionale (CPI, Corte) della situazione di Gaza al procuratore, nell'ambito dell'indagine, già in corso, relativa alla Palestina⁸.

Numerosissimi sono stati gli interventi e le analisi degli internazionalisti che hanno animato il dibattito con riferimento sia ai profili di *jus ad bellum* (in particolare per quanto riguarda il fondamento giuridico della risposta armata di Israele agli attacchi)⁹ sia a quelli di *jus in bello*¹⁰, nonché sulla possibile configurabilità del crimine di genocidio¹¹. Questo contributo mira a fornire un inquadramento dei profili di diritto internazionale penale, con particolare riferimento al ruolo della CPI e dei suoi organi principali nel far luce sulle possibili responsabilità individuali per crimini internazionali nel quadro del conflitto in atto. In considerazione del protrarsi degli eventi e della difficoltà di ricostruire con precisione molti degli avvenimenti di questi mesi, l'analisi procede formulando ipotesi di qualificazione giuridica la cui plausibilità non può che essere subordinata al puntuale accertamento dei fatti da parte di istanze terze e indipendenti quali la Corte penale internazionale o organi dotati di funzioni di *fact-finding*.

zioni del diritto internazionale umanitario. Sulla decisione pende attualmente un ricorso per cassazione presentato dal Governo olandese. Per un commento alla decisione, v. J. TRITTENBACH, J. DORSEY, O. SPIJKERS, *Dutch Appeals Court Blocks Deliveries of F-35 Parts to Israel: Overview, Analysis and Initial Reflections*, in *Opinio Juris*, 15 febbraio 2024.

⁸ Come si ricostruisce nel paragrafo successivo, la situazione della Palestina era già sotto indagine per effetto del *referral* dello Stato di Palestina in relazione a condotte precedenti l'attuale *escalation*. Tuttavia, con riferimento agli eventi più recenti alcuni Stati Parte (Sudafrica, Bangladesh, Bolivia, Comore, Gibuti congiuntamente e, in un secondo momento, Cile e Messico) hanno presentato nuove denunce formali al procuratore. Gli atti di *referral* sono disponibili sul sito della CPI (v. www.icc-cpi.int).

⁹ V., *ex multis*, M. N. SCHMITT, *The Legal Context of Operation Al-Aqsa Flood and Swords of Iron*, in *Articles of War*, 10 ottobre 2023; A. HAQUE, *Enough: Self-Defense and Proportionality in the Israel-Hamas Conflict*, in *Just Security*, 6 novembre 2023.

¹⁰ I contributi in materia apparsi in questi mesi sono numerosissimi. Per un inquadramento dei principali profili di diritto internazionale umanitario, soprattutto nella fase iniziale del conflitto, si vedano, a mero titolo d'esempio, R. GOODMAN, M. W. MEIER, T. BRIDGEMAN, *Expert Guidance: Law of Armed Conflict in the Israel-Hamas War*, in *Just Security*, 17 ottobre 2023; M. LONGOBARDO, *Brevi riflessioni sull'uso della forza nella recente escalation del conflitto israelo-palestinese*, in *SIDIBlog*, 15 ottobre 2023; M. SASSÒLI, *Assessing the Conduct of Hostilities in Gaza – Difficulties and Possible Solutions*, in *Articles of War*, 30 ottobre 2023; J. DILL, *Our Shared Horror*, in *EJIL:Talk!*, 13 ottobre 2023.

¹¹ Il dibattito su questi profili è cresciuto soprattutto a partire dell'azione sudafricana davanti alla CIG nei confronti di Israele per violazione della Convenzione sulla prevenzione e repressione del genocidio del 1948. Si vedano, ad esempio, i contributi recentemente apparsi in un forum dedicato sul *Journal of Genocide Research* (www.tandfonline.com).

2. L'attivazione della Corte penale internazionale rispetto ai crimini commessi nel conflitto israelo-palestinese e la sua giurisdizione

Prima di esaminare i margini d'azione della CPI rispetto agli eventi in corso è opportuno ricostruire brevemente il rapporto tra le vicende occorse negli ultimi anni nel Territorio Palestinese e l'attività degli organi della Corte. Dopo l'operazione militare israeliana su Gaza denominata «Piombo Fuso», svoltasi tra il 2008 e il 2009 con drammatiche conseguenze¹², le autorità palestinesi tentarono di portare all'attenzione del procuratore condotte potenzialmente integranti crimini internazionali, mediante una dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte sulla base dell'art. 12(3) dello Statuto di Roma della CPI¹³. Il procuratore, dopo ben tre anni di riflessione, giunse alla conclusione che l'incertezza sulla statualità e l'esatta consistenza territoriale della Palestina precludeva al suo ufficio di procedere oltre nell'esame della situazione¹⁴. La decisione fu fortemente criticata in dottrina per la sua scarsa persuasività¹⁵. Il procuratore demandava la soluzione delle questioni controverse e politicamente sensibili agli Stati e agli organi principali delle Nazioni Unite, rinunciando a una valutazione giuridica autonoma, di fatto negando discrezionalmente l'azione. In seguito, dopo aver tentato invano la strada dell'ammissione all'ONU in qualità di Stato membro¹⁶, la Palestina è stata promossa allo

¹² Per alcune statistiche sugli effetti dell'operazione, v. i dati raccolti e presentati dall'organizzazione umanitaria israeliana B'tselem, disponibili al sito www.btselem.org.

¹³ Palestinian National Authority, *Declaration recognizing the Jurisdiction of the International Criminal Court* of 21 January 2009, disponibile al sito www.icc-cpi.int.

¹⁴ Procuratore delle CPI, *Situation in Palestine* del 3 aprile 2012 (www.icc-cpi.int).

¹⁵ In questo senso, v. M. EL ZEIDY, *Ad Hoc Declarations of Acceptance of Jurisdiction: The Palestinian Situation Under Scrutiny*, in C. STAHN (a cura di), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, 2015, p. 179 ss.; J. DUGARD, *Palestine and the International Criminal Court: Institutional Failure or Bias?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2013, p. 563 ss.; D. AKANDE, *ICC Prosecutor Decides that He Can't Decide on the Statehood of Palestine. Is He Right?*, in *EJIL:Talk!*, 5 aprile 2012; *contra*, a sostegno della bontà dell'approccio del Procuratore, A. ZIMMERMANN, *Palestine and the International Criminal Court Quo Vadis? Reach and Limits of Declarations under Article 12(3)*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2013, p. 303 ss.

¹⁶ Questi tentativi hanno ripreso quota negli ultimi mesi. Tuttavia, il 18 aprile 2024, il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite non ha adottato, a causa del veto statunitense e nonostante 12 voti favorevoli e l'astensione di Regno Unito e Svizzera, una proposta di risoluzione presentata dall'Algeria volta a raccomandare all'Assemblea generale l'ammissione della Palestina all'Organizzazione in qualità di membro (v. Consiglio di sicurezza, *Algeria Draft Resolution. Admission of New Members*, UN Doc. S/2024/312 del 18 aprile 2024). Più di recente, l'Assemblea generale ha votato una risoluzione che attribuisce alla Palestina

status di «Stato Osservatore non membro» in Assemblea generale. Tale sviluppo si è concretizzato con la risoluzione 67/19 del 29 novembre 2012, adottata ad ampia maggioranza dall'Assemblea¹⁷. Questa risoluzione, oggetto di ampio dibattito in dottrina¹⁸, ha notevolmente contribuito ad accrescere la presenza della Palestina nella vita di relazione internazionale, facilitando la ratifica di numerosi trattati internazionali nei più svariati campi del diritto internazionale, tra cui quello dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario¹⁹. Tra questi si annovera anche lo Statuto della Corte penale internazionale, il cui strumento di adesione è stato depositato dalla Palestina presso il Segretario generale dell'ONU, e da questi accettato nella sua qualità di depositario del trattato, con la conseguente entrata in vigore per la Palestina il 1 aprile 2015²⁰. Le autorità palestinesi hanno accompagnato l'adesione allo Statuto con una nuova dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte, al fine di estendere retroattivamente la competenza della Corte anche agli eventi precedenti all'entrata in vigore dello Statuto per la Palestina, così da abbracciare eventuali crimini internazionali commessi durante il conflitto del 2014²¹.

uno status partecipativo ulteriormente rafforzato, per quanto ovviamente non coincidente per ampiezza di diritti e doveri con quello di membro (v. Assemblea generale, *Admission of new Members to the United Nations*, UN Doc. A/ES-10/L.30/Rev.1 del 9 maggio 2024).

¹⁷ Assemblea generale, *Status of Palestine in the United Nations*, UN Doc. A/RES/67/19 del 29 novembre 2012.

¹⁸ V. A. IMSEIS, *On membership of the United Nations and the State of Palestine: A critical account*, in *Leiden Journal of International Law*, 2021, p. 855 ss.; J. CERONE, *Legal Implications of the UN General Assembly Vote to Accord Palestine the Status of Observer State*, in *American Society of International Law Insights*, 7 dicembre 2012; J. VIDMAR, *Does General Assembly Resolution 67/19 Have Any Implications for the Legal Status of Palestine?*, in *EJIL:Talk!*, 4 dicembre 2012.

¹⁹ Per un quadro dei trattati ratificati dallo Stato di Palestina in materia di diritti umani, v. www.ohchr.org. Per quanto riguarda gli strumenti di diritto internazionale umanitario, segnatamente le quattro Convenzioni di Ginevra e il Primo Protocollo aggiuntivo, v. lo strumento di ratifica depositato presso il Consiglio Federale Elvetico www.eda.admin.ch. Sul punto, v. anche M. LONGOBARDO, *La recente adesione palestinese alle convenzioni di diritto umanitario e ai principali trattati a tutela dei diritti dell'uomo*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2014, p. 771 ss.

²⁰ Segretario generale, *Depositary Notification – State of Palestine: Accession*, UN Doc. C.N.13.2015.TREATIES-XVIII.10 del 6 gennaio 2015. Questo processo è stato accelerato dai drammatici eventi dell'estate del 2014, con la massiccia campagna su Gaza denominata «Margine di Protezione», seguita ad alcuni atti terroristici e lanci di razzi contro Israele.

²¹ Stato di Palestina, *Dichiarazione di accettazione della giurisdizione della CPI* del 31 dicembre 2014. La dichiarazione è stata ritualmente accettata dalla Cancelleria della Corte (v. www.icc-cpi.int).

Di lì a poco l'Ufficio del Procuratore annunciò l'apertura di un esame preliminare della situazione relativa alla Palestina²². Tale esame proseguì per diversi anni, come attestato dagli aggiornamenti periodici pubblicati dall'ufficio, senza però sfociare in una richiesta di indagine formale²³. Di fronte all'apparente stallo della procedura *motu proprio*, la Palestina decise di riferire formalmente la situazione al Procuratore nel maggio del 2018²⁴. L'Ufficio annunciò la fine dell'esame preliminare nel dicembre del 2019, ritenendo integrati gli estremi per aprire l'indagine²⁵. Contemporaneamente, il procuratore ritenne opportuno, prima di procedere con l'indagine, chiedere alla Camera preliminare un chiarimento preventivo sulla giurisdizione della Corte nella situazione della Palestina, attraverso una richiesta ex art. 19(3) dello Statuto²⁶. Essenzialmente, l'Ufficio ha domandato ai giudici di pronunciarsi in via preliminare su due questioni fondamentali, ossia: a) se la Palestina debba ritenersi uno Stato ai limitati fini dell'adesione allo Statuto e di conseguenza se la Corte sia abilitata al pieno esercizio della propria giurisdizione al suo riguardo, e se la Palestina sia abilitata ad esercitare i poteri conferiti dallo Statuto agli Stati; b) in caso di risposta positiva al primo quesito, quale sia l'esatto ambito territoriale sul quale la Corte può esercitare la sua giurisdizione per i crimini previsti dallo Statuto.

La Corte, all'esito di una procedura che ha visto l'intervento in qualità di *amici curiae* di numerosi Stati²⁷, organizzazioni ed esperti²⁸, ha adottato

²² Procuratore della CPI, *The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination of the situation in Palestine*, comunicato stampa del 16 gennaio 2015.

²³ Per un riassunto delle attività di esame preliminare svolte in questa situazione, v. Procuratore della CPI, *Report on preliminary examination activities 2020* del 14 dicembre 2020, p. 55-58.

²⁴ Stato di Palestina, *referral* in base agli articoli 13(a) e 14 dello Statuto del 15 maggio 2008.

²⁵ Procuratore della CPI, *Statement of ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the Situation in Palestine, and seeking a ruling on the scope of the Court's territorial jurisdiction* del 20 dicembre 2019.

²⁶ Procuratore della CPI, richiesta di pronuncia preliminare ex art. 19(3) dello Statuto del 22 gennaio 2020, caso n. ICC-01/18, *Situazione nello Stato di Palestina*.

²⁷ Sul ruolo degli Stati in questo procedimento, v. S. WILLIAMS, H. WOOLAVER, *The Role of State Amici Curiae in the Article 19(3) ICC Statute Proceedings: Friends or Distraction?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2020, p. 891 ss.

²⁸ Tra gli internazionalisti che hanno presentato memorie come *amici curiae* si possono citare, tra gli altri, W. A. Schabas, M. Shaw, R. Falk ed E. Benvenisti.

a maggioranza la sua decisione il 5 febbraio 2021²⁹. I giudici preliminari hanno confermato che il processo di adesione della Palestina allo Statuto si era svolto regolarmente, secondo le forme previste dal trattato e nel rispetto della prassi del depositario. Pertanto, pur rimanendo impregiudicata, in quanto esorbitante rispetto alla competenza della Corte, la questione della statualità della Palestina per il diritto internazionale in senso lato, questa deve ritenersi uno Stato ai limitati fini dell'adesione allo Statuto e delle conseguenze giuridiche che ne discendono³⁰. Per quanto riguarda l'estensione territoriale della Palestina ai fini della giurisdizione della Corte, la maggioranza ha sostanzialmente richiamato gli atti delle Nazioni Unite e la pressoché unanime prassi internazionale che fanno riferimento ai confini pre-1967, dichiarando che la Corte ha competenza a conoscere dei presunti crimini internazionali – da chiunque commessi – sul Territorio Palestinese occupato da Israele dal 1967, ossia Gaza, la Cisgiordania e Gerusalemme Est³¹.

In sintesi, il Procuratore può indagare su ogni condotta che possa costituire un crimine secondo lo Statuto di Roma, a partire dal 13 giugno 2014 e senza limiti di tempo, posta in essere sul Territorio Palestinese occupato secondo le linee del 1967, corrispondente a Gaza, alla Cisgiordania e a Gerusalemme Est. La giurisprudenza della Corte ha precisato che affinché una condotta possa considerarsi commessa sul territorio dello Stato Parte è sufficiente che almeno un elemento costitutivo della condotta tipica abbia avuto luogo in tale Stato, per poi eventualmente proseguire, perfezionarsi o produrre i suoi effetti sul territorio di un altro Stato, anche non parte allo Statuto³². Per quanto concerne le condotte di cittadini palestinesi sul territorio di Israele, la Corte è comunque abilitata ad esercitare la sua giurisdizione anche sulla base del principio di personalità attiva, secondo quanto disposto dall'art. 12(2)(b) dello Statuto.

²⁹ CPI, Prima Camera preliminare, decisione del 5 febbraio 2021 sulla richiesta del procuratore in base all'art. 19(3) dello Statuto per una pronuncia sulla giurisdizione territoriale della Corte riguardo alla Palestina, caso n. ICC-01/18, *Situazione nello Stato di Palestina*. Si vedano anche l'opinione dissenziente del giudice Kovács e l'opinione separata del giudice Perrin de Brichambaut.

³⁰ CPI, decisione del 5 febbraio 2021, cit., parr. 100-113.

³¹ *Ivi*, parr. 114-123.

³² In questo senso, v. CPI, Prima Camera preliminare, decisione del 6 settembre 2018 sulla richiesta del procuratore di una pronuncia sulla giurisdizione in base all'art. 19(3) dello Statuto, caso n. ICC-RoC46(3)-01/18, *Situazione in Bangladesh/Myanmar*, par. 72.

Nonostante la situazione riguardante la Palestina fosse all'attenzione del Procuratore ormai da diversi anni, non sembravano essere state destinate adeguate risorse ed energie all'esame preliminare e all'indagine, specie in confronto ad altre situazioni all'attenzione della procura. Per fare un esempio, solo in tempi molto recenti e sotto l'impulso del terzo procuratore della Corte – il britannico Karim Khan – è stata assegnata l'analisi della situazione palestinese a un *team* d'indagine dedicato, come accaduto per altre situazioni³³. Questo stato di cose non sembrava, almeno fino ai recenti avvenimenti, destinato a cambiare rapidamente. Ciò anche in connessione alla riorganizzazione funzionale che l'ufficio del procuratore sta compiendo per impiegare efficacemente le risorse alla luce dell'attuale carico di lavoro e dei criteri di priorità d'azione³⁴.

I recenti avvenimenti hanno certamente impresso un'accelerazione alle indagini nella situazione della Palestina, analogamente a quanto accaduto nella situazione relativa all'Ucraina dopo l'aggressione russa del febbraio 2022, che ha portato in breve tempo all'apertura dell'indagine a seguito del *referral* di una quarantina di Stati Parte e all'emanazione di un mandato di arresto all'indirizzo del Presidente russo Vladimir Putin e di Maria Alekseyevna Lvova-Belova, cui se ne sono aggiunti nel marzo 2024 altri due all'indirizzo di figure di vertice delle forze armate russe³⁵. Alcuni giorni dopo gli attacchi di Hamas del 7 ottobre e l'inizio della risposta armata israeliana il procuratore ha rilasciato alcune dichiarazioni ufficiali in cui confermava che i nuovi avvenimenti rientrano pacificamente nella competenza della Corte nell'ambito della situazione già sotto indagine per i fatti precedenti³⁶. A circa quattro mesi dall'inizio delle ostilità, espri-

³³ Così ha affermato il procuratore in un'intervista rilasciata alla Reuters il 13 ottobre 2023 (visionabile sul profilo X ufficiale della CPI, www.twitter.com). Il procuratore ha nominato nel marzo del 2024 il giurista britannico Andrew Cayley, già *co-prosecutor* presso le Camere straordinarie nelle corti cambogiane, come responsabile dell'indagine nella situazione palestinese.

³⁴ V., rispettivamente, i documenti del procuratore della CPI, *Policy Paper on Situation Completion* del 15 giugno 2021, e *Strategic Plan 2023-2025* del 14 giugno 2023.

³⁵ Per informazioni ulteriori sugli sviluppi dell'indagine ucraina e sui mandati d'arresto, il cui testo rimane tutt'ora confidenziale, si veda la pagina dedicata sul sito della CPI (www.icc-cpi.int). Sui mandati d'arresto, v. G. DELLA MORTE, *I mandati di arresto della Corte penale internazionale nei confronti del Presidente della Federazione russa e del Commissario per i diritti dei fanciulli*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, p. 723 ss.

³⁶ Questa posizione è stata dapprima resa pubblica dal procuratore il 13 ottobre 2023, in una intervista rilasciata alla BBC Radio (v. www.bbc.co.uk), e successivamente ribadita il 30 ottobre 2023 durante un discorso pronunciato al Cairo (per la trascrizione, v. www.icc-cpi.int).

mendosi in relazione alla disastrosa situazione presso il valico di Rafah tra Gaza e l'Egitto, teatro di alcuni gravissimi episodi di uso della forza e sotto minaccia di un attacco di terra su vasta scala da parte dell'esercito israeliano, il procuratore ha dichiarato di stare attivamente conducendo attività d'indagine sui possibili crimini commessi dalle tutte le parti in vista di ulteriori decisioni sull'esercizio dell'azione penale³⁷. Il 20 maggio 2024, il procuratore ha finalmente annunciato di aver richiesto alla Camera preliminare l'emissione di alcuni mandati d'arresto nell'ambito dell'indagine sulla Palestina. Più in dettaglio, si tratta di tre mandati all'indirizzo della leadership politico-militare di Hamas (rispettivamente diretti a Yahya Sinwar, Mohammed Diab Ibrahim Al-Masri e Ismail Haniyeh), e di due mandati all'indirizzo della leadership israeliana (rispettivamente nei confronti del primo ministro Benjamin Netanyahu e del ministro della difesa Yoav Gallant)³⁸. I paragrafi che seguono svolgono un'analisi complessiva delle condotte potenzialmente rilevanti per la giurisdizione della Corte, anche al di là delle ipotesi fin qui formulate dal procuratore e confluite nelle richieste di mandato d'arresto. Queste, infatti, come chiarito dallo stesso procuratore, non esauriscono le linee di indagine attualmente al vaglio dell'ufficio in vista delle decisioni sull'esercizio dell'azione penale³⁹.

3. Le condotte rilevanti per la giurisdizione della Corte nel quadro degli eventi del 7 ottobre 2023 e della successiva risposta militare israeliana

Chiarito il quadro in cui è maturato il coinvolgimento della CPI rispetto agli episodi criminali avvenuti in anni recenti nel contesto del conflitto israelo-palestinese, è opportuno esaminare, con le cautele rese necessarie dalla natura talvolta parziale e frammentaria delle informazioni disponibili, quali crimini di competenza della Corte potrebbero essere stati integrati o siano tutt'ora in corso di realizzazione a partire dal 7 ottobre 2023,

³⁷ Così il procuratore in una dichiarazione reperibile sul suo profilo X ufficiale resa il 12 febbraio 2024 (www.twitter.com).

³⁸ V. Procuratore della CPI, *Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC: Applications for arrest warrants in the situation in the State of Palestine* del 20 maggio 2024.

³⁹ *Ivi*, laddove l'ufficio chiarisce che «[it] is advancing multiple and interconnected additional lines of inquiry, including concerning reports of sexual violence during the 7 October attacks, and in relation to the large-scale bombing that has caused and continues to cause so many civilian deaths, injuries, and suffering in Gaza».

e stanno formando o potranno formare oggetto di indagine e di esercizio dell'azione penale da parte del procuratore.

Nello svolgere questa analisi, si è ritenuto di condividere preliminarmente l'approccio alla qualificazione del conflitto armato (*rectius*, dei conflitti armati) fatto proprio dal procuratore della Corte, nonché dal *panel* di esperti da questi chiamato ad esprimere un parere sulla sussistenza dei requisiti per l'emissione dei mandati d'arresto richiesti⁴⁰. Secondo tale ricostruzione sarebbero attualmente in corso, in parallelo, da un lato, un conflitto armato di natura internazionale tra lo Stato di Palestina e lo Stato di Israele e, dall'altro, un conflitto armato di natura non internazionale tra Hamas ed Israele. Non è possibile approfondire in questa sede i profili di qualificazione giuridica del conflitto (o dei conflitti) in corso. Peraltro, è il caso di ricordare che la tesi dell'esistenza di un conflitto armato di natura internazionale, anche con riferimento a precedenti fasi del conflitto israelo-palestinese, non solo è stata fatta più volte propria dagli organi principali delle Nazioni Unite che si sono occupati della questione israelo-palestinese, ma è stata autorevolmente sostenuta dalla maggioranza della dottrina⁴¹ e persino dalla giurisprudenza israeliana⁴². Ciò nonostante, non mancano, soprattutto nell'accademia internazionalistica nordamericana e israeliana, posizioni diametralmente opposte⁴³.

3.1 Le condotte attribuibili a membri di Hamas

Cominciando con l'esame delle condotte riconducibili a miliziani di Hamas e di altre fazioni armate attive a Gaza, nonché alla cuspide politico-militare dell'organizzazione a titolo di coautoria e/o di responsabilità da comando, vengono anzitutto in considerazione alcune condotte che costituiscono, a seconda dell'inquadramento nell'uno o nell'altro tipo di conflitto armato, infrazioni gravi delle Convenzioni di Ginevra o violazioni

⁴⁰ V. Panel of Experts Convened by the Prosecutor of the ICC, *Report of the Panel of Experts in International Law* del 20 maggio 2024, parr. 13-14.

⁴¹ V., a mero titolo d'esempio, A. CASSESE, *International Law*, 2a edizione, Oxford, 2005, p. 420; D. AKANDE, *Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts*, in E. WILSMHURST (a cura di), *International Law and the Classification of Armed Conflicts*, Oxford, 2012, p. 46-47; M. LONGOBARDO, *The Use of Armed Force in Occupied Territory*, Cambridge, 2018, p. 226-229.

⁴² Corte suprema di Israele, decisione del 14 dicembre 2006, caso *Targeted Killings*, par. 18.

⁴³ Per un riassunto di queste tesi e una loro applicazione all'attuale fase di *escalation* del conflitto, v. M. N. SCHMITT, *The Legal Context*, cit.

gravi dell'art. 3 Comune alle quattro Convenzioni, e sono riprese e tipizzate come crimini di guerra nello Statuto di Roma. Si tratta in primo luogo delle condotte di omicidio intenzionale (art. 8(2)(a)(i) e/o art. 8(2)(c)(i) Statuto di Roma) e della presa di ostaggi (art. 8(2)(a)(viii) e/o 8(2)(c)(iii) Statuto di Roma). Nell'azione che ha dato il via agli attacchi del 7 ottobre, attraverso lo sconfinamento di miliziani palestinesi in territorio israeliano, è stato ucciso o gravemente ferito un elevato numero di persone, le quali devono ritenersi salvo prova contraria civili protetti dalle pertinenti norme di diritto dei conflitti armati. Inoltre, oltre 250 persone – una parte delle quali di cittadinanza diversa da quella israeliana – sono state prelevate e condotte con la forza in luoghi sotto il controllo di Hamas con l'intento dichiarato di trattenerle come ostaggi⁴⁴. Alcune di esse sono in seguito decedute durante la prigionia, ma non vi è chiarezza sul numero di ostaggi che sarebbero ancora vivi a Gaza. Solo una piccola parte degli ostaggi è stata liberata a seguito di trattative tra le parti e scambi tra persone private della libertà, mentre molti rimangono tutt'ora in ostaggio⁴⁵.

Per quanto concerne le persone che hanno riportato gravi ferite o traumi ma non sono state private della vita o della libertà personale, è possibile ipotizzare la commissione del diverso crimine di guerra consistente nel «causare volontariamente gravi sofferenze, o serio pregiudizio all'integrità fisica o alla salute» (art. 8(2)(a)(iii) dello Statuto). Né si può escludere che gli ostaggi siano stati o possano essere vittime del crimine di guerra di tortura o trattamenti inumani (art. 8(2)(a)(ii) e/o 8(2)(c)(i) dello Statuto); privazione intenzionale del diritto ad un giusto e regolare processo (art. 8(2)(a)(vi) e/o 8(2)(c)(iv) dello Statuto); oltraggi alla dignità personale (art. 8(2)(b)(xxi) e/o 8(2)(c)(ii) dello Statuto); e stupro o altre gravi forme di violenza sessuale (art. 8(2)(b)(xxii) e/o 8(2)(e)(vi) del-

⁴⁴ Si vedano gli Elementi dei crimini a corredo dello Statuto della CPI per la struttura della fattispecie, ed in particolare con riferimento all'elemento soggettivo consistente nell'intenzione in capo all'autore del crimine di «compel a State, an international organization, a natural or legal person or a group of persons to act or refrain from acting as an explicit or implicit condition for the safety or the release of such person or persons».

⁴⁵ Tra novembre e dicembre 2023 sono avvenuti alcuni scambi di prigionieri in corrispondenza di una pausa delle ostilità. Una parte consistente dei palestinesi liberati erano minori, molti dei quali privati della libertà senza aver riportato condanne o addirittura senza conoscere la natura delle accuse, nell'ambito di prassi consolidate (e ampiamente criticate a livello internazionale) del sistema di amministrazione giudiziaria militare imposto da Israele nel Territorio Occupato. V. E. SHAO, K. ZRAICK, A. PATIL, G. GUPTA, *Freed Palestinians Were Mostly Young and Not Convicted of Crimes*, in *New York Times*, 1 dicembre 2023, www.nytimes.com).

lo Statuto). La Rappresentante speciale del Segretario generale dell'ONU sulla violenza sessuale nei conflitti armati, presentando un rapporto stilato a seguito di una missione svolta in Israele e in Cisgiordania nel gennaio 2024, ha ravvisato basi ragionevoli per ritenere che siano stati commessi, nel contesto degli attacchi del 7 ottobre e successivamente, diversi crimini di natura sessuale, raccomandando alle autorità nazionali e internazionali di indagarne i responsabili⁴⁶. Rispetto a queste fattispecie, si può rilevare come il procuratore, nella sua dichiarazione relativa alle richieste di mandato d'arresto, faccia riferimento unicamente alle ipotesi previste dallo Statuto per il caso di conflitti armati di natura non internazionale, anziché operare la contestazione alternativa anche per le analoghe fattispecie previste per i conflitti armati di natura internazionale.

Venendo ora alle condotte che non sono (o non sono ancora) oggetto di richiesta di mandati d'arresto, si possono ricordare anzitutto quelle che concernono l'uso di mezzi e metodi di guerra proibiti dal diritto internazionale umanitario. Per quanto concerne le modalità di conduzione degli attacchi armati contro il territorio israeliano, realizzati con il lancio di ordigni che per le loro caratteristiche tecniche risultano poco o per nulla idonei a distinguere tra obiettivi militari e civili, si può ipotizzare la commissione di diversi crimini di guerra sanciti dallo Statuto. Si tratta, in particolare, delle seguenti fattispecie: lanciare deliberatamente attacchi contro la popolazione civile in quanto tale o contro civili che non prendono direttamente parte alle ostilità (art. 8(2)(b)(i) e/o 8(2)(e)(i) dello Statuto); lanciare deliberatamente attacchi contro beni civili (art. 8(2)(b)(ii) dello Statuto, fattispecie questa che non trova analoga tipizzazione per i conflitti armati non internazionali); lanciare attacchi con la consapevolezza che questi causeranno una perdita di vite o danni ai civili o ai beni civili che siano manifestamente sproporzionati rispetto al concreto e diretto vantaggio militare complessivo atteso (art. 8(2)(b)(iv) dello Statuto, anche in questo caso, ad onta della natura consuetudinaria della proibizione di attacchi sproporzionati, non è prevista una analoga fattispecie per il caso di conflitto non internazionale). Per completare il quadro sui crimini di guerra, un'altra fattispecie che potrebbe venire in considerazione concerne il possibile uso di scudi umani, che è espressamente criminalizzato

⁴⁶ Rappresentante speciale del Segretario generale sulla violenza nei conflitti armati, *Mission report. Official visit of the Office of the SRSG-SVC to Israel and the occupied West Bank 29 January – 14 February 2024* del 4 marzo 2024.

all'art. 8(2)(b)(xxiii) dello Statuto⁴⁷. Anche in quest'ultimo caso, tuttavia, lo Statuto non prevede una fattispecie espressa applicabile ai conflitti non internazionali, sebbene sia ipotizzabile – sulla scia della giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* – la perseguibilità delle relative condotte ad altro titolo (ad esempio, trattamenti crudeli, oltraggio alla dignità personale, o presa d'ostaggi). Sulla questione dell'uso di scudi umani, peraltro, la dottrina ha evidenziato come vi sia una vistosa discrepanza tra la nozione giuridica internazional-penalistica di scudo umano e quella, notevolmente più estesa e funzionale a giustificare modalità di uso della forza particolarmente permissive, propugnata dalle dottrine militari israeliane⁴⁸. In relazione a queste condotte relative a modalità proibite di conduzione delle ostilità, proprio in ragione della discrepanza tra le fattispecie applicabili a seconda della tipologia di conflitto, sarà interessante verificare l'approccio del procuratore alla qualificazione delle diverse porzioni di conflitto.

Con riferimento ad ulteriori fattispecie non espressamente previste dallo Statuto ma comunque proibite dal diritto internazionale, è il caso di ricordare che nessuna menzione viene fatta nel testo del trattato al terrorismo. L'inclusione del terrorismo nello Statuto era stata espressamente respinta dagli Stati durante la Conferenza di Roma, sia come autonomo crimine internazionale in aggiunta agli altri quattro *core crimes*, sia come specifica ipotesi criminosa all'interno delle macro-categorie esistenti⁴⁹. Occorre, tuttavia, ricordare che la giurisprudenza internazionale ha affermato l'esistenza di un autonomo crimine di guerra consistente nell'uso del terrore con base nel diritto consuetudinario⁵⁰. Sebbene lo Statuto ab-

⁴⁷ Sulla configurabilità di questo crimine, espressamente previsto dallo Statuto solo per i conflitti armati di natura internazionale, in precedenti fasi del conflitto israelo-palestinese, v. M. PERTILE, *Le violazioni del diritto umanitario commesse da Hamas durante l'operazione Piombo fuso*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 333 ss.

⁴⁸ Per un'ampia e storicamente informata trattazione del tema, con ampi riferimenti all'uso della categoria degli scudi umani nel contesto del conflitto israelo-palestinese, v. N. GORDON, N. PERUGINI, *Human Shields. A History of People on the Line of Fire*, Oakland, 2020; Id., *Le politiche degli scudi umani: sulla risignificazione dello spazio e la costituzione dei civili come scudi nelle guerre liberali*, in *Cartografie sociali*, 2017, p. 335 ss.

⁴⁹ Sul punto, v. R. J. GOLDSTONE, J. SIMPSON, *Evaluating the Role of the International Criminal Court as a Legal Response to Terrorism*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2003, p. 13-14, nonché la proposta di India, Sri Lanka e Turchia del 6 luglio 1998, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.27/Rev.1, presentata e poi respinta in seno alla Conferenza di Roma, per l'introduzione di un autonomo crimine di terrorismo.

⁵⁰ Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, Camera di appello, sentenza del 30 novembre 2006, caso n. IT-98-29-A, *Prosecutor v. Galić*, parr. 86-90, poi confermata in successive decisioni.

bia inteso vincolare i giudici all'applicazione, in primo luogo, del diritto scritto che costituisce la base del funzionamento della CPI (ossia lo Statuto, gli Elementi dei crimini e il Regolamento di procedura e prova)⁵¹, è permessa l'applicazione, «in the second place», di altri strumenti pattizi e del diritto consuetudinario, inclusi gli «established principles of the international law of armed conflict». Tuttavia, l'uso della sola consuetudine in funzione incriminatrice *praeter statutum* è una questione estremamente controversa e dibattuta in dottrina, anche in ragione delle tensioni con il principio di legalità penale internazionale⁵². In ogni caso, secondo la lettura del procuratore⁵³ e di parte della dottrina, sarebbe comunque possibile perseguire alla CPI determinate azioni comunemente qualificabili come terroristiche riconducendole ad alcune fattispecie tipiche nell'ambito dei crimini di guerra e dei crimini contro l'umanità⁵⁴. In quest'ultimo caso, naturalmente, sarebbe necessario accertare la sussistenza degli elementi di contesto previsti dall'art. 7(1) dello Statuto, ed in particolare l'esistenza di un «widespread or systematic attack directed against any civilian population», nonché di una «state or organizational policy» rivolta alla realizzazione di tale attacco.

In considerazione delle caratteristiche dell'attacco del 7 ottobre, della struttura organizzativa e degli obiettivi politici dichiarati di Hamas, alcune delle condotte già ricordate e altre ad esse associate possono anche essere contestate in via cumulativa o alternativa, ricorrendone gli elementi di contesto e quelli costitutivi di ciascuna fattispecie, a titolo di crimini con-

⁵¹ V. Art. 21(1)(a) dello Statuto di Roma, in relazione alla tipologia e alla gerarchia delle fonti applicabili dalla Corte.

⁵² In questo senso, v. L. VAN DEN HERIK, *The Decline of Customary International Law as a Source of International Criminal Law*, in C. A. BRADLEY (a cura di), *Custom's Future: International Law in a Changing World*, Cambridge, 2016, p. 230 ss. Sulle criticità del sistema delle fonti delineato dallo Statuto, v. R. CRYER, *Royalism and the King: Article 21 of the Rome Statute and the Politics of Sources*, in *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 2009, p. 393 ss; J. D'ASPREMONT, *The Two Cultures of International Criminal Law*, in K. HELLER, F. MÉGRET, S. NOUWEN, J. D. OHLIN, D. ROBINSON (a cura di), *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford, 2020, p. 414-421.

⁵³ V., ad esempio, quanto affermato dal procuratore in relazione a crimini di natura sostanzialmente terroristica attribuibili a Boko Haram (Procuratore della CPI, *Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination of the situation in Nigeria* dell'11 dicembre 2020).

⁵⁴ Per un'analisi della possibile perseguibilità di atti di terrorismo attraverso la sussunzione sotto le fattispecie previste dallo Statuto, v. A. COHEN, *Prosecuting Terrorists at the International Criminal Court: Reevaluating an Unused Legal Tool to Combat Terrorism*, in *Michigan State International Law Review*, 2012, p. 242-249.

tro l'umanità, in particolare quelli di cui all'art. 7(1)(a) (omicidio); (b) (sterminio); (e) (prigionia e altre gravi privazioni della libertà personale); (f) (tortura); (g) (stupro e altre forme di violenza sessuale); (k) (altri atti inumani). Questa impostazione è stata evidentemente accolta dal procuratore, come testimonia la dichiarazione pubblica in cui si annuncia la richiesta dei mandati d'arresto.

3.2 Le condotte attribuibili alle forze armate e alla leadership politico-militare israeliana

Venendo ora alla massiccia risposta militare messa in campo dallo Stato di Israele in reazione agli attacchi subiti (e a prescindere dalla distinta questione della sua base giuridica), si possono individuare i presupposti per la possibile applicazione di numerose fattispecie statutarie.

Cominciando dall'ambito dei crimini di guerra, vengono anzitutto in considerazione le condotte di attacco in possibile violazione dei principi di distinzione, necessità, proporzionalità e precauzione, capaci di attrarre la responsabilità penale individuale. In questo senso, va ricordato (e il discorso vale anche per le azioni di Hamas), che lo Statuto non contiene una fattispecie unitaria di attacchi proibiti, bensì una serie di fattispecie specifiche non sempre corrispondenti, per ambito di applicazione ed elementi costitutivi, alle sottostanti norme primarie del diritto internazionale umanitario⁵⁵. In relazione agli episodi documentati dalle fonti di informazione e da organismi internazionali, appaiono rilevanti le fattispecie di cui all'art. 8(2)(b)(i), 8(2)(e)(i) e 8(2)(b)(ii) di attacchi intenzionali contro i civili e beni civili, già sopra ricordate⁵⁶; 8(2)(b)(iii) e/o 8(2)(e)(iii), in re-

⁵⁵ Per un raffronto tra i due insiemi di fattispecie, v. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2017, VI ed., p. 221-226.

⁵⁶ Dall'inizio del conflitto si sono registrati vari casi di attacchi potenzialmente indiscriminati, che hanno condotto alla morte di moltissimi civili e alla distruzione su vasta scala di beni civili. Al di là della questione dell'intenzionalità (e della sua prova in sede penale) di singoli attacchi, violazioni del principio di distinzione, in linea con la definizione consuetudinaria di attacco indiscriminato (v. Comitato internazionale della Croce Rossa, Regola 12 delle norme consuetudinarie di diritto internazionale umanitario), si possono dedurre anche alla tipologia di ordigni utilizzate in prevalenza soprattutto nella prima fase della campagna su Gaza (ad esempio le c.d. *dumb bombs* non guidate, o le *2.000-pound bombs*, capaci di proiettare frammenti letali fino a oltre 350 metri dal punto di impatto). L'attacco contro il campo profughi di Jabalia è stato da taluni considerato un esempio di attacco indiscriminato potenzialmente integrante il crimine di cui all'art. 8(2)(b)(i) dello Statuto (v. L. DANIELE, *A lethal misconception, in Gaza and beyond: disguising indiscriminate attacks as potentially proportionate in discourses on the laws of war*, in *EJIL:Talk!*, 7 novembre 2023). Un

lazione ad attacchi contro personale, installazioni, materiale, unità o veicoli coinvolti nell'assistenza umanitaria e contro edifici protetti⁵⁷; 8(2)(b)(iv) in relazione ad attacchi che causano effetti collaterali manifestamente sproporzionati su persone e beni civili rispetto al diretto e concreto vantaggio militare complessivo previsto⁵⁸; 8(2)(b)(v) in relazione ad attacchi contro città, villaggi ed edifici non difesi e che non costituiscono obiettivi militari; 8(2)(b)(ix) e/o 8(2)(e)(iv), in relazione ad attacchi a luoghi dedicati al culto, l'educazione, le arti e la scienza, nonché a fini caritatevoli, a monumenti storici, ospedali e luoghi dove sono raccolti i feriti e i malati, che non costituiscano obiettivi militari⁵⁹. Inoltre, come ipotizzato

altro esempio, peraltro non isolato, potrebbe essere l'uccisione di oltre un centinaio di persone presso un centro di distribuzione di aiuti umanitari avvenuta il 29 febbraio 2024 (strage che è già stata battezzata 'massacro della farina').

⁵⁷ A titolo di esempio, si può ricordare l'attacco al convoglio di ambulanze presso l'ospedale di Al-Shifa del 3 novembre 2023, in cui sono morte almeno 15 persone, così come i ripetuti attacchi che hanno comportato la morte o il ferimento di personale dell'UNRWA impegnato in attività umanitarie (ad esempio quello del 13 marzo 2024, presso un centro di distribuzione di aiuti nella parte orientale di Rafah). L'UNRWA ha riportato, al 9 maggio 2024, l'uccisione di 197 addetti. Un altro esempio di attacchi di questo tipo è quello che ha portato all'uccisione di sette cooperanti dell'associazione World Central Kitchen il 1° aprile 2024 (rispetto al quale le IDF hanno ammesso la propria responsabilità, ritenendolo un «grave errore»). Si può anche ricordare il pesante numero di vittime civili (circa un centinaio, oltre a varie centinaia di feriti) riportato a seguito dell'attacco del 13 luglio 2024 contro una zona designata come umanitaria presso Khan Younis, bombardata, a quanto si è appreso, allo scopo di uccidere uno dei capi militari di Hamas, Mohammed Deif.

⁵⁸ Ad esempio, il già citato caso dell'attacco al campo profughi di Jabalia è stato analizzato anche sotto il profilo della proporzionalità, con i commentatori che perlopiù giungono a concludere per la natura sproporzionata dello stesso (v. M. SCHACK, *In Defence of Preliminary Assessments: Proportionality and the 31 October Attack on the Jabalia Refugee Camp*, in *EJIL:Talk!*, 8 novembre 2023). In tema di proporzionalità, si può menzionare il fatto che il grado di *civilian collateral damage* contemplato come tollerabile dai comandi israeliani nell'ambito della campagna su Gaza è altissimo e non ha paragoni nella prassi militare recente sia dello Stato ebraico, sia di altri Paesi come gli USA. Sul punto, v. M. LATTIMER, *Assessing Israel's Approach to Proportionality in the Conduct of Hostilities in Gaza targeting*, in *Lawfare*, 16 novembre 2023.

⁵⁹ Secondo quanto riporta l'OCHA, numerosi luoghi di culto sono stati distrutti o hanno subito gravi danni. Si tratta non soltanto di moschee (quelle interessate sarebbero oltre 200) ma anche di alcune chiese cristiane, come quella di San Porfirio, oggetto di un attacco in cui sono morte almeno 16 persone che si erano rifugiate nell'edificio. Su questi episodi, v. il reportage di R. KANSARA, A. NOUR, *Israel-Gaza war: Counting the destruction of religious sites*, in *BBC*, 30 gennaio 2024, www.bbc.com. Per quanto riguarda gli attacchi contro luoghi di cura e assistenza si può citare l'assedio e la pesante campagna di attacchi contro il già citato ospedale di Al-Shifa, che ha portato all'uccisione di centinaia di persone (tra cui numerosi pazienti) tra marzo e aprile 2024. Presso gli ospedali di Al-Shifa e Nasser (anch'esso oggetto di estesi attacchi), sarebbero state rinvenute fosse comuni (v. Alto commissariato

dal procuratore della CPI, vengono in considerazione anche condotte che costituiscono infrazioni gravi delle Convenzioni di Ginevra, dirette contro persone e beni protetti, quali l'omicidio intenzionale e la causazione di gravi sofferenze o serio pregiudizio all'integrità fisica o alla salute (art. 8(2)(a)(i) e (iii) Statuto di Roma)⁶⁰. Con riferimento alla distruzione di beni, l'ampiezza, le particolari modalità esecutive e le circostanze che hanno accompagnato la distruzione di alcune tipologie di beni (si pensi all'abbattimento deliberato di edifici adibiti a servizi pubblici come università e uffici amministrativi, già sottoposti al totale controllo da parte delle forze armate israeliane), si può ipotizzare la commissione dei crimini di guerra di cui agli artt. 8(2)(a)(iv), 8(2)(b)(xiii) e/o 8(2)(e)(xii) dello Statuto, consistenti nella estesa appropriazione, confisca o distruzione di beni non giustificata da ragioni di imperativa necessità militare. Non mancano, inoltre, elementi a supporto della possibile commissione di crimini di guerra consistenti nel ricorso a metodi di conduzione delle ostilità proibiti dal diritto internazionale umanitario (quali la *starvation*, di cui si dirà appresso, e la perfidia)⁶¹. Non si può, inoltre, dimenticare il pesante bilancio di vittime e feriti tra i giornalisti e i lavoratori nel settore dell'informazione presenti a Gaza, nonché tra gli accademici⁶². Quanto alle

per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Mass Graves in Gaza Show Victims' Hands Were Tied, Says UN Rights Office* del 23 aprile 2024). Le autorità politico-militari israeliane hanno tentato di giustificare gli attacchi a quest'ultima categoria di luoghi protetti sulla scorta della presunta presenza di armi e/o miliziani nelle strutture, ovvero sulla base della presunta destinazione degli stessi a scopi militari, come dimostrerebbe la presenza di collegamenti al sistema di tunnel sotterranei.

⁶⁰ Secondo quanto riportato da varie inchieste giornalistiche, si sarebbero verificati numerosi episodi di uccisioni di persone da considerarsi salvo prova contraria civili, sia in esecuzione di precise istruzioni militari, sia *random* nell'ambito di azioni autonome di singoli soldati o formazioni militari (e verosimilmente conosciute o comunque tollerate dai comandi). V. O. ZIV, *I'm bored, so I shoot: The Israeli army's approval of free-for-all violence in Gaza*, in *972+ Magazine*, 8 luglio 2024, www.972mag.com; Y. KUBOVICH, *Israel Created 'Kill Zones' in Gaza. Anyone Who Crosses Into Them Is Shot*, in *Haaretz*, 31 marzo 2024, www.haaretz.com.

⁶¹ Si fa riferimento, ad esempio, al *raid* di alcuni membri delle forze israeliane che, camuffati da personale medico, hanno fatto irruzione nell'ospedale di Ibn Sina a Jenin (Cisgiordania), uccidendo tre persone considerate membri di Hamas e del Jihad Islamico (v. E. KAUFMAN, H. SKINNER, N. ATTA, *Israeli Security Forces may have violated international law in West Bank hospital raid, experts say*, in *ABC News*, 31 gennaio 2024, www.abcnews.go.com).

⁶² Per una lista aggiornata dei giornalisti e operatori informativi morti nel conflitto, si veda la pagina a cura del *Committee to Protect Journalists* (www.cpj.org). A questo proposito, si può anche ricordare che l'associazione *Reporters sans Frontières* ha inoltrato una comuni-

violazioni del principio di proporzionalità, alcune inchieste giornalistiche sembrano dimostrare l'adozione da parte israeliana di un approccio alle decisioni di *targeting* con un grado di permissività senza precedenti nella prassi bellica contemporanea e dal carattere sostanzialmente punitivo, fondato su un uso talvolta acritico di sistemi automatizzati di generazione degli obiettivi militari basati sull'intelligenza artificiale⁶³. Allo stato attuale, tra le condotte centrate su attacchi vietati alla stregua del diritto internazionale umanitario, il procuratore ha menzionato nella richiesta di mandato d'arresto soltanto quelle di attacco intenzionale contro i civili, contestandole alternativamente sia sotto la fattispecie applicabile ai conflitti di natura internazionale sia sotto quella applicabile ai conflitti di natura non internazionale.

Nel quadro dello Statuto di Roma le fattispecie penali di attacchi proibiti postulano un requisito soggettivo piuttosto esigente, ossia l'intenzionalità e la consapevolezza delle circostanze e delle conseguenze dell'attacco in capo all'autore, in linea con l'art. 30 dello Statuto. Sarebbe quindi da escludere la loro configurabilità in presenza del mero dolo eventuale o della *recklessness*⁶⁴. In ogni caso, come ha chiarito la stessa CPI in relazione ad alcune delle fattispecie in esame (in particolare gli artt. 8(2)(a)(i) e (ii) dello Statuto) il crimine di guerra di attacco indiscriminato si deve ritenere integrato anche se l'intento del soggetto che ha portato l'attacco non sia stato in via esclusiva quello di colpire i civili, bensì abbia

cazione individuale al procuratore della CPI denunciando la commissione di possibili crimini di guerra a danno dei giornalisti (v. www.rsf.org).

⁶³ Su questo punto, che solleva interrogativi inquietanti sugli effetti dell'uso dell'intelligenza artificiale come strumento di ausilio o addirittura sostitutivo dell'analisi giuridica «umana» nelle decisioni di *targeting*, si veda l'approfondita inchiesta giornalistica di Y. ABRAHAM, 'Lavender': *The AI machine directing Israel's bombing spree in Gaza*, in *972+ Magazine*, 3 aprile 2024, www.972mag.com. V. anche, *supra*, note 56 e 58 per altre analisi di questi profili. Vi è chi ha sostenuto si possa considerare la mera difesa dei civili israeliani come elemento integrante il vantaggio militare previsto ai fini della valutazione della proporzionalità degli attacchi (v. J. LOVITZKY, *Civilian Protection as an Element of Military Advantage in Determining Proportionality*, in *Articles of War*, 2 aprile 2024). Queste tesi costituiscono una sostanziale riscrittura regressiva e *contra legem* delle norme di diritto internazionale umanitario poste a tutela dei civili e vanno, pertanto, recisamente respinte. Per una critica di questa impostazione, si vedano, ad esempio, L. RUBINSTEIN, *Israel's Rewriting of the Law of War*, in *Just Security*, 21 dicembre 2023 e gli scritti citati, *infra*, alla nota 67.

⁶⁴ In questo senso si esprime la dottrina più autorevole, v. G. WERLE, F. JESBERGER; *Principles of International Criminal Law*, IV ed., Oxford, 2020, p. 548. K. AMBOS, *Treatise on International Criminal Law. Vol. III: The Crimes and Sentencing*, Oxford, 2013, p. 115, 177-178)

avuto carattere «obliquo» o «indiretto», ossia corrisponda alla volontà di: a) colpire un obiettivo militare; e anche b) colpire la popolazione civile che non partecipa attivamente alle ostilità e risiede nelle vicinanze. Secondo questa giurisprudenza, inoltre, l'intenzionalità può essere inferita da fattori quali, tra l'altro, i metodi e mezzi impiegati durante l'attacco, il numero e lo status delle vittime, la natura discriminatoria dell'attacco⁶⁵. È il caso di aggiungere che, secondo una condivisibile dottrina, la *mens rea* per il crimine di attacco indiscriminato intenzionale contro civili e beni civili si può comunque ritenere soddisfatta quando, alla luce di un esame concreto delle circostanze dell'attacco, il *civilian harm* previsto con probabilità prossima o pari a certezza al momento dell'attacco sia così ingente e preponderante da far ritenere che il fine dell'attacco non fosse, in realtà, colpire un obiettivo di carattere militare, bensì colpire la stessa popolazione civile⁶⁶. In situazioni del genere sembra del tutto improprio confondere, nella scansione logica e cronologica per valutare la legalità di un attacco secondo il diritto internazionale umanitario, i profili di distinzione e proporzionalità, suggerendo che un attacco, pur sostanzialmente indiscriminato, possa essere recuperato alla legalità in quanto anche solo astrattamente proporzionato⁶⁷.

Riguardo all'imposizione da parte di Israele di un assedio pressoché totale nei confronti della Striscia di Gaza, comprensivo almeno al principio e per espressa direttiva dei vertici governativi israeliani della sospensione completa della fornitura di acqua, cibo, elettricità, carburante e del blocco dell'afflusso di aiuti umanitari⁶⁸, si possono configurare diverse ipotesi

⁶⁵ CPI, Prima Camera preliminare, decisione di conferma dei capi d'imputazione del 30 settembre 2008, caso n. ICC-01/04-01/07, *Prosecutor v. Katanga e Ngudjolo Chui*, parr. 273-274 e CPI, Seconda Camera di primo grado, sentenza in base all'art. 74 dello Statuto, caso n. ICC-01/04-01/07, *Prosecutor v. Katanga*, par. 807.

⁶⁶ In questo senso, v. la persuasiva ricostruzione di L. DANIELE, T. MARINIELLO, *Note a margine dell'Operazione 'Guardiano delle Mura', Parte II. La costruzione contra legem delle strutture civili di Gaza come obiettivi militari*, in *SIDIBlog*, 2021 (con argomentazioni che appaiono vieppiù valide anche con riferimento all'attuale fase del conflitto); K. DÖRMANN, *Article 8. War Crimes*, in K. AMBOS (a cura di), *Rome Statute of the International Criminal Court. Article-by-Article Commentary*, München-Oxford-Baden-Baden, 2022, p. 405.

⁶⁷ Per una lucida e condivisibile critica di questo argomento, v. L. DANIELE, *A lethal misconception*, cit.; ID., *Incidentalness of the civilian harm in international humanitarian law and its Contra Legem antonyms in recent discourses on the laws of war*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2024, p. 21-54.

⁶⁸ Ci si riferisce, in particolare alle note dichiarazioni del ministro della difesa israeliano Gallant, ampiamente riportate dalla stampa israeliana e internazionale (v. www.timesofisrael.com).

criminose previste dallo Statuto. Ciò anche laddove si consideri che, dopo l'iniziale blocco pressoché totale, la fornitura di aiuti umanitari è almeno in piccola parte e in maniera incostante ripresa, ma resta soggetta a decisioni arbitrarie delle autorità israeliane e si mantiene drammaticamente al di sotto delle necessità materiali della popolazione civile di Gaza, come già più volte denunciato anche dal Segretario generale delle Nazioni Unite⁶⁹. Anzitutto, gli «ordini» rivolti alla popolazione palestinese di evacuare, dapprima verso sud mentre le operazioni si concentravano sul nord della Striscia, e poi in senso opposto, per sottrarsi alle conseguenze degli attacchi aerei e dell'invasione di terra, sembrano essere stati dati senza tenere in alcun conto fattori concreti quali le basilari necessità materiali della popolazione (cibo, acqua, cure mediche, esigenze connesse all'età degli sfollati, ecc.), l'altissima densità abitativa di Gaza e la pressoché totale assenza di luoghi completamente sicuri ove spostarsi. Questa circostanza potrebbe essere considerata un indice della commissione del crimine di guerra consistente nel trasferimento forzoso, diretto o indiretto, da parte della potenza occupante, di parte della popolazione del territorio occupato da una zona ad un'altra del medesimo, di cui all'art. 8(2)(b)(viii) dello Statuto (o, volendo ragionare in termini di conflitto non internazionale, del crimine di cui all'art. 8(2)(e)(viii))⁷⁰. Inoltre, la privazione di beni es-

⁶⁹ Il Segretario generale dell'ONU Guterres ha più volte rimarcato nelle sue dichiarazioni l'assoluta necessità di assicurare il pieno e illimitato accesso di aiuti umanitari nella Striscia (v., ad esempio, Segretario generale, dichiarazione del 30 ottobre 2023, secondo cui «The level of humanitarian assistance that has been allowed into Gaza up to this point is completely inadequate. I reiterate my call for an immediate humanitarian ceasefire & for unimpeded access to be granted, consistently, safely and to scale»). Ha destato particolare indignazione la situazione delle centinaia di camion contenenti aiuti umanitari ammassati al confine tra l'Egitto e la Striscia nei pressi di Rafah, il cui passaggio è stato in vario modo impedito, ritardato o ostacolato dalle autorità israeliane. Sul punto, v. la pregevole infografica di L. RODGERS, D. CLARK, I. DE LA TORRE ARENAS, J. TAUSCHINSKI, J. WILLIAMS, *Tonnes of food is stuck on Gaza's border while the enclave nears famine*, in *Financial Times*, 9 aprile 2024, <https://ig.ft.com/gaza-aid/>.

⁷⁰ In questo senso, v. Y. S. KHAN, *The Directive to Evacuate Northern Gaza: Advance Warning or Forced Displacement?*, in *Just Security*, 19 ottobre 2023 e l'inusuale forte presa di posizione del Comitato internazionale della Croce Rossa, comunicato stampa del 13 ottobre 2023, secondo cui: «The instructions issued by the Israeli authorities for the population of Gaza City to immediately leave their homes, coupled with the complete siege explicitly denying them food, water and electricity, are not compatible with international humanitarian law». In senso contrario, a sostegno della conformità al diritto internazionale degli ordini di evacuazione, v. M. N. SCHMITT, *The Evacuation of Northern Gaza: Practical and Legal Aspects*, in *Articles of War*, 15 ottobre 2023 e R.-L. LAUTERBACH, *A "Complete Siege" of Gaza in Accordance with International Humanitarian Law*, in *Articles of War*, 16 ottobre

senziali alla sopravvivenza dei civili, incluso impedendo o limitando intenzionalmente il pieno e libero accesso all'arrivo e alla distribuzione di aiuti umanitari, peraltro in patente contravvenzione alle indicazioni cautelari della CIG⁷¹, potrebbe integrare – come ipotizzato anche dal procuratore – il crimine di guerra che consiste nel provocare intenzionalmente la morte per fame dei civili (*starvation*) di cui all'art. 8(2)(b)(xxv) dello Statuto⁷². L'allarme per la disastrosa situazione di malnutrizione e per l'imminente rischio di carestia indotta da una parte considerevole della popolazione civile di Gaza, ed in particolare delle fasce più fragili come bambini, anziani e malati, è stato lanciato da varie agenzie internazionali ed è ampiamente documentato⁷³.

Queste condotte, peraltro, verificata la sussistenza del relativo elemento di contesto, possono essere anche valutate dall'angolo visuale dei crimini contro l'umanità di cui all'art. 7(1)(a) (omicidio), (b) (sterminio), (d) (deportazione e trasferimento forzoso di popolazione), (f) (tortura), (h) (persecuzione), (k) (altri atti inumani).

Con lo sviluppo degli eventi bellici in senso sempre più distruttivo per la vita e i beni civili a Gaza, numerosi commentatori hanno iniziato ad avvertire circa il rischio che la situazione degenerasse in un vero e proprio

2023. Queste posizioni non convincono in quanto appaiono fondate su una ricostruzione astratta, formalistica e decontestualizzata delle istruzioni di evacuazione, che non tiene adeguatamente conto della situazione concreta dei civili nella Striscia.

⁷¹ CIG, ordinanza sulle misure cautelari del 26 gennaio 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, par. 86 (punto 4 del dispositivo), in cui la Corte ha statuito che «The State of Israel shall take immediate and effective measures to enable the provision of urgently needed basic services and humanitarian assistance to address the adverse conditions of life faced by Palestinians in the Gaza Strip». Anche il giudice *ad hoc* israeliano Ahraon Barak, poi dimessosi dall'incarico nel giugno 2024 per asserite ragioni personali, ha votato a favore di questa misura.

⁷² Sul punto, v. l'analisi di T. DANNENBAUM, *The Siege of Gaza and the Starvation War Crime*, in *Just Security*, 11 ottobre 2023, che intravedeva questa eventualità fin dalle fasi iniziali del conflitto. Più di recente, la commissione del crimine di *starvation* è stata ipotizzata dall'Altro commissario ONU per i diritti umani Volker Türk, *Comment by UN High Commissioner for Human Rights Volker Türk on the risk of famine in Gaza* del 19 marzo 2024.

⁷³ V., ad esempio, la presa di posizione del Comitato delle Nazioni Unite per i diritti del fanciullo, *Gaza: Halt the war to save children from dying of imminent famine*, *UN Committee warns* del 21 marzo 2024, in cui si riferisce la notizia di numerosi fanciulli morti a Gaza per grave malnutrizione e disidratazione. Nello stesso senso, v. UNICEF, *Acute malnutrition has doubled in one month in the north of Gaza strip: UNICEF*, comunicato stampa del 15 marzo 2024.

genocidio, secondo alcuni ormai effettivamente in atto⁷⁴. Ciò anche in connessione alla virulenta retorica di de-umanizzazione dei palestinesi diffusasi nel discorso politico e mediatico israeliano, che ha accompagnato la campagna militare⁷⁵. Questo dibattito è stato radicalmente inciso dalla decisione del Sudafrica di instaurare una controversia – corredata dalla richiesta di misure provvisorie – davanti alla CIG per la presunta violazione da parte di Israele degli obblighi derivanti dalla Convenzione per la prevenzione e repressione del genocidio, sulla scia della recente prassi di cause instaurate sulla base dell'art. IX della Convenzione per l'attuazione di obblighi *erga omnes partes*⁷⁶. Il procedimento in questione, come si dirà appresso, ha già condotto alla pronuncia di tre ordinanze cautelari dirette ad Israele, e potrà avere importanti riflessi sui procedimenti penali davanti alla CPI. Se inizialmente sembrava lecito attendersi che il procuratore

⁷⁴ Per le prime prese di posizione in questo senso da parte degli studiosi, si veda R. SEGAL, *A Textbook Case of Genocide*, in *Jewish Currents*, 13 ottobre 2023 e l'appello a firma di un folto gruppo di studiosi, *Public Statement: Scholars Warn of Potential Genocide in Gaza* del 15 ottobre 2023 (il cui testo è consultabile al sito www.twailr.com). Non sono mancate prese di posizione ufficiali a livello internazionale, quale quella di alcuni Relatori speciali ONU per i diritti umani, *Gaza: UN experts decry bombing of hospitals and schools as crimes against humanity, call for prevention of genocide*, dichiarazione congiunta del 19 ottobre 2023, e della Relatrice speciale per la situazione dei diritti umani nel Territorio Palestinese occupato dal 1975 Francesca Albanese, *Report. Anatomy of a Genocide*, UN Doc. A/HRC/55/73 del 25 marzo 2024.

⁷⁵ Per una raccolta di queste dichiarazioni, si vedano i materiali consultabili sul sito dell'organizzazione Law for Palestine (www.law4palestine.org). Alcune delle dichiarazioni in parola, su cui molto ha insistito anche la difesa sudafricana negli atti introduttivi del giudizio davanti alla CIG, sembrano idonee ad integrare la fattispecie di incitamento diretto e pubblico a commettere genocidio di cui all'art. III(c) della Convenzione delle Nazioni Unite sulla prevenzione e repressione del genocidio, testualmente ripreso, nel campo della responsabilità penale individuale, dall'art. 25(3)(e) dello Statuto di Roma.

⁷⁶ CIG, ricorso e istanza cautelare del Gambia dell'11 novembre 2019, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, par. 15, 20, 123-124, 127. Nella decisione sulle misure cautelari in questo caso la Corte ha confermato la legittimazione ad agire per la tutela di obblighi *erga omnes partes* in capo a tutti gli Stati Parte alla Convenzione (v. CIG, ordinanza sulle misure cautelari del 23 gennaio 2020, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, par. 41). Sulla stessa base sono state istituite le controversie relative all'applicazione della Convenzione sul genocidio tra Sudafrica e Israele e quella tra Nicaragua e Germania, nonché una controversia relativa all'applicazione della Convenzione contro la tortura (v. CIG, ricorso congiunto del Canada e dei Paesi Bassi dell'8 giugno 2023, *Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Canada and the Netherlands v. Syrian Arab Republic)*, par. 7). La possibilità di ricorrere alla CIG era stata analizzata, prima dell'azione sudafricana, da S. DARCY, *The World Court and the Spectre of Genocide: The ICC is not the only Hague court with jurisdiction over Gaza*, in *Justice in Conflict*, 16 ottobre 2023.

della CPI potesse concentrarsi prevalentemente sulle responsabilità per crimini di guerra e crimini contro l'umanità, di fronte agli sviluppi più recenti non si può escludere che egli intenda approcciare parte delle condotte rilevanti sotto l'angolo visuale della fattispecie di genocidio e di quella, autonoma e costruita come reato di mera condotta, di incitamento diretto e pubblico a commettere genocidio. In questo contesto, così come per il caso della responsabilità statale, viene soprattutto in considerazione il problema dell'individuazione e della prova dell'oneroso requisito soggettivo richiesto dall'art. 6 dello Statuto di Roma, ossia l'intento specifico di distruggere in tutto o in parte il gruppo protetto (in questo caso i palestinesi come distinto gruppo etnico e nazionale, di cui i palestinesi di Gaza costituiscono una parte consistente)⁷⁷. Sotto il profilo materiale, come peraltro sostenuto e documentato dal Sudafrica nell'atto introduttivo nel giudizio davanti alla CIG e con forza alle udienze sulle misure provvisorie, alcune delle condotte poste in essere da membri delle forze armate israeliane e della leadership politico-militare del Paese potrebbero essere suscettive sotto gli atti tipici di cui all'art. 6, lettera (a) («uccidere membri del gruppo»); (b) («causare acute sofferenze fisiche o pregiudizio psichico ai membri del gruppo»); (c) («infliggere intenzionalmente condizioni di vita calcolate per provocare la distruzione fisica di tutto o parte del gruppo»); (d) («imporre misure intese a prevenire le nascite all'interno del gruppo»)⁷⁸. In particolare, il complesso delle condotte israeliane che ha portato in concreto alla distruzione di interi ambiti della vita civile a Gaza (si pensi al collasso della sanità, dell'istruzione e di altri basilari servizi essenziali)⁷⁹, ad una situazione di insicurezza e deprivazione alimentare – anche e

⁷⁷ La CIG ha nelle sue ordinanze cautelari confermato che i palestinesi costituiscono un gruppo protetto ai sensi della Convenzione sul genocidio (v., ad esempio, CIG, ordinanza sulle misure cautelari del 26 gennaio 2024, par. 45). In relazione all'elemento soggettivo, e in senso favorevole alla possibilità di provare in giudizio l'intento specifico richiesto sulla base delle attuali risultanze fattuali, v. J. B. QUINGLEY, *Legal Standard for Genocide Intent: An Uphill Climb for Israel in Gaza Suit*, in *EJIL:Talk!*, 14 marzo 2024; R. M. ESSAWY, *The Attainability of the Evidentiary Standard for Genocidal Intent in Gaza*, in *EJIL:Talk!*, 3 maggio 2024; N. SULTANY, *A Threshold Crossed: On Genocidal Intent and the Duty to Prevent Genocide in Palestine*, in *Journal of Genocide Research*, 2024, p. 1 ss. In senso contrario, A. COHEN, Y. SHANY, *Selective Use of Facts and the Gaza Genocide Debate*, in *Just Security*, 2 gennaio 2024.

⁷⁸ CIG, ricorso e istanza cautelare del Sudafrica del 29 dicembre 2023, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, parr. 55-94, 95-100.

⁷⁹ Si veda, sebbene riferito prevalentemente alla situazione umanitaria dell'area di Rafah, Médecins sans Frontières, *Gaza's silent killings: The destruction of the healthcare system in Rafah*, rapporto 29 aprile 2024, www.msf.org.

soprattutto infantile – definita come «catastrofica» e la più grave al mondo dagli organismi internazionali⁸⁰, e ad un aumentato rischio di mortalità connesso alla diffusione di focolai di malattie infettive, sembra potenzialmente idoneo ad integrare l'*actus reus* di cui alla lettera (c) dell'art. 6 dello Statuto.

Ai profili sin qui esaminati relativamente alla situazione di Gaza si dovrebbero poi aggiungere quelli riguardanti le condotte poste in essere in altre zone del Territorio occupato, in particolare la Cisgiordania, dove dopo il 7 ottobre 2023 si sono moltiplicati gli episodi di violenza a danno dei palestinesi⁸¹.

A proposito del complesso della situazione che abbraccia tanto Gaza, quanto – a maggior ragione e vista lontananza dal teatro principale del conflitto – la Cisgiordania, è anche stata evocata la fattispecie di punizioni collettive, ossia azioni a carattere punitivo inflitte indistintamente a tutti o a molti membri di una determinata collettività, a fronte di atti presumibilmente criminosi dei quali alcuni soltanto o nessuno di essi portano la responsabilità. Si tratterebbe, in sostanza, di una punizione inflitta con l'intento specifico di colpire la comunità palestinese nel suo complesso sulla scorta di una ingiustificata completa identificazione tra questa e i responsabili degli attacchi del 7 ottobre o comunque dei membri di Hamas. Condotte di questo tipo sono certamente contrarie al diritto internazionale umanitario e costituiscono crimini di guerra secondo gli Statuti di alcuni tribunali internazionali (zzati) e, secondo la giurisprudenza, anche in base al diritto consuetudinario⁸². Ciò nonostante, la fattispecie di *collective punishment* non è stata espressamente tipizzata dallo Statuto di Roma⁸³.

⁸⁰ Per un quadro complessivo sulla situazione della insicurezza alimentare nella Striscia, si veda Integrated Food Security Phase Classification (IPC), *Gaza Strip: Famine is imminent as 1.1 million people, half of Gaza*, rapporto del 18 marzo 2024, www.ipcinfo.org.

⁸¹ Dall'inizio dell'attuale fase del conflitto si sono moltiplicati gli episodi di violenza, ad esempio, in Cisgiordania. Si veda sul punto il rapporto dell'Alto commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Israeli settlements in the Occupied Palestinian Territory*, UN Doc. A/HRC/55/72 del 1 febbraio 2024, par. 16 ss.

⁸² Si vedano l'art. 4 dello Statuto del Tribunale penale internazionale per il Rwanda e l'art. 3 dello Statuto della Corte speciale per il Sierra Leone. Per una applicazione giurisprudenziale della fattispecie, v. Corte speciale per il Sierra Leone, Camera di appello, sentenza del 28 maggio 2008, caso n. SCSL-04-14-A, CDF, parr. 223-224.

⁸³ Sulle ragioni di questa lacuna normativa, con ampi riferimenti al processo negoziale dello Statuto di Roma, v. S. DARCY, *Prosecuting the War Crime of Collective Punishment: Is it Time to Amend the Rome Statute?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010, p. 29 ss.; K. J. HELLER, *A Short History of the War Crime of Collective Punishment*, in *Opinio Juris*, 24 ottobre 2023.

Pertanto, eventuali condotte in astratto sussumibili sotto l'ombrello delle punizioni collettive potrebbero essere perseguite alla CPI solo riconducendole ad altre fattispecie nell'ambito dei crimini di guerra o dei crimini contro l'umanità quali, ad esempio, tortura, oltraggio alla dignità personale, gravi forme di privazione della libertà personale, trasferimento forzato di persone, o persecuzione. Il procuratore, nelle sue dichiarazioni relative alle richieste di mandati d'arresto, ha ritenuto che le condotte riportabili alle fattispecie di crimini contro l'umanità e crimini di guerra siano state poste in essere in attuazione di un *common plan* rivolto, tra l'altro, a «punire collettivamente la popolazione di Gaza».

4. La possibile influenza delle controversie instaurate davanti alla CIG sui procedimenti alla CPI

Si è già accennato al fatto che il procedimento instaurato dal Sudafrica davanti alla CIG sulla base dell'art. IX della Convenzione sul genocidio potrà avere significativi effetti sullo sviluppo dei procedimenti alla CPI. Ciò sotto almeno due profili. Da un lato, la decisione sulle misure provvisorie del 26 gennaio 2024, pur sulla base dello standard probatorio poco esigente proprio della fase cautelare, ha stabilito che i diritti vantati e i fatti dedotti in giudizio dallo Stato ricorrente sono almeno plausibili. Inoltre, è apparso subito chiaro che la condotta israeliana successiva alla prima ordinanza cautelare della CIG sia stata largamente incompatibile con l'obbligo di rispettare e attuare le misure provvisorie indicate. Ciò ha spinto il Sudafrica a chiedere in altre due occasioni, sul presupposto di un ulteriore aggravamento della situazione, la modifica delle precedenti misure e l'indicazione di nuove e più incisive misure cautelari alla CIG⁸⁴. Su queste

⁸⁴ Vedi CIG, istanza del Sudafrica per l'indicazione di nuove misure cautelari del 6 marzo 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*; CIG, istanza del Sudafrica per la modifica e l'indicazione di nuove misure cautelari del 10 maggio 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*; CIG, ordinanza cautelare del 28 marzo 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*; CIG, ordinanza cautelare del 24 maggio 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*. Nella prima delle citate decisioni, la CIG, pur non accedendo alla richiesta del Sudafrica di ordinare a Israele un cessate il fuoco, ha riconosciuto l'aggravamento della situazione umanitaria, ordinando a Israele «To take all necessary and effective measures to ensure, without delay, in full co-operation with the United Nations, the unhindered provision at scale by all concerned of urgently needed basic services and humanitarian assistance, in-

basi, il procuratore della CPI potrebbe essere incentivato ad approfondire la configurabilità di atti di genocidio sul terreno della responsabilità penale individuale, potendo anche contare sull'ampia e meticolosa attività di ricostruzione fattuale contenuta nel ricorso sudafricano e negli atti di intervento già annunciati da alcuni Stati⁸⁵, cui si dovrà aggiungere quella condotta autonomamente dal suo ufficio. L'ordinanza cautelare del 24 maggio 2024, oltre a riconfermare le misure già dettate nelle precedenti ordinanze, ha ingiunto a Israele – sebbene attraverso una clausola dispositiva dalla formulazione non molto felice – la sospensione dell'offensiva militare e di ogni altra azione su Rafah idonee a infliggere ai palestinesi di Gaza condizioni di vita tali da causarne la distruzione fisica, sulla scorta di un ulteriore peggioramento delle condizioni di vita dei civili coinvolti. Queste valutazioni, insieme al comportamento successivo di Israele, che ha sostanzialmente disatteso le misure cautelari indicate, possono senz'altro assumere rilievo nella ricostruzione delle responsabilità penali individuali della leadership politico-militare israeliana per alcune delle fattispecie sopra esaminate. Ciò vale, in particolare, per la *starvation* come crimine di guerra, nonché per l'omicidio e lo sterminio come crimini con-

cluding food, water, electricity, fuel, shelter, clothing, hygiene and sanitation requirements, as well as medical supplies and medical care to Palestinians throughout Gaza, including by increasing the capacity and number of land crossing points and maintaining them open for as long as necessary». Nella seconda e più recente decisione, la Corte ha invece imposto ad Israele «[To] immediately halt its military offensive, and any other action in the Rafah Governorate, which may inflict on the Palestinian group in Gaza conditions of life that could bring about its physical destruction in whole or in part».

⁸⁵ CIG, richiesta di autorizzazione all'intervento in base all'art. 62 dello Statuto del Nicaragua del 23 febbraio 2024; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*; CIG, dichiarazione di intervento in base all'art. 63(2) dello Statuto della Colombia del 5 aprile 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*; CIG, dichiarazione di intervento in base all'art. 63(2) dello Statuto della Libia del 10 maggio 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*; CIG, dichiarazione di intervento in base all'art. 63(2) dello Statuto del Messico del 24 maggio 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*; CIG, richiesta di autorizzazione all'intervento in base all'art. 62 e dichiarazione di intervento in base all'art. 63 dello Statuto dello Stato di Palestina del 31 maggio 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*; CIG, dichiarazione di intervento in base all'art. 63(2) dello Statuto della Spagna del 28 giugno 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*. Altri Stati, tra cui la Germania e l'Irlanda, hanno annunciato di voler intervenire nel procedimento.

tro l'umanità, realizzati attraverso la privazione dei mezzi elementari di sussistenza e la riduzione alla fame.

Dall'altro lato, la possibile contemporanea pendenza di procedimenti volti all'accertamento di responsabilità statali e penali individuali per genocidio ripropone il complesso problema dei rapporti tra gli accertamenti giudiziari nei due ambiti, nonché del valore che debba assumere un giudicato formatosi in sede di responsabilità statale, sul successivo accertamento in sede penale, o viceversa⁸⁶. A differenza di casi analoghi del passato, come quello riguardante le responsabilità statali e penali individuali per l'eccidio di Srebrenica, in quello in esame non è in dubbio che le condotte di membri delle forze armate nazionali israeliane, ovvero di soggetti in posizione di leadership politico-militare che potrebbero integrare la fattispecie di genocidio, siano attribuibili allo Stato di Israele. Ciò, tuttavia, non esclude l'eventualità di accertamenti non del tutto coincidenti nei due ambiti di responsabilità, in considerazione, in particolare, delle peculiarità dell'accertamento penale, specie in relazione allo standard probatorio e alla prova dell'elemento soggettivo del dolo specifico⁸⁷. Si tratterebbe, in ogni caso, della prima interazione diretta sulla medesima materia controversa tra le due corti. In assenza di regole formali relative alla litispendenza e al rapporto tra *res judicatae* non è facile prevedere l'atteggiamento reciproco dei due organi giudiziari, anche a seconda della priorità temporale degli accertamenti. È comunque del tutto prematuro anticipare i possibili sviluppi dei due procedimenti, che richiederanno quasi certamente anni per poter giungere a un accertamento di merito sulle condotte potenzialmente costituenti genocidio.

⁸⁶ Come noto, questa delicata questione è già posta in passato in relazione alla fattispecie di genocidio, in merito al rapporto tra l'accertamento di responsabilità penali davanti al Tribunale penale internazionale per la ex-Jugoslavia e l'accertamento di responsabilità statali davanti alla CIG, in relazione all'eccidio di Srebrenica. Sul punto, v. R. HAMILTON, R. J. GOLDSTONE, *Bosnia v. Serbia: Lessons from the Encounter of the International Court of Justice with the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Leiden Journal of International Law*, 2008, p. 95 ss.

⁸⁷ Su questi aspetti, v. E. A. ROSSI, *L'indagine della procura della Corte penale internazionale sulla situazione in Palestina. Quale scenario dopo l'ordinanza sulle misure provvisorie della Corte internazionale di giustizia?*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2024, p. 163 ss.

5. Prospettive future: un test cruciale per la credibilità della giustizia penale internazionale

Le considerazioni fin qui svolte si riferiscono soltanto al quadro emerso a seguito dei più recenti avvenimenti e non esauriscono certo le condotte sulle quali il procuratore della CPI è abilitato ad indagare, che si estendono a tutti i crimini da chiunque commessi nel Territorio Palestinese a partire dal giugno 2014. Si tratta ora di capire quali siano le prospettive future dell'indagine sul complesso di tali vicende e gli effetti di un avanzamento dei procedimenti sul comportamento dei soggetti più direttamente coinvolti, nonché degli Stati terzi.

A questo proposito, la posizione della Palestina è giuridicamente ben diversa da quella dello Stato di Israele. Soltanto la Palestina, infatti, è uno Stato Parte allo Statuto di Roma e ha liberamente assunto gli obblighi di cooperazione con la Corte che discendono dal Capo 9 dello Statuto. Ciò significa che laddove la Corte dovesse accedere alle richieste di mandato d'arresto del procuratore, le autorità palestinesi avrebbero l'obbligo di cooperare con la Corte, fornendo tra l'altro l'accesso al territorio per svolgere attività investigativa e raccogliere elementi di prova, nonché dando attuazione a tutti i suoi provvedimenti, inclusi i mandati d'arresto. Non può sfuggire che con riferimento a Gaza le autorità palestinesi, al di là della frattura politica tra quelle dotate di effettività nella Striscia e nel resto del Territorio Palestinese, sarebbero quasi certamente nell'impossibilità materiale di cooperare con la Corte quanto all'accesso al territorio, poiché questo è totalmente controllato dallo Stato di Israele, che limita fortemente o nega l'ingresso a Gaza anche a rappresentanti e funzionari di organizzazioni internazionali⁸⁸. Naturalmente, nulla di tutto questo vale per lo Stato di Israele, che non è parte allo Statuto e non è tenuto a cooperare

⁸⁸ Ad esempio, Israele ha più volte negato l'accesso a Gaza alla relatrice speciale per il Territorio occupato Francesca Albanese (v. Relatrice speciale per la situazione dei diritti umani nel Territorio Palestinese occupato dal 1975, *Testimonies from the Occupied Palestinian Territory show new depths of Israel's atrocities: UN expert*, dichiarazione del 25 aprile 2024), e ha in talune circostanze impedito a funzionari del World Food Program di avere accesso ai depositi dell'agenzia presso Rafah (World Food Program, *Gaza updates: WFP responds to hunger crisis as Rafah incursion cuts access to warehouse*, comunicato stampa del 17 maggio 2024). La stessa CIG, nell'ordinanza del 24 maggio 2024, ha rilevato tali comportamenti e ha ordinato ad Israele «[To] Take effective measures to ensure the unimpeded access to the Gaza Strip of any commission of inquiry, fact-finding mission or other investigative body mandated by competent organs of the United Nations to investigate allegations of genocide» (v. CIG, ordinanza cautelare del 24 maggio 2024, par. 57).

con la Corte. Nonostante le pressioni dei familiari delle vittime, alcuni dei quali hanno inviato una comunicazione individuale al procuratore in base all'art. 15 dello Statuto chiedendo che sia fatta piena luce sugli eventi e le responsabilità per i fatti del 7 ottobre⁸⁹, sembra del tutto improbabile che lo Stato ebraico intenda collaborare con la Corte, anche limitatamente al filone di indagine che riguarda le responsabilità di membri di Hamas e di altri gruppi armati palestinesi.

Anche per quanto riguarda l'atteggiamento degli altri Stati rispetto alle attività del procuratore, occorre distinguere tra Stati Parte allo Statuto e Stati terzi. Questi ultimi, sebbene non abbiano alcun obbligo di cooperazione con la Corte, possono comunque decidere di fornire supporto alle attività dei suoi organi su base volontaria, ad esempio condividendo documenti o materiale di potenziale rilevanza probatoria. Ciò hanno fatto, pur con grande prudenza e non senza ambiguità, gli USA rispetto all'indagine nella situazione ucraina, sulla base di valutazioni eminentemente politiche⁹⁰. Quanto invece agli Stati Parte allo Statuto, questi sono senz'altro tenuti a cooperare con la Corte e ad eseguirne i provvedimenti. Sarebbe, peraltro, auspicabile che questi Stati manifestassero senza ambiguità il proprio pieno sostegno all'indagine del procuratore volta far luce su tutte le responsabilità e i crimini da chiunque commessi nella situazione palestinese, eventualmente stimolandola e fornendo ulteriore legittimazione alle attività della procura attraverso atti formali di *referral*, anche a carattere multilaterale, come già accaduto nella situazione ucraina⁹¹. Si

⁸⁹ Le c.d. *art. 15 communications* non vanno confuse con gli atti formali di *referral*, che soltanto gli Stati possono inviare al procuratore. Esse sono mere comunicazioni individuali tramite le quali singoli soggetti, gruppi di persone o organizzazioni segnalano all'ufficio la possibile commissione di crimini di competenza della Corte.

⁹⁰ Nel caso dell'indagine sull'Ucraina, gli USA hanno mostrato un atteggiamento di prudente collaborazione. Sul tema, si vedano gli interventi pubblicati dai blog *Articles of War* e *Just Security* nell'ambito di un symposium sui rapporti tra Stati Uniti e CPI (www.justsecurity.org). Nel caso dell'indagine sulla Palestina, tuttavia, la chiusura dell'amministrazione USA sembra completa, in ragione del quasi sicuro coinvolgimento di esponenti di spicco della leadership israeliana. Vi è anche stata un'iniziativa di alcuni senatori che in una lettera hanno minacciato di sanzioni la Corte e il procuratore nel caso questi intenda chiedere mandati d'arresto nei confronti della leadership politico-militare israeliana. Si veda la lettera di 12 senatori repubblicani al procuratore del 24 aprile 2024 (reperibile all'indirizzo www.politico.com).

⁹¹ In ogni caso, ulteriori atti di *referral* non sono necessari sul piano procedurale per il prosieguo dell'indagine. Non si può mancare di osservare come l'atteggiamento di molti Stati, soprattutto europei, rispetto al sostegno alle attività della Corte nella situazione palestinese-

pone poi lo spinoso tema dell'esecuzione dei mandati d'arresto che potrebbero essere emanati all'indirizzo di cittadini di Stati terzi, soprattutto per coloro che ricoprono posizioni apicali nella struttura politico-militare di un Paese tradizionalmente alleato della compagine occidentale e che, come il primo ministro israeliano, sono titolari in base al diritto internazionale consuetudinario di immunità personale. La questione, al di là degli ovvi risvolti politici, potrebbe sollevare problemi pratici in sede di esecuzione in conseguenza dell'invocazione, da parte dello Stato cui sia richiesta la cooperazione e la consegna di un indagato, dell'art. 98 dello Statuto.

In un quadro così complesso e politicamente sensibile, anche dal punto di vista della percezione di legittimità e imparzialità della Corte, il procuratore è chiamato a compiere scelte molto delicate su come condurre l'indagine e come scandirne i tempi, su quali episodi e su quali soggetti concentrare l'attenzione, nonché su come ricercare la cooperazione degli Stati. Sul piano pratico la situazione sul campo rende difficile pianificare efficacemente le attività di indagine e di raccolta di elementi di prova, così come ottenere assistenza nell'esecuzione di provvedimenti della Corte e la presenza di eventuali imputati all'Aia. Inoltre, è forte il rischio di esposizione della Corte a tentativi incrociati di delegittimazione (quando non ad atteggiamenti di aperta ostilità) e alla percezione di applicare *double standards* a cavallo di diverse situazioni. In questo senso, va sottolineata l'importanza della strategia comunicativa del procuratore e delle dichiarazioni che questi indirizza sia alle parti al conflitto, sia alla comunità internazionale nel suo complesso. In ogni caso, considerata l'abbondanza di elementi di conoscenza relativi almeno ad una parte degli episodi presumibilmente criminosi, nonché l'imminenza di ulteriori conseguenze distruttive del conflitto (si pensi alle operazioni militari su Rafah e al rischio di una devastante carestia indotta a danno della popolazione civile palestinese), è da salutare con favore il cambio di passo nella conduzione dell'indagine da parte del procuratore, con la richiesta dei primi mandati d'arresto. Dall'esame delle fattispecie indicate nella richiesta – tenuto conto che il testo completo di questa rimane confidenziale – sembra emergere l'intenzione del procuratore di dare per il momento la precedenza agli incidenti più macroscopici e, soprattutto, di più agevole prova. Questo lavoro iniziale dovrebbe costituire la base per lo sviluppo di ulteriori linee di

se appaia eccessivamente prudente, soprattutto se confrontato con quello tenuto rispetto ad altre situazioni sotto indagine.

indagine, specie in relazione a crimini spesso sottorappresentati nei processi penali internazionali, come quelli a danno di gruppi o beni particolarmente vulnerabili (si pensi ai fanciulli, oppure a persone, beni e luoghi dedicati ad attività umanitarie). Soltanto l'adozione di una coerente strategia incrementale volta al perseguimento di un campione rappresentativo di tutte le forme di criminalità verificatesi nel corso del conflitto può efficacemente dissipare le critiche da più parti mosse all'operato del procuratore, anche alla luce di un confronto con altre situazioni che hanno attratto particolare attenzione negli ultimi mesi⁹².

Non vi è dubbio che rispetto alla situazione in Palestina la Corte si trovi di fronte ad uno snodo decisivo per il suo futuro e per la stessa sopravvivenza del progetto di una credibile giustizia penale internazionale. Di fronte alla sofferenza delle vittime, la possibilità di conseguire un seppur circoscritto accertamento indipendente dei fatti e delle responsabilità penali individuali rappresenta un obiettivo minimo di civiltà giuridica e di speranza in un clima di generale pessimismo sull'effettività di alcuni dei più basilari precetti del diritto internazionale, specie quando calati nell'agone di conflitti percepiti come esistenziali da interi popoli. Nello stesso solco si colloca l'iniziativa sudafricana alla CIG, che ha il merito storico di aver aperto una poderosa linea di faglia negli equilibri geopolitici tra Nord e Sud Globale sottesi all'ordinamento giuridico internazionale, facendone emergere in modo spettacolare le contraddizioni strutturali⁹³.

Queste osservazioni non possono prescindere dalla piena consapevolezza dei limiti intrinseci della capacità deterrente della giustizia penale internazionale⁹⁴ e, più in generale, dal fatto che «non è il diritto interna-

⁹² Sulla questione dell'applicazione di doppi standard, si vedano le critiche rivolte all'operato del procuratore, antecedentemente alle richieste di mandato d'arresto del maggio 2024, da T. MARINIELLO, *The ICC Prosecutor's Double Standards in the Time of an Unfolding Genocide*, in *Opinio Juris*, 3 gennaio 2024 e la risposta di K. J. HELLER, *A Response to Mariniello About the Palestine Investigation*, in *Opinio Juris*, 4 gennaio 2024. Più in generale su questo tema, si veda anche P. LABUDA, *Beyond rhetoric: Interrogating the Eurocentric critique of international criminal law's selectivity in the wake of the 2022 Ukraine invasion*, in *Leiden Journal of International Law*, 2023, p. 1095 ss.

⁹³ Sottolinea con forza questa cesura storica M. AL-ATTAR, *At World's End: Palestine, the ICJ, and a New Dawn in International Law*, in *Opinio Juris*, 9 gennaio 2024. Sull'importanza strategica della questione palestinese e della sua giurisdizionalizzazione per il Sud globale, v. M. JAMSHIDI, *Genocide and Resistance in Palestine under Law's Shadow*, in *Journal of Genocide Research*, 2024, p. 33-35, che inquadra questi sviluppi giuridici come parte di un «broader political effort to reclaim international law for all the people of the Global South».

⁹⁴ In tema di funzione preventiva e deterrente del diritto internazionale penale, v. I. TALLGREN, *The Sensibility and Sense of International Criminal Law*, in *European Journal of Inter-*

zionale che può consegnarci da solo la soluzione della questione israelo-palestinese. Il diritto è semmai uno strumento per guidare le condotte degli attori. Se questi scelgono di ignorare le soluzioni giuridiche, ne conservano almeno la responsabilità giuridica e morale che non può essere scriminata dal “fallimento del diritto internazionale”⁹⁵. Come ha eloquentemente affermato Philippe Sands, parlando in rappresentanza della Palestina all’udienza davanti alla CIG nel procedimento consultivo sulle conseguenze giuridiche dell’occupazione israeliana del Territorio Palestinese: «No one (...) is starry-eyed about international law, but it is what we have»⁹⁶.

È compito ineludibile degli Stati, delle corti internazionali e dei giuristi contribuire alla messa in opera dei rimedi giuridici concretamente percorribili e che costituiscono la condizione necessaria, seppur manifestamente insufficiente, per riattivare un percorso di ripristino della legalità internazionale nella situazione israelo-palestinese.

national Law, 2002, p. 569 ss., che si esprime in senso fortemente scettico sulla consistenza empirica della funzione deterrente del diritto internazionale penale; C. JENKS, G. ACQUAVIVA; *Debate: The role of international criminal justice in fostering compliance with international humanitarian law*, in *International Review of the Red Cross*, 2014, p. 775 ss.

⁹⁵ Così M. PERTILE, *Si può davvero essere pazienti con il diritto internazionale? Una recensione al film “Broken – A Palestinian Journey through international law”*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2021, p. 493.

⁹⁶ CIG, resoconto stenografico dell’udienza del 19 febbraio 2024, *Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, p. 94-95.

Sezione II

Politiche migratorie e nuovi strumenti giuridici: analisi e criticità

L'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati in Italia e il diritto internazionale: dalla legge Zampa alle recenti novità promosse dal Governo

DANIELE MANDRIOLI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Breve panoramica sulle esistenti tecniche di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati. – 3. Diritto internazionale e accertamento dell'età: il principio dei *best interests of the child* e le considerazioni del Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. – 4. Il previgente quadro normativo nazionale sull'accertamento dell'età. – 5. Il contenuto della nuova disciplina introdotta dal Governo. – 6. Analisi della riforma alla luce del diritto internazionale. – 7. Conclusioni.

ABSTRACT: Il presente lavoro analizza, sotto un profilo giuridico internazionale, le recenti novità legislative in tema di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati previste dal d. l. n. 133 del 2023, successivamente convertito nella legge n. 176 del 2023. L'intervento del Governo italiano, promosso al fine di fronteggiare una situazione di emergenza nella gestione dei flussi migratori, introduce una serie di rilevanti novità che destano non poche perplessità con riferimento alla loro ottemperanza rispetto a quanto previsto dal diritto internazionale. Al netto di brevi considerazioni introduttive, il lavoro esordisce descrivendo le tecniche di accertamento dell'età utilizzate in epoca contemporanea, soffermandosi in particolare sulla loro rilevanza da un punto di vista giuridico nazionale, europeo e internazionale. Le seguenti pagine sono dedicate all'analisi del quadro normativo in materia vigente in Italia prima della suddetta riforma. La disciplina recentemente introdotta dal Governo verrà successivamente descritta, riservando, invece, alle ultime due sezioni dello scritto il compito di analizzare criticamente tale intervento sotto un profilo giuridico-

* Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Milano Statale, daniele.mandrioli@unimi.it. Il lavoro rientra nel progetto "Integrazione di minori stranieri non accompagnati", all'interno del progetto MUSA - Multilayered Urban Sustainability Action, finanziato dall'Unione europea - NextGenerationE, PNRR Missione 4 Componente 2 Linea di investimento 1.5: Creazione e rafforzamento degli "ecosistemi dell'innovazione", costruzione di "leader territoriali di R&S".

internazionale, e, infine, di riportare alcune considerazioni conclusive del lavoro svolto.

PAROLE CHIAVE: minori stranieri non accompagnati – migrazioni – legge di conversione n. 176 del 2023 – principio dei superiori interessi del minore – accertamento dell'età – Convenzione dei diritti del minore.

1. Introduzione

Nel corso dell'attuale legislatura, uno dei principali ambiti rispetto ai quali il Governo italiano è intervenuto con particolare insistenza ha riguardato la gestione dei flussi migratori e di ciò che ne consegue in termini di prima accoglienza. Si pensi, per esempio, alla promulgazione del d.l. del 10 marzo 2023, n. 20 (c.d. decreto Cutro) in materia di ingresso dei lavoratori stranieri e di contrasto all'immigrazione¹ e, soprattutto, al Protocollo d'intesa raggiunto con l'Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria².

¹ D.l. 10 marzo 2023, n. 20, recante "Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare", convertito nella l. 5 marzo 2023, n. 50. La rilevanza di tale normativa rientra in un contesto ben più vasto, concernente la legittimità internazionale del trattamento dei migranti presso gli *hotspots* sotto il controllo italiano. Sul tema, v. G.N. IMPERLINO, *Il trattamento delle persone detenute negli hotspots italiani nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2024, p. 131 ss.

² Il testo del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria è consultabile sul sito www.esteri.it. Per un commento del documento e per alcune riflessioni sul piano giuridico internazionale, v. F. TAMMONE, *Brevi considerazioni a margine del Protocollo d'intesa tra Italia e Albania in materia di migrazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2023, p. 239 ss. La stipulazione del suddetto accordo, come noto, ha sollevato numerose critiche relative alla sua potenziale illegittimità sia sotto un profilo di diritto dell'Unione europea che di diritto internazionale. *Ex multis*, v. A. DE LEO, *On the Incompatibility of the Italy-Albania Protocol with the EU Asylum Law*, in *SIDIBlog*, 15 novembre 2023, e G. GRATAROLA, *Il disegno di legge di autorizzazione alla ratifica del protocollo Italia-Albania: profili di (in)compatibilità con il diritto dell'Unione europea*, in *SIDIBlog*, 13 febbraio 2024, entrambi disponibili all'indirizzo www.sidiblog.org. Sempre su questo tema, le medesime autrici hanno pubblicato assieme il seguente articolo: G. GRATAROLA, A. DE LEO, *Il Protocollo Italia-Albania e il diritto dell'Unione europea: una relazione complicata*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2024, p. 1. ss. In aggiunta, v. A. SPAGNOLO, *Sulla legittimità del Protocollo Italia-Albania in materia migratoria*, in *SIDIBlog*, 9 novembre 2023, e G. CARELLA, *Procedura di confine e procedura ai confini della realtà nel Protocollo Italia-Albania in materia di migrazione*, in *SIDIBlog*, 17 maggio 2024, entrambi disponibili all'indirizzo www.sidiblog.org.

In questo orizzonte, rientra a pieno titolo anche quanto previsto dal d.l. del 5 ottobre 2023, n. 133³, successivamente convertito nella l. del 1° dicembre del 2023, n. 176⁴. Per mezzo della suddetta riforma, il Governo ha deciso di modificare alcuni aspetti relativi alla regolamentazione dell'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati giunti in Italia a seguito di migrazioni. È proprio alla luce di questa novità che si intende fornire uno sguardo complessivo sulla compatibilità della normativa nazionale in tema di accertamento rispetto a quanto previsto dal diritto internazionale.

Nella gestione del fenomeno migratorio, conoscere l'età degli individui giunti nel Paese di destinazione è un aspetto particolarmente rilevante, date le conseguenze giuridiche che da tale informazione possono derivare. Come noto, un soggetto minorene beneficia di importanti garanzie in tema di prima accoglienza, di non respingimento e di riconoscimento del suo *status* di rifugiato⁵. In caso, dunque, di eventuali incertezze relative alla sua persona, determinarne l'età diviene un presupposto necessario ai fini della corretta applicazione della normativa nazionale e dell'Unione europea.

La materia di cui si intende trattare è, tuttavia, complicata sia da aspetti di carattere fattuale che da questioni prettamente giuridiche. Quanto al primo profilo, è opportuno premettere che l'accertamento dell'età consiste in un'operazione medica dagli esiti particolarmente incerti (par. 2). A complicare ulteriormente il quadro generale, va poi aggiunto che la sua regolamentazione a livello internazionale non è specifi-

³ D. l. 5 ottobre 2023, n. 133, recante "Disposizioni urgenti in materia di immigrazione e protezione internazionale, nonché per il supporto alle politiche di sicurezza e la funzionalità del Ministero dell'interno".

⁴ L. 1° dicembre 2023, n. 173, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 5 ottobre 2023, n. 133.

⁵ A tale riguardo, si rimanda, con riferimento al diritto dell'Unione europea, alle direttive 2005/85/CE (art. 17), 2008/115/CE (artt. 10, 14 e 17), 2013/33/UE (artt. 7 e 25) e 2013/33/UE (artt. 21-24), mentre, nel contesto giuridico nazionale, prevalentemente a quanto disposto dal Testo unico sull'immigrazione (d. lgs. del 25 luglio 1998, n. 286) e dal d. lgs. 18 agosto 2015, n. 142. Dalla lettura congiunta di tali disposizioni, emergono, tra le varie garanzie, il divieto di espulsione dei minori di anni diciotto, il divieto assoluto di non respingimento dei minori non accompagnati, nonché il riconoscimento di importanti tutele, processuali e sostanziali, ai fini della presentazione e del conseguimento della domanda di protezione internazionale.

camente definita e, conseguentemente, la rispettiva prassi statale in materia risulta visibilmente frammentata⁶ (par. 3).

Al netto di tale scenario, lo Stato italiano si è munito di una corposa disciplina ispirata a quei pochi, nonché generali, principi indicati dal diritto internazionale; come verrà riportato al par. 4 dello scritto, il sistema normativo nazionale si fonda principalmente su quanto disposto dalla c.d. legge Zampa, testo dichiaratamente proteso a garantire un'effettiva tutela degli interessi di questa categoria di migranti particolarmente vulnerabili⁷.

All'interno di questa cornice normativa, si inserisce quanto previsto dal recente d.l. del 2023, le cui disposizioni relative all'accertamento dell'età verranno specificamente osservate nel par. 5 del presente lavoro. Come anticipato, le novità introdotte al tessuto normativo previgente sollevano delicate questioni di rilievo giuridico-internazionale, alla cui analisi sono riservate le pagine conclusive della ricerca (par. 6).

2. Breve panoramica sulle esistenti tecniche di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati

Quando ci si riferisce all'operazione dell'accertamento dell'età, si è soliti intendere quell'insieme composito di procedure mediche, psicologiche, ma anche semplicemente investigative, atte a determinare l'età anagrafica di un individuo. Da un punto di vista tecnico, stabilire l'età di una persona è una scienza manifestamente complessa e – soprattutto – non sempre foriera di risultati pienamente affidabili. Ancor prima di fornire un breve sguardo riepilogativo sulle principali tecniche utilizzabili, è opportuno premettere che, al giorno d'oggi, non esiste alcuna procedura in grado di fornire da sola risposte totalmente prive di un margine di errore.

In ambito medico, uno dei più conosciuti metodi volti alla determinazione dell'età consiste nell'osservazione della forma e della dimensione degli elementi ossei e del grado di ossificazione dell'individuo. Una rino-

⁶ Per avere un'idea di quanto la prassi degli Stati, anche all'interno del continente europeo, sia variopinta in tema di accertamento dell'età, si legga il rapporto dello *European Asylum Support Office (EASO)*, *EASO Practical Guide on Age Assessment*, 2018, disponibile all'indirizzo www.euaa.europa.eu. In dottrina, v. H. ABBING, *Age Determination of Unaccompanied Asylum Seeking Minors in the European Union: Health Law Perspective*, in *European Journal of Health Law*, 2011, p. 11 ss., p. 15-19.

⁷ L. 7 aprile 2017, n. 47, recante "Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati".

mata declinazione di tale tecnica consiste nella consultazione del cosiddetto 'atlante di Greulich e Pyle'; trattasi di un vero e proprio 'atlante radiografico' descrittivo dei livelli di maturazione ossea del polso e della mano nel corso della crescita di un essere umano⁸. Per mezzo di tale opera, diviene agevole per qualsiasi operatore medico paragonare il livello di maturazione ossea del paziente con il materiale radiografico ivi raccolto, assumendo così l'età dello stesso per mezzo di una semplice comparazione tra le due lastre.

Al giorno d'oggi, il ricorso esclusivo al qui descritto metodo non è considerato dagli esperti del settore come una procedura soddisfacente, e ciò per almeno due distinti ordini di ragione. Innanzitutto, il 'metodo Greulich e Pyle' presenta un non trascurabile margine di errore, dovuto soprattutto al campione di radiografie catalogate nell'atlante, oramai eccessivamente datato (la prima edizione è del 1950) e, soprattutto, non sufficientemente completo nella sua composizione⁹. In secondo luogo, l'idea di esporre un paziente a raggi ionizzanti, di per sé nocivi, per un fine non squisitamente clinico, ha sollevato un importante dibattito in materia¹⁰.

Nel corso dei decenni successivi, la scienza medica ha affinato le proprie tecniche di rilevazione antropometrica, proponendo soluzioni sempre più accurate. Si pensi, anzitutto, alla cumulativa sottoposizione a raggi X dell'apparato dentale, della spalla e dello sterno del paziente. Più di recente, al fine di limitare il più possibile il ricorso alle radiazioni, sono stati avanzati degli alternativi esami di accertamento medico fondati sul ricorso alla risonanza magnetica su alcune parti del corpo, come ad esempio l'articolazione del ginocchio¹¹. In aggiunta a tali interventi, sono spesso previste ulteriori visite anamnestiche, volte a conoscere la storia clinica e

⁸ W.W. GREULICH, S.I. PYLE, *Radiographic Atlas of Skeletal Development of the Hand and Wrist*, Stanford, 1950.

⁹ L. FRANCESCHETTI *et al.*, *Analysis of Interrater Reliability in Age Assessment of Minors: How Does Expertise Influence the Evaluation?*, in *International Journal of Legal Medicine*, 2021, p. 1 ss.

¹⁰ È stimato che l'errore possa essere anche di due anni; sul punto si rimanda al Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema 'Protezione dei minori migranti non accompagnati in Europa' (parere d'iniziativa), 11 dicembre 2020, 2020/C 429/04, disponibile all'indirizzo www.eur-lex.europa.eu; si veda anche il rapporto del Consiglio europeo per i rifugiati e gli esiliati (European Council on Refugees and Exiles, ECRE), *Age assessment in Europe*, dicembre 2022, www.ecre.org.

¹¹ Attualmente, la Svezia si serve di tale tecnica, assieme alla radiografia dei denti, così come previsto dalla legge sugli stranieri del 2005 (c.d. *Aliens Act*, adottato il 29 Settembre 2005, entrato in vigore il 31 Marzo 2006, disponibile all'indirizzo www.government.se.)

personale del presunto minore, così da integrare quanto rilevato per mezzo delle lastre con informazioni personali sul passato e sullo stile di vita del paziente in cura.

Indipendentemente da quale procedura medica ci si intenda servire ai fini dell'accertamento dell'età del minore, va ribadito che un certo margine di errore del referto debba essere sempre tenuto in considerazione. Difatti, per quanto la scienza della medicina sia visibilmente progredita in tale ambito, ciò non toglie che: «each child has a specific and individual pattern of growth that can vary widely depending on the socio-economical, nutritional, and social status of the child as well as his/her level of physical activity»¹².

In aggiunta all'ineluttabile unicità biologica di qualsiasi persona umana e del suo trascorso di vita, a complicare ulteriormente il quadro va sempre considerato che l'esposizione di un presunto minore a raggi X – procedura frequentemente utilizzata ancora oggi – rimane in ogni caso una pratica invasiva. In breve, l'assenza di un esito pienamente affidabile, unita alla pericolosità intrinseca all'esame principalmente utilizzato, fanno sì che l'accertamento medico non sia sempre una procedura efficace nel tutelare adeguatamente gli interessi del presunto minorenne¹³.

Al fine di mitigare questi aspetti negativi, nel corso degli ultimi decenni si è sempre più percepita l'esigenza di integrare il responso accertativo dato dai rilievi antropometrici con ulteriori indagini – di carattere psicologico, psichiatrico e sociologico – atte a considerare non solo il grado di crescita fisica del minore, ma anche la sua maturità mentale, nonché la sua capacità di inserirsi come membro adulto all'interno di una società. La necessità di rendere maggiormente 'olistica' la procedura di accertamento è oggi una delle principali trame evolutive della disciplina in esame¹⁴. In altri termini: «the most appropriate approach is to use a holistic evaluation, incorporating narrative accounts, physical assessment of puberty and

¹² L. FRANCESCHETTI, *Analysis of Interrater Reliability*, cit., p. 4.

¹³ G. NOLL, *Junk Science? Four Arguments against the Radiological Age Assessment of Unaccompanied Minors Seeking Asylum*, in *International Journal of Refugee Law*, 2016, p. 234.

¹⁴ La dottrina sul punto è sterminata e spazia tra l'analisi giuridica del tema a quella medica fino a quella psicologica e sociologica. *Ex multis*, v. P.J. SAUER et al., *Age Determination in Asylum Seekers: Physicians Should not be Implicated*, in *Journal of Paediatrics and Public Health*, 2016, p. 299 ss.; S. SYPEK et al., *A Holistic Approach to Age Estimation in Refugee Children*, in *Journal of Paediatrics and Public Health*, 2016, p. 614 ss.; A. AYNLEY-GREEN, *Medical, Statistical, Ethical and Human Rights Considerations in the Assessment of Age in Children and Young People Subject to Immigration Control*, in *British Medical Bulletin*, 2012, p. 12 ss.

growth, and cognitive, behavioural and emotional assessments. Such assessments will provide the most useful information on which to plan appropriate management»¹⁵.

Ai sensi di quanto ora brevemente riassunto, in epoca contemporanea l'accertamento dell'età non consiste necessariamente in un'operazione dalla natura esclusivamente medica; al contrario, questo variegato insieme può ricomprendere diversi tipi di interventi, la cui realizzazione congiunta deve ambire a configurare un'attività di indagine *olistica e multidisciplinare*, rispetto alla quale le scienze della medicina, della psicologia e della sociologia sono chiamate a comunicare tra loro al fine di fornire un quadro quanto più completo e affidabile possibile sull'effettivo grado di maturità raggiunta dal presunto minore.

3. Diritto internazionale e accertamento dell'età: il principio dei *best interests of the child* e le considerazioni del Comitato ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza

Se è vero che le operazioni di accertamento dell'età non appena descritte possono rendersi necessarie ai fini di una corretta applicazione del diritto nazionale e dell'Unione europea¹⁶, allo stesso modo può dirsi anche con riferimento al diritto internazionale. Per l'appunto, la condizione di minore età di un individuo determina il sorgere di una serie di specifici obblighi internazionali in capo ai rispettivi Stati. Si pensi, innanzitutto, alle specifiche tutele previste dalla Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (da qui in avanti, anche Convenzione di New York) il cui godimento spetta a tutti gli individui che non hanno ancora compiuto il diciottesimo anno di vita¹⁷. A ciò si aggiungono i diritti sanciti dalla Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori¹⁸, dalla Convenzione

¹⁵ Passaggio tratto dalla presa di posizione ufficiale del Royal College of Paediatrics and Child Health dal titolo *X-Rays and Asylum Seeking Children: Policy Statement*, 19 Novembre 2007, disponibile all'indirizzo www.rcpch.ac.uk.

¹⁶ Si rimanda a quanto già sottolineato nell'introduzione del presente lavoro.

¹⁷ Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989 ed entrata in vigore nel 1990. Ad oggi, ben 196 Stati ne sono parti, tra cui anche l'Italia, che ha ratificato la Convenzione per mezzo della l. 27 maggio 1991, n. 176.

¹⁸ Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori, firmata nel 1996 ed entrata in vigore nel 2000. Ad oggi, 20 Stati ne sono vincolati, tra cui l'Italia, che ha proceduto alla ratifica *ex l.* 20 marzo 2003, n. 77.

di Lanzarote¹⁹, oltre a quanto previsto dalle più generali disposizioni sui diritti umani contenute nel Patto internazionale sui diritti civili e politici²⁰, nel Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali²¹ e, a livello europeo, nella Convenzione europea dei diritti umani²².

Considerando, dunque, l'importanza che l'accertamento dell'età riveste anche in tale ambito, può in effetti sorprendere che al giorno d'oggi non vi sia alcuna norma internazionale, generale o particolare, appositamente dedicata alla sua definizione. L'esistenza di tale lacuna non significa, tuttavia, che il diritto internazionale si disinteressi dell'accertamento dell'età, lasciando gli Stati completamente liberi nel valutare come procedere a tal riguardo.

Per l'appunto, si deve considerare il ruolo ricoperto in questa materia dal principio dei c.d. *best interests of the child*, previsto all'art. 3 della Convenzione di New York, ai sensi del quale le parti sono chiamate a far sì che qualsiasi azione riguardante i soggetti minori debba ispirarsi all'imprescindibile tutela dei loro diritti fondamentali²³. Adottando una simile prospettiva nell'ambito qui considerato, le procedure di accerta-

¹⁹ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento sessuale e dagli abusi sessuali, firmata nel 2007 ed entrata in vigore nel 2010. 48 Stati sono parti di questa Convenzione. L'Italia ha ratificato la Convenzione per mezzo della l. 1° ottobre 2012, n. 172.

²⁰ Patto internazionale sui diritti civili e politici, firmato nel 1966 ed entrato in vigore nel 1976. 173 Stati sono parte del Patto. L'Italia ha provveduto alla ratifica nel 1977, per mezzo della l. 25 ottobre 1977, n. 881. In tema di protezione dei minori, v. l'art. 24 del Patto.

²¹ Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, firmato nel 1966 ed entrato in vigore nel 1976. 171 Stati sono parti del Patto. L'Italia ha ratificato il Patto per mezzo della medesima legge riportata alla nota precedente. In tema di protezione dei diritti dei minori, v. gli artt. 10-12.

²² Convenzione europea dei diritti umani, firmata nel 1950 ed entrata in vigore nel 1953. Attualmente, tutti i 46 Stati del Consiglio d'Europa sono parte della Convenzione, tra cui anche l'Italia, che ne ha dato esecuzione ex art. 2 della l. 4 agosto 1955, n. 848.

²³ Convenzione di New York, art. 3, par. 1: «in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration». Per un'approfondita analisi della disposizione riportata, *ex multis*, v. W. VANDENHOLE, G.E. TURKELLI, S. LAMBRECHTS (eds.), *Children's Rights. A Commentary on the Convention on the Rights of the Child and its Protocols*, Cheltenham/Northampton, 2019, p. 59 ss.; J. POBJOY, *The Best Interests of the Child Principle as an Independent Source of International Protection*, in *International and Comparative Law Journal*, 2015, p. 327 ss. Per una riflessione specificamente dedicata alla declinazione di suddetto principio in caso di migrazioni via mare, v. R. VIRZO, *Il coordinamento di norme di diritto internazionale applicabili allo status dei rifugiati e dei bambini migranti via mare*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 2016, p. 141 ss., p. 151-160.

mento previste dai sistemi giuridici interni dovrebbero sempre essere adottate nei modi e nei tempi più favorevoli per il presunto minorenne.

Per meglio chiarire questa generica considerazione, è di particolare ausilio osservare quanto considerato dal Comitato sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza²⁴, il quale ha avuto modo di declinare il principio della tutela dei superiori interessi del minore in più specifiche raccomandazioni concernenti l'accertamento dell'età. Si pensi, anzitutto, a quanto indicato nel *General Comment* n. 6 del 2005, ove il Comitato non solo ha ribadito l'importanza di accertare il prima possibile l'età dei minori giunti nel Paese di destinazione, ma, soprattutto, ha suggerito alcune precise indicazioni relative alle modalità da adottare:

«such identification measures (...) should not only take into account the physical appearance of the individual, but also his or her psychological maturity. Moreover, the assessment must be conducted in a scientific, safe, child and gender-sensitive and fair manner, avoiding any risk of violation of the physical integrity of the child; giving due respect to human dignity; and, in the event of remaining uncertainty, should accord the individual the benefit of the doubt such that if there is a possibility that the individual is a child, s/he should be treated as such»²⁵.

Più di recente, il Comitato è tornato sull'argomento, specificando che l'accertamento dell'età deve basarsi anzitutto sulle prove documentali fornite dal minore; soltanto nel caso in cui non sia possibile percorrere questa strada meno invasiva, può divenire necessario tutelare i suoi interessi per mezzo di un accertamento olistico e multi-disciplinare, non limitandosi, dunque, a una mera procedura medica²⁶. Sempre con riferimento

²⁴ Come noto, il suddetto Comitato, composto ai sensi di quanto disposto *ex art.* 44 della Convenzione di New York, adempie il triplice ruolo di promozione, protezione e interpretazione del tessuto normativo della Convenzione. Soprattutto con riferimento a quest'ultima funzione, il Comitato svolge un compito fondamentale nel 'tenere aggiornato' il dettato normativo della Convenzione rispetto a nuove sfide contemporanee.

²⁵ Comitato dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, *General Comment no. 6 (2005), Treatment of Unaccompanied and Separated Children outside their Country of Origin*, UN Doc. CRC/GC/2005/6, del 1° settembre 2005.

²⁶ Comitato dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, Comitato sulla protezione dei diritti dei migranti e dei membri delle loro famiglie, *Joint General Comment no. 4 (2017) regarding the Human Rights of Children in the Context of International Migration in Countries of Origin, Transit, Destination and Return*, UN Doc. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, del 16 novembre 2017, p. 2: «to make an informed estimate of age, States should undertake a com-

alle specifiche tecniche da adottare in tale eventualità, il Comitato ha esplicitamente criticato l'esclusivo ricorso al 'metodo di *Greulich e Pyle*', spingendosi ad affermare che: «(...) there is ample information in the file to suggest that this method lacks precision and has a wide margin of error, and is therefore not suitable for use as the sole method for determining the chronological age of a young person who claims to be a minor»²⁷.

Alla luce di quanto ora riportato, la declinazione del principio dei *best interests of the child* in tema di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati rileva sia sull'*an* dell'attivazione della procedura, che sul suo *quomodo*. In altri termini, il diritto internazionale raccomanda agli Stati di determinare l'età anagrafica di un presunto minore *solo se* tale operazione risulta essere concretamente volta alla tutela dei suoi interessi. In una simile circostanza, le tecniche di cui servirsi dovrebbero tradursi in un'attività di indagine quanto più completa e olistica possibile, sempre nel rispetto della dignità e dell'integrità fisica del paziente. Per di più, nel (probabile) caso in cui il responso non estingua completamente il dubbio sulla minore età dell'individuo, egli dovrà comunque essere considerato come tale, beneficiando, dunque, dell'eventuale margine di incertezza dato dall'esito finale²⁸.

Indipendentemente dal risultato ottenuto, va infine aggiunto che la persona sottoposta ad accertamento avrà il diritto di far valere le proprie ragioni con riferimento alle modalità di svolgimento della procedura. Per

prehensive assessment of the child's physical and psychological development, conducted by specialist paediatricians or other professionals who are skilled in combining different aspects of development. Such assessments should be carried out in a prompt, child-friendly, gender-sensitive and culturally appropriate manner, including interviews of children and, as appropriate, accompanying adults, in a language the child understands. Documents that are available should be considered genuine unless there is proof to the contrary, and statements by children and their parents or relatives must be considered. The benefit of the doubt should be given to the individual being assessed. States should refrain from using medical methods based on, inter alia, bone and dental exam analysis, which may be inaccurate, with wide margins of error, and can also be traumatic and lead to unnecessary legal processes. States should ensure that their determinations can be reviewed or appealed to a suitable independent body».

²⁷ Comitato dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, *Views Adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure, concerning Communication no. 11/2017, N.B.F. v. Spain*, UN Doc. CRC/C/79/D/11/2017, del 18 febbraio 2019, par. 12.6. Di un simile avviso vi è un altro parere del Comitato, redatto il 2 novembre 2020, rispetto alla comunicazione n. 26/2017, *M.B.S. c. Spagna* (v., in particolare, par. 9.11), UN Doc. CRC/C/85/D/26/2017.

²⁸ Comitato dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, *General Comment no. 6 (2005)*, cit., p. 10.

essere concretamente messo in tal condizione, il diritto internazionale raccomanda agli Stati di individuare il prima possibile la figura di un tutore legale a suo presidio, così da garantire la piena ed effettiva tutela, anche a livello processuale, dei suoi diritti fondamentali²⁹.

4. Il previgente quadro normativo nazionale sull'accertamento dell'età

Negli anni immediatamente precedenti al decreto legge qui in commento, il legislatore italiano ha tratto ispirazione da quanto suggerito dal diritto internazionale. Più precisamente, nel 2017 il Parlamento ha ultimato lo sforzo di rinnovare il previgente quadro legislativo in materia attraverso la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della già menzionata legge Zampa³⁰. Dichiaratamente animata dal desiderio di muoversi in coerenza con quanto previsto dai principali strumenti internazionali sui diritti umani³¹, la l. n. 47 del 2017 modifica il tessuto normativo del preesistente d.lgs. n. 142 del 2015³² – strumento di attuazione delle direttive 2013/32/UE e 2013/33/UE³³ – inserendo nuove disposizioni appositamente destinate alla protezione dei minori stranieri non accompagnati³⁴.

²⁹ *Ivi*, p. 12.

³⁰ Per una più completa panoramica sul testo di legge, si rimanda a C. CASONE, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17 (disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci ed ombre*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, p. 1 ss., ed E. DI NAPOLI, *Riflessioni a margine della 'nuova' procedura di accertamento dell'età del minore straniero non accompagnato ai sensi dell'art. 5 della l. 47/2017*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, p. 1 ss.

³¹ Si riporta un passaggio della relazione della senatrice Barbara Pollastrini, una delle promotrici della legge, in discussione parlamentare alla Camera dei Deputati: «è un testo pensato in coerenza con i diritti della Dichiarazione universale dei diritti umani, della Convenzione sui diritti dell'infanzia e della Carta europea della persona» (resoconto stenografico della Seduta n. 697 di lunedì 24 ottobre 2016, p. 2), documento disponibile all'indirizzo www.camera.it.

³² Citato integralmente alla nota 5 del presente lavoro.

³³ Come noto, le due citate direttive UE affrontano il tema dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché del riconoscimento del loro *status*.

³⁴ In ogni caso, va sottolineato che la legge Zampa non ha abrogato le ulteriori disposizioni esistenti in materia estranee al decreto del 2015. Tra le varie fonti di diritto interno che compongono il suddetto frastagliato quadro normativo in tema di accertamento dell'età, si ricorda l'art. 8 del d.p.r. 22.9.1988, n. 448 (nel caso di un processo penale a carico di imputati minorenni), l'art. 28 del d.lgs. 19.11.2007, n. 251 (in relazione ai minori richiedenti protezione internazionale) e l'art. 19 del d.lgs. 28.1.2008, n. 2528 di attuazione della direttiva 2005/85/CE (in tema di riconoscimento dello *status* di rifugiato). Per un approfondimento sul punto, v. E. DI NAPOLI, *Riflessioni a margine della 'nuova' procedura*, cit., p. 9-13. Per quanto ricopra un ruolo centrale in materia, la legge Zampa non è, dunque, l'unico

Uno dei punti cardine di questa riforma consiste nella definizione di un vero e proprio *sistema di accertamento olistico e multidisciplinare*, teso a determinare l'età del minore ricorrendo a diverse valutazioni, non esclusivamente mediche, che considerino non solo la maturazione fisica dell'individuo, ma anche quella mentale e psicologica. Più precisamente, a seguito di un colloquio identificativo da parte del personale qualificato della struttura di prima accoglienza³⁵, l'età anagrafica del presunto minore deve essere accertata dalle Autorità di pubblica sicurezza, assieme a un mediatore culturale, attraverso la lettura della documentazione personale eventualmente fornita dal minore³⁶. Soltanto qualora permangano fondati dubbi, la Procura può disporre esami 'socio-sanitari' volti all'accertamento dell'età³⁷. Tale fase deve avvenire in un ambiente idoneo e deve essere realizzata da «professionisti adeguatamente formati (...) utilizzando modalità meno invasive possibili e rispettose dell'età presunta»³⁸. La legge specifica che devono essere evitati «esami socio-sanitari che possano compromettere lo stato psico-fisico della persona»³⁹. Una volta concluse le qui descritte operazioni di accertamento, nel caso continuo a permanere dubbi sulla minore età, la legge italiana dispone che «questa si presume ad ogni effetto di legge»⁴⁰. Ad ulteriore tutela del minore, si deve inoltre ricordare che, nel corso di tali operazioni, questi deve essere sempre supportato dal cd. *tutore volontario*, inedita figura introdotta dalla legge Zampa⁴¹.

Onde evitare un'eccessiva disomogeneità nell'attuazione delle suddette procedure di accertamento nelle diverse parti del Paese, lo schema astrattamente previsto dalla legge Zampa ha necessitato di essere ulteriormente definito a livello amministrativo. Per l'appunto, nel 2020 la

strumento normativo nazionale in tema di accertamento dell'età dei minori stranieri. Per una approfondita analisi legislativa, v. M. BENVENUTI, *Dubito ergo iudico. Le modalità di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati in Italia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2022, p. 172 ss., p. 178-180.

³⁵ D. lgs. 142/2015, art. 19-bis, comma 1.

³⁶ D. lgs. 142/2015, art. 19-bis, comma 3.

³⁷ D. lgs. 142/2015, art. 19-bis, comma 4.

³⁸ D. lgs. 142/2015, art. 19-bis, comma 6.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ D. lgs. 142/2015, art. 19-bis, comma 8.

⁴¹ D. lgs. 142/2015, art. 19-bis, comma 3. Per un approfondimento in dottrina su tale peculiare figura, ispirata a quanto previsto dalla normativa dell'Unione europea, v. A. DI PASCALE, C. CUTTITTA, *La figura del tutore volontario dei minori stranieri non accompagnati nel contesto delle iniziative dell'Unione europea e della nuova normativa italiana*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2019, p. 1 ss.

Conferenza unificata Stato-Regioni è intervenuta pubblicando il Protocollo multidisciplinare per la determinazione dell'età dei minori stranieri non accompagnati (da qui in avanti, anche solo Protocollo)⁴². Come si evince dal titolo stesso del documento, il suo principale obiettivo consiste nel definire le modalità attraverso le quali accertare, in chiave multidisciplinare, la minore o maggiore età dei soggetti interessati⁴³. Tale compito è svolto, anzitutto, per mezzo dell'individuazione di quali figure sono chiamate a comporre 'l'équipe multidisciplinare e multiprofessionale'⁴⁴; ai sensi del Protocollo, il *team* deve essere composto da un pediatra, uno psicologo e/o un neuropsichiatra, un mediatore culturale e un assistente sociale. Per di più, vengono ulteriormente definite le fasi che compongono la procedura di accertamento multidisciplinare: innanzitutto, deve tenersi un colloquio sociale, in seguito, viene svolta una valutazione psicologica/neuro-psichiatrica e, *soltanto in caso di dubbio*, si procede con una visita pediatrica auxologica⁴⁵.

Per riassumere, il sistema normativo nazionale sull'accertamento dell'età in vigore prima della pubblicazione del d.l. n. 133 del 2023 appariva chiaramente improntato a perseguire nel modo più attento possibile gli interessi fondamentali dei minori stranieri non accompagnati giunti in Italia. Come osservato dalla stessa Corte EDU, la disciplina delineata dalla legge Zampa risulta in linea con quanto previsto dall'ordinamento giuridico internazionale e dal diritto dell'Unione europea⁴⁶. In particolare, la configurazione di una procedura di accertamento realmente olistica e multidisciplinare, nonché il riconoscimento della presunzione di minore età in caso di rimanenti dubbi, sono segnali che attestano una chiara apertura dell'ordinamento italiano nel seguire l'odierna evoluzione del diritto in-

⁴² Documento pubblicato il 9 luglio 2020, testo disponibile all'indirizzo www.statoregioni.it. Per una riflessione sul punto, v. P. PANNIA, *L'identificazione e la procedura di determinazione dell'età dei minori stranieri non accompagnati, tra dimensione sovranazionale e nazionale. Osservazioni a margine di una recente sentenza della Corte EDU*, in *Sant'Anna Legal Studies*, 2022, p. 1 ss., p. 11-12.

⁴³ M. BENVENUTI, *Dubito ergo iudico*, cit., p. 178-180.

⁴⁴ Protocollo, par. 1.2.

⁴⁵ Protocollo, par. 1.3.

⁴⁶ Corte EDU, sentenza del 21 luglio 2022, ric. n. 5795/17, *Darboe e Camara c. Italia*, par. 132. Per mezzo di questa sentenza la Corte ha condannato l'Italia per aver violato l'art. 8 della CEDU, con riferimento ai due ricorrenti, giovani migranti giunti nel nostro Paese, che, secondo il giudizio, non sono stati trattati da minori. I fatti della vicenda risalgono a un momento antecedente all'entrata in vigore della legge Zampa. Nel giudizio, tuttavia, la Corte EDU ha tenuto a esprimere il suo plauso per la riforma portata a termine in Italia in materia. Per un commento in dottrina, v. P. PANNIA, *L'identificazione e la procedura*, cit., p. 1 ss.

ternazionale rispetto alla specifica tutela di questa categoria di migranti particolarmente vulnerabili. Sebbene poi l'attuazione di tale disegno possa riscontrare nel concreto alcuni problemi applicativi⁴⁷, il sistema delineato dalla legge Zampa appare, per lo meno a livello astratto, pienamente legittimo sotto un profilo giuridico internazionale.

5. Il contenuto della nuova disciplina introdotta dal Governo

All'interno del quadro normativo appena descritto, si inserisce ora quanto previsto dal d.l. n. 133 del 2023, successivamente convertito nella l. n. 176 del 2023. Da un punto di vista tecnico, l'intervento promosso dal Governo è andato a modificare (nuovamente) il testo del d.lgs. n. 142 del 2015⁴⁸, introducendo una serie di misure animate dalla «necessità e urgenza (...) in materia di protezione internazionale di minori stranieri non accompagnati»⁴⁹.

Concentrandosi esclusivamente sulle disposizioni della riforma relative all'accertamento dell'età⁵⁰, è ora prevista la possibilità di derogare alle procedure stabilite dalla legge Zampa per far fronte a situazioni di particolare urgenza, ovvero «in caso di arrivi consistenti, multipli e ravvicinati, a seguito di attività di ricerca e soccorso in mare, di rintraccio alla frontiera o nelle zone di transito (...)»⁵¹. Al verificarsi di una simile condizione, la disciplina ora prevista consente «nell'immediatezza» all'Autorità pubblica di effettuare direttamente «rilievi antropometrici o altri accertamenti sanitari, *anche radiografici*, volti all'individuazione dell'età»⁵². In altre parole, laddove il numero di sbarchi sia particolarmente consistente,

⁴⁷ Sul punto, v. C. VALENTE, *Minori stranieri non accompagnati: minori a confronto*, in *Miscelanea Historico-Iuridica*, 2020, p. 290 ss.; M. BENVENUTI, *Dubito ergo iudico*, cit. p. 172 ss.

⁴⁸ Ciò è vero con esclusivo riferimento a quelle disposizioni in materia di accertamento dell'età, qui specifico oggetto di analisi. Con riferimento ad ulteriori interventi *ex decreto legge*, sono state disposte ulteriori modifiche a diversi strumenti legislativi, quali, in particolare modo, il d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25.

⁴⁹ Si rimanda al testo del decreto, e al suo preambolo, così come pubblicato in Gazzetta Ufficiale.

⁵⁰ Il decreto ha modificato anche ulteriori disposizioni relative all'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati. Si ricorda, soprattutto, la criticata decisione di consentire alla prefettura, in casi di momentanea indisponibilità, di disporre la provvisoria accoglienza dei minori già sedicenni in una sezione di centri per accoglienza per adulti. In sede di conversione, tale modifica è stata parzialmente corretta, seppur non totalmente smantellata (per il testo definitivo, v. d.lgs. 142/2015, art. 19, comma 3-*bis*).

⁵¹ D.lgs. 142/2015, art. 19-*bis*, comma 6-*ter*.

⁵² *Ibidem* (enfasi aggiunta).

l'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati può non esprimersi necessariamente nelle tre fasi sancite dalla legge Zampa in lettura congiunta con il Protocollo Stato-Regioni, declinandosi anche semplicemente nella sola esposizione ai raggi X; si tratta di un esame che, come sopra analizzato, ha sollevato perplessità relative al margine di errore, nonché in merito al rischio per la salute del paziente di essere sottoposto a raggi ionizzanti⁵³.

In tali circostanze, peraltro, l'autorità pubblica può procedere a questo 'accertamento semplificato' anche in assenza di una previa autorizzazione scritta da parte del Tribunale. Inoltre – ed è questo uno degli aspetti più critici del testo – anche i passaggi successivi vengono drasticamente accelerati. Innanzitutto, l'esito dell'accertamento viene verbalizzato e trasmesso direttamente alla Procura della Repubblica. Contestualmente, avviene la notifica a favore del presunto minore, il quale ha cinque giorni (!) per impugnare il verbale⁵⁴. Ma vi è di più. Il decreto legge prevede che «quando, sulla base degli accertamenti (...), il soggetto è condannato per il reato di cui all'art. 495 del codice penale, la pena può essere sostituita con la misura dell'espulsione dal territorio nazionale»⁵⁵. La fattispecie penale qui richiamata è il reato di falsa attestazione di identità, secondo cui «chiunque dichiara o attesta falsamente al pubblico ufficiale l'identità, lo stato o altre qualità della propria o dell'altrui persona è punito con la reclusione da uno a sei anni»⁵⁶.

Una volta ripercorsi i tratti salienti della riforma avanzata dal Governo, può rivelarsi utile anticipare quali risvolti pratici sembrano conseguire a tali interventi normativi. Si pensi a un presunto minore straniero non accompagnato appena giunto in Italia dopo aver affrontato un viaggio migratorio. Una volta accolto dalle autorità nazionali, questi potrebbe essere immediatamente sottoposto ad accertamento dell'età (anche tramite una sola radiografia al polso), potenzialmente in assenza del mediatore linguistico e del proprio tutore⁵⁷, oltre che in mancanza di un'autorizzazione scritta da parte del Tribunale. Conclusa la visita radiografica, l'individuo dovrebbe vedersi notificato in tempi particolarmente brevi il verbale atte-

⁵³ Si rimanda a quanto indicato al par. 2 del presente lavoro.

⁵⁴ D.lgs. 142/2015, art. 19-bis, comma 6-ter.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Codice penale, art. 495, comma 1.

⁵⁷ Il decreto infatti non specifica in alcun modo se e come debbano essere coinvolte tali figure.

stante la sua età così come accertata anche solo per mezzo dei rilievi antropometrici. A seguito di ciò, decorrono (soltanto) cinque giorni per l'impugnazione, periodo durante il quale il presunto minorenne può richiedere una sospensione di eventuali azioni a suo carico.

È immaginabile che, in una tale situazione, anche solo comprendere cosa stia succedendo potrebbe non risultare immediato; ciò è ancor più vero considerando quanto è complesso esercitare, entro soli cinque giorni, i propri diritti processuali in uno Stato straniero, per di più con riferimento a una questione così delicata come l'accertamento dell'età. In tutta evidenza, le tempistiche ristrette rischiano di compromettere la capacità di elaborare una valida strategia processuale.

Per giunta, laddove l'individuo non impugni il verbale, la Procura potrebbe celermente svolgere un'attività di indagine, che – nel caso in cui l'età dichiarata dalla persona non coincida con quella accertata – potrebbe culminare in un'azione penale. Se poi, a seguito del processo, ne dovesse conseguire una condanna, la sanzione da applicare potrebbe consistere, anziché nella reclusione, direttamente nell'*espulsione* dal territorio nazionale, come previsto dal decreto legge in commento.

6. Analisi della riforma alla luce del diritto internazionale

Adottando una prospettiva giuridico-internazionale, la principale criticità che emerge dalla lettura delle recenti novità apportate dal Governo consiste nel modo in cui l'accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati viene ora realizzato in situazioni di c.d. emergenza migratoria. Il ricorso alla descritta procedura semplificata desta, difatti, alcune perplessità non solo sul piano etico, ma soprattutto su quello giuridico.

Per quanto nessuna norma di diritto internazionale pattizio o consuetudinario limiti gli Stati nella definizione delle tempistiche, condizioni e modalità di accertamento dell'età all'interno dei propri ordinamenti nazionali, nel corso delle pagine precedenti si è avuto occasione di ribadire l'importanza rivestita in materia dal principio dei *best interests of the child*⁵⁸. Ai sensi dell'art. 3 della Convenzione di New York⁵⁹, per l'appunto, gli Stati sono obbligati a porre gli interessi dei minori al vertice della scala valoriale su cui fondare la gestione delle proprie politiche nazionali. Sor-

⁵⁸ In particolare, v. par. 3 del presente lavoro.

⁵⁹ Peraltro esplicitamente interiorizzato all'interno del nostro ordinamento *ex art.* 18 del d.lgs n. 142 del 2015.

ge, dunque, spontaneo chiedersi se quanto ora introdotto dal Governo italiano collida o meno con tale principio internazionale, stante la 'deroga' all'accertamento multidisciplinare ora prevista nell'ordinamento italiano.

A tal riguardo, bisogna anzitutto considerare che il dettato disposto dalla Convenzione di New York non impone alle parti che la tutela degli interessi dei minori sia l'unica ed esclusiva preoccupazione di cui curarsi nel perseguimento delle proprie azioni. In effetti, interpretando l'art. 3 della Convenzione alla luce del significato ordinario dei termini utilizzati, tale fondamentale obbiettivo rimane «*a primary consideration*», ma non «*the primary consideration*»⁶⁰. Come evidenziato in dottrina, la scelta di ricorrere all'articolo indeterminativo starebbe a testimoniare che «*children's interests do not have absolute priority over other considerations*», e, appunto, che «*the best interests of the child may need to be balanced with the interests of wider society*»⁶¹. Al netto di quanto ora precisato, gli Stati beneficerebbero di un margine di apprezzamento⁶² volto alla definizione di un equilibrio tra la tutela dell'interesse del minore e la promozione di ulteriori esigenze percepite a livello nazionale⁶³. Nel caso di specie, tuttavia, quanto disposto dal decreto legge in esame non sembra tanto il frutto di un oculato bilanciamento tra due legittime esigenze contrappo-

⁶⁰ Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, art. 3, comma 1 (enfasi aggiunta).

⁶¹ W. VANDENHOLE, G.E. TURKELLI, S. LAMBRECHTS (eds.), *Children's Rights*, cit., p. 67 e p. 71 (enfasi aggiunta). In termini più generali, è insita nella disciplina dei diritti umani la ricerca di un bilanciamento tra diversi interessi, statali e/o individuali, contrapposti tra loro. Per una riflessione, anche critica, di tale aspetto, v. M. KOSKENNIEMI, *Human Rights, Politics and Love*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2001, p. 33 ss.

⁶² Tale margine non è, comunque, pienamente al di sotto della discrezione di uno Stato. Al contrario, come indicato dalla Corte EDU, esso è «*not unlimited*» (Corte EDU, sentenza del 18 gennaio 1978, ric. n. 5310/71, *Irlanda c. Regno Unito*, par. 207).

⁶³ Il tema della definizione e della delimitazione del margine di apprezzamento è particolarmente analizzato sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza internazionale, in particolare modo dalla Corte EDU. Tra i vari casi più conosciuti, si richiamano: sentenza del 20 marzo 2018, ric. n. 13237/17, *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, par. 194 ss.; sentenza del 20 marzo 2018, ric. n. 16538/17, *Sahin Alpay c. Turchia*, par. 164 ss.; sentenza del 25 maggio 1993, ric. n. 14554/89, *Brannigan e McBride c. Regno Unito*, par. 41 ss.; *Irlanda c. Regno Unito*, cit. In dottrina, *ex multis*, v. B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, Milano, 2012, p. 85 ss.; S. KIRCHNER, *Human Rights Guarantees during States of Emergencies: The European Convention on Human Rights*, in *Baltic Journal of Law and Politics*, 2010, p. 1 ss.; J. FERREJOHN, P. PASQUINO, *The Law of Exception: A Typology of Emergency Powers*, in *I.CON*, 2004, p. 210 ss.; O. GROSS, 'Once More unto the Breach': *The Systemic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies*, in *Yale Journal of International Law*, 1998, p. 437 ss.

ste, bensì, invece, la prevaricazione di un obiettivo pubblico a discapito dell'interesse dei minori eventualmente interessati.

Innanzitutto, non è affatto pacifico che uno Stato possa beneficiare di un ampio margine di flessibilità nell'ottemperanza ai diritti umani per il semplice fatto di star riscontrando delle difficoltà nella gestione del fenomeno migratorio. Consultando la recente giurisprudenza della Corte EDU, ad esempio, a tale domanda dovrebbe darsi una risposta negativa: «the difficulties deriving from the increased inflow of migrants and asylum seekers, in particular for States which form the external borders of the European Union, does not exonerate member States of the Council of Europe from their obligations (...)»⁶⁴.

In ogni caso, pur concedendo che la disciplina dei diritti umani non escluda una simile facoltà in termini astratti⁶⁵, bisogna poi chiedersi se le numerose richieste di protezione internazionale avanzate da minori stranieri non accompagnati in Italia stiano in concreto determinando particolari criticità nella gestione del fenomeno migratorio, e, dunque, se tale emergenza possa legittimamente giustificare una compressione dei diritti posti a favore del minore. Dati ufficiali alla mano, se è vero che il numero di (sedicenti) minori stranieri giunti in Italia è tendenzialmente cresciuto nel corso di questi ultimi anni, rimane il fatto che nel 2023 hanno fatto ingresso in Italia 17.319 minori non accompagnati⁶⁶. Questi numeri, certamente importanti se si considerano le tragedie personali verosimilmente affrontate da questi ragazzi e ragazze, rappresentano soltanto una piccola percentuale della totalità dei migranti che hanno raggiunto le coste italia-

⁶⁴ Corte EDU, *Darboe e Camara c. Italia*, cit., par. 182. È importante segnalare come la Corte, in tale circostanza, abbia richiamato sue precedenti, nonché particolarmente note, decisioni. *Ex multis*, v. Corte EDU, sentenza del 23 febbraio 2012, ric. n. 27765/09, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, e sentenza del 21 gennaio 2011, ric. n. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*.

⁶⁵ A tale conclusione, si dovrebbe giungere, a maggior ragione, quando sono interessate quelle categorie di persone particolarmente vulnerabili come, appunto, i minori stranieri non accompagnati: sul punto, v. Corte EDU, *Darboe e Camara c. Italia*, cit., occasione in cui la Corte ha chiarito come l'intervento degli Stati a protezione del fanciullo acquisisca ancor più rilevanza «where (...) personal relationships of an unaccompanied minor are at stake, in a migration context that makes him or her particularly vulnerable» (par. 123). Analogamente, *ex multis*, v. Corte EDU, sentenza del 22 febbraio 2017, ric. n. 25794/13 e 28151/13, *Abdullahi e Aweys Abubakar c. Malta*, par. 145; Corte EDU, sentenza del 2 dicembre 2008, ric. n. 18620/03, *Juppala c. Finlandia*, par. 41; Corte EDU, sentenza del 4 dicembre 2003, ric. n. 39272/98, *M.C. c. Bulgaria*. In dottrina, v. C. FENTON-GLYNN, *Children and the European Court of Human Rights*, Oxford, 2020.

⁶⁶ I dati ufficiali emanati dalle autorità nazionali ora riportati sono disponibili sul sito www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it.

ne nello stesso arco temporale, ovvero ben 141.519⁶⁷. Chiaramente, non si vuole ignorare il fatto che la specifica tutela di cui i minori non accompagnati necessitano possa rivelarsi particolarmente onerosa per lo Stato ospitante (a partire dalla predisposizione di un sistema di accoglienza *ad hoc*). Ciononostante, sembra forzato concludere che le criticità oggi affrontate dall'Italia in ambito migratorio siano realmente dovute all'incremento della categoria dei minori stranieri non accompagnati.

Oltretutto, occorre notare come il testo di legge non chiarisca quale precisa condizione di emergenza determinerebbe il sorgere del presunto interesse statale a precludere il ricorso al metodo accertativo 'ordinario'. Come riportato in precedenza, la legge si limita a indicare che tale opzione risulterebbe percorribile nel caso di «(...) arrivi consistenti, multipli e ravvicinati, a seguito di attività di ricerca e soccorso in mare, di rintraccio alla frontiera o nelle zone di transito»⁶⁸. Il dettato disposto dal Governo, anziché definire in maniera oggettiva una condizione straordinaria, va (soggettivamente) a considerare come 'emergenziale' un fenomeno sociale che, nel periodo storico contemporaneo, appare tutt'altro che eccezionale⁶⁹. Per quanto non si vogliano sottovalutare le sfide a cui sono chiamati gli Stati europei in questo momento della storia, e in particolar modo, gli Stati di prima destinazione, il verificarsi di sbarchi consistenti e multipli non appare una condizione a tal punto straordinaria e inaspettata da poter legittimare l'attivarsi di una disciplina emergenziale *ad hoc*.

La conclusione qui sostenuta appare ancor più convincente se si considerano, oltretutto, sia le tempistiche particolarmente ristrette entro cui il presunto minore può opporsi al risultato dell'accertamento 'semplificato' sia le rilevanti conseguenze penali che ne potrebbero derivare a suo carico in caso di incongruenza tra l'età dichiarata e quella accertata. Difatti, pur riconoscendo un astratto interesse dello Stato nel voler velocizzare la gestione della fase di prima accoglienza, risulta meno comprensibile l'esigenza di un drastico snellimento dell'*iter* successivo all'accertamento.

⁶⁷ Oltretutto, i numeri di questi ultimi anni sono stati fortemente acuiti soprattutto dalle conseguenze del conflitto russo-ucraino, che ha portato un aumento di minori ucraini richiedenti asilo nel nostro Paese. Si tratta, tra l'altro, di una migrazione via terra e non via mare, fattispecie diversa da quella indicata nel testo di legge analizzato. Per un approfondimento sul tema, i dati sono disponibili *online*.

⁶⁸ D.lgs. 142/2015, art. 19-*bis*, comma 6-*ter*.

⁶⁹ Come attentamente osservato in dottrina: «normalcy must form the general rule, the ordinary state of things; emergency must be an exception, an aberration» (O. GROSS, *Once More unto the Breach*, cit., p. 499).

Per giunta, la scelta di prevedere la pena dell'espulsione della persona nel caso di reato di falsa attestazione di età pare esclusivamente animata dall'interesse di procedere a una rapida e definitiva soluzione di respingimento del dichiarato maggiorenne, senza scorgere alcuna particolare attenzione degli interessi del presunto minore⁷⁰.

Riassumendo quanto ora considerato, la possibilità attualmente concessa alle autorità di pubblica sicurezza di poter sostituire l'accertamento olistico e multidisciplinare a favore di un semplice esame radiografico non sembra affatto il risultato di un bilanciato tentativo di rendere maggiormente efficaci le procedure di accoglienza nazionale, bensì, invece, il risultato di una gestione sommaria di un problema tanto delicato, quale la gestione dei minori stranieri non accompagnati. Anziché procedura rivolta alla tutela dei suoi interessi in gioco, l'accertamento dell'età previsto dal decreto legge appare un 'asettico' meccanismo amministrativo destinato alla gestione delle politiche migratorie nazionali; anziché misura di garanzia atta all'applicazione dei diritti umani del minore, esso diviene un primo e fondamentale passaggio per giungere celermente all'espulsione dei migranti (dichiarati) maggiorenni. Alla luce di una simile prospettiva, è opinione di chi scrive che tale riforma si esponga a valide critiche relative alla sua illegittimità rispetto a quanto previsto dal diritto internazionale contemporaneo e, in particolar modo, al principio dei superiori interessi del minore previsto all'art. 3 della Convenzione di New York.

7. Conclusioni

Traendo spunto dalla recente modifica normativa avanzata dal Governo e confermata dal Parlamento italiano, la presente ricerca ha cercato, da un lato, di ricostruire il quadro giuridico nazionale in materia di accertamento dell'età dei minori stranieri non accompagnati, dall'altro di proporre un'analisi relativa alla compatibilità del descritto quadro giuridico alla luce del diritto internazionale. Quanto è emerso in questa sede ispira alcune considerazioni finali, a cui si intende dedicare le ultime pagine del presente lavoro.

⁷⁰ Sul fenomeno giuridico contemporaneo della criminalizzazione della migrazione, detta anche *crimmigration*, la letteratura è sterminata; *ex multis*, si rimanda a R. ROSENBERG-RUBINS, *Crimmigration under International Protection. Constructing Criminal Law as Governmentality*, New York, 2023, e G. HERNANDEZ, C. CUAUHEMOC, *Deconstructing crimmigration*, in *U.C. Davis Law Review*, 2019, p. 197 ss.

Il tema dell'accertamento dell'età è una questione tanto delicata quanto incerta, non solo da un punto di vista medico-scientifico⁷¹. Anche sotto un profilo giuridico-internazionale, la materia non è definita né dal diritto generale né dal diritto particolare. Per di più, neanche la giurisprudenza internazionale – nemmeno quando ci si sarebbe potuti aspettarlo⁷² – si è finora dedicata ad affrontare tale argomento nel dettaglio.

Ciononostante, negli ultimi anni l'ordinamento italiano ha comunque cercato di trarre ispirazione da quei pochi spunti offerti dal diritto internazionale⁷³. La promulgazione della legge Zampa è un chiaro esempio dello sforzo del Legislatore italiano a far sì che venisse offerta una congrua tutela a una categoria di persone particolarmente vulnerabili. Come osservato nelle pagine precedenti, in tale occasione lo Stato italiano ha cercato di definire delle modalità accertative votate alla effettiva protezione degli interessi dei presunti minori, in armonia col dettato disposto dal principio dei *best interests of the child*.

In un simile contesto, l'intervento voluto dal Governo appare stridente e foriero di criticità. Come già evidenziato in precedenza, è difficile ritenere che l'interesse del minore occupi un ruolo centrale nella regolamentazione dell'accertamento così come prevista dalla riforma qui esaminata. Difatti, la predilezione di un *iter* velocizzato (se non addirittura sommario) a discapito di un sistema olistico-multidisciplinare rischia di portare con sé conseguenze particolarmente negative per i presunti minori interessati. Come osservato all'inizio del presente lavoro, un accertamento esclusivamente fondato sui rilievi antropometrici è criticabile in quanto trascura il livello di maturazione psicologica dell'individuo e il contesto culturale/etnografico di riferimento, non garantendo, oltretutto, un risultato pienamente affidabile. Ricordando poi che dall'esito di tale accertamento possono dipendere le sorti del minore all'interno del Paese di destinazione, si ravvisa – per lo meno a parere di chi scrive – una scarsa con-

⁷¹ Qui si rimanda a quanto evidenziato al par. 2 della presente ricerca.

⁷² In tal senso, si ricorda ancora il caso dinanzi alla Corte EDU, *Darboe e Camara c. Italia*, cit. Come osservato da un'attenta dottrina una delle principali critiche da avanzare alla recente decisione della Corte riguarda proprio il fatto di non aver voluto entrare nell'argomento delle modalità accertative dell'età dei minori stranieri non accompagnati. Sul punto v. P. PANNIA, *L'identificazione e la procedura*, cit., *passim*, e D. SIMON, M. KLAASSEN, *Age Assessment and the Presumption of Minority as a Prerequisite for Effective Human Rights Protection of Asylum Seekers: A Discussion of Darboe and Camara v. Italy*, in *Strasbourg Observers*, 4 ottobre 2022, www.strasbourgobserver.com.

⁷³ Espresi soprattutto dal Comitato delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo e analizzati al par. 3.

siderazione degli interessi superiori del fanciullo. Tale conclusione è ancor più evidente se si considerano i ristretti termini concessi al minore per opporsi all'esito della procedura, oltre le conseguenze di carattere penalistico che ne potrebbero conseguire.

In conclusione, la scelta del Governo di 'puntare il dito' contro una categoria di migranti relativamente ristretta, peraltro particolarmente vulnerabile, non appare comprensibile né, soprattutto, affatto bilanciata. Se poi tale politica è perseguita per mezzo di un uso 'distorto' dell'accertamento dell'età, oltre che incomprensibile, rischia di risultare, per l'appunto, internazionalmente illegittima.

Strumenti giuridici efficaci per una cooperazione efficace: il *Memorandum d'intesa* tra Unione europea e Tunisia

FRANCESCA PERRINI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La genesi del *Memorandum* UE-Tunisia. – 3. Il contenuto dell'intesa. – 4. La cooperazione in tema di immigrazione. – 5. La discussa natura giuridica del *Memorandum* e strumenti analoghi conclusi dall'Unione europea e dall'Italia in materia di immigrazione. – 6. Conclusioni.

ABSTRACT: Il 16 luglio 2023 Unione europea e Tunisia firmano il *Memorandum of Understanding*, che delinea la cooperazione in una serie di materie, tra cui rientra la migrazione. Si tratta di una forma di cooperazione già utilizzata dall'Unione e con la quale si conferma un modello di esternalizzazione dei controlli dei flussi migratori in cambio di aiuti economici. La scelta dello strumento giuridico (dichiarazioni, *memoranda*) per realizzare tale forma di cooperazione è improntata alla flessibilità e celerità, ponendo dei problemi con riferimento sia alla loro esatta qualificazione che alla loro conformità ai Trattati. Tale situazione, peraltro, evoca ciò che avviene negli ordinamenti interni degli Stati di forte immigrazione. È questo il caso dell'Italia, in cui l'esecutivo, sempre di più, ricorre alla stipulazione di accordi in forma semplificata per la regolamentazione del fenomeno migratorio. Tanto nel caso dell'ordinamento dell'Unione, quanto nel caso degli ordinamenti statali, il ricorso a strumenti di dubbia qualificazione giuridica e che non rispettano le procedure in materia di formazione di accordi internazionali elude quel controllo democratico (rispettivamente di Parlamento europeo e Parlamento nazionale) che sarebbe invece auspicabile, trattandosi di strumenti che incidono sulla tutela dei diritti umani. Inoltre, è ragionevole ritenere che tali criticità penalizzino anche l'efficacia della cooperazione.

* Professoressa associata di Diritto internazionale, Università di Messina, fperrini@unime.it.

PAROLE CHIAVE: *Memorandum UE-Tunisia* – modello europeo di immigrazione – forme di cooperazione – accordi in materia di immigrazione – intese politiche – accordi in forma semplificata.

1. Premessa

Con riferimento alle procedure di conclusione di accordi internazionali da parte dell'Unione europea, viene in rilievo quanto disposto dall'art. 218 TFUE¹, in cui è descritto il procedimento articolato che vede l'avvio della procedura con una raccomandazione della Commissione al Consiglio affinché dia inizio ai negoziati. Al Consiglio spetta, inoltre, il ruolo principale nell'intera procedura, in quanto oltre ad autorizzare l'avvio dei negoziati «definisce le direttive di negoziato, autorizza la firma e conclude gli accordi» (art. 218, par. 2, TFUE). Di ogni fase del procedimento è informato il Parlamento europeo che, dunque, può esercitare il suo controllo democratico. L'accordo può essere concluso sia in forma semplificata (con l'apposizione della firma da parte del negoziatore designato dal Consiglio) che in forma solenne (con una decisione o un regolamento del Consiglio).

Come è evidente, la procedura descritta non contempla metodi alternativi per la stipulazione di accordi da parte dell'Unione europea. È tuttavia da sottolineare come anche in tale ordinamento si verifica ciò che sempre di più accade negli ordinamenti interni, vale a dire il ricorso a procedure più celeri di conclusione di accordi internazionali, giustificate dalla necessità di disciplinare questioni tecniche o settoriali, ovvero dall'esigenza di rispondere con maggiore speditezza a fenomeni che richiedono una cooperazione urgente. Rientra in tale ultimo ambito il fenomeno migratorio².

¹ Sul quale si veda, nell'ampia produzione manualistica di riferimento, U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, VII ed., Bari, 2024, p. 275 ss.

² In proposito, *ex multis*, v. D. VITIELLO, *L'azione esterna dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo: linee di tendenza e proposte per il futuro*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2016, p. 9 ss.; F. GRAZIANI, *The European Union External Action on Migration and Asylum: The 2016 Migration Partnership Framework and Its Outcomes*, in *International Relations*, 2017, p. 30 ss.; F. CASOLARI, *L'interazione tra accordi internazionali dell'Unione europea ed accordi conclusi dagli Stati membri con Stati terzi per il contrasto dell'immigrazione irregolare*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2018, p. 1 ss.; R. PALLADINO, *Nuovo quadro di partenariato dell'Unione europea per la migrazione e profili di responsabilità dell'Italia (e dell'Unione europea) in riferimento al caso libico*, in *Freedom, Security and Justice. European Legal Studies*, 2018, p. 104 ss.; V. ZAMBRANO, *Accordi informali con Stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento*

Proprio con riferimento alla regolamentazione delle questioni migratorie, già da tempo l'Unione ha privilegiato forme di cooperazione flessibili sulla base dello spirito di partenariato ravvisabile prima nell'Approccio globale in materia di migrazione del 2005³, poi nell'Approccio globale in materia di migrazione e mobilità del 2011⁴ e ulteriormente ribadito nel Nuovo quadro di partenariato sulla migrazione del 2016⁵.

In nome della flessibilità si assiste, dunque, ad un ricorso sempre più frequente a strumenti dall'incerta natura giuridica, che, se da una parte rispondono alla esigenza di celerità, dall'altra sfuggono ad ogni forma di controllo democratico da parte delle istituzioni preposte (Parlamento europeo per l'Unione, Parlamenti nazionali per gli Stati).

Sono accordi che includono la migrazione in una più ampia cooperazione che riguarda molteplici settori (sociale, ambientale, ma soprattutto economico).

L'obiettivo, nella nota politica di esternalizzazione del controllo delle frontiere, è quello di fornire aiuti finanziari agli Stati di origine o transito dei flussi migratori in cambio della loro collaborazione nel contenere le partenze dei migranti. Tale aspetto della cooperazione pone in evidenza le criticità del sistema in termini di tutela dei diritti umani, in considerazione del fatto che il controllo delle partenze o la vigilanza in mare si tramutano nel trattenimento in centri che non garantiscono condizioni di vita dignitose e nel respingimento e non consentono, in ogni caso, la valuta-

alla prassi dell'Unione europea e dell'Italia, in *Freedom, Security and Justice. European Legal Studies*, 2019, p. 119 ss.; C. FAVILLI, *Nel mondo dei 'non-accordi'. Protetti sì, purché altrove*, in *Questione giustizia*, 2020, p. 143 ss.; C. MILANO, *La dimensione esterna delle politiche UE di immigrazione e asilo oltre l'approccio globale e l'informalizzazione: alcune questioni giuridiche legate agli sviluppi più recenti*, in *I Post di AISDUE*, 19 luglio 2023, www.aisdue.eu

³ Contenuto nelle Conclusioni della Presidenza del Consiglio del 17 dicembre 2005, formulate all'esito del Consiglio europeo di Bruxelles del 15-16 dicembre 2005 e specificato nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni sull'applicazione dell'approccio globale in materia di migrazione alle aree orientali e sudorientali vicine all'Unione europea, del 16 maggio 2007, COM(2007) 247def.

⁴ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni sull'approccio globale in materia di migrazione e mobilità, del 18 novembre 2011, COM(2011)743 def.

⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i Paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione, del 7 giugno 2016, COM(2016)385 def.

zione delle condizioni individuali ai fini del riconoscimento della protezione internazionale.

Se, sul fronte dell'Unione si usano strumenti flessibili dall'incerta natura giuridica, sul fronte interno (specie per quegli Stati di primo ingresso dei migranti, come l'Italia) si ricorre con sempre maggiore frequenza alla stipulazione di accordi in forma semplificata. Nel primo caso, dunque, si pone un problema dell'esatta qualificazione dello strumento, nel secondo, pur trattandosi di accordi internazionali a tutti gli effetti, ciò che rileva è la loro compatibilità con le norme interne sulla competenza a stipulare.

In questo senso si può sottolineare una sorta di reciproca influenza tra Unione europea e Stati membri nel ricorso a strumenti che sfuggono alle procedure formali di adozione, sostanzialmente per evitare ogni forma di controllo democratico a danno della tutela dei diritti umani dei migranti⁶.

Tutto ciò è rinvenibile nel *Memorandum of Understanding* UE-Tunisia che, inserendosi pienamente nel modello europeo di esternalizzazione della gestione dei flussi migratori, da una parte, richiama noti precedenti (come la Dichiarazione UE-Turchia) e, dall'altra, ha un seguito in forme analoghe di cooperazione (come il recente caso di cooperazione UE-Egitto).

Risulta, pertanto, utile, dopo una ricostruzione della genesi e del contenuto del *Memorandum* con la Tunisia, effettuare una comparazione con quanto avvenuto nel caso della Dichiarazione UE-Turchia e con alcuni esempi di accordi stipulati dall'Italia in forma semplificata, sottolineando le principali criticità di tipo giuridico di questa forma di cooperazione e le influenze sulla sua efficacia per poi dare conto di quale può essere lo scenario futuro.

2. La genesi del *Memorandum* UE-Tunisia

Lo sforzo diplomatico messo in campo dalla Presidente della Commissione europea Ursula Von der Leyen, dalla Premier italiana Giorgia Meloni e dal

⁶ In proposito, C. FAVILLI, *Nel mondo dei 'non-accordi'*, cit., p. 150, si sottolinea che: «l'informalità delle relazioni consente di renderle più flessibili e adattabili alle circostanze, ampiamente variabili. Negoziazione diretta e contenuto riservato, così da escludere istituzioni come il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali e ridurre al minimo i condizionamenti dati dal rispetto delle norme superiori, in particolare quelle sui diritti umani, i diritti di tutti. Nel mondo dei 'non-accordi', infatti, non c'è bisogno di dilungarsi nelle formule di rito come il necessario rispetto dei diritti umani: si entra in un'altra dimensione, e allora si può negoziare con qualsiasi Stato e qualsiasi governante. Basta che non faccia partire i propri cittadini, che li riammetta se devono essere allontanati e che altrettanto faccia con i migranti in transito».

Premier neerlandese Mark Rutte per la ricerca di un accordo con il Presidente tunisino Kaïs Saïed si è concluso il 16 luglio 2023 con la firma a Tunisi del *Memorandum d'intesa* tra Unione europea e Tunisia, con il quale si dà seguito alla Dichiarazione dell'11 giugno 2023⁷, in cui erano state esposte le linee della futura cooperazione tra il c.d. *Team Europa*⁸ e la Tunisia, e che era stata rilasciata a conclusione dell'incontro con il Presidente tunisino⁹.

La Dichiarazione è il risultato di un serrato confronto tra i *leader* europei e il governo di Tunisi, sviluppatosi nel limitato arco temporale che va dal 1° all'11 giugno 2023 e consistente, secondo quanto riportato dalla stampa, in pochi contatti tra i quali si segnala la visita del 6 giugno della Premier Meloni a Tunisi, all'esito della quale era stato rilasciato un comunicato ottimista sul futuro delle relazioni italo-tunisine¹⁰.

Dal rapido susseguirsi di contatti si evince la ferma volontà di addivenire ad un risultato, specialmente nell'ambito più delicato: la gestione dei flussi migratori.

Questa fase del negoziato si conclude con un grande entusiasmo da parte sia della Premier italiana sia della Presidente della Commissione, come emerge dai rispettivi comunicati del 6 e dell'11 giugno. Da parte tunisina, invece, si registra una più tiepida posizione del Presidente, che – stando a quanto riportato dalla stampa – non sembrerebbe disposto a trasformare il suo Paese nella guardia di frontiera di altri Stati e che esprime perplessità sull'ospitalità dei migranti in appositi centri di accoglienza in cambio di denaro¹¹.

Nell'arco di poco più di un mese si porta a compimento un dialogo che sembrava si fosse arenato. La firma dell'intesa era inizialmente prevista in occasione del Consiglio europeo del 29-30 giugno 2023 ed è stata poi rin-

⁷ Comunicato stampa della Commissione europea, *Memorandum of Understanding on a Strategic and Global Partnership between the European Union and Tunisia*, 16 luglio 2023, www.ec.europa.eu

⁸ Così definito da Ursula von der Leyen e costituito dalla stessa Presidente della Commissione europea, dalla Premier italiana Giorgia Meloni e dal Premier neerlandese Mark Rutte.

⁹ Per il testo della Dichiarazione, si veda il comunicato dal titolo *Press statement by President von der Leyen with Italian Prime Minister Meloni, Dutch Prime Minister Rutte and Tunisian President Saïed*, 11 giugno 2023, www.ec.europa.eu

¹⁰ Comunicato stampa del governo italiano, *Visita in Tunisia, le dichiarazioni alla stampa del Presidente Meloni*, 6 Giugno 2023, su www.governo.it

¹¹ In proposito, A. GAGLIARDI, *Tunisia, Meloni e la UE incassano prima intesa ma Saïed alza posta*, su *Il Sole 24ore*, 11 giugno 2023.

viata con la motivazione ufficiale della concomitanza delle festività nazionali tunisine celebrative della c.d. Festa del Sacrificio. Nessun testo è stato portato, dunque, al Consiglio europeo, ciò nondimeno il Presidente Charles Michel, nelle sue conclusioni sulla dimensione esterna della migrazione, ha ritenuto opportuno sottolineare che «la migrazione è una sfida europea che richiede una risposta europea. È stato effettuato un esame globale della situazione migratoria alle frontiere esterne dell'UE e all'interno dell'UE e si è preso atto dei lavori intrapresi finora nel quadro di una risposta europea. La Presidenza del Consiglio e la Commissione hanno informato il Consiglio europeo in merito ai costanti progressi compiuti (...) con particolare attenzione agli aspetti esterni della migrazione e ai relativi meccanismi di finanziamento»¹², facendo un più chiaro riferimento al negoziato con la Tunisia nelle dichiarazioni rese a conclusione del vertice¹³.

I contatti diplomatici riprendono, dunque, il 3 luglio per poi concludersi il 16 luglio con la firma del *Memorandum* da parte del Commissario europeo all'allargamento ed alla politica di vicinato (Oliver Várhelyi) e del Segretario di Stato del Ministro degli affari esteri, della migrazione e dei cittadini tunisini all'estero (Mounir Ben Rjiba).

3. Il contenuto dell'intesa

Dalla citata Dichiarazione dell'11 giugno 2023 risulta che la cooperazione tra Unione europea e Tunisia poggia su cinque pilastri, ritenuti di importanza fondamentale per la crescita economica e lo sviluppo democratico della Tunisia e per i quali l'Unione europea si impegna a fornire un considerevole sostegno finanziario. In particolare, il primo pilastro è costituito dallo sviluppo economico della Tunisia, per il quale l'Unione europea intende riservare fino a 900 milioni di euro; il secondo pilastro riguarda il potenziamento degli investimenti e dei rapporti commerciali tra le due controparti; il terzo pilastro individua l'energia come specifico settore di investimento secondo l'approccio *win to win*, che tiene conto della grande disponibilità tunisina di energie rinnovabili e del bisogno di energia pulita dell'Unione europea; il quarto pilastro è dato dalla migrazione, nell'ambito del quale la Presidente von der Leyen ha proposto di destinare 100 milioni di euro da utilizzare per il controllo delle frontiere e per la

¹² Comunicato stampa del Consiglio europeo, *Conclusioni del Presidente del Consiglio europeo sulla dimensione esterna della migrazione*, 30 giugno 2023, www.consilium.europa.eu

¹³ *Ibidem*.

ricerca e il salvataggio in mare, nella prospettiva del comune interesse a contrastare il traffico di migranti; infine, il quinto pilastro, dedicato ai «contatti interpersonali» prevede un programma Erasmus+ di 10 milioni di euro finalizzato ad incentivare la mobilità studentesca e altre forme di partenariato con le quali si auspica la possibilità per i giovani tunisini di studiare e lavorare negli Stati membri dell'Unione europea.

Il contenuto del *Memorandum*, dunque, non presenta novità rispetto alla Dichiarazione dell'11 giugno, confermando l'obiettivo di istituire un partenariato strategico e globale tra l'Unione europea e la Tunisia in cinque settori di rilevante importanza per le relazioni tra le parti: la stabilità macro-economica, l'economia e il commercio, la transizione energetica verde, il riavvicinamento tra i popoli, la migrazione e la mobilità.

In particolare, l'Unione europea si impegna a sostenere lo sviluppo economico della Tunisia anche attraverso un supporto economico che faciliti le riforme necessarie; le parti intendono rafforzare la loro cooperazione economica e commerciale al fine di facilitare gli scambi di beni e servizi e favorire gli investimenti (specie nell'ambito del Fondo europeo di sviluppo sostenibile) nei settori dell'agricoltura, dell'economia circolare, della transizione digitale (soprattutto tramite il progetto Medusa relativo al cavo sottomarino di trasmissione della fibra ottica ad alta velocità nell'area del Mediterraneo), del trasporto aereo e degli investimenti mirati¹⁴. Nell'interesse comune di realizzare un più sicuro approvvigionamento energetico, l'Unione e la Tunisia si impegnano a incentivare la produzione di fonti rinnovabili, sfruttando al meglio il progetto ELMED sulla realizzazione dell'elettrodotto (finanziato per la maggior parte dall'Unione europea) che unisce la Tunisia e l'Italia¹⁵. Le parti dichiarano, inoltre, l'intenzione di continuare a cooperare per la promozione del dialogo tra i popoli e per il potenziamento degli scambi culturali, scientifici e tecnici in applicazione dei programmi europei esistenti; dal canto suo, l'Unione si impegna ad incentivare l'armonizzazione delle pratiche statali di rilascio dei permessi di soggiorno di breve durata per i cittadini tunisini nell'ottica di favorire la loro partecipazione ai programmi europei come

¹⁴ Sul progetto Medusa, v. il comunicato stampa *Collaborazione UE-EIB Global per migliorare la connettività digitale nel vicinato meridionale*, 24 novembre 2022, www.ec.europa.eu

¹⁵ Sul progetto ELMED, v. il comunicato del governo italiano, *ELMED; soddisfazione dell'Italia per l'approvazione del finanziamento UE per l'interconnessione elettrica fra Italia e Tunisia*, 9 dicembre 2022, www.esteri.it

Horizon Europe, Europe Créative o Erasmus+, prevedendo per quest'ultimo delle risorse economiche aggiuntive.

Per tali settori la cooperazione tra Unione europea e Tunisia consiste in un potenziamento economico di iniziative per lo più già esistenti. Da questo punto di vista il *Memorandum* non fa che ribadire l'intenzione delle parti di continuare a cooperare in ambiti di comune interesse.

4. La cooperazione in tema di immigrazione

L'ambito del *Memorandum* che desta maggiore interesse è certamente quello dedicato all'immigrazione. Con riferimento a tale settore si ravvisa, infatti, una conferma del modello europeo di esternalizzazione della gestione dei flussi migratori. Con la firma di tale strumento, dunque, l'Unione europea prosegue nella sua politica di cooperazione con i Paesi terzi per la gestione del fenomeno migratorio, consistente nella richiesta di controllo dell'emigrazione in cambio di incentivi economici e di canali di ingresso regolari. Si tratta, peraltro, di un approccio che, utilizzando strumenti che esulano dalle procedure istituzionali previste dai Trattati, rispondono ad esigenze di speditezza e celerità, particolarmente a cuore ad alcuni dei negoziatori. In particolare, tali esigenze trovano il favore, *in primis*, dell'Italia che cerca un appoggio dell'Unione nel contrasto all'immigrazione, ma anche della Tunisia che ha urgente bisogno di aiuti finanziari che agevolino i difficili negoziati in corso con il Fondo monetario internazionale¹⁶.

Pur nella riproposizione di un modello già utilizzato (e sul quale si ritornerà nel prosieguo della trattazione), occorre evidenziare un cambiamento nella terminologia utilizzata, nella misura in cui in luogo del noto concetto di 'contrasto all'immigrazione irregolare' si usa la formula 'lotta comune ai trafficanti di esseri umani', nel chiaro tentativo di trovare un maggiore consenso nell'opinione pubblica. Al di là delle espressioni utilizzate, viene tuttavia in rilievo un modello di cooperazione già visto, secondo il quale l'Unione europea mette in campo risorse economiche finalizzate al sostegno dell'economia tunisina chiedendo in cambio un controllo della migrazione. Si tratta dunque di un (certamente non nuovo) approccio economico nella gestione del fenomeno migratorio, che, del resto, tro-

¹⁶ Sul punto, v. A. VITERBO, *La Tunisia tra due fuochi: la condizionalità del Fondo monetario internazionale e un debito sovrano insostenibile*, in *SIDIBlog*, 19 giugno 2023, www.sidiblog.org

va conferma nell'accordo raggiunto tra i Ministri degli interni europei nella riunione del Consiglio dell'8 giugno 2023 sulle norme per riformare le procedure di controllo alla frontiera¹⁷.

Come detto, la parte dell'intesa che desta maggiori perplessità è quella riguardante la migrazione, al punto da far ragionevolmente ritenere che il sostegno finanziario messo in campo dall'Unione per i settori sopra indicati sia un modo per affidare al governo tunisino la difesa delle frontiere esterne¹⁸ nella nota ottica di esternalizzazione delle frontiere¹⁹ portata avanti dall'Unione utilizzando strumenti giuridici di vario tipo²⁰.

Le parti sottolineano il loro approccio olistico in materia di migrazione e dichiarano di avere come comune priorità la lotta contro l'immigrazione irregolare, al fine di evitare la perdita di vite umane. Da segnalare che la Tunisia dichiara espressamente di non voler essere «un pays d'installation de migrants en situation irrégulière», confermando la posizione manifestata durante i negoziati.

Molto generico risulta il riferimento al rispetto dei diritti umani e da definire sono le modalità attraverso le quali sarà realizzata la lotta ai trafficanti di esseri umani ed alle reti criminali che organizzano le partenze dei migranti, così come il sistema di identificazione e rimpatrio dei migranti irregolari già presenti sul territorio tunisino.

Si afferma, inoltre, l'impegno a migliorare il coordinamento delle operazioni di ricerca e salvataggio in mare; l'Unione europea fornirà un appoggio finanziario aggiuntivo per gli aspetti logistici e tecnici del controllo delle frontiere tunisine.

Decisamente vago risulta il richiamo al rispetto del diritto internazionale nella parte in cui si prevede il rimpatrio per i cittadini tunisini irregolarmente presenti nel territorio dell'Unione e la ricollocazione nei Paesi di origine dei migranti irregolarmente presenti nel territorio tunisino. Con-

¹⁷ Sul punto, v. A. CAMILLI, *Il nuovo patto europeo sui migranti non è una vittoria per l'Italia*, in *Internazionale*, 12 giugno 2023.

¹⁸ Così A. CAMILLI, *Cosa prevede l'accordo tra Tunisia e Unione europea sui migranti*, in *Internazionale*, 17 luglio 2023.

¹⁹ In proposito, v. G. CARELLA, *Il sonno della ragione genera politiche migratorie*, in *SIDIBlog*, 11 settembre 2017, www.sidiblog.org, e R. PALLADINO, *Nuovo quadro di partenariato*, cit., p. 150 ss. Per il caso di Ceuta e Melilla come esempi di esternalizzazione, v. A. FAZZINI, *'Diritti fantastici e dove trovarli'. La crisi di Ceuta e l'insostenibilità delle politiche migratorie europee*, in *SIDIBlog*, 16 giugno 2021, www.sidiblog.org, ed E. FRASCA, *Quando la prevenzione dell'immigrazione si arresta: l'incerta natura e la debole tenuta degli impegni tra Marocco e Unione europea*, in *SIDIBlog*, 3 giugno 2021, www.sidiblog.org

²⁰ C. MILANO, *La dimensione esterna*, cit.

siderata la nota situazione tunisina in tema di rispetto dei diritti umani dei migranti, sarebbe stato opportuno che l'Unione europea chiedesse maggiori garanzie a salvaguardia della dignità umana, finanche subordinando gli aiuti finanziari al rispetto di diritti fondamentali dei migranti.

5. La discussa natura giuridica del *Memorandum* e strumenti analoghi conclusi dall'Unione europea e dall'Italia in tema di immigrazione

Già nel corso dei negoziati era emersa l'intenzione di consacrare la cooperazione tra Unione europea e Tunisia in un *Memorandum of Understanding*, che, come è noto, sta ad indicare uno strumento (già usato in materia di immigrazione) che può riferirsi tanto a intese politiche quanto a veri propri accordi internazionali. Basti pensare, a tale riguardo, al noto *Memorandum* sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica italiana, del 2 febbraio 2017, che funge da modello per la «cooperazione con i paesi di origine e di transito dei migranti per fermare i flussi migratori»²¹. Giova ricordare che tale accordo è stato irregolarmente concluso in forma semplificata, in quanto, essendo un trattato di natura politica²² e comportando oneri alle finanze avrebbe necessitato della legge di autorizzazione alla ratifica secondo quanto dispone l'art. 80 della nostra Costituzione²³.

²¹ Così A. CAMILLI, *Il modello Libia nell'approccio europeo alle migrazioni*, in *Internazionale*, 9 febbraio 2023. Da evidenziare che nonostante l'ampiezza dell'oggetto indicato nel titolo, l'accordo è interamente incentrato sul contrasto all'immigrazione irregolare. Inoltre, sin dal preambolo appare chiara la natura politica dell'accordo, laddove si afferma che le parti sono intenzionate a «lavorare per affrontare tutte le sfide che si ripercuotono negativamente sulla pace, la sicurezza e la stabilità nei due Paesi, e nella regione del Mediterraneo in generale». Inoltre, l'accordo in questione si inserisce in una serie di altri strumenti posti in essere dai due Stati ed espressamente richiamati sia nel preambolo che all'art. 1. In particolare, l'accordo in questione intende dare attuazione al Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione del 30 agosto 2008, ratificato e reso esecutivo in Italia con la legge n. 7 del 6 febbraio 2009 (meglio noto come Trattato di Bengasi) ed al quale aveva fatto seguito la Dichiarazione di Tripoli del 21 gennaio 2012. Sull'accordo Italia-Libia, tra gli altri, v. N. RONZITTI, *Il Trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione*, 18 gennaio 2009, www.iai.it

²² Secondo quanto previsto in una circolare del Ministero degli esteri del 19 aprile 1995, per trattati di natura politica devono intendersi solo quelli che «hanno un grande rilievo politico comportando scelte fondamentali di politica estera».

²³ Sulla base di tale circostanza un gruppo di deputati si è rivolto alla Corte costituzionale sollevando la questione di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato lesivo delle prero-

Il trattato Italia-Libia, peraltro, rientra in una prassi governativa di abuso della stipulazione in forma semplificata²⁴ e della sua deriva verso la conclusione di accordi segreti.

È questo il caso del *Memorandum* con il Sudan, del 3 agosto 2016, firmato dal Capo della polizia italiana e dal Direttore generale della polizia sudanese, avente ad oggetto la lotta alla criminalità, la gestione delle frontiere e dei flussi migratori e i rimpatri²⁵.

L'accordo in questione aveva attirato l'attenzione dei media e dell'opinione pubblica italiani a seguito dei rimpatri disposti dalle autorità di polizia nell'agosto 2016 nei confronti di un gruppo di cittadini sudanesi. Sulla base di tali episodi è stato elaborato il Rapporto intitolato *Memorandum of Understanding between Italy and Sudan: A Legal Analysis*²⁶, nel quale si pone in evidenza come l'attuazione dell'accordo dia luogo a gravi violazioni dei diritti umani; in particolare, ad essere violati sono: il divieto di respingimento, come tutelato dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato; il divieto di espulsioni collettive, previsto all'art. 4 del Protocollo n. 4 alla Convenzione europea dei diritti umani, il diritto ad un ricorso effettivo, tutelato dall'art. 13 della Convenzione europea dei diritti umani.

gative parlamentari. La decisione della Corte n. 163 del 4 luglio 2018, però, lascia delusi nella misura in cui evita di pronunciarsi in merito alla questione della legittimità costituzionale del *Memorandum*, dichiarando il ricorso inammissibile in quanto «deve escludersi che il singolo parlamentare sia titolare – nei confronti dell'esecutivo – di attribuzioni individuali costituzionalmente protette» e ancora «sono proprio le previsioni relative alla riserva di legge (art. 80 Cost.) e alla riserva di assemblea (art. 72, comma 4, Cost.) ad individuare nella Camera di appartenenza il soggetto titolare della sfera di attribuzioni costituzionali che sarebbe stata violata; conseguentemente, legittimata a reagire contro tale violazione deve ritenersi la Camera di appartenenza, e non il singolo parlamentare».

²⁴ In tema, v. C. FAVILLI, *Quali modalità di conclusione degli accordi internazionali in materia di immigrazione?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 156 ss., e F.M. PALOMBINO, *Sui pretesi limiti costituzionali al potere del Governo di stipulare accordi in forma semplificata*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 870 ss.

²⁵ Sull'accordo stipulato dall'Italia con il Sudan, v. F. NEGOZIO, *I (non) accordi di rimpatrio. Profili giuridici del Memorandum d'intesa Italia-Sudan*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 333 ss., in cui a p. 342 si sostiene la violazione degli artt. 10, comma 2, 80 e 87 della Costituzione in quanto il *Memorandum* con il Sudan «necessitava della conclusione in forma solenne con ratifica presidenziale e autorizzazione alla ratifica delle Camere, in quanto impone "modificazioni di legge" e incide sulla "condizione giuridica dello straniero", descrivendo una procedura semplificata *ad hoc* per i soli cittadini sudanesi e, persino, per gli stranieri semplicemente sospettati di essere sudanesi».

²⁶ Il Rapporto, elaborato nell'ambito dell'iniziativa *Human Rights and Migration Law Clinic of Turin* da un gruppo di ricerca dell'Università di Torino, dell'Università del Piemonte orientale e dell'International University College, è consultabile al sito www.asgi.it

A ciò si aggiunga che proprio i fatti dell'agosto 2016 hanno fatto venire alla luce l'esistenza di tale accordo, che, fino ad allora, era rimasto segreto.

Come è noto, per i trattati segreti si pone un problema della loro legittimità dal punto di vista del diritto interno nel caso in cui gli ordinamenti nazionali pongano un divieto esplicito alla stipulazione di accordi in forma segreta. Nel caso dell'ordinamento italiano la questione (che, chiaramente, si pone solo per gli accordi in forma semplificata²⁷) può avere un certo rilievo solo qualora l'accordo rientri nei casi eccezionali che disciplinano il segreto di Stato²⁸.

Analoga condizione di segretezza si riscontra con riferimento all'Accordo di cooperazione in materia di difesa tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica del Niger del 26 settembre 2017. In merito a tale ultimo accordo le associazioni ASGI (Associazione di Studi Giuridici sull'Immigrazione), CILD (Coalizione italiana per le libertà e i diritti civili) e NAGA (Organizzazione di volontariato per l'assistenza socio-sanitaria e per i diritti di cittadini stranieri, rom e sinti) hanno adito il giudice amministrativo.

Il TAR del Lazio, con sentenza del 16 novembre 2018, nel dare ragione ai ricorrenti, «ordina al Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale (...) di esibire il documento indicato in motivazione entro il termine di trenta giorni decorrenti dalla notificazione o (se anteriore) dalla comunicazione della presente sentenza».

²⁷ In proposito, v. T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 679 in cui si legge: «questione diversa è quella della legittimità, alla luce del vigente ordinamento italiano, di trattati internazionali segreti, intendendosi come tali i trattati conclusi dall'esecutivo senza che ne sia data comunicazione del testo al Parlamento o contenenti clausole diverse o aggiuntive rispetto a quello rese note al Parlamento. Se il trattato segreto non può che venire stipulato in forma semplificata, non vale l'inverso, nel senso che i trattati stipulati in forma semplificata non sono necessariamente destinati a restare segreti (e anzi, normalmente, non lo sono)».

²⁸ Secondo l'art. 12 della legge n. 801 del 24 ottobre 1977, rubricata *Istituzione e ordinamento dei servizi per l'informazione e la sicurezza e disciplina del segreto di Stato*: «sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sarebbe idonea a recar danno all'integrità dello Stato democratico, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, al libero esercizio degli organi costituzionali, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato». Da segnalare che la norma è stata riprodotta senza alcuna modifica all'art. 39 della legge n. 124 del 3 agosto 2007, rubricata *Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto*.

È da ritenere che i citati esempi degli accordi con il Sudan e con il Niger (anch'essi dall'indubbio contenuto politico) siano la dimostrazione della deriva che può assumere il crescente ricorso alla conclusione di accordi in forma semplificata²⁹. Non si tratta, infatti, solo di una questione di legittimità costituzionale di tali accordi laddove rientrino nelle materie di cui all'art. 80 della Costituzione – questione che, come è noto, attiene ai rapporti tra Governo e Parlamento e sulla quale l'organo legislativo (ove lo volesse) potrebbe sempre intervenire – ma finisce con l'essere una questione particolarmente delicata passibile di sfociare nella stipulazione di accordi segreti.

Da segnalare che anche con la Tunisia l'Italia aveva concluso nell'aprile del 2011 un controverso accordo rimasto per lungo tempo segreto e reso noto dall'esecutivo italiano nel corso del procedimento innanzi alla Corte europea dei diritti umani nel caso *Khlaifia*, conclusosi con la condanna dell'Italia³⁰.

Nel caso del negoziato con la Tunisia per la firma del recente *Memorandum*, dunque, si può ritenere che il governo italiano faciliti l'interlocuzione con l'Unione europea con l'obiettivo di realizzare quel controllo dell'immigrazione che non è riuscito ad ottenere con il precedente accordo del 2011.

Da parte dell'Unione europea, la cooperazione con la Tunisia si inserisce nel quadro dei rapporti con gli Stati terzi finalizzati al controllo e gestione delle frontiere ed evoca il precedente della Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016³¹.

²⁹ A. SPAGNOLO, *Di intese segrete e alibi parlamentari: tra la decisione del TAR sull'accordo con il Niger e il Global Compact sulle migrazioni*, in *SIDIBlog*, 5 dicembre 2018, www.sidiblog.org, sottolinea «un denominatore comune alle vicende relative all'accordo con il Niger e al Memorandum con la Libia: l'approccio disinvolto alle prerogative parlamentari nella conclusione di accordi internazionali finalizzati alla gestione dei flussi migratori, che costituiscono base giuridica o cornice giuridica di riferimento per condotte potenzialmente lesive dei diritti umani». In argomento, v. anche E. OLIVITO, *Accordi in forma (semi)semplificata, istanze di accesso civico e vulnus alla Costituzione*, in *Questione giustizia*, 5 febbraio 2019, www.questionegiustizia.it

³⁰ Corte EDU, sentenza del 15 dicembre 2016, ric. n. 16483/12, *Khlaifia e al. c. Italia*.

³¹ Sulla Dichiarazione UE-Turchia si veda E. CANNIZZARO, *Disintegration through Law?*, in *European Papers*, 2016, p. 3 ss.; ID., *Denialism as the Supreme Expression of Realism. A Quick Comment on NF v. European Council*, in *European Papers*, 2017, p. 251 ss.; C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 405 ss.; M. GATTI, *La Dichiarazione UE-Turchia sulla migrazione, un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento?*, in *Eurojus*, 2016, www.rivista.eurojus.it; E. ROMAN, *L'accordo UE-Turchia: le criti-*

Sulla natura giuridica di tale ultimo strumento ha avuto modo di pronunciarsi il Tribunale dell'Unione europea nelle ordinanze del 28 febbraio 2017, relative ai casi *NF, NG e NM c. Consiglio europeo*³². A fronte della richiesta di annullamento della Dichiarazione UE-Turchia, ritenuta dai ricorrenti un accordo internazionale concluso dal Consiglio europeo per conto dell'Unione, in violazione delle norme del TFUE sulla conclusione di accordi internazionali, il Tribunale si è dichiarato incompetente sostenendo che «per quanto riguarda la gestione della crisi migratoria, il Consiglio europeo, in quanto istituzione, non ha adottato alcuna decisione di concludere un accordo con il Governo turco a nome dell'Unione, né (...) ha impegnato l'Unione ai sensi dell'articolo 218 TFUE» (punto 69). Nell'ordinanza, inoltre, si specifica che la Dichiarazione, quand'anche fosse qualificabile come un accordo, sarebbe comunque un accordo concluso fra gli Stati, affermando quanto segue: «*ad abundantiam*, alla luce del riferimento, contenuto nella Dichiarazione UE-Turchia, al fatto che "l'UE e la (...) Turchia avevano concordato punti di azione supplementari", il Tribunale considera che, anche supponendo che un accordo internazionale possa essere stato concluso informalmente nel corso della riunione del 18 marzo 2016, circostanza che, nel caso di specie, è stata negata dal Consiglio europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, tale accordo sarebbe intervenuto tra i Capi di Stato o di governo degli Stati membri dell'Unione e il Primo ministro turco» (punto 71).

Non sembra possano esservi dubbi sul fatto che l'atto in questione sia qualificabile come accordo³³ e ciò ove si considerino alcuni elementi che

cità di un accordo a tutti i costi, in *SIDIBlog*, 21 marzo 2016, www.sidiblog.org, F. CHERUBINI, *The 'EU-Turkey Statement' of 18 March 2016: A (Umpteenth?) Celebration of Migration Outsourcing*, in S. BALDIN, M. ZAGO (eds.), *Europe of Migrations: Policies, Legal Issues and Experiences*, Trieste, 2017, p. 33 ss.; G. CAGGIANO, *Are you Serious? Il diritto europeo delle migrazioni dopo la fine dell'emergenza alla frontiera orientale dell'Unione*, in *Freedom Security and Justice. European Legal Studies*, 2017, p. 7 ss.; A. POPOV, *Identification de l'auteur de l'acte attaqué et recevabilité du recours en annulation: le Tribunal de l'Union estime que la 'Déclaration UE-Turquie du 18 mars 2016' ne saurait faire l'objet d'un recours en annulation*, in *Revue des affaires européennes*, 2017, p. 101 ss.; F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi' per il controllo extraterritoriale della migrazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 1 ss.; V. ZAMBRANO, *Accordi informali*, cit., p. 121 ss.; C. FAVILLI, *Nel mondo dei 'non-accordi'*, cit., p. 144 ss.

³² Tribunale, ordinanza del 28 febbraio 2017, T 257/16, *NM c. Consiglio europeo*. È da segnalare che la Corte ha respinto i ricorsi presentati contro tali ordinanze: CGUE, ordinanza del 12 settembre 2018, cause riunite da C-208/17 P a C-210/17.

³³ Sulla qualificazione della Dichiarazione come accordo dell'Unione, v. E. CANNIZZARO, *Denialism as the Supreme Expression*, cit., p. 256, second il quale «an international instrument

semberebbero deporre in tal senso. Innanzitutto, secondo un noto principio di diritto, per qualificare un atto giuridico, non bisogna guardare al *nomen juris*, ma al suo contenuto.

Già nel 1962 la Corte internazionale di giustizia si esprimeva in tal senso, nella pronuncia sul *Sud Ovest africano*, ritenendo che «terminology is not a determinant factor as to the character of an international agreement or undertaking. In the practice of States and of international organizations and in the jurisprudence of international courts, there exists a great variety of usage; there are many different types of acts to which the character of treaty stipulations has been attached»³⁴.

Analogamente la Corte internazionale di giustizia si esprime anche nella sentenza relativa alla *Delimitazione marittima e delle questioni territoriali tra Qatar e Bahrain*³⁵, in cui ritiene che «international agreements may take a number of forms and be given a diversity of names»³⁶. E, da questo punto di vista, la disciplina contenuta nella Dichiarazione UE-Turchia sembrerebbe deporre in tale senso.

Vi è poi da considerare l'aspetto della volontà delle parti, che, sulla base di un principio consolidato di diritto internazionale, possono libera-

that plainly falls within the competence of the EU, negotiated by the President of the European Council and by the President of the European Commission – two organs entrusted with the international representation of the EU –, adopted at a meeting of the European Council and Turkey held in the headquarters of the European Council, communicated in the form of a press release of the European Council and posted in its website, whose wording immediately conveys the idea that its consent has been agreed upon by Turkey and the EU, cannot but be attributed to the EU. Nor the failure to follow the detailed procedure established by Art. 218 TFEU can lead to the attribution of the Statement to the MS. Under Art. 46 of the 1986 Vienna Convention, the violation of a provision of the internal law of an international organization, regarding the competence to conclude a treaty by that organization, constitutes a ground of invalidity of that treaty, and does not concern the distinct profile of attribution». Inoltre, v. C. FAVILLI, *Nel mondo dei 'non-accordi'*, cit., p. 149, la quale afferma che «la Dichiarazione del 18 marzo 2016 risulta avere un contenuto che non può essere inteso come la mera riproduzione di obblighi esistenti» e aggiunge che «si può dunque ritenere che essa sia un accordo internazionale. (...) Un accordo, dunque, e un accordo dell'Unione, che rimarrà nella storia per le sofferenze inflitte a migliaia di persone e per costituire un *vulnus* allo Stato di diritto, un valore fondante dell'Unione (art. 2 TUE) e che l'Unione tenta strenuamente di difendere in altri contesti. Come un gioco delle parti, l'Unione è stata infatti utilizzata dai governi come soggetto attuatore di una strategia nata per impulso dei governi stessi e in spregio delle regole previste nei Trattati».

³⁴ CIG, sentenza del 21 dicembre 1962, *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*.

³⁵ CIG, sentenza sulla competenza e la ricevibilità del 1° luglio 1994, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*.

³⁶ *Ivi*, par. 25.

mente scegliere la forma di manifestazione del consenso ad obbligarsi, purché la volontà di vincolarsi risulti in maniera evidente dal testo convenzionale, ovvero dai loro comportamenti, siano essi precedenti l'adozione dell'atto o successivi³⁷. Nel caso della Dichiarazione UE-Turchia, tanto il contenuto, quanto la volontà delle parti sembrerebbero confermarne la natura pattizia. Resta l'ambiguità se si tratti di accordo concluso dall'Unione europea ovvero dai singoli Stati membri. In quest'ultimo caso si tratterebbe di un accordo concluso in forma semplificata.

È, tuttavia, da rilevare una sostanziale differenza tra la Dichiarazione UE-Turchia e il *Memorandum* UE-Tunisia. La prima, infatti, è stata adottata nell'ambito del Consiglio europeo (che il Tribunale prima e la Corte dopo non hanno ritenuto equiparabile ad un accordo internazionale stipulato dall'Unione, ma semmai ad un accordo informalmente concluso dagli Stati membri), laddove la seconda nasce da un processo negoziale (riconosciuto dallo stesso Presidente del Consiglio europeo nelle sue citate dichiarazioni) ed è consacrata in un testo scritto firmato da un legittimo rappresentante dell'Unione europea da una parte e da un altrettanto legittimo rappresentante della Tunisia dall'altra.

Tale circostanza fa sì che i dubbi manifestati a proposito della discussa Dichiarazione UE-Turchia non abbiano ragion d'essere nel caso del *Memorandum* tra UE-Tunisia sulla base del principio che la qualificazione dell'atto non dipende da suo *nomen juris*, ma dal suo contenuto e dalla volontà delle parti.

Ora, sebbene il contenuto dell'intesa del 16 luglio 2023 sia generico, non si può negare che in essa le parti abbiano convenuto di impegnarsi a cooperare, manifestando una chiara volontà in tal senso. E, dunque, da questo punto di vista non può negarsi la natura pattizia del *Memorandum*.

Ciò detto, occorre rilevare che, quale che sia la loro qualificazione giuridica, i problemi che tali strumenti sollevano non sono di poco conto.

³⁷ Una conferma a favore del principio di libertà di scelta degli Stati proviene dalla giurisprudenza della CIG. Viene in rilievo, a tale proposito, la pronuncia sulla *Frontiera terrestre e marittima tra Camerun e Nigeria*, in cui la CIG afferma che «while in international practice a two-step procedure consisting of signature and ratification is frequently provided for in provisions regarding entry into force of a treaty, there are also cases where a treaty enters into force immediately upon signature. Both customary international law and the Vienna Convention on the Law of Treaties leave it completely up to States which procedure they want to follow»: CIG, sentenza del 10 ottobre 2002, *Affaire de la frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et la Nigéria (Cameroun v. Nigeria)*.

Se si ritiene che si tratti di accordi conclusi dagli Stati membri dell'Unione, si pone la questione della loro validità, qualora l'accordo sia stato concluso in manifesta violazione di norme interne di importanza fondamentale sulla competenza a stipulare (secondo quanto dispone l'art. 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969). È questo il caso del citato accordo Italia-Libia e degli altri accordi bilaterali conclusi in materia di immigrazione dal nostro Paese, che, non sono sottoposti al vaglio parlamentare³⁸.

Ove si ritenga, invece, che si tratti di intese politiche, si pone il problema dell'individuazione delle conseguenze in caso di loro inosservanza, visto che un'intesa politica è ben diversa da un accordo internazionale³⁹.

Proprio da questo punto di vista, in un settore particolarmente delicato come quello dell'immigrazione – in cui ad essere in gioco sono il godimento di diritti fondamentali ed il destino stesso delle persone – bisogna poter disporre di strumenti giuridici efficaci. L'efficacia non può dipendere unicamente dal contenuto dell'atto giuridico, ma poggia su (e parte da) l'esatta qualificazione giuridica (e la corretta scelta) dello strumento su cui fondare la cooperazione.

La scelta dell'Unione di proseguire anche per la cooperazione con la Tunisia con un modello utilizzato tanto dall'Unione stessa, quanto dagli Stati membri⁴⁰, che certamente assicura celerità, rischia di avere ripercussioni negative sull'efficacia della cooperazione nella misura in cui comporta problemi in termini di validità dell'atto adottato e, dunque, di individuazione delle conseguenze in caso di sua inosservanza.

Resta, dunque, il fatto che, ancora una volta, si è optato per uno strumento che non segue le procedure istituzionali previste, che, invece, andrebbero osservate proprio quando sono in gioco (e – considerata la situazione politica generale della Tunisia – a forte rischio) i diritti umani⁴¹.

³⁸ V. C. FAVILLI, *Nel mondo dei 'non-accordi'*, cit., *passim*.

³⁹ Per esempio, A. SPAGNOLO, *Un gioco delle parti sulla pelle delle persone. L'insostenibilità delle ragioni greche, turche ed europee nella crisi migratoria in corso*, in *SIDIBlog*, 14 marzo 2020, www.sidiblog.org, evidenzia le conseguenze delle violazioni della Dichiarazione da parte delle autorità turche.

⁴⁰ C. FAVILLI, *Nel mondo dei 'non-accordi'*, cit., p. 145, sottolinea che «l'azione dell'Unione si realizza e si interseca senza soluzione di continuità con quella degli Stati membri».

⁴¹ Sulla mancanza di conformità con i procedimenti previsti dai Trattati, v. F. BATTAGLIA, *Il Memorandum of Understanding UE-Tunisia: profili giuridici e impatto sui diritti umani*, in *I Post di AISDUE*, 19 novembre 2023, www.aisdue.eu

6. Conclusioni

Alla luce delle preoccupazioni avanzate in merito alla compatibilità tra il *Memorandum* e il rispetto dei diritti umani, in data 13 settembre 2023 il Mediatore europeo ha rivolto dei quesiti alla Commissione in cui si chiede come quest'ultima intenda garantire il rispetto dei diritti umani, in particolare se: vi sia stata una preventiva valutazione dell'incidenza del *Memorandum* sul godimento dei diritti fondamentali; siano previste azioni di monitoraggio; sia contemplata una eventuale sospensione dei finanziamenti qualora i diritti umani non dovessero essere rispettati. La Commissione, dopo aver richiamato il riferimento al rispetto dei diritti umani e del diritto internazionale previsto nello stesso *Memorandum* e i programmi sui diritti umani e la democrazia in atto con la Tunisia sottolinea che

«a human rights impact assessment (HRIA) is not required for the MoU itself, as the latter is a non-binding instrument recording an understanding of shared objectives, including in the area of migration, without giving rise to obligations that are legally binding. In the field of migration, the MoU identifies the priorities of combating irregular migration, combating criminal networks of migrant smugglers and human traffickers, effectively managing borders, developing a system for the identification and return of irregular migrants already present in Tunisia to their countries of origin, further supporting the return and readmission from the EU of Tunisian nationals in an irregular situation in respect of international law and the rights and dignity of these individuals, including socio-economic reintegration in Tunisia, promoting legal pathways for migration, stimulating international mobility at all skills levels and strengthening cooperation on skills development in a mutually beneficial manner, as well as implementing a Talent Partnership».

Dal che si deduce che il modello di cooperazione (che secondo la Commissione, fa capo ad un *non-binding instrument!*), nonostante le perplessità che comporta in termini di tutela dei diritti umani non è messo in discussione.

Non stupisce, dunque, che il modello tunisino sia stato recentemente confermato nella cooperazione tra Unione europea e Egitto.

I punti di contatto sono molteplici: innanzitutto, quanto ai soggetti coinvolti nel negoziato (da una parte, la Presidente della Commissione eu-

ropea ed alcuni *leader* europei, fra cui ancora una volta la Premier italiana⁴² e, dall'altra, il Presidente egiziano); quanto all'esito del negoziato, consacrato nella Dichiarazione congiunta per un partenariato strategico globale del 17 marzo 2024⁴³; quanto ai temi oggetto della cooperazione, che vanno dalla stabilità economica, agli investimenti nell'energia rinnovabile e nell'idrogeno rinnovabile, al commercio, alla sicurezza e, ovviamente, alla migrazione; quanto alla formula degli aiuti finanziari in cambio di un controllo dei migranti, in considerazione del fatto che attualmente è proprio in Egitto che si concentra il maggior numero di persone in fuga da varie zone di crisi cui potrebbero con grande probabilità aggiungersi i profughi provenienti dalla Striscia di Gaza, nel caso in cui l'esercito israeliano dovesse invadere Rafah.

Si può, dunque, immaginare che l'Unione europea continuerà a prediligere strumenti flessibili nella cooperazione con Stati terzi in materia di migrazione.

Il modello di controllo delle frontiere seguito dagli Stati maggiormente interessati al fenomeno migratorio (*in primis* l'Italia) e sempre di più dall'Unione si basa su atti che (per gli Stati) garantiscono celerità e (per l'Unione) permettono di sfuggire all'ostruzionismo sovranista di alcuni Governi, anche a costo di porre in secondo piano il rispetto dei diritti umani e, più in generale, i principi e i valori dello Stato diritto, con la conseguenza che «il ricorso a strumenti di gestione dell'asilo e dell'immigrazione anche all'esterno del sistema dell'Unione europea (...) determina, evidentemente, una totale esclusione delle competenze del Parlamento europeo, in una materia pur così politicamente sensibile, così come della Corte di giustizia, il cui controllo sul rispetto dei diritti umani (...) sarebbe invero indispensabile»⁴⁴.

⁴² Alla Premier italiana si aggiungevano il Cancelliere austriaco, il Premier belga, il Presidente cipriota e il Premier greco. L'Italia ha anche adottato una serie di accordi bilaterali volti a realizzare il c.d. Piano Mattei.

⁴³ Comunicato stampa della Commissione europea, *Press Statement by President von der Leyen with Austrian Chancellor Nehammer, Belgian Prime Minister De Croo, Cypriot President Christodoulides, Greek Prime Minister Mitsotakis, Italian Prime Minister Meloni and Egyptian President El-Sisi*, 17 marzo 2024, www.ec.europa.eu

⁴⁴ Così U. VILLANI, *I principi della politica di asilo e d'immigrazione dell'Unione e il rischio di 'fortezza Europa'*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2023, p. 17.

L'accordo tra Australia e Tuvalu sui visti 'climatici'. Alcune considerazioni sulla mobilità climatica nel Pacifico, tra percorsi migratori più sicuri e nuove tendenze regionali

MARTINA SARDO*

SOMMARIO: 1. Mobilità umana e cambiamento climatico nel Pacifico: il caso emblematico dei *Sinking Islands States* – 2. Il Trattato di Unione Australia-Tuvalu *Falepili*: tra sicurezza, adattamento e mobilità 'climatica'. – 3. I nuovi visti 'climatici' e la possibilità di 'muoversi con dignità'. – 4. La portata innovativa dell'accordo tra Australia e Tuvalu. – 5. Programmi unilaterali e accordi di mobilità nel Pacifico: una prassi regionale a garanzia di percorsi migratori più sicuri. – 6. Conclusioni. Verso il consolidamento di nuove tendenze regionali sulla mobilità climatica?

ABSTRACT: I piccoli Stati insulari del Pacifico, particolarmente vulnerabili agli effetti negativi del cambiamento climatico, sono ormai da anni impegnati nella ricerca di soluzioni volte garantire la sicurezza e la tutela dei diritti umani delle proprie popolazioni di fronte alla crescente minaccia di sradicamento dovuta principalmente all'innalzamento del livello del mare. In risposta alle richieste di assistenza e cooperazione avanzate dall'atollo del Pacifico, nel novembre 2023, Australia e Tuvalu hanno annunciato la sottoscrizione di un Trattato di Unione avente ad oggetto, tra le altre cose, il rilascio di visti per motivi climatici. L'Accordo costituisce un riconoscimento senza precedenti del cambiamento climatico come sfida alla sicurezza e minaccia all'esistenza stessa degli Stati del Pacifico, rappresentando un significativo passo in avanti nella gestione della mobilità umana indotta dal cambiamento climatico nella regione. Dopo aver brevemente inquadrato le principali questioni legate al fenomeno della mobilità umana indotta dal cambiamento climatico nel Pacifico, il presente contributo si propone di analizzare il contenuto dell'accordo tra l'Australia e Tuvalu al fine di sottolinearne la portata innovativa rispetto ai programmi unilaterali di rilascio di visti e agli accordi di mobilità già esistenti nella regione.

* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale, Università degli Studi di Palermo, martina.sardo@unipa.it.

Alcune considerazioni verranno quindi formulate sulla recente tendenza degli Stati del Pacifico, sviluppati e in via di sviluppo, a impegnarsi nell'adozione di strumenti e strategie comuni oltre che nella negoziazione di accordi bilaterali e multilaterali volti a prevenire e arginare i rischi del cambiamento climatico, inclusi quelli derivanti dalla mobilità umana indotta dall'innalzamento del livello del mare.

PAROLE CHIAVE: cambiamento climatico – migranti ambientali – rifugiati – visti speciali – accordi di mobilità – Pacifico.

1. Mobilità umana e cambiamento climatico nel Pacifico: il caso emblematico dei *Sinking Islands States*

Da anni ormai, gli Stati dell'oceano Pacifico, più di altri, sperimentano gli effetti negativi del cambiamento climatico, e dell'innalzamento del livello del mare in particolare. I recenti studi scientifici lasciano pochi dubbi sulle conseguenze devastanti che – nel breve e lungo termine – l'innalzamento dei mari e degli oceani potrà avere sui territori della regione¹ e dunque sul benessere e i diritti delle popolazioni che li abitano².

I cittadini dei piccoli Stati insulari e arcipelagici del Pacifico, tra i più esposti al fenomeno, rischiano di affrontare, infatti, limitazioni sempre più significative nel godimento dei loro diritti alla vita, al cibo, all'acqua, alla salute e a un alloggio adeguato³.

¹ IPCC, *Climate Change 2023: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Ginevra, 2023, p. 35 ss., disponibile all'indirizzo: www.ipcc.ch

² J. KNOX, *Report of the Independent Expert on Issues of Human Rights Obligations relating to the Enjoyment of a Safe, Clean Healthy and Sustainable Environment*, Preliminary Report, Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite, UN Doc. A/HRC/22/43 del 24 dicembre 2012, par. 18, 19 e 34; J. KNOX, *Report of the Independent Expert on Issues of Human Rights Obligations relating to the Enjoyment of a Safe, Clean Healthy and Sustainable Environment: Mapping Report*, Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite, UN Doc. A/HRC/25/53 del 30 dicembre 2013, par. 17. Sul nesso tra diritti umani e cambiamento climatico si vedano anche: Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite, *Human rights and climate change*, UN Doc. A/HRC/RES/7/23 del 28 marzo 2008; Consiglio dei diritti umani, *Human rights and climate change*, UN Doc. A/HRC/RES/18/22 del 17 ottobre 2011; S. MCINERNEY-LANKFORD, *Human rights and climate change: reflections on international legal issues and potential policy relevance*, in M. B. GERRARD, G. E. WANNIER (eds), *Threatened Island Nations: Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate*, Cambridge, 2013, p. 195 ss.

³ Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite, *Human rights and climate change*, UN Doc. A/HRC/29/L.21, Preambolo, del 30 giugno 2015. Sul punto, v. anche: *Pacific Islands Forum*,

Dinnanzi a simili sfide, gli Stati sono obbligati ad adottare misure di mitigazione e di adattamento al cambiamento climatico volte a prevenire ed arginare gli effetti dirompenti della degradazione ambientale in atto, ai sensi dei principali trattati internazionali sul clima⁴. Nel corso degli ultimi vent'anni, i piccoli Stati insulari e arcipelagici del Pacifico hanno in effetti dimostrato grandi capacità di innovazione e resilienza, impegnandosi a mettere a punto strategie e piani di adattamento volti a proteggere la sicurezza, il benessere e i diritti dei propri cittadini⁵.

Tuttavia, tali sforzi non risultano spesso sufficienti (o comunque potrebbero non esserlo nel lungo termine) per affrontare le questioni legate all'inabitabilità o alla parziale abitabilità dei *Sinking Islands States*⁶, tra cui quella della mobilità umana.

È noto, infatti, che una delle conseguenze più significative degli effetti dei cambiamenti climatici riguarda la mobilità umana. Si tratta di una questione molto complessa che, a partire dagli anni 90 del secolo scorso, gli studiosi hanno tentato di affrontare partendo dal presupposto che,

Submission to the ILC 2021; Office of the Ombudsman, National Human Rights Institution of Samoa, State of Human Rights, Report 2017.

⁴ Nella lotta al cambiamento climatico, l'azione internazionale degli Stati si concentra essenzialmente su due tipologie di misure, quelle di mitigazione e di adattamento, che si sono affermate e sviluppate nell'ambito delle negoziazioni sul clima, a partire dall'UNFCCC, passando dal Protocollo di Kyoto fino all'Accordo di Parigi del 2015. Le misure di mitigazione sono volte ad attenuare il grado di cambiamento climatico, riducendo le emissioni di gas serra nell'atmosfera; quelle di adattamento mirano invece a prevenirne e arginarne gli impatti dannosi. Per un approfondimento sugli obblighi derivanti dal diritto internazionale dell'ambiente e del cambiamento climatico, si vedano D. BODANSKY, J. BRUNNÉE, L. RAJAMANI, *International Climate Change Law*, Oxford, 2017; B. MAYER, *The International Law of Climate Change*, Cambridge, 2018.

⁵ J. MCADAM, *Australia's offer of climate migration to Tuvalu residents is groundbreaking – and could be a lifeline across the Pacific*, in *The Conversation*, 11 novembre 2023, disponibile all'indirizzo: www.theconversation.com. Nell'ultimo decennio, diversi Paesi hanno adottato, in conformità a quanto previsto dall'UNFCCC, programmi e piani nazionali di adattamento e riduzione del rischio per adeguarsi agli effetti negativi del cambiamento climatico, nel tentativo anche di consentire alle popolazioni interessate la permanenza nei territori più esposti. Tra questi, anche i piccoli Stati del Pacifico come la Repubblica di Kiribati e Vanuatu (cfr. *Kiribati Joint Implementation Plan, 2019-2025*, disponibile all'indirizzo: www.unfccc.int; *Vanuatu's Revised and Enhanced 1st Nationally Determined Contribution 2021-2030*, disponibile all'indirizzo: www.unfccc.int).

⁶ Gli Stati del Pacifico si trovano ad affrontare la prospettiva concreta e reale di una parziale o completa sommersione, tanto da essere oramai noti, nella letteratura accademica ma anche nel linguaggio dei media, come *Sinking Islands States*. Sul punto, cfr., *infra*, nota 33. Si veda, inoltre, J. MC ADAM, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, cit., pp. 121-123.

erodendo i mezzi di sussistenza, il cambiamento climatico finisce per esasperare le condizioni di esistenza degli individui e di intere popolazioni, inducendole allo spostamento all'interno del loro Paese d'origine o alla migrazione⁷.

⁷ Quella della mobilità umana connessa a disastri naturali, degrado ambientale e cambiamento climatico è una questione estremamente complessa (UNHCR, *Legal considerations regarding claims for international protection made in the context of the adverse effects of climate change and disasters*, 2020). Gli sforzi di riconoscere e proteggere, a livello internazionale, i cosiddetti 'migranti ambientali' o 'migranti climatici' si scontrano con una serie di difficoltà legate alle caratteristiche dello spostamento. La prima è quella di isolare il fattore ambientale e climatico come unico fattore di migrazione. La migrazione ambientale si colloca, infatti, all'interno di un quadro multi-causale caratterizzato da una combinazione di elementi di vulnerabilità di natura politica, economica e sociale, che amplificano quella ambientale e viceversa. Il secondo ordine di problemi riguarda, invece, la natura dello spostamento legato a fattori ambientali e climatici. Esso può essere interno o oltre confine, temporaneo o permanente, volontario o forzato (Sulla questione delle migrazioni ambientali, vedi più in generale D. C. BATES, *Environmental Refugees? Classifying Human Migrations Caused by Environmental Change*, in *Population and Environment*, 2002, p. 465 ss.; J. McADAM, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, cit.). Lo spostamento interno è senza dubbio un fenomeno molto più esteso rispetto a quello oltre confine. Solo nel 2022, i disastri naturali hanno provocato 32,6 milioni di nuovi sfollati interni, il che rappresenta la cifra più alta nell'ultimo decennio (IDMC, *Global Report on Internal Displacement*, 2023). Al 31 dicembre 2022, almeno 8,7 milioni di persone in 88 Paesi e territori vivevano in condizioni di sfollamento interno a seguito di disastri verificatisi non solo nel 2022, ma anche negli anni precedenti (Ibidem). Si tratta di un aumento del 45% del numero totale di sfollati interni (IDP) a causa di disastri rispetto al 2021 (Ibidem). Sebbene non esistano ancora numeri certi sulla migrazione transfrontaliera (OIM, *World Migration Report*, 2020), alcuni studiosi hanno sottolineato che, mentre nel breve periodo la soluzione è quasi sempre il movimento interno, nel medio e lungo periodo, le persone si sposteranno anche attraverso i confini nazionali come risultato di una combinazione di fattori di spinta, compresi quelli ambientali e climatici (J. McADAM, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, cit., p. 170; OIM, *Assessing the Evidence: Environment, Climate Change and Migration in Bangladesh*, 2010, p. 28). Quanto al carattere 'forzato' dello spostamento, si è notato che anche le graduali alterazioni dell'ambiente e i fenomeni climatici a lenta insorgenza, come l'innalzamento del livello del mare, incidendo sui tradizionali mezzi di sostentamento, sono in grado di esercitare una pressione sulla mobilità umana (K. WARNER, W. KÄLIN, S. MARTIN e al, *Integrating Human Mobility Issues within National Adaptation Plan*, in *UNU-EHS Publication Series, Policy Brief*, giugno 2014, p. 11; R. ZETTER, *Protecting Forced Migrants. A State of the Art Report of Concepts, Challenges and Ways Forward*, Federal Commission on Migration, dicembre 2014, p. 22). In questo senso, nel caso degli spostamenti legati a fattori ambientali e climatici una forma minima di compulsione sarebbe sempre presente. Per questo, nel presente elaborato verrà utilizzata una terminologia che rimanda al carattere forzoso dello spostamento. Inoltre, il contributo farà riferimento alla mobilità legata a ragioni climatiche, più che a quelle ambientali genericamente intese, risultando la regione del Pacifico tra le più colpite dagli effetti del cambiamento climatico, e dell'innalzamento del livello del mare in particolare.

Sebbene si preveda che la maggior parte dei movimenti avvenga all'interno dei Paesi d'origine⁸, il caso degli Stati insulari e a bassa altitudine del Pacifico risulta essere un esempio particolare di come un movimento internazionale di significativa portata possa diventare inevitabile nel corso tempo⁹. In altri termini, mettendo a repentaglio l'abitabilità degli Stati, l'innalzamento del livello del mare implica il rischio, per il futuro, di un numero sempre maggiore di persone costrette a spostarsi, all'interno ma anche oltre i confini nazionali, a causa del suddetto fenomeno.

Nelle linee generali, lo spostamento legato al cambiamento climatico può assumere forme e caratteristiche differenti. Con riferimento alla regione del Pacifico, e all'effetto del cambiamento climatico che più la colpisce – vale a dire, l'innalzamento del livello del mare – è possibile individuare diversi scenari di mobilità (che già sussistono o potrebbero ulteriormente derivare dalla progressiva inabitabilità dei territori dei piccoli Stati insulari)¹⁰, che vanno dallo spostamento interno sino alla migrazione e alla ricollocazione¹¹.

⁸ Con riferimento anche ai processi a insorgenza lenta, come la siccità o l'innalzamento del livello del mare, il rapporto *Groundswell* della Banca Mondiale ha previsto che il cambiamento climatico potrebbe condurre fino a 216 milioni di persone in sei regioni del mondo (Africa subsahariana, Asia meridionale, America Latina, Asia orientale e Pacifico, Nord Africa, Europa orientale e Asia centrale) a muoversi all'interno dei loro Paesi entro il 2050, se non verranno adottate misure idonee a ridurre le emissioni globali di gas serra (World Bank, *Groundswell Part 2: Acting on Internal Climate Migration*, Washington DC, 2021; IOM, *People on the Move in a Changing Climate – Linking Policy, Evidence and Action*, Report, 2022, p. 7).

⁹ Sul punto, cfr. *supra* nota 7.

¹⁰ E. FORMALÉ, *Floating Rights in Time of Environmental Changes*, in G. CATALDI, M. CORLETO E M. PACE (eds), *Migrations and Fundamental Rights: The Way Forward*, Napoli, 2019, p. 183 ss., pp. 184-186; E. PIGUET, A. PÉCOUD, P. DE GUCHTENEIRE, *Migration and Climate Change, An Overview*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2011, p. 1 ss.

¹¹ J. MCADAM, B. BURSON, W. KALIN, et al., *International Law and Sea Level Rise: Forced Migration and Human Rights*, FNI Report, 2016, p. 20. Per 'spostamento interno' si intende lo spostamento all'interno di uno Stato di persone costrette ad abbandonare i luoghi di residenza abituale a causa di eventi naturali improvvisi e/o a lenta insorgenza; la migrazione è un movimento transfrontaliero che, nel contesto degli effetti legati ai cambiamenti climatici, e anche dell'innalzamento del livello del mare, è più probabile che si verifichi in previsione di danni futuri; la ricollocazione pianificata (o trasferimento pianificato) è un processo programmato in cui le persone si spostano volontariamente o forzatamente dai luoghi di residenza, si stabiliscono in una nuova località all'interno del proprio o di un altro Stato, e vengono messe nelle condizioni di ricostruire la propria vita. La ricollocazione pianificata avviene sotto l'autorità dello Stato d'origine ed è intrapresa per proteggere le persone dai rischi e dagli effetti legati ai disastri e ai cambiamenti ambientali, anche nel

Per affrontare le differenti forme che la mobilità umana può assumere nel contesto del cambiamento climatico ma anche per ragioni di giustizia climatica¹², le comunità del Pacifico stanno richiedendo con insistenza l'assistenza e la cooperazione degli Stati non immediatamente colpiti, specie quelli geograficamente vicini e considerati maggiormente responsabili del riscaldamento globale. Di qui la spinta verso la creazione di percorsi migratori che consentano alle persone costrette a spostarsi in ragione degli effetti negativi del cambiamento climatico di fare ingresso, in sicurezza, nei territori degli Stati vicini¹³. Diversi programmi e accordi di mobilità sono stati, negli ultimi anni, richiesti dai piccoli Stati insulari del Pacifico a Paesi come l'Australia o la Nuova Zelanda per garantire lo spostamento dei cittadini colpiti dagli effetti dell'innalzamento del livello del mare¹⁴. Quelli concordati finora sono stati programmi e accordi di mobilità lavorativa, non aventi specificamente a oggetto la migrazione ambientale, che hanno però contribuito – seppure entro certi limiti – a facilitare lo spostamento umano indotto anche dalle minacce derivanti dagli effetti del cambiamento del clima¹⁵.

contesto dell'innalzamento del livello del mare (J. McADAM, B. BURSON, W. KALIN et al., *International Law and Sea Level Rise*, cit., p. 20; v. anche International Law Association (ILA), *Sydney Declaration of Principles on the Protection of Persons Displaced in the Context of Sea Level Rise*, Risoluzione 6/2018, 'Definitions', lett. c, e, f).

¹² Come ben noto, gli impatti del cambiamento climatico non colpiscono ugualmente gli individui e le comunità nelle diverse aree geografiche della Terra. Inoltre, non tutti gli Stati sono ugualmente responsabili di questi cambiamenti. Sul punto, si veda il Sesto Rapporto dell'IPCCC, ed in particolare il rapporto del Gruppo di lavoro II (IPCC, Summary for Policymakers, in H.-O. PÖRTNER, D.C. ROBERTS, E.S. POLOCZANSKA, e al. (eds) *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge, p. 3 ss., p. 7). A proposito, vale la pena di ricordare che, nel marzo 2023, accogliendo le istanze avanzate dal governo di Vanuatu, su spinta di altri quindici Stati, la maggior parte dei quali in via di sviluppo, attraverso la Risoluzione 77/276, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha sottoposto alla Corte internazionale di giustizia una richiesta di parere consultivo sugli obblighi degli Stati in materia di cambiamento climatico (C. CERTELLI, *Tutela dei diritti umani e lotta al cambiamento climatico*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2023, p. 765 ss., p. 776. Sul punto, v. M. WEWERINKE-SINGH e al., *The Advisory Proceedings on Climate Change before the International Court of Justice*, in *Questions of International Law*, 2023, p. 23 ss., disponibile all'indirizzo: www.qil-qdi.org).

¹³ J. McADAM, *Australia's offer*, 2023, cit.

¹⁴ Sul punto, cfr. *infra*, par. 4.

¹⁵ J. McADAM, *Australia's offer*, 2023, cit.

Su questo sfondo si colloca l'annuncio, nel novembre 2023, del Trattato di Unione Australia-Tuvalu *Falepili*¹⁶, il primo accordo al mondo sulla 'mobilità climatica', volto a garantire ai cittadini di Tuvalu lo spostamento e il permanente soggiorno in Australia in ragione del cambiamento del clima. L'accordo costituisce un riconoscimento senza precedenti del cambiamento climatico come sfida alla sicurezza e minaccia all'esistenza stessa degli Stati del Pacifico, rappresentando un significativo passo in avanti nella gestione della mobilità umana indotta dal cambiamento climatico nella regione.

A gennaio 2024, durante la campagna elettorale a Tuvalu, l'accordo è stato messo in dubbio dal piccolo Stato insulare del Pacifico «*over sovereignty concerns*»¹⁷. Diversi candidati hanno criticato l'accordo con l'Australia, sostenendo che questo avrebbe potuto compromettere la sovranità dell'isola¹⁸.

Dopo le elezioni di febbraio, il nuovo governo di Tuvalu ha ribadito però il desiderio di procedere con l'Unione *Falepili* e, a fine marzo 2024, ha presentato l'accordo in Parlamento ai fini della ratifica¹⁹.

Il presente contributo si propone di analizzare il contenuto dell'accordo tra l'Australia e Tuvalu al fine di sottolinearne la portata innovativa rispetto ai programmi unilaterali di rilascio di visti e agli accordi di mobilità già esistenti nella regione. Alcune considerazioni verranno poi formulate sulla recente tendenza degli Stati del Pacifico, sviluppati e in via di sviluppo, a impegnarsi nell'adozione di strumenti e strategie comuni oltre che nella negoziazione di accordi bilaterali e multilaterali volti a pre-

¹⁶ Trattato di Unione Australia-Tuvalu *Falepili*, disponibile all'indirizzo: www.dfat.gov.au, d'ora in avanti Trattato di Unione. L'accordo è stato annunciato nel corso della cinquantesima riunione del *Pacific Islands Forum*. Il Forum delle isole Pacifico riunisce gli Stati della regione del Pacifico al fine di affrontare questioni e sfide urgenti, promuovendone la collaborazione e la cooperazione nel perseguimento di obiettivi condivisi. Fondato nel 1971, il forum comprende 18 Paesi membri: Australia, Isole Cook, Stati Federati di Micronesia, Fiji, Polinesia Francese, Kiribati, Nauru, Nuova Caledonia, Nuova Zelanda, Niue, Palau, Papua Nuova Guinea, Repubblica delle Isole Marshall, Samoa, Salomone Isole, Tonga, Tuvalu e Vanuatu (sul punto, cfr. *The Pacific Islands Forum*, disponibile all'indirizzo: www.forumsec.org).

¹⁷ The Guardian, *Tuvalu accepts security and climate pact, says Australia's Pacific minister*, 27 marzo 2024, disponibile all'indirizzo: www.theguardian.com

¹⁸ Il Post, *Tuvalu continuerà a negoziare un accordo di sicurezza con l'Australia, nonostante le critiche sollevate da alcuni politici locali*, 27 marzo 2024, disponibile all'indirizzo: www.ilpost.it

¹⁹ *Ibidem*.

venire e arginare i rischi del cambiamento climatico, inclusi quelli derivanti dalla mobilità umana indotta dall'innalzamento del livello del mare.

2. Il Trattato di Unione Australia-Tuvalu *Falepili*: tra sicurezza, adattamento e 'mobilità climatica'

Fondato sul concetto tuvaluano di *Falepili*, che connota i valori tradizionali di buon vicinato, dovere di diligenza e rispetto reciproco,²⁰ il Trattato di Unione prende per la prima volta specificamente in considerazione il cambiamento climatico come «*current and emerging (...) challenge*» per la sicurezza e, in prospettiva, per l'esistenza stessa del piccolo Stato insulare di Tuvalu²¹. Il primo accordo sulla mobilità climatica, infatti, è il risultato della richiesta di Tuvalu al governo australiano di sostenere e assistere i suoi sforzi in materia di adattamento al cambiamento climatico, sicurezza e mobilità umana²². Tuvalu, come altri piccoli Stati del Pacifico, tra cui Kiribati e le Isole Cook, è infatti sempre più colpito dalle conseguenze dell'innalzamento del livello del mare e sta cercando di preservare la propria cultura, tradizioni e territorio²³, ribadendo la necessità di una cooperazione tra gli Stati del Pacifico per garantire stabilità, sostenibilità e prosperità in tutta la regione²⁴. Per questo, il Trattato di Unione Australia-

²⁰ Art. 1, Trattato di Unione.

²¹ *Ibidem*.

²² Conferenza stampa del primo ministro di Tuvalu, Kausea Natano, e del primo ministro australiano, Anthony Albanese del 10 novembre 2023, Rarotonga, Cook Islands, disponibile all'indirizzo: www.pm.gov.au, d'ora in avanti Conferenza stampa.

²³ Va detto, in questo senso, che nella regione del Pacifico, la terra (*land*) ha una particolare importanza culturale. Le nozioni di parentela familiare, identità culturale e clan sono strettamente legate alla terra ancestrale e, per alcuni, la terra non può essere separata da coloro che le 'appartengono' (The Nansen Initiative, *Human Mobility, Natural Disasters and Climate Change in the Pacific*, pp. 8-9; M. STRUCK-GARBE, *Reflections on Climate Change by Contemporary Artists in Papua New Guinea*, in *Pacific News*, luglio/agosto 2012, p. 28). Da qui, l'impegno degli Stati del Pacifico, anzitutto, a formulare e attuare strategie di adattamento volte a consentire alla popolazione di rimanere *in loco* e, quindi, a richiedere assistenza e cooperazione al fine di garantire una mobilità sicura all'interno della regione.

²⁴ B. BURSON, W. KÄLIN, J. MCADAM e al., *The Duty to Move People Out of Harm's Way in the Context of Climate Change and Disasters*, in *Refugee Survey Quarterly*, 2018, p. 379 ss. Più in generale, si veda anche ILA, *Sydney Declaration of Principles on the Protection of Persons Displaced in the Context of Sea Level Rise*, Risoluzione 6/2018, disponibile all'indirizzo: www.disasterdisplacement.org. La risoluzione contiene una serie di principi volti alla protezione delle persone costrette a spostarsi a causa dell'innalzamento del livello del mare, basati sui quadri giuridici internazionali pertinenti. La dichiarazione dei principi di Sydney fa riferimento a tutte le forme di mobilità umana che si verificano nel contesto dell'innalzamento del livello del mare (sfollamento, migrazione, ricollocazione pianificata).

Tuvalu *Falepili* è stato annunciato come «*the most significant agreement between Australia and a Pacific island nation ever*»²⁵.

Nel corso della Conferenza Stampa con la quale, assieme al ministro dell'arcipelago tuvaluano, Kausena Natano, ha annunciato la conclusione dell'accordo, il primo ministro australiano Anthony Albanese ha riconosciuto che, in quanto *parte della famiglia del Pacifico*, l'Australia ha la responsabilità «*to act to a gracious request from our friends in Tuvalu and step up the relationship between our two nations*»²⁶. Le parole pronunciate dal ministro australiano sembrano fare riferimento ad un impegno di natura politica, più che al riconoscimento di una qualche forma di responsabilità giuridica da parte del governo di Canberra, per i danni provocati dal cambiamento climatico²⁷.

Nell'ambito del Trattato di Unione, l'Australia si è impegnata a fornire assistenza a Tuvalu in risposta a pandemie, aggressioni militari o gravi catastrofi naturali²⁸, riaffermando l'impegno condiviso nei confronti dei valori del Pacifico, come previsto nella Strategia 2050 per il *Blue Pacific Continent*²⁹, nei principi guida delineati nel *Framework for Resilient Development in the Pacific*³⁰ e nella *Boe Declaration on Regional Security*³¹, che riconosce un concetto ampliato di sicurezza.

²⁵ Conferenza stampa, cit.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Quella della responsabilità internazionale degli Stati per il cambiamento climatico è una questione assai complessa e ampiamente dibattuta in dottrina. Risulta difficile, infatti, ai fini della determinazione dell'illecito internazionale, accertare la condotta, attiva od omisiva, consistente nel rilascio di gas serra – considerato la principale causa del cambiamento climatico di natura antropogenica – così come la sua attribuzione a un determinato Stato (M. GERVAZI, *Le regole della responsabilità internazionale degli Stati dinanzi alla sfida del cambiamento climatico*, in A. SPAGNOLO, S. SALUZZO (a cura di) *La Responsabilità degli Stati e delle Organizzazioni Internazionali: nuove fattispecie, problemi di attribuzione e di accertamento*, Milano, 2017, p. 61 ss., p. 69). Per un approfondimento sulla questione, si vedano, tra gli altri, C. VOIGT, *State Responsibility for Climate Change Damages*, in *Nordic Journal of International Law*, 2008, p. 1 ss.; J. KILINSKI, *International Climate Change Liability: A Myth or Reality?*, in *Journal of Transnational Law & Policy*, 2009, p. 377 ss.; R. LEFEBER, *Climate Change and State Responsibility*, in R. RAYFUSE, S.V. SCOTT (eds) *International Law in the Era of Climate Change*, Cheltenham, 2012, p. 321 ss.

²⁸ Art. 4, Trattato di Unione.

²⁹ Pacific Islands Forum, *2050 Strategy for the Blue Pacific Continent*, disponibile all'indirizzo: www.forumsec.org. La Strategia 2050 definisce l'approccio a lungo termine del Forum delle isole del Pacifico per una maggiore cooperazione nella regione.

³⁰ Pacific Resilience Partnership, *Framework for Resilient Development in the Pacific*, 2016, disponibile all'indirizzo: www.resilientpacific.org. Il Quadro è una novità a livello mondiale. Esso stabilisce un approccio integrato per affrontare il cambiamento climatico e la gestio-

Il governo australiano dovrebbe finanziare con la somma di 16,9 milioni di dollari il progetto di adattamento costiero di Tuvalu, volto ad espandere il territorio dell'isola principale, Funafuti, di circa il 6%, sostenendo così il governo tuvaluano nello sforzo di garantire ai propri cittadini la possibilità di restare nel proprio Paese di origine, nel pieno rispetto dei loro diritti³².

È interessante notare che l'accordo riconosce la dislocazione e lo sradicamento come alcune tra le più grandi forme di perdita culturale, sociale ed economica che i cittadini di Tuvalu potrebbero subire, per il loro attaccamento alle tradizioni e alla terra, spingendosi ad affermare che «*the statehood and sovereignty of Tuvalu will continue, and the rights and duties inherent thereto will be maintained, notwithstanding the impact of climate change-related sea-level rise*»³³.

ne del rischio di disastri in tutta l'area del Pacifico, sostenendo uno sviluppo a basse emissioni di carbonio e migliorando la risposta e la ricostruzione post disastro.

³¹ Pacific Islands Forum, *Boe Declaration on Regional Security*, 2018, disponibile all'indirizzo: www.pacificsecurity.net

³² Conferenza stampa, cit.

³³ Art. 2(2), Trattato di Unione. Sul punto, cfr. *supra* nota 23. Il fenomeno dell'innalzamento del livello del mare solleva diverse questioni giuridiche per il diritto internazionale. Si è detto già come esso, specie nel lungo termine, possa determinare la scomparsa parziale o totale del territorio degli Stati colpiti. Il territorio, secondo la Convenzione di Montevideo, è un elemento costitutivo della statualità, assieme alla popolazione permanente e al governo (Convenzione di Montevideo sui diritti e i doveri degli Stati, 26 dicembre 1933, art. 1). Nell'ipotesi della completa sommersione, e quindi della totale scomparsa, di un territorio, la questione centrale riguarderebbe la cessazione o la continuità della statualità, e dunque la possibilità che esista, nel diritto internazionale, uno Stato senza una delle sue componenti essenziali. Secondo una parte consistente della dottrina, poiché gli Stati sono entità territoriali (J. CRAWFORD, *The Creation of States in International Law*, Oxford, 2016 p. 46), uno Stato senza territorio non è possibile, anche se il territorio necessario può essere molto piccolo (R. JENNINGS, A. WATTS (eds), *Oppenheim's International Law*, Londra, 1992, p. 563; ILA, *International Law and Sea Level Rise*, Conferenza di Lisbona, Report, 2022, p. 26. Sul punto, si veda V. BILKOVÁ, *A State Without Territory?*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2016, p. 19 ss.). Questo implicherebbe che, laddove uno Stato perdesse il suo territorio, la sua statualità cesserebbe. Diverse ragioni, tra cui una fondamentale esigenza di giustizia ed equità, giustificano però la considerazione di soluzioni alternative fondate su una forte presunzione di continuità dello Stato. In questo senso, nelle Dichiarazioni inviate al Sesto Comitato dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, nell'ottobre 2021, diversi Stati del Pacifico hanno sostenuto l'approccio della presunzione di continuità (Samoa, on behalf of the Pacific small island developing States, A/C.6/76/SR.19, par. 71; Solomon Islands, A/C.6/76/SR.23, par. 4, Tuvalu, A/C.6/76/SR.23, par. 4). Il gruppo di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale (CDI) su *Sea-level rise in relation to international law* ha osservato che: «*with regard to small island developing States whose territory could be covered by the sea or become uninhabitable owing to exceptional circumstances outside their will or control, a strong presumption in favour of continuing statehood should*

In altri termini, il governo australiano si sta impegnando a collaborare con Tuvalu per aiutare i suoi cittadini a rimanere nel proprio Stato d'origine in condizioni di sicurezza e dignità, promuovendo le opportunità di adattamento offerte dagli sviluppi tecnologici più recenti e gli interessi di adattamento climatico del piccolo Stato del Pacifico verso altri Paesi, attraverso forum regionali e internazionali³⁴. In aggiunta, l'accordo prevede la predisposizione di canali di migrazione sicuri, tramite il rilascio di nuovi visti 'climatici', in grado di far fronte alle esigenze delle persone che sono o saranno costrette a lasciare la propria terra d'origine, a causa degli effetti del cambiamento climatico.

3. I nuovi visti 'climatici' e la possibilità di 'muoversi con dignità'

Il nuovo Trattato di Unione tra Australia e Tuvalu include l'organizzazione di percorsi migratori volti a garantire ai cittadini tuvaluani costretti a migrare per ragioni legate al cambiamento climatico la possibilità di muoversi con dignità³⁵. Su tale aspetto, in particolare, si intende svolgere alcune riflessioni.

be considered» (CDI, Settantatreesima sessione, Ginevra, 18 aprile–3 giugno e 4 luglio–5 agosto 2022, UN Doc. A/CN.4/752, p. 48). Alcuni altri Stati hanno sostenuto l'approccio della continuità dello Stato, a fronte dell'importanza del rispetto del principio di autodeterminazione, osservando che «*in situations of sea-level rise, it can be presumed at the very least that the population, and thus the Government with control over it, persists at the point of inundation (...). Such a presumption should also apply to a situation of the full or partial inundation of the territory of a State or country, or of the relocation of its population»* (Liechtenstein, A/C.6/76/SR.21, parr. 3–4). Quella della conservazione e/o trasformazione della statualità con riferimento agli effetti dell'innalzamento del livello del mare è una questione molto complessa che non è possibile analizzare in questa sede. Per un approfondimento sul punto, si rinvia a A. CALIGIURI, *Sinking States: The statehood dilemma in the face of sea-level rise*, in *Question of International Law*, 2022, p. 23 ss., nonché ai lavori della CDI sull'innalzamento del livello del mare in relazione al diritto internazionale, disponibili all'indirizzo: www.legal.un.org e ai lavori del Comitato dell'ILA su diritto internazionale e innalzamento del livello del mare, disponibili all'indirizzo: www.ila-hq.org. Da poco più di un decennio a questa parte, l'ILA e la CDI hanno inserito nelle loro rispettive agende il tema dell'innalzamento del livello del mare riconoscendo come le conseguenze di tale fenomeno sollevino una serie di questioni, tra loro strettamente connesse, di cruciale importanza per il diritto internazionale, legate alla statualità appunto, ma anche al diritto del mare e alla protezione delle popolazioni colpite.

³⁴ Art. 2(3), Trattato di Unione.

³⁵ Dinnanzi alla prospettiva che l'innalzamento del livello del mare inghiottisca le case e le terre, con le conseguenze che possono derivarne sul benessere e la vita degli individui, gli studiosi e gli stessi leader del Pacifico hanno in questi anni sottolineato l'importanza di consentire alle persone colpite dagli effetti del cambiamento climatico di spostarsi dignitosamente, concependo la mobilità umana come «*a potentially positive adaptive strategy of*

Riconoscendo esplicitamente l'esposizione di Tuvalu al cambiamento climatico, per la prima volta, uno Stato sviluppato e non direttamente colpito dal fenomeno, l'Australia, si è impegnato ad offrire la residenza permanente a persone minacciate dagli effetti dell'innalzamento del livello del mare.

Secondo le dichiarazioni del ministro³⁶, l'Australia implementerà uno speciale programma migratorio che consentirà a un massimo di 280 cittadini di Tuvalu (su una popolazione complessiva di circa 11.200 abitanti) di migrare ogni anno nel proprio territorio «to live, study and work»³⁷.

L'intesa non pare essere considerata dalle Parti come un'attuazione di obblighi di accoglienza già previsti dal diritto internazionale generale o convenzionale. Nessun riferimento specifico, infatti, è fatto alla Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati o al principio di *non refoulement*, di importanza cruciale ormai per la materia che ci occupa³⁸. Ai cittadini

individuals, households and communities» (J. MC ADAM, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, 2012, cit., p. 163; World Bank, *World Development Report: Development and Climate Change*, 2010). In questo senso, sia essa interna o transfrontaliera, la mobilità umana dovrebbe essere integrata nelle politiche nazionali come strategia di adattamento, piuttosto che essere intesa come un segno del fallimento dello stesso (J. MC ADAM, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, 2012, cit., p. 163). Nel considerare la necessità di approcci adattivi al cambiamento climatico, che passino attraverso il processo migratorio, il concetto di 'migrazione con dignità' cerca di mantenere l'integrità culturale e garantire l'accesso all'istruzione, all'occupazione e all'assistenza sanitaria senza perdere le competenze e le conoscenze acquisite nel paese d'origine (S. N. MCCLAIN, C. BRUCH, *Migration with Dignity: A Framework to Manage Climate Change and Prevent Conflict*, in *The Magazine of the Peace and Justice Studies Association*, 2021, disponibile all'indirizzo: www.peacejusticestudies.org; OIM, *World Migration Report*, 2020). La politica della 'migration with dignity' è stata concepita per la prima volta dalla Repubblica di Kiribati, come parte della sua strategia nazionale di ricollocazione a lungo termine e dunque come un modo per dare ai propri cittadini la possibilità di scegliere se, quando e come migrare (S. N. MCCLAIN, C. BRUCH, *Migration with Dignity*, 2021, cit.). Sulla mobilità come strategia di adattamento, si vedano più in generale, J. MCADAM, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, 2012, cit., pp. 161-185; L. NISHIMURA, *Adaptation obligations and adaptive mobility*, in *Climate crisis and displacement: from commitment to action*, 2022, pp. 39-42).

³⁶ Conferenza stampa, cit.

³⁷ Art. 3(1)(a), Trattato di Unione.

³⁸ Nell'ultimo trentennio, diversi autori si sono interrogati sulla possibilità di estendere la tutela prevista dalla Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati ai cosiddetti migranti ambientali. La proposta di estendere la Convenzione di Ginevra a coloro che sono costretti a spostarsi per motivi ambientali e climatici è stata gradualmente accantonata dalla dottrina perché la categoria del migrante ambientale non soddisferebbe la maggior parte dei requisiti previsti dell'art. 1 della Convenzione del 1951 (sul punto, v. N. MYERS, *Environmental Refugees: A Growing Phenomenon of the 21th Century*, in *Philosophical Transactions:*

tuvaluani non verrà conferito, in altre parole, lo *status* di rifugiato – che gli abitanti del Pacifico hanno del resto osteggiato, in ragione delle connotazioni negative che il termine ‘rifugiato’ potrebbe comportare a livello politico e sociale³⁹ – quanto piuttosto un ‘visto speciale’.

Per quanto non si tratti di una forma di protezione per rifugiati, il nuovo visto consentirà però ai cittadini tuvaluani di accedere

Biological Sciences, 2002, p. 609 ss.; S. A. ATAPATTU, *A New Category of Refugees?*, ‘Climate refugees’ and a gaping hole in international law; B. MAYER, *Who are ‘Climate Refugees?’*, *Academic engagement in the post-truth era*, in S. BEHRMAN, A. KENT (eds), *Climate Refugees. Beyond the Legal Impasse?*, Londra, 2018). Fondamentale importanza, per la protezione dei migranti ambientali, ha assunto il principio di *non-refoulement*, originariamente previsto dall’art. 33 della Convenzione di Ginevra e ormai incorporato anche in diversi strumenti internazionali e regionali a tutela dei diritti umani (cfr. *inter alia* Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, A/RES/ 39/46 del 10 dicembre 1984). La Convenzione europea dei diritti umani non sancisce espressamente il principio di *non-refoulement*. Ciò nonostante, la Corte EDU lo ha indirettamente applicato, in via interpretativa, a partire dall’art. 3 della Convenzione, sanzionando i comportamenti degli Stati consistenti nel respingimento di un individuo verso un Paese ove lo stesso rischi di subire torture e trattamenti inumani o degradanti (cfr: Corte EDU, *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88 del 7 luglio 1989). Sul principio di *non-refoulement* nell’ambito della tutela internazionale dei diritti umani, si veda: Ufficio dell’Alto Commissario per i Diritti Umani (OHCHR), *The principle of non-refoulement under international human rights law*, 2018). Alla luce del principio di *non-refoulement*, nel 2020, il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite si è pronunciato sul *Teitiota c. Nuova Zelanda*, prendendo in considerazione gli effetti del cambiamento climatico sulla tutela dei diritti umani (in merito, cfr. S. VILLANI, *Reflections on Human Rights Law as Suitable Instrument of Complementary Protection applicable to Environmental Migration in Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2021, p. 2 ss.; M. SARDO, *Protecting ‘Environmental Migrants’ Between International and Domestic Law. Towards a Human Rights-Based Approach?*, in S. MARCENÒ, G. SAJEVA (eds) *Migrations: Governance, Policies, And Rights*, Milano, 2023, p. 85 ss.). Attraverso un’interpretazione estensiva dell’art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, il Comitato ha riconosciuto che, in assenza di solidi sforzi nazionali, il degrado ambientale e il cambiamento climatico potrebbero esporre gli individui alla violazione del loro diritto a godere di una vita dignitosa, fornendo una nuova interpretazione del rapporto tra il diritto alla vita e il principio di non respingimento con riferimento alle motivazioni ambientali e climatiche. Il riconoscimento del cambiamento climatico quale fattore idoneo a generare, attraverso i fenomeni in cui si manifesta, un rischio reale di violazione del diritto alla vita determina altresì il sorgere di obblighi legati al principio di non respingimento in capo agli Stati parti (laddove sia in gioco un possibile allontanamento, essi saranno tenuti a verificare la situazione sussistente nel Paese di destinazione e a valutare se gli effetti legati al cambiamento climatico, inclusi quelli connessi all’innalzamento del livello del mare, possano determinare una minaccia). Sul punto, si veda F. MALETTTO, *Non refoulement e cambiamento climatico: il caso Teitiota c. Nuova Zelanda*, in *Sidiblog*, 23 marzo 2020, disponibile all’indirizzo: www.sidiblog.org

³⁹ J. McADAM, *Australia’s offer*, 2023, cit.; J. McADAM, *Climate Change, Forced Migration and International Law*, 2012, cit., pp. 39-50. Sull’estensione dello status di rifugiato ai cosiddetti ‘migranti ambientali’, cfr. *supra* nota 35.

all'istruzione, all'assistenza sanitaria, al reddito e al sostegno familiare⁴⁰ e, dunque, ad alcuni diritti economico-sociali che caratterizzano lo *status* di rifugiato⁴¹.

4. Il carattere innovativo del Trattato d'Unione Australia-Tuvalu *Falepili*

Oltre allo specifico riferimento al cambiamento climatico come motivazione trainante, e dunque come sfida attuale da affrontare, il Trattato di Unione risulta innovativo perché, a differenza che in passato, intende consentire ai cittadini di Tuvalu di spostarsi non soltanto per motivi legati al lavoro o alla formazione. Storicamente, infatti, la maggior parte dei programmi di visto organizzati nella regione del Pacifico sono legati alla mobilità del lavoro⁴². Il riferimento è, in particolare, ai programmi di visto adottati unilateralmente dalla Nuova Zelanda (il *Pacific Access* e il *Samoan quota resident visa*), dall'Australia (*Pacific Engagement Visa*) e, attraverso una serie di accordi bilaterali di libera associazione (*Compacts of Free Association*), dagli Stati Uniti con le Isole Marshall, gli Stati Federati di Micronesia e Palau⁴³.

⁴⁰ Art. 3(b) Trattato di Unione.

⁴¹ Cfr. artt. 23 e 24 della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati del 28 luglio 1951.

⁴² J. McADAM, *Australia's offer*, 2023, cit.

⁴³ La Nuova Zelanda dispone da tempo del '*Pacific Access Category Resident Visa*' e del '*Samoan quota resident visa*' che insieme consentono a circa 2.400 persone di spostarsi ogni anno dal Pacifico entro i propri confini, su base permanente, a condizione di avere di un'offerta di lavoro sufficientemente retribuita per sostenere sé e la propria famiglia (maggiori informazioni in merito sono disponibili all'indirizzo: www.immigration.govt.nz). Sempre in Nuova Zelanda, le persone provenienti dai Paesi di Niue, Tokelau e Isole Cook sono considerate cittadini neozelandesi, quindi, hanno il diritto di trasferirsi nel Paese se lo desiderano (J. McADAM, *Australia's offer*, 2023, cit.). In Australia, il recentissimo *Pacific Engagement Visa* consentirà a 3.000 lavoratori provenienti dal Pacifico e da Timor Est di richiedere, ogni anno, un nuovo visto di residenza permanente (cfr. *Pacific Engagement Visa*, disponibile all'indirizzo: www.dfat.gov.au). Gli Stati Uniti hanno stretto una serie di accordi bilaterali di libera associazione (*Compacts of Free Association*) con le Isole Marshall, gli Stati Federati di Micronesia e Palau, che consentono ai cittadini idonei di entrare negli Stati Uniti senza visto e di vivere e lavorare lì a tempo indeterminato (si veda a proposito, US Committee for Refugees and Immigrants, *U.S. Policy and Compact of Free Association (COFA) Citizens: Migration from Climate-Vulnerable Countries*, Report, 2022 disponibile all'indirizzo: www.reliefweb.int). Tuttavia, i migranti autorizzati a spostarsi secondo gli accordi di libera associazione non hanno accesso a molti dei benefici statali, come ad esempio il servizio sanitario federale, i programmi di assistenza alimentare e i programmi di sostegno al reddito e all'occupazione (US Committee for Refugees and Immigrants, *U.S. Policy and Compact of Free Association*, Report, 2022, cit., p. 4).

L'accordo in esame costituisce un significativo avanzamento anche rispetto a strumenti adottati in altri contesti regionali direttamente riguardanti le migrazioni climatiche, come ad esempio il programma argentino di visti umanitari per i cittadini e i residenti negli Stati centroamericani e caraibici sfollati a causa di disastri socio-naturali⁴⁴. Se, infatti, l'accesso al programma argentino è consentito solo a seguito del verificarsi del disastro, quando lo sfollamento è cioè già in corso, il Trattato di Unione Australia-Tuvalu *Falepili* riguarda invece la migrazione anche prima di un evento preciso, in considerazione della ragionevole prevedibilità di disastri legati al clima⁴⁵.

Non essendo specificamente vincolato a motivi di lavoro e studio, la portata applicativa del nuovo visto dovrebbe altresì rivelarsi più ampia ed inclusiva, essendo potenzialmente in grado di fornire un percorso migratorio sicuro alle persone costrette a spostarsi per le minacce connesse al cambiamento climatico e che non rientrano nei programmi esistenti di migrazione della manodopera nel Pacifico, come gli anziani o i disabili.

Per quanto resti ancora da capire come e fino a che punto, nel concreto, i visti opereranno, l'accordo in parola rappresenta uno sviluppo positivo in grado di consentire alle persone di spostarsi e vivere in sicurezza «both legal and psychological»⁴⁶.

5. Programmi unilaterali e accordi di mobilità nel Pacifico: una prassi regionale a garanzia di percorsi migratori più sicuri

Anche se differente, in termini di specificità e funzionamento, rispetto agli strumenti già esistenti, occorre rilevare che l'intesa annunciata da Australia e Tuvalu si inserisce comunque in una prassi regionale di programmi unilaterali e accordi (bilaterali e multilaterali) che, sebbene non direttamente orientati a fronteggiare la sfida del cambiamento climatico, hanno negli anni contribuito, comunque, a garantire percorsi sicuri di mobilità agli abitanti del Pacifico, le cui condizioni di vita e i diritti umani sono fortemente minacciati dagli effetti negativi della crisi ambientale e del cambiamento del clima.

⁴⁴ Global Compact on Refugees, *Good Practices, Programa Especial de Visado Humanitario Ambiental*, consultabile all'indirizzo: www.globalcompactrefugees.org

⁴⁵ J. McADAM, *Australia's offer*, 2023, cit.

⁴⁶ *Ibidem*.

Paesi come l’Australia e la Nuova Zelanda, ma anche – si è detto – gli Stati Uniti, stanno sempre più di frequente concordando programmi di visto con i piccoli Stati insulari del Pacifico, fornendo occasioni di mobilità programmata e sicura che possono spianare la strada anche ad accordi multilaterali più ampi, alla luce di una più generale tendenza alla cooperazione tra Stati per far fronte agli effetti negativi dell’innalzamento del livello del mare nella regione.

A questo proposito, già diversi autori hanno sostenuto la necessità di sviluppare un *harmonized regional approach*⁴⁷, cioè un approccio regionale armonizzato alla mobilità transfrontaliera nella regione del Pacifico per motivi umanitari, «mapping legislative and regulatory opportunities, the authors suggest the development of a “pathway” for regional mobility in the context of climate change anchored in existing policy and practices for the coming decades»⁴⁸.

Di recente, alcuni leader politici hanno anche suggerito di creare un’entità regionale nel Pacifico, basata sulla cooperazione e sull’integrazione, tale da consentire la libera circolazione in tutta la regione⁴⁹, sulla falsariga dell’accordo di *Free Movement* firmato dagli Stati dell’Africa orientale⁵⁰, attraverso il quale i cittadini dei Paesi membri dell’*Intergovernmental Authority on Development* (IGAD) possono varcare i confini del proprio Paese di provenienza in previsione o in risposta a disastri.

Ciò che è più importante in questa sede rilevare, però, è che all’inizio del mese di novembre 2023, poco prima dell’annuncio del Trattato di Unione Australia-Tuvalu *Falepili*, il *Pacific Islands Forum* – di cui fanno parte tanto gli Stati più colpiti dall’innalzamento del livello dei mari, come le isole Fiji, Kiribati, le Isole Marshall o Samoa, quanto quelli maggiormente sviluppati e altresì responsabili del cambiamento climatico, come l’Australia e la Nuova Zelanda – ha approvato un primo accordo-quadro regionale sulla mobilità climatica, il *Pacific Regional Framework on Clima-*

⁴⁷ B. BURSON, R. BEDFORD, C. BEDFORD, *In the Same Canoe: Building the Case for a Regional Harmonisation of Approaches to Humanitarian Entry and Stay in ‘Our Sea Of Islands’*, in *Platform on Disaster Displacement*, Report, marzo 2022.

⁴⁸ ILA, *International Law and Sea Level Rise*, cit., p. 38.

⁴⁹ J. MC ADAM, *Australia’s offer*, 2023, cit.; J. KNOTT, *Pacific leader calls for European Union-style free movement across the region*, in *The Sydney Morning Herald*, marzo 2023, disponibile all’indirizzo: www.smh.com.au.

⁵⁰ Intergovernmental Authority on Development (IGAD), *Protocol on Free Movement of Persons in the IGAD region*, 26 febbraio 2020.

*te Mobility*⁵¹, secondo il quale i governi del Forum delle Isole del Pacifico – in cooperazione peraltro con le diverse comunità interessate e una serie di attori non statali – dovrebbero impegnarsi nel garantire una mobilità basata sui diritti e incentrata sulle persone nel contesto dei cambiamenti climatici, compresi la permanenza sul posto, il trasferimento pianificato, la migrazione e lo spostamento interno, attraverso «a proactive, inclusive and collaborative regional approach that reflects common Pacific interests in a culturally appropriate manner, while respecting national sovereignty and diversity»⁵².

Per quanto sia passato relativamente inosservato, il suddetto accordo-quadro rappresenta senz'altro un tassello importante verso un approccio regionale alla mobilità climatica nel Pacifico. Anche se non giuridicamente vincolante, il *Pacific Regional Framework* conferma, infatti, la tendenza degli Stati del Pacifico, sviluppati e in via di sviluppo, a impegnarsi per elaborare, insieme, strumenti e strategie volti a prevenire e arginare i rischi del cambiamento climatico, inclusi quelli derivanti dalla mobilità umana indotta dall'innalzamento del livello del mare⁵³.

Del resto, negli ultimi anni, nella regione del Pacifico, un ampio gruppo di Stati, non limitato esclusivamente a quelli maggiormente esposti alle conseguenze disastrose dell'innalzamento del livello del mare, ha dichiarato la necessità e la volontà di cooperare, non solo a fini di abbassamento dei rischi e adattamento ad essi, ma anche di protezione delle popolazioni colpite⁵⁴.

⁵¹ Pacific Islands Forum, *Pacific Regional Framework on Climate Mobility* del 10 novembre 2023, disponibile all'indirizzo: forumsec.org. Il Quadro regionale del Pacifico sulla mobilità climatica è stato approvato dai leader del Pacifico al cinquantaduesimo Forum delle Isole del Pacifico tenutosi a Rarotonga, Isole Cook.

⁵² Pacific Islands Forum, *Pacific Regional Framework on Climate Mobility*, cit., par. 9.

⁵³ Sul punto, cfr. Platform on Disaster Displacement, *Regional Framework on Climate Mobility in the Pacific – A Statement by Fiji*, disponibile all'indirizzo: www.disasterdisplacement.org

⁵⁴ La questione della cooperazione internazionale ha assunto grande importanza nei lavori in corso in seno alla Commissione del diritto internazionale e al Comitato dell'ILA sulle implicazioni dell'innalzamento del livello del mare per il diritto internazionale, ai quali nuovamente si rinvia (cfr., *supra*, nota 33. In merito alla cooperazione internazionale in relazione alla protezione delle persone colpite dagli effetti dell'innalzamento del livello del mare, si veda, *inter alia*, P. G. TELES, C. DUVAL, V. T. DA VEIGA, *International Cooperation and the Protection of Persons Affected by Sea-Level Rise: Drawing the Contours of the Duties of Non-affected States*, in *Yearbook of International Disaster Law Online*, 2022, p. 213 ss.

6. Conclusioni. Verso il consolidamento di nuove tendenze regionali sulla mobilità climatica?

In generale, può rilevarsi una sempre maggiore concordanza nelle posizioni assunte dagli Stati del Pacifico rispetto alle questioni legate al cambiamento climatico, che si sta traducendo nella definizione di una serie di standard e strategie comuni e nel rafforzamento di istituzioni e strumenti già esistenti, in uno spirito di ragionevole considerazione degli interessi reciproci e per il raggiungimento di obiettivi comuni⁵⁵. Basti pensare, ad esempio, a come, in seno al *Pacific Islands Forum*, l'Australia e la Nuova Zelanda abbiano preso una posizione analoga a quella assunta dai piccoli Stati insulari rispetto al mantenimento delle linee di base⁵⁶.

Il nuovo Trattato di Unione tra Australia e Tuvalu e, forse ancora di più, l'accordo-quadro regionale sulla mobilità climatica (nonostante la sua natura non vincolante) confermano come gli Stati del Pacifico siano animati da spirito di cooperazione in materia di cambiamento climatico e mobilità. In tal senso, sembrerebbe possibile affermare che, quantomeno nel Pacifico, va consolidandosi una prassi, a carattere regionale, nel concludere accordi volti a definire quadri di cooperazione per l'adattamento agli effetti negativi del cambiamento climatico oltre che piani e programmi che agevolino la mobilità degli individui costretti a spostarsi dalle terre d'origine in ragione delle conseguenze dell'innalzamento del livello del mare. Né è da escludere che tanto il Trattato di Unione Australia-Tuvalu *Falepili* quanto il *Pacific Regional Framework* possano altresì spingere verso l'adozione di nuovi trattati (bilaterali o multilaterali) finalizzati, per un verso, a garantire ai governi del Pacifico misure di adattamento al cambiamento climatico e, per altro verso, ad assicurare alle popolazioni colpite percorsi dignitosi di migrazione.

⁵⁵ ILA, *International Law and Sea Level Rise*, 2022, cit., p. 36.

⁵⁶ M. STARITA, *The impact of sea-level rise on baselines: A question of interpretation of the UNCLOS or evolution of customary law?*, in *Questions of International Law*, 2022, p. 5 ss., p. 12.

Sezione III

Sviluppi in materia di immunità degli Stati e dei funzionari internazionali

Between compliance and dispute settlement: the Italian 'Nazi Crimes Fund' and the International Court of Justice

ALESSANDRO BUFALINI*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. A Partial non-compliance with the ICJ, but still a settlement of the dispute? – 3. The interpretation of the waiver clauses contained in the Bonn Agreements of 1961: Italy gets closer to the ICJ (and to Germany). – 4. Concluding remarks.

ABSTRACT: The present contribution focuses on Decree-Law no. 36/2022 establishing the 'Nazi Crimes Fund' to provide redress to Italian victims or victims of crimes committed on Italian territory by the Third Reich during the period between 1 September 1939 and 8 May 1945. It aims to assess the extent to which this piece of Italian legislation complies with the ICJ's judgment on *Jurisdictional Immunities of the State* or, in any event, can put an end to the pending dispute between Italy and Germany. The ICJ's judgment, in fact, seems to have had at least two effects on the Italian legislative initiative, thus contributing to the possible settlement of the dispute: one concerns the exercise of Italian jurisdiction over Germany and the other relates to the interpretation of the waiver clauses contained in the Bonn Agreements of 1961.

KEYWORDS: access to justice – immunity – waiver clauses – compliance – dispute settlement – International Court of Justice.

1. Introduction

In its judgment rendered on 3 February 2012, the International Court of Justice (ICJ) decided that Italian judiciary's decisions and measures infringing Germany's immunity from jurisdiction «must cease to have effect» and that «the effects that have already been produced by those decisions and measures must be reversed», thus restoring the *status quo*

* Associate Professor of International Law, Tuscia University, alesandro.bufalini@unitus.it.

*ante*¹. Yet, the ICJ also explicitly acknowledged that its own decision could «preclude judicial redress for the Italian victims concerned», and therefore envisaged «further negotiations involving the two States» to settle the dispute². In other words, the ICJ has insisted on the need of «resolving the issue» and providing compensation to Italian nationals whose claims «have allegedly not been settled»³.

Without much hesitation, Italian judges essentially followed the ICJ's decision. In 2013, the Italian Parliament also took action and passed a new law on the review of Italian decisions that contravene an ICJ's judgment⁴. However, as is well-known, the Italian Constitutional Court (ItCC), in its decision no. 238/2014, upheld that customary law on State immunity – as identified by the ICJ – could not enter the Italian legal order, since it would be incompatible with arts. 2 and 24 of the Italian Constitution, which protect fundamental rights and the right of access to justice⁵. Relying on the principles established by the ItCC's decision, the creditors have thus sought both to enforce Italian decisions ordering Germany to compensate for Nazi crimes and to enforce foreign judgments on the same matter. As a result of these proceedings, on 29 April 2022, Germany has

¹ ICJ, judgment of 3 February 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, para. 137.

² *Ibid.*, para. 104.

³ *Ibid.*

⁴ Law 14 January 2013, no. 5, “Adesione della Repubblica Italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento dell’ordinamento interno”, entered into force on 30 January 2013. See G. NESI, *The Quest for a ‘Full’ Execution of the ICJ Judgment in Germany v. Italy*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2013, p. 185 ff.

⁵ Italian Constitutional Court, judgment of 22 October 2014, no. 238. See, among many others, the contributions in V. VOLPE, A. PETERS, S. BATTINI (eds), *Remedies against Immunity? Reconciling International and Domestic Law after the Italian Constitutional Court’s Sentenza 238/2014*, Heidelberg, 2021; V. CANNIZZARO, *Jurisdictional Immunity and Judicial Protection: the Decision of the Italian Constitutional Court No. 238 of 2014*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 126 ff.; P. DE SENA, *The Judgment of the Italian Constitutional Court on State Immunity in Cases of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law: A Tentative Analysis under International Law*, in *QIL-Questions of International Law*, 2014, p. 17 ff.; G. GAJA, *Alternative ai controlimiti rispetto a norme internazionali generali e a norme dell’Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 1035 ff.; P. PALCHETTI, *Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In Search of a Way Out*, in *QIL-Questions of International Law*, 2014, p. 44 ff.; F. SALERNO, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell’applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 33 ff.

filed a new application against Italy before the ICJ, thus reopening the dispute⁶.

At the very same time, the Italian government has adopted art. 43 of the Italian Decree-Law no. 36 of 30 April 2022, which was later enacted into law by the Parliament with Law no. 79 of 29 June 2022.⁷ Essentially, Decree-Law no. 36/2022 precludes any continuation or institution of enforcement proceedings stemming from judgments that condemn Germany to compensate Italian victims of Nazi crimes (art. 43, para. 3). Furthermore, the Decree-Law establishes a special ‘Nazi Crimes Fund’ (hereinafter also ‘the Fund’) aimed at providing compensation to Italian victims or victims of crimes committed in Italy who have obtained or will obtain a final judgment against Germany due to a claim filed by 31 December 2023 (art. 43, para. 2)⁸.

In view of its restrictions to the individual right of access to (executive) courts, the question of the compatibility of art. 43, para. 3) of the Decree-Law 36/2022 with the Italian Constitution has been raised by the *Tribunale di Roma*⁹. In its already famous judgment no. 159/2022, however, the Italian Constitutional Court has determined that the legislative measure that establishes the compensation Fund, while terminating enforcement proceedings against Germany, achieved a «not unreasonable

⁶ ICJ, press release of 29 April 2022, Germany institutes proceedings against Italy for allegedly failing to respect its jurisdictional immunity as a sovereign State.

⁷ Law 29 June 2022, no. 79, “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36, recante ulteriori misure urgenti per l’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)”.

⁸ Initially, claims were required to be submitted within 180 days from the publication of the Decree Law – by the end of November 2022. However, this deadline has been subsequently extended first to 28 June 2023 and then further to the end of December 2023 (art. 8-ter of Law of 27 November 2023, no. 170). For some comments on the main issues raised by the establishment of the fund see G. BERRINO, *The impact of Article 43 of Decree-Law no 36/2022 on enforcement proceedings regarding German State-owned assets*, in *QIL-Questions of International Law*, 2022, p. 59 ff.; K. OELLERS-FRAHM, *Questions relating to the request for the indication of provisional measures in the case Germany v Italy?*, in *QIL-Questions of International Law*, 2022, p. 5 ff.; R. PAVONI, *Germany versus Italy reloaded: Whither a human rights limitation to State immunity?*, in *QIL-Questions of International Law*, 2022, p. 19 ff.; L. GRADONI, *Is the Dispute between Germany and Italy over State Immunities Coming to an End (Despite Being Back at the ICJ)?*, in *EJIL:Talk!*, May 10, 2022.

⁹ Trib. Roma, order of 1 December 2022, no. 154. See P. CAROLI, *Sollevata la questione di costituzionalità della norma istitutiva di un Fondo (italiano) per le vittime dei crimini nazisti, in Sistema penale*, 23 gennaio 2023.

balance¹⁰» between Italy's international obligations (stemming from the ICJ 2012 judgment, customary law on immunity from execution and the 1961 Bonn Agreements with Germany), and jurisdictional protection of the victims¹¹. Despite judgment no. 159/2023, scholars¹² and judges¹³ have indeed continued to raise concerns about the limitations on access to court imposed by Decree-Law no. 36/2022.

This paper does not deal with the constitutional questions – whether already addressed by the Italian Constitutional Court or not – raised by

¹⁰ Corte cost., judgment of 21 July 2023, no. 159, p. 12 (English version available at www.corte costituzionale.it).

¹¹ For comments on this judgment, see L. ACCONCIAMESSA, *Il rimedio alternativo come criterio della legittimità delle limitazioni del diritto di accesso al giudice: sul bilanciamento realizzato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 159/2023 sul "Fondo ristori" per i crimini nazisti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, p. 627 ff.; G. BERRINO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 159/2023 tra precisazioni e suggestioni: verso l'epilogo della controversia italo-tedesca?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, p. 589 ff.; A. GATTINI, *La sentenza n. 159/2023 della Corte costituzionale: un primo passo di ravvedimento operoso della Corte in tema di immunità degli Stati stranieri*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, p. 1100 ff.; R. NIGRO, *Il Fondo ristori italiano alla luce dei 'rimedi alternativi' all'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione esecutiva*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, p. 629 ff.; F. SALERNO, *Il necessario bilanciamento di valori di fronte alla quaestio legitimitatis della 'norma-ristori' a favore delle vittime dei crimini commessi dalla Germania*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Colpe di Stato, Atto II, Crimini nazisti e immunità degli Stati di nuovo di fronte alla Consulta*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 2023, p. 34 ff.; P. ROSSI, *Le sentenze della Corte Costituzionale 159 del 2023 e 238 del 2014: continuità o rivoluzione?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, p. 569 ff.; F. SALERNO, *Il contenzioso italo-tedesco dopo la sentenza n. 159/2023 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2023, p. 2073 ff.

¹² According to these views, art. 43, para. 6, of Decree-Law no. 36/2022 – which prohibits claims against Germany filed after 31 December 2023 – may conflict with arts. 2 and 24 of the Italian Constitution, as interpreted by the Italian Constitutional Court in Judgment no. 238/2014. See T. SCOVAZZI, *Un passo avanti in un contesto complesso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, p. 1084-1085; F. CORLEONE, G. MELANI, K. PONETI, *La dignità umana: la storia e l'esigenza di un rimedio effettivo*, in BRUNELLI, PUGIOTTO and VERONESI, cit., p. 106; L. BAIADA, *La sentenza della Corte costituzionale del 2014, la giurisprudenza italiana e una storia aperta*, in L. BAIADA, E. CARPANELLI, A. LAU, J. LAU, T. SCOVAZZI, *La giustizia civile italiana nei confronti degli Stati esteri per il risarcimento dei crimini di guerra e contro l'umanità*, Napoli, 2023, p. 216.

¹³ Italian judges have, thus far, affirmed that Article 43, para. 3, cannot prevent the termination of the enforcement proceedings of the Greek claimants, since there are no alternative remedies available to those creditors, see Trib. Roma, judgment of 22 September 2023, no. 13453, *Deutsche Bahn AG v. Region of Sterea Ellada at al.*, para. 5.1. For a positive appraisal, see T. SCOVAZZI, *Sulla scia della sentenza della Corte costituzionale del 21 luglio 2023*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2024, p. 224 ff. The decision was then reaffirmed by the Corte d'Appello di Roma, judgment of 27 February 2024, *Deutsche Bahn AG v. Region of Sterea Ellada at al.*

the creation of the Fund. Instead, it aims to assess the extent to which the new Italian legislation complies with the ICJ's judgment on *Jurisdictional Immunities of the State* or, in any event, can put an end to the pending dispute between Italy and Germany. In fact, as I will try to show, the ICJ's judgment seems to have had at least two effects on the new Italian legislative initiative, thus contributing to the possible settlement of the dispute: one concerns the exercise of Italian jurisdiction over Germany and the other relates to the interpretation of the waiver clause contained in one of the two Bonn Agreements of 1961 – two of the lump-sum reparation agreements concluded by Germany with eleven Western European countries in the Sixties.

2. A partial non-compliance with the ICJ, but still a settlement of the dispute?

Art. 43 of Decree-Law no. 36/2022 does not explicitly address the main international law issue at stake in the dispute between Italy and Germany, namely the content and scope of customary international law on State immunity. However, the legislative measure clearly has an impact on the exercise of Italian adjudicative and executive jurisdiction against Germany.

In fact, under art. 43, para. 2, judicial decisions condemning Germany grant victims access to the Fund and are therefore not deprived of any effect, as required by the ICJ in 2012. Since these judgments entitle the victims to access the Fund, the exercise of adjudicative jurisdiction has not only been secured by the new legislation, but somehow encouraged (at least till the end of December 2023). Italy thus has continued for a while to act in breach of its obligations to respect Germany's sovereign immunity and to implement the ICJ's judgment. However, as mentioned, the new law also immediately bars any current or future enforcement proceedings against Germany (art. 43, para. 3). In this respect, it fully complies with the ICJ's judgment, while raising concerns for its compliance with the constitutional principle of the right of access to courts, as elaborated by the Italian Constitutional Court in its Judgment 238/2014.

It is not yet clear whether the measures taken by the Italian Parliament will lead Germany to discontinue the proceedings before the ICJ. Following the adoption of Decree Law no. 36/2022, Germany has indeed withdrawn its request for provisional measures, acknowledging that the Italian legislative initiative «addresses the central concern» of that re-

quest¹⁴. However, in its application instituting the new proceedings before the ICJ, Germany had also insisted on the «fundamental importance» of sovereign immunity as «a central tenet of peaceful inter-State relations governed by international law»¹⁵. As a matter of principle, Germany may seek full compliance with this fundamental principle and may legitimately claim that the Italian legislature is at odds with the full recognition of its immunity from adjudication (and, more concretely, with its renewed request for assurances of non-repetition)¹⁶. Nevertheless, it can also be assumed that the prevention of enforcement proceedings is currently the main German concern in the whole dispute and that the new legislation will eventually lead Germany to drop the case. At any rate, should the case continue, the ICJ may attach some relevance to Italy's attempt to find an equitable and definitive settlement of the dispute.

Before discontinuing the proceeding, Germany will likely wait to see whether Decree-Law no. 36/2022 will effectively put an end to the flow of proceedings against Germany and German assets before the Italian courts. The time-limit set by the Italian Parliament is clearly intended to reassure Germany that no further claims will be brought against it in Italian courts after that date. However, the question of constitutional legitimacy of this bar to the exercise of adjudicative jurisdiction may be raised in the future, as this limitation is hardly in line with the principles established in the decision no. 238/2014 of the ItCC¹⁷. If this temporal bar will be maintained, Germany may be inclined to accept that Italian judges have been encouraged to exercise their adjudicative jurisdiction against it, provided that no enforcement of these judgments is ever granted. From this perspective, Germany's attitude before the ICJ will highly depend on how Italian judges deal with the enforcement proceedings of foreign claimants in the coming months. According to Decree-Law no. 36/2022, in fact, non-Italian victims of crimes committed outside Italian territory – especially Greek victims of the *Distomo* massacre, who are seeking enforcement of their judgments,

¹⁴ ICJ, press release, Germany Withdraw its Request for Indication of Provisional Measures of 6 May 2022, *Questions of Jurisdictional Immunities of the State and Measures of Constraint against State-owned Property (Germany v. Italy)*.

¹⁵ ICJ, Application Instituting Proceedings Containing a Request for Provisional Measures, filed in the Registry of the Court on 29 April 2022, *Questions of Jurisdictional Immunities of the State and Measures of Constraint against State-owned Property (Germany v. Italy)*, para. 29.

¹⁶ See L. GRADONI, *Is the Dispute between Germany and Italy over*, cit.

¹⁷ T. SCOVAZZI, *Un passo avanti*, cit., p. 1084-1085.

which had been granted *exequatur* in Italy¹⁸ – are deprived of judicial remedies¹⁹. Thus far, however, Italian judges have affirmed that, despite the letter of the provision, a constitution-oriented (*costituzionalmente orientata*) interpretation of art. 43, para. 3, would prevent the termination of the enforcement proceedings of the Greek claimants, since there are no alternative remedies available to those creditors²⁰. The potential lifting, by Italian judges, of the restrictions to the right of access to both adjudicative and enforcement proceedings as set forth in Decree-Law no. 36/2022 would of course concretely entail the risk of impairing the settlement of the international dispute with Germany.

In adopting Decree-Law no. 36/2022, Italian decision-makers opted for a pragmatic solution, relying on the fact that depriving adjudicating proceedings of any executive effect would lead Germany to discontinue the case. And this may indeed still occur: if it is true that the legislative measure is only a partial execution of the ICJ's judgment and could, in principle, lead to a new condemnation of Italy, it is hard to deny that the establishment of the fund is also an attempt to grant an alternative (non-judicial) way to compensate Italian victims and to settle the international dispute, shielding Germany from any measure of constraint. Albeit not in the form of a negotiation between the two States, as suggested by the ICJ, the establishment of the fund certainly pursues the same goals.

3. The interpretation of the waiver clauses contained in the Bonn Agreements of 1961: Italy gets closer to the ICJ (and to Germany)

¹⁸ In May 2022, in fact, the Greek *Sterea Ellada* region joined the enforcement proceedings against Germany before Italian judges, who were granting claimants the seizure and attachment of German properties located in Rome, such as the German Archaeological Institute, the German Cultural Institute, the German Historical Institute, and the German School (see Corte d'Appello di Bologna, judgment of 7 August 2018, no. 2120, *Germany v. Giorgio et al.*; Corte d'Appello di Roma, judgment of 4 November 2020, no. 5446, *Cavallina v. Germany*).

¹⁹ See D. GRECO, *Jurisdictional Immunities and Reparation for WWII Crimes: The Impact of the Italian Constitutional Court's Judgement No. 159/2023 on Greek Victims' Claims*, in *EJIL:Talk!*, 15 August 2023 and D. GRECO, *Ancora su immunità giurisdizionali e gravi violazioni dei diritti umani. La sentenza n. 159/2023 della Corte costituzionale dichiara il Fondo per le vittime del Terzo Reich un rimedio equivalente alla tutela esecutiva*, in *Diritto Pubblico Europeo*, 2023, p. 266 ff.

²⁰ Trib. Roma, judgment of 22 September 2023, no. 13453, *Deutsche Bahn AG v. Region of Sterea Ellada at al.*, para. 5.1. For a positive appraisal, see T. SCOVAZZI, *Sulla scia*, cit. p. 224 ff. The decision was then reaffirmed by the Corte d'Appello di Roma, judgment of 27 February 2024, *Deutsche Bahn AG v. Region of Sterea Ellada at al.*

Art. 43 of the Italian Law no. 79/2022 is not only an attempt by the Italian political authorities to put an end to the dispute with Germany over the question of immunity. It also attempts to settle another controversial issue between the two States: the question of reparations owed by Germany to Italy for the acts committed by Nazi-Germany during World War II.

The interpretation of the waiver clauses contained in the Bonn Agreements of 1961 has indeed been one of the controversial issues in the long-lasting German-Italian dispute²¹. Before the ICJ, Germany maintained that all questions of reparations with Italy were definitively settled by the general waiver clause contained in the 1947 peace treaty between Italy and the Allied Powers²². Italy contended instead that the peace treaty of 1947 «refers merely to economic relations» and that the Bonn agreements, and the waiver clauses enshrined therein, simply «do not cover claims for serious violations of IHL»²³.

Remarkably, art. 43 of the Decree Law no. 36/2022 states that the establishment of the fund aims at securing continuity («assicurare continuità») with the 1961 Bonn Agreement between Germany and Italy concerning the “Settlement of Certain Property-Related, Economic and Financial Questions”. As some scholars have already emphasized²⁴, the meaning of this reference to one of the two Bonn Agreements is quite clear: Italy is complying with its obligation to indemnify Germany for any effects of Italian judiciary decisions stemming from individual claims related to Nazi crimes. In art. 2, para. 2, of the bilateral agreement, Italy had in fact committed to indemnify Germany for any further reparation claims. According to the Italian Government, therefore, the Nazi Crimes Fund clearly aims at indemnifying Germany for all claims brought against it by Italian nationals. All this means that Italy now considers that the Bonn agreements were designed to definitively settle the issue of reparations, by covering any future claims of Italian nationals against Germany, including those

²¹ For some considerations on these agreements, see S. KADELBACH, *State Immunity, Individual Compensation for Victims of Human Rights Crimes, and Future Prospects*, in V. VOLPE, A. PETERS, S. BATTINI (eds.), *Remedies against Immunity?*, cit., p. 145-147.

²² ICJ, reply of the Federal Republic of Germany of 5 October 2010, *Jurisdictional Immunities of the State*, para. 23.

²³ ICJ, rejoinder of Italy of 10 January 2011, *Jurisdictional Immunities of the State*, para. 3.9.

²⁴ G. BOGGERO, *La reazione del governo italiano al (nuovo) ricorso tedesco di fronte alla CIG. Prime note sugli effetti dell'art. 43 D.L. 30 aprile 2022, n. 36*, in *Sidi Blog*, 25 May 2022; L. GRADONI, *Is the Dispute between Germany and Italy over*, cit. e R. PAVONI, *Germany versus Italy reloaded*, cit.

stemming from serious breaches of international humanitarian law. In clarifying the reasons for the adoption of art. 43 of the Decree Law no. 36/2022, the Italian Government now appears to be converging with the German position that the issue of reparation was definitively settled – be it in 1947 (as Germany argues) or in 1961 (as the Italian Government maintains). Similarly, in its judgment 159/2023, the Italian Constitutional Court relied on the Bonn Agreements – albeit, surprisingly, on the other agreement concerning “Compensation for Italian nationals subjected to National-Socialist measures of persecution” (Bonn Compensation Agreement)²⁵ – to maintain that Italy has an obligation to indemnify Germany of all individual claims of compensation²⁶.

The Italian Government’s new position is also noteworthy for another reason. Before the ICJ, Italy put forward another – rather interesting – argument concerning the interpretation of these waiver clauses. Italy argued that these agreements should be construed consistently with *jus cogens* rules. A *jus cogens*-oriented interpretation would lead to reject a reading of the waiver clauses as excluding any obligation to make reparations for international crimes committed by the Third Reich. In other words, construing the waiver clauses in light of *jus cogens* norms should rule out the possibility that the two States ever agreed to exclude individuals from bringing claims for violations of international humanitarian law²⁷.

In 2012, the ICJ did not address the issues raised by Italy concerning the interpretation of the waiver clauses. However, in a much-quoted passage of its judgment on *Jurisdictional Immunities of the State*, the ICJ – referring to «a century of practice» of States concluding lump-sum agreements after armed conflicts – stated that «it is difficult to see that international law contains a rule requiring the payment of full compensation to each and every individual victim as a rule accepted by the international community as a whole as one from which no derogation is permitted»²⁸. The ICJ appeared to suggest that a State may exercise its right to waive

²⁵ See judgment of 2023, no. 159, cit. para. 6.

²⁶ For comments on this aspect of Judgment 159/2023, see F. SALERNO, *Il contenzioso italo-tedesco*, cit., p. 2078 and T. SCOVAZZI, *Sulla scia*, cit., p. 226-227.

²⁷ ICJ, rejoinder of Italy of 10 January 2011, *Jurisdictional Immunities of the State*, para. 3.24 ff. For further analysis on this issue, see A. BUFALINI, *On the Power of a State to Waive Reparation Claims Arising from War Crimes and Crimes against Humanity*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2017, p. 447 ff.

²⁸ ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., para. 94.

reparation claims for international crimes, including on behalf of its nationals, without infringing any peremptory norm. The recent Italian legislation would confirm this general approach of the ICJ regarding the power of a State to waive individual rights to reparation in cases of serious breaches of international humanitarian law.

4. Concluding remarks

Full compliance is not the only metric to assess whether a decision of the ICJ is effective and can lead to the settlement of a dispute²⁹. A case may well be settled – and the ICJ may have played a role to this aim – even if full compliance is not ensured. The long-lasting dispute between Italy and Germany might be such a case. The possibility of reaching a long-awaited and fair settlement of this painful saga will depend on the willingness of the different actors involved – the German Government, the Italian Government, and the Italian Judiciary – to find a balance between the need to meet both German and victims' expectations.

Italian judiciary will somehow have to come to terms with the idea that the existence of alternative (non-judicial) means of redress could, in certain circumstances, lead to a restriction of the individual right to access the courts. The Italian executive, through the adoption of Decree-Law no. 36/2022, has made an important effort to address the issue, but it should be prepared to replenish the Fund, as it is already evident that the 60 million euros allocated are not enough to satisfy all the creditors³⁰. Germany will have to live with a solution that is not entirely in line with the 2012 Judgment of the ICJ but which appears to sufficiently protect its own interests.

²⁹ On compliance with judgments of the ICJ see, for instance, C. PAULSON, *Compliance with Final Judgments of the International Court of Justice since 1987*, in *American Journal of International Law*, 2004, p. 434 ff.; C. SHULTE, *Compliance with Decisions of the International Court of Justice*, Oxford, 2004; A.V. HUNEEUS, *Compliance with International Court Judgments and Decisions*, in C. ROMANO, K.J. ALTER, Y. SHANY (eds), *Oxford Handbook on International Adjudication*, Oxford, 2014, p. 437 ff.

³⁰ R. BARATTA, *Il Fondo 'ristori' tra rispetto del diritto internazionale, controlimiti e ragioni creditorie delle vittime di crimini nazisti: il punto di tenuta dell'ordine costituzionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, p. 1093 ff. and T. SCOVAZZI, *Un passo avanti*, cit., p. 1077.

Immunità dei funzionari del Programma alimentare mondiale (PAM) per atti compiuti nell'esercizio delle funzioni: l'epilogo obbligato del caso Attanasio

CLAUDIA CAMPESE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'avvio del procedimento penale contro i funzionari del PAM. – 3. L'immunità funzionale dalla giurisdizione e il funzionario internazionale. – 4. Le norme applicabili della Convenzione sui privilegi e le immunità delle Nazioni Unite, della Convenzione sui privilegi e le immunità delle Istituzioni specializzate e dell'Accordo di sede tra il PAM e lo Stato italiano. – 5. Il valore della comunicazione degli elenchi contenenti i nominativi dei funzionari: condizione non necessaria per l'attribuzione dell'immunità. – 6. (Segue): Il ruolo della comunicazione nella prassi applicativa. – 7. La rinuncia come (im)possibile alternativa all'attribuzione dell'immunità. – 8. La non interferenza tra principio di territorialità della giurisdizione e l'immunità. – 9. L'irrilevanza dell'art. 24 Cost. e la non applicazione della teoria dei controlimiti. – 10. Conclusioni: caso chiuso o possibili profili di responsabilità internazionale per l'Italia?

ABSTRACT: Con sentenza n. 478 del 13 febbraio 2024, il Tribunale di Roma ha pronunciato sentenza di non luogo a procedere per difetto di giurisdizione, nei confronti dei due funzionari del PAM, accusati dell'omicidio colposo dell'Ambasciatore Luca Attanasio e del carabiniere Vittorio Iacovacci. Gli imputati, quali funzionari internazionali, godono dell'immunità funzionale dalla giurisdizione, per cui non possono essere chiamati a rispondere per gli atti compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni, in conformità alle norme internazionali, generali e convenzionali, applicabili al caso di specie. Il presente contributo intende chiarire l'interpretazione delle norme in materia di immunità dei funzionari e, in particolare, nella questione in esame, analizzare il valore da attribuire alla comunicazione degli elenchi contenenti i nominativi dei funzionari, omessa nel caso di specie, che il PAM è tenuto ad inviare al Governo italiano. Secondo la tesi della pubblica accusa, la comunicazione costi-

* Dottoranda di ricerca presso l'Università della Campania "Luigi Vanvitelli", claudia.campese@unicampania.it.

tuisce condizione essenziale per il riconoscimento dell'immunità e la sua omissione avrebbe dovuto comportare il diniego della stessa. Tuttavia, il giudice romano, alla luce delle norme internazionali regolanti la fattispecie, nonché della loro prassi applicativa, ha giustamente concluso per la non necessità della comunicazione come condizione costitutiva dell'immunità, avendo quest'ultima solo valore di notifica e ritenendo quindi i funzionari coperti da immunità seppur non inseriti negli elenchi. Tale contributo mira a far luce sull'interpretazione delle norme riguardanti la disciplina dell'immunità dei funzionari, nonché analizzare ulteriori questioni da essa discendenti, quali l'impossibilità di riconoscere un diniego di giustizia, sulla scorta della teoria dei controlimiti, nonché il rischio che una diversa decisione avrebbe esposto lo Stato italiano alle conseguenze legate alla responsabilità internazionale.

PAROLE CHIAVE: Immunità funzionale – organizzazioni internazionali – Programma alimentare mondiale – funzionari – comunicazione – teoria dei controlimiti.

1. Introduzione

Il 13 febbraio 2024, il Giudice dell'udienza preliminare (di seguito GUP o giudice) del Tribunale di Roma ha pronunciato la sentenza n. 478 del 2024, depositata il 18 giugno 2024, con cui, ai sensi dell'art. 425 c.p.p.¹, ha dichiarato il non luogo a procedere, per difetto di giurisdizione, nei confronti dei due funzionari del Programma alimentare mondiale (PAM), Rocco Leone e Mansour Rwagaza, accusati dell'omicidio colposo dell'Ambasciatore italiano presso la Repubblica Democratica del Congo, Luca Attanasio, e del carabiniere, Vittorio Iacovacci, avvenuto nel febbraio 2021. Il giudice ha ritenuto l'impossibilità di procedere nei confronti dei due imputati, in quanto, essendo questi funzionari internazionali, quali dipendenti del PAM, sono protetti dall'immunità funzionale per gli atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni, concludendo che l'azione non potesse essere iniziata e quindi, a maggior ragione, proseguita. L'immunità è riconducibile, infatti, a quei casi eccezionali «in cui si verifica

¹ Art. 425 c.p.p., ai sensi del quale il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere quando sussiste una causa per la quale «l'azione penale non doveva essere iniziata e non deve essere proseguita».

la rinuncia dell'ordinamento all'esercizio della giurisdizione, per rispetto degli obblighi internazionali»².

Con tale decisione, destinata a diventare un precedente di rilievo nel panorama nazionale e internazionale, il GUP si conforma alle norme previste in materia di immunità dei funzionari delle organizzazioni internazionali, così evitando di esporre l'Italia alle conseguenze legate ad una possibile responsabilità internazionale per la loro violazione. Lo stesso Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale (di seguito MAECI), citato in giudizio dal GUP ai sensi dell'art. 422 c.p.p.³, aveva sostenuto, tramite il Direttore per gli affari giuridici, che l'immunità va riconosciuta ai funzionari sulla base del sistema normativo internazionale, convenzionale e generale riguardante le immunità, nonché in mancanza di una rinuncia esplicita alla stessa da parte delle autorità competenti.

Questo breve contributo intende chiarire l'interpretazione delle norme giuridiche riguardanti la disciplina dell'immunità dei funzionari, che hanno portato alla decisione di non luogo a procedere, nonché analizzare i possibili scenari alternativi da essa discendenti.

2. L'avvio del procedimento penale contro i funzionari del PAM

Il 22 febbraio 2021, l'Ambasciatore Luca Attanasio e il carabiniere di scorta Vittorio Iacovacci perdevano la vita, mentre viaggiavano su un convoglio di due veicoli del PAM nei pressi del villaggio di Buhamba, durante una missione diretta a Rutshuru, nel Nord del Kivu (Congo), zona ricca di risorse e preda di bande armate, poco controllabili dall'esercito congolese. In quest'area, l'Ambasciatore aveva accettato di partecipare ad un progetto umanitario organizzato proprio dal PAM.

Il convoglio, non scortato, veniva attaccato da un gruppo di sette uomini, che, ucciso l'autista Mustapha Milambo, costringeva i due a scendere dalla vettura e ad addentrarsi nella vegetazione del Parco Nazionale del Virunga. L'arrivo dei Rangers del parco, però, determinava l'insorgere di un conflitto a fuoco, a seguito del quale, in circostanze ancora poco chiare, rimanevano uccisi l'Ambasciatore e il carabiniere.

² Trib. Roma, sentenza del 18 giugno 2024, n. 478, p. 5-6.

³ L'art. 422 c.p.p. prevede che «il giudice può disporre, anche d'ufficio, l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere».

In Congo, per i fatti commessi, veniva accusato, in un primo momento, il Fronte democratico per la liberazione del Ruanda, uno dei gruppi armati che si contendono il territorio in quella provincia orientale, il quale, a sua volta, attribuiva la responsabilità all'esercito ruandese. Successivamente, il Tribunale militare congolese di La Gombe condannava all'ergastolo sei uomini, in quanto componenti di una banda armata che avrebbe avuto come fine quello di rapire l'Ambasciatore e chiedere un cospicuo riscatto. Durante il processo, però, non emergevano novità rispetto alla dinamica o ai motivi dell'atto, risultando, forse, ambigua la stessa condanna fondata sulla confessione degli accusati, poi ritrattata.

Come riportato da numerosi quotidiani⁴, anche il dipartimento delle Nazioni Unite per la sicurezza (Undss) aveva avviato una propria indagine interna circa il rispetto dei protocolli di sicurezza previsti per la missione. Tuttavia, sembra da escludere che un'eventuale violazione di questi possa configurarsi come autonoma causa dell'accaduto e, quindi, tale da far venir meno l'immunità dei funzionari, posto che le stesse Nazioni Unite ne hanno ribadito più volte la sussistenza.

Al contrario, anche sotto la spinta dell'opinione pubblica, vista la gravità dell'avvenimento, le autorità giudiziarie italiane decidevano di intraprendere proprie indagini, in quanto le «condotte colpose, imperite, imprudenti e negligenti, con violazione generica e specifica dei protocolli previsti dalle Nazioni Unite, (...) avevano contribuito in modo indipendente dagli altri fattori alla determinazione dell'evento»⁵. A tal fine, i giudici italiani chiedevano e ottenevano la collaborazione volontaria del PAM.

Il PAM è un programma autonomo, congiunto e sussidiario dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (di seguito ONU) e dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Alimentazione e l'Agricoltura (di seguito FAO), la cui istituzione e il cui funzionamento sono regolati dalle risoluzioni 1714(XVI)⁶, 2095(XX)⁷, 3348(XXIX)⁸ e 3404(XXX)⁹

⁴ M. FORTI, *La verità sulla morte di Luca Attanasio è ancora lontana*, in *Internazionale*, 13 settembre 2023.

⁵ Trib. Roma, n. 478/2024, cit., p. 4.

⁶ Assemblea generale, *World Food Programme*, UN Doc. A/RES/1714(XVI) del 19 dicembre 1961.

⁷ Assemblea generale, *Continuation of the World Food Programme*, UN Doc. A/RES/2095(XX) del 20 dicembre 1965.

⁸ Assemblea generale, *World Food Conference*, UN Doc. A/RES/2095(XX) del 17 dicembre 1974.

dell'Assemblea generale dell'ONU e dalle risoluzioni n. 1/61¹⁰, 4/65¹¹ e 22/75¹² della Conferenza della FAO. Esso ha come obiettivo essenziale la crescita dei Paesi in via di sviluppo, garantendo loro forniture alimentari attraverso un meccanismo multilaterale, nonché di fornire assistenza in situazioni di crisi alimentari scaturite da catastrofi naturali impreviste o da conflitti armati.

Al PAM e, di conseguenza, ai suoi funzionari, si applicano, come si vedrà, le Convenzioni internazionali in materia di immunità. Quest'ultima copre non soltanto l'attività processuale, ma anche tutte le attività ad essa prodromiche, comprese quelle svolte in sede di indagini preliminari.

In un primo momento, il PAM aveva acconsentito all'audizione dei propri funzionari, provvedendo anche al loro trasferimento in Italia, a condizione che ciò avvenisse sulla base di una cooperazione volontaria e senza pregiudizio all'immunità e ai privilegi degli stessi.

Per tale vicenda, venivano sentiti come persone informate sui fatti il vicedirettore del PAM in Congo, Rocco Leone, e il collaboratore del settore sicurezza per la provincia di Goma, Mansour Rwagaza, entrambi partecipanti alla missione, ma rimasti illesi.

Nonostante le garanzie accordate durante i colloqui, la posizione dei due veniva mutata da persone informate sui fatti ad indagati, dal momento che poteva essere loro attribuita l'omessa adozione delle misure necessarie per garantire l'incolumità delle vittime nel corso della missione in Nord del Kivu, considerata zona ad alto rischio, per via dei decennali conflitti presenti. Secondo la pubblica accusa, infatti, i due funzionari avrebbero omesso di adempiere ai doveri imposti dai protocolli di sicurezza del PAM e dell'ONU, poiché: non avevano segnalato la missione nei tempi richiesti; non avevano indicato che alla stessa avrebbe preso parte l'Ambasciatore, traendo, così, in inganno gli uffici locali del dipartimento di sicurezza delle Nazioni Unite; non avevano informato la missione MONUSCO

⁹ Assemblea generale, *Reconstitution of the United Nations/FAO Intergovernmental Committee of the World Food Programme as a Committee on Food Aid Policies and Programmes*, UN Doc. A/RES/3404(XXX) del 28 novembre 1975.

¹⁰ Conferenza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Alimentazione e l'Agricoltura, *Utilization of food surpluses - World Food Programme*, RES. 1/61 del 24 novembre 1961.

¹¹ Conferenza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Alimentazione e l'Agricoltura, *Continuation of the World Food Programme*, RES. 4/65 del 6 dicembre 1965.

¹² Conferenza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Alimentazione e l'Agricoltura, *Reconstitution of the Intergovernmental Committee of the United Nations/FAO World Food Program into a Committee on food aid policies and programmes*, RES. 22/75 del 26 novembre 1975.

dell'ONU, presente quale forza di stabilizzazione nel Paese africano che fornisce anche indicazioni sulle misure di precauzione da adottare, quale, ad esempio, l'impiego di mezzi corazzati. In particolare, secondo la Procura, i due imputati avrebbero attestato il falso, al fine di ottenere il permesso dagli uffici locali del Dipartimento di sicurezza dell'ONU, indicando nella richiesta di autorizzazione alla missione, al posto dei nominativi dell'Ambasciatore Attanasio e del carabiniere Iacovacci, quelli di due dipendenti PAM così da indurre in errore gli uffici in ordine alla reale composizione del convoglio, nonché non avevano inoltrato la richiesta, come prescritto dai protocolli ONU, almeno 72 ore prima.

Rispetto alla posizione del sig. Rwagaza, trattandosi di reato interamente commesso all'estero da cittadino straniero ai danni di cittadini italiani, ai sensi dell'art. 10 c.p.¹³, la Procura della Repubblica di Roma chiedeva e otteneva il 14 giugno 2021 dal Ministro di giustizia l'emissione della richiesta di procedimento penale, per poter iscrivere a carico suo e del sig. Rocco, cui si applica l'art. 9 c.p.¹⁴, un procedimento, ai sensi degli articoli 40¹⁵, 113¹⁶, 589¹⁷ del codice penale, poiché, in cooperazione tra loro, omettevano di predisporre, per negligenza, imprudenza e imperizia, ogni cautela idonea a tutelare l'integrità fisica dei partecipanti di tale missione.

In seguito alla richiesta di rinvio a giudizio del 17 novembre 2022, la difesa degli imputati invocava dinanzi al GUP il difetto di giurisdizione del giudice italiano, posto che, secondo la stessa prospettazione accusatoria, gli atti posti in essere da due funzionari erano stati compiuti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali, essendo coperti dall'immunità funzionale e, perciò, sottratti alla giurisdizione italiana.

¹³ L'art. 10 del c.p. prevede che «Lo straniero, che, fuori dei casi indicati negli articoli 7 e 8, commette in territorio estero, a danno dello Stato o di un cittadino, un delitto per il quale la legge italiana stabilisce l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a un anno, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato, e vi sia richiesta del Ministro della giustizia, ovvero istanza o querela della persona offesa».

¹⁴ Ai sensi dell'art. 9 c.p. «Il cittadino, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce la pena di morte o l'ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato».

¹⁵ Come noto, l'art. 40 comma 2 stabilisce il nesso di causalità omissivo per cui «non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo».

¹⁶ L'art. 13 c.p., regolando la cooperazione nel reato colposo, afferma che «Nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso».

¹⁷ Ai sensi dell'art. 589 c.p. «Chiunque cagiona per colpa la morte di una persona è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni».

La medesima posizione veniva sostenuta dal PAM, il quale trasmetteva al Governo italiano, per canali diplomatici, numerose note verbali, invocando ripetutamente il rispetto dell'immunità dei propri funzionari e ritenendo che tale immunità fosse già stata violata per effetto degli atti di indagine compiuti e della decisione del Pubblico Ministero di esercitare l'azione penale nei confronti degli stessi. Dal canto suo, il Governo italiano non ha mai formalmente richiesto la revoca dell'immunità da parte dell'organizzazione.

Nel corso dell'udienza preliminare, i familiari dell'Ambasciatore e del carabiniere, che si erano inizialmente costituiti come parti civili nei confronti degli imputati, decidevano di rinunciare all'esercizio dell'azione civile a seguito del raggiungimento di un accordo risarcitorio¹⁸ con il PAM.

3. L'immunità funzionale dalla giurisdizione e il funzionario internazionale

Come noto, l'istituto dell'immunità, in particolare dell'immunità funzionale¹⁹, nasce dal principio del *par in parem non habet jurisdictionem*, fatto risalire agli scritti di Bartolo da Sassoferrato, quale espressione del principio di indipendenza e assoluta uguaglianza di uno Stato nei confronti di un altro, con la conseguente impossibilità per questo di essere sottoposto alla giurisdizione di un suo pari²⁰. Con il mutare della composizione della comunità internazionale e la nascita delle organizzazioni internazionali, il principio è stato poi inteso in senso più ampio, per garantire il riconoscimento della pari dignità tra tutti gli attori di diritto internazionale, determinando l'esenzione dalla giurisdizione nazionale non solo di questi ultimi, ma anche di quei soggetti che agiscono per loro conto nell'esercizio delle loro funzioni organiche e di rappresentanza.

Le organizzazioni internazionali, quindi, al pari degli Stati, godono dell'immunità dalla giurisdizione davanti agli organi statali, al fine di po-

¹⁸ G. BAIONI, G. ROSINI, *La famiglia Attanasio accetta il risarcimento e non sarà parte civile nel processo: "Priorità al futuro delle figlie, ma lo Stato è disinteressato"*, in *Il Fatto Quotidiano*, 6 luglio 2023.

¹⁹ Cfr. H. FOX, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2008, p. 352, secondo cui un procedimento avviato contro un individuo-organo è essenzialmente un procedimento avviato contro lo Stato per conto del quale l'individuo esercita le sue funzioni.

²⁰ F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*, Milano, 1951, p. 34 ss.

ter perseguire gli scopi attribuitigli dai trattati istitutivi, senza interferenze o ostacoli da parte degli Stati Membri, nonché dello Stato di sede²¹.

Come sostenuto dalla dottrina, infatti, la *ratio* alla base dei privilegi e delle immunità è da rinvenire nella loro funzione, nel senso che la loro esistenza «è necessaria per l'esercizio indipendente delle sue funzioni da parte di un'organizzazione internazionale...»²².

Nel caso *Beer and Regan c. Germany*²³, la Corte europea dei diritti umani ha affermato che il riconoscimento dell'immunità è un mezzo essenziale per la protezione delle organizzazioni dall'ingerenza dei singoli governi, al fine di garantire il corretto funzionamento delle stesse.

Al medesimo scopo, immunità e privilegi sono garantiti, a vario titolo, anche agli individui che partecipano alla vita dell'ente, i quali devono essere rispettati dagli Stati Membri dell'organizzazione, dallo Stato di nazionalità del funzionario, nonché dagli Stati terzi²⁴. Questo perché le organizzazioni possono agire soltanto attraverso i propri organi, che devono poter svolgere le proprie funzioni volte alla realizzazione degli scopi dell'ente, senza interferenze da parte degli Stati²⁵.

Delineatasi in tal senso a partire dagli anni Venti, questa nuova figura del *funzionario internazionale* si andò ad affiancare a quella degli agenti diplomatici, con cui si rendeva necessaria la condivisione di alcune prerogative, affinché fosse rispettato il principio del *ne impediatur legatio*²⁶. Per questo, ad esempio, ai sensi dell'art. VII par. 4²⁷ del Covenant, anche ai funzionari della Società delle Nazioni furono estesi, inizialmente, le immunità e i privilegi dei diplomatici.

Con la fine della Seconda guerra mondiale e la creazione di un numero crescente di organizzazioni internazionali, si ritenne opportuno cambiare approccio. Già nei lavori della Commissione Preparatoria delle Nazioni Unite²⁸, era evidente l'obiettivo di dare a questa nuova figura una defini-

²¹ C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, Vicenza, VI ed., 2021, p. 435.

²² H.G. SCHERMERS, N.M. BLOKKER, *International Institutional Law*, Leiden, 2018, p. 268-269.

²³ Corte EDU, sentenza del 18 febbraio 1999, ric. n. 28934/95, *Beer and Regan c. Germany*, parr. 56-57.

²⁴ C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Torino, 2015, p. 295.

²⁵ C. WALTER, F. PREGER, *Immunities of Civil Servants of International Organisations*, in T. RUYLS, N. ANGELET, L. FERRO (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge, 2019, p. 545.

²⁶ D. 5.1.24.2 (Paul. 17 *ad Plaut.*).

²⁷ Art. VII par. 4 del Patto della Società delle Nazioni del 1919.

²⁸ Commissione preparatoria delle Nazioni Unite, *Report of the Preparatory Commission of the United Nations*, PC/20 del 26 dicembre 1945.

zione e una regolamentazione più precisa, evitando un riconoscimento generalizzato delle immunità diplomatiche e subordinando queste ultime allo svolgimento delle attività funzionali compiute per conto dell'organizzazione. A tal proposito, può riportarsi la sentenza statunitense *Wetschester c. Ranallo*²⁹ in cui i giudici americani hanno rigettato la tesi difensiva di una dipendente della Nazioni Unite (autista Segretario generale) secondo cui l'art. 105 della Carta delle Nazioni Unite estenderebbe a tutti i funzionari e dipendenti dell'Organizzazione immunità e privilegi propri degli agenti diplomatici.

Secondo quanto affermato dalla Corte internazionale di giustizia nel noto parere sulla *Riparazione dei danni* del 1949, si considera agente dell'organizzazione «any person who, whether a paid official or not, and whether permanently employed or not, has been charged by an organ of the Organization with carrying out, or helping to carry out, one of its functions – in short, any person through whom it acts»³⁰.

Come agli agenti diplomatici, anche al funzionario internazionale è stata riconosciuta l'immunità giurisdizionale funzionale, o *ratione materiae*, per cui l'individuo non risponde, né civilmente né penalmente, per gli atti compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni sia durante lo svolgimento sia dopo la cessazione delle stesse. La sua *ratio* risiede nel fatto che le attività realizzate in veste ufficiale sono eseguite per conto dell'organizzazione, che è il vero titolare dell'immunità e l'unica che può conseguentemente rinunciarvi. Per questo, il funzionario gode dell'immunità e dei privilegi previsti dal suo *status* anche sul territorio degli Stati terzi, che non sono parte dell'organizzazione, quando agisce nell'esercizio delle proprie funzioni ufficiali. Allo stesso tempo, però, i funzionari, eccezion fatta per quelli di alto grado, sono generalmente privi dell'immunità personale, o *ratione personae*, accordata per gli atti compiuti dagli agenti diplomatici anche come privati durante il proprio mandato. Tale diversa immunità mira ad evitare interferenze nell'esercizio delle funzioni e protegge non la funzione in quanto tale ma lo *status* dell'organo dello Stato straniero, rendendo temporaneamente impossibile l'istaurazione di un processo, salvo alcune eccezioni per la giurisdizione civile.

²⁹ City Court of New Rochelle, sentenza dell'8 novembre 1946, *Wetschester c. Ranallo*, in *Annual Digest of Public International Law Cases*, 1946, p. 168 ss.

³⁰ CIJ, parere consultivo dell'11 aprile 1949, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, in *ICJ Reports*, 1949, p. 179.

Tuttavia, mentre per gli agenti diplomatici il riconoscimento dell'immunità si fonda su norme di diritto consuetudinario, codificate nella Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961³¹, per i funzionari internazionali la questione è ancora aperta.

Secondo quanto sostenuto da parte della dottrina³², la base normativa dell'immunità e dei privilegi delle organizzazioni internazionali e, di riflesso, dei loro funzionari potrebbe essere rinvenuta nel diritto consuetudinario, in quanto essa rappresenterebbe una manifestazione della soggettività delle organizzazioni internazionali.

Conclusione, questa, sostenuta anche dall'intervento del MAECI, chiamato a deporre durante il procedimento in esame sulla questione specifica.

Tuttavia, come sottolineato anche nella pronuncia in esame³³, vi è il dubbio circa la formazione di una consuetudine costitutiva dell'immunità.

A parere di alcuni³⁴, infatti, il diritto consuetudinario sarebbe ancora troppo generico e disomogeneo, sicché le immunità dei funzionari delle organizzazioni sarebbero ancora oggi regolate da fonti esclusivamente convenzionali, quali trattati multilaterali, accordi bilaterali, stretti tra l'organizzazione e lo Stato dove si stabilisce il suo quartier generale, atti istitutivi delle singole organizzazioni o protocolli addizionali, che le diversificano a seconda del rango del funzionario.

Del resto, nonostante la questione dell'immunità sia stata all'ordine del giorno della Commissione di diritto internazionale³⁵ per più di trent'anni nell'ambito dello studio sullo "Statuto, i privilegi e le immunità delle organizzazioni internazionali e dei loro agenti", avente come Relatori

³¹ Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961.

³² A. REINISCH, *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts*, Oxford, 2013, *passim*. V. anche M. WOOD, *Do International Organizations enjoy immunity under customary international law?*, in N. BLOKKER, N. SCHRIJVER (eds.), *Immunity of International Organizations*, Leiden, 2015, p. 34.

³³ Trib. Roma, n. 478/2024, p. 7, ove in particolare si fa rinvio alla sentenza della Cass. civ. sez. U. del 19 febbraio 2007, n. 3718, in cui alla p. 9 si dubita dell'esistenza di una norma consuetudinaria che riconosca l'immunità alle Organizzazioni internazionali e di conseguenza ai soggetti che la rappresentano.

³⁴ Cfr. D.B. MICHAELS, *International privileges and immunities: A case for a Universal Statute*, The Hague, 1971, p. 31; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, op. cit., p. 440; A. TOMMASI DI VIGNANO, *Immunità e privilegi dei funzionari delle organizzazioni internazionali*, Padova, 1961, p. 12, nota 6.

³⁵ Commissione di diritto internazionale, *Annex B: Jurisdictional Immunity of International Organizations*, Rapporto di G. Gaja, UN Doc. A/61/10, sessioni 1° maggio-9 giugno e 3 luglio 11 agosto 2006, p. 210-211.

Speciali, M. Abdullah El-Erian e M. Leonardo Diaz González, l'idea di redigere un progetto di articoli è stata poi messa da parte nel 2006, a causa del mancato interesse sia degli Stati che delle stesse organizzazioni.

Vi sono, tuttavia, alcuni casi in cui gli Stati hanno disciplinato le immunità ed i privilegi delle organizzazioni internazionali e dei loro funzionari direttamente con leggi nazionali, come accaduto per gli Stati Uniti con lo *US International Organizations Immunities Act*³⁶ del 1945, cui hanno poi fatto seguito Australia, Regno Unito, Austria e Svizzera. Invero, al fine di cercare di trovare una via di raccordo tra le due correnti, potrebbe affermarsi³⁷ che le legislazioni interne degli Stati, in uno con le decisioni giurisprudenziali, formando una prassi pressoché univoca, potrebbero contribuire alla nascita, o forse al consolidamento, di una norma di diritto consuetudinario.

Nel caso di specie, l'immunità dei funzionari del PAM trova specifica regolamentazione negli accordi internazionali di cui l'Italia è parte. Pertanto, ci si limiterà ad un'analisi delle norme convenzionali applicabili, le quali, com'è noto, prevarrebbero in ogni caso sulle norme consuetudinarie a titolo di diritto speciale. Lo stesso giudice, inoltre, ha accolto il punto di vista del Pubblico Ministero e delle difese degli imputati, scegliendo di «compiere le valutazioni ancorando l'accertamento dell'immunità unicamente alle disposizioni pattizie»³⁸.

Essendo il PAM un programma congiunto dell'ONU e della FAO, le immunità dei funzionari sono disciplinati, in via generale, dalle norme contenute nella Carta ONU e dai trattati stipulati dalle stesse Nazioni Unite in materia di privilegi e immunità. A questa disciplina, si aggiunge quella contenuta nell'Accordo bilaterale³⁹ stipulato tra il Governo italiano e il Programma alimentare mondiale (di seguito Accordo di sede o Accordo). Tuttavia, sulla scorta di quanto sostenuto dal MAECI, il giudice ne ha escluso l'applicabilità nel caso concreto, dal momento che tale accordo re-

³⁶ 79th Congresso degli Stati Uniti, *International Organizations Immunities Act* del 29 dicembre 1945.

³⁷ C. WALTER, F. PREGER, *Immunities of Civil Servants of International Organisations*, cit., p. 543.

³⁸ Trib. Roma, n. 478/2024, cit., p. 9.

³⁹ Accordo tra il Governo della Repubblica italiana da una parte e le Nazioni Unite e l'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura dall'altra riguardante la sede per il Programma Alimentare Mondiale, firmato a Roma il 15 marzo 1991 e ratificato dall'Italia a seguito di autorizzazione disposta con la legge 14 febbraio 1994, n. 114.

gola i rapporti tra lo Stato di sede, l'Italia, ed i funzionari presenti sul territorio italiano e non viene, perciò, in rilievo, rispetto ai funzionari in servizio in altri paesi (come i due imputati), cui si applicherebbe l'Accordo di sede tra il PAM e lo Stato della sede di servizio (nella specie la Repubblica Democratica del Congo).

4. Le norme applicabili della Convenzione sui privilegi e le immunità delle Nazioni Unite, della Convenzione sui privilegi e le immunità delle Istituzioni specializzate e dell'Accordo di sede tra il PAM e lo Stato italiano

Già la Carta delle Nazioni Unite prevede, all'art. 105⁴⁰, che l'Organizzazione goda, nei territori degli Stati Membri, dei privilegi e delle immunità necessarie al raggiungimento dei propri scopi. Il secondo paragrafo estende, poi, analoghe immunità e simili privilegi anche ai funzionari dell'Organizzazione, nella misura in cui ciò sia necessario per l'esercizio indipendente delle funzioni proprie di quest'ultima.

Come risulta evidente, l'art. 105 non specifica i termini *privilegi e immunità* ma indica in modo generale tutto ciò che può essere considerato *necessario* per la realizzazione degli scopi dell'Organizzazione, per il libero funzionamento dei suoi organi e per l'esercizio indipendente delle funzioni e dei doveri dei loro funzionari: esenzione dalle tasse, immunità dalla giurisdizione, facilitazioni per le comunicazioni, inviolabilità di edifici, proprietà e archivi⁴¹.

In virtù dell'ultimo paragrafo del suddetto articolo, che affida all'Assemblea generale la possibilità di proporre la stipula di ulteriori convenzioni in materia di immunità e privilegi tra gli Stati Membri, sono stati conclusi altri due accordi internazionali, volti a specificare l'ambito e la portata di immunità e privilegi spettanti all'ONU, alle sue Istituzioni specializzate e ai rispettivi funzionari.

Si tratta della Convenzione sui privilegi e le immunità delle Nazioni Unite (di seguito Convenzione Generale)⁴² e della Convenzione sui privile-

⁴⁰ Art. 105, cap. XVI della Carta delle Nazioni Unite.

⁴¹ D.B. MICHAELS, *International privileges and immunities: A case for a Universal Statute*, cit., p. 60.

⁴² Assemblea generale, *Convenzione sui privilegi e le immunità delle Nazioni Unite*, adottata il 13 febbraio 1946 ed entrata in vigore il 17 settembre 1946, cui l'Italia ha aderito a seguito di autorizzazione disposta con legge 20 dicembre 1957, n. 1318, in vigore dal 6 febbraio 1958.

gi e le immunità delle Istituzioni specializzate (di seguito Convenzione Speciale)⁴³.

La Convenzione Generale permette di delineare la nozione di immunità funzionale e le categorie di persone alle quali questa è attribuita. Per quanto rileva nel caso in esame, giova ricordare l'art. V sez. 18(a) della Convenzione⁴⁴, ai sensi del quale i funzionari dell'ONU sono «immune from legal process», godendo dell'immunità giurisdizionale per tutti gli atti compiuti in veste ufficiale, siano essi in forma scritta o verbale, e, seguendo quando ritenuto da alcuni, che rientrino nell'ambito delle proprie competenze⁴⁵. Essa costituisce la principale forma di immunità riconosciuta ai funzionari, permettendogli di esercitare le loro mansioni in materia indipendente e senza potenziali interferenze da parte di un qualsiasi governo.

A sottolineare l'importanza di tali immunità, le Nazioni Unite⁴⁶ hanno interpretato la nozione *legal process* in termini piuttosto ampi, facendovi rientrare ogni tipo di procedimento giudiziario, compresi l'atto di citazione, il mandato, l'atto con il quale il giudice si assume la competenza e impone la comparizione del convenuto e dei testimoni, nonché gli atti di esecuzione e ogni altro atto da parte delle autorità pubbliche, come l'arresto e la custodia cautelare, in relazione a un procedimento giudiziario.

Ai sensi dell'art. V sez. 20 della Convenzione⁴⁷, inoltre, essendo privilegi e immunità concessi esclusivamente nell'interesse

⁴³ Assemblea generale, *Convenzione sui privilegi e le immunità delle Istituzioni specializzate*, adottata il 21 novembre 1947 ed entrata in vigore il 2 dicembre 1948, cui l'Italia ha aderito in data 30 agosto 1985, a seguito di autorizzazione disposta con la legge 24 luglio 1951, n. 1740.

⁴⁴ L'art. V sez. 18 della Convenzione Generale specifica che i funzionari delle Nazioni Unite «shall: (a) be immune from legal process in respect of words spoken or written and all acts performed by them in their official capacity; (b) be exempt from taxation on the salaries and emoluments paid to them by the United Nations; (c) be immune from national service obligations; (d) be immune, together with their spouses and relatives dependent on them, from immigration restrictions and alien registration».

⁴⁵ A. TOMMASI DI VIGNANO, *Immunità e privilegi dei funzionari delle organizzazioni internazionali*, cit., p. 15, nota 11.

⁴⁶ Segretariato delle Nazioni Unite, *The practice of the United Nations, the specialized agencies and the International Atomic Energy Agency concerning their status, privileges and immunities: study prepared by the Secretariat*, UN Doc. A/CN.4/L.118 and ADD. 1 and 2, in *The Yearbook of International Law Commission*, 1967, p. 256, par. 250.

⁴⁷ Art. V sez. 20 della Convenzione Generale, per cui «The Secretary-General shall have the right and the duty to waive the immunity of any official in any case where, in his opinion, the immunity would impede the course of justice and can be waived without prejudice to

dell'Organizzazione, la revoca degli stessi è di competenza del Segretario generale che ha il diritto e il dovere di revocarla solo nei casi in cui, a suo parere, ostacoli l'azione della giustizia e qualora ciò non arrechi danno agli interessi dell'Organizzazione. In assenza di espressa decisione del Segretario generale, quindi, né i tribunali nazionali né i funzionari possono rinunciare all'immunità, essendo questa prevista nell'interesse esclusivo dell'Organizzazione stessa.

Disposizioni simili in materia di immunità sono contenute anche nella Convenzione Speciale, che si applica alle organizzazioni internazionali che hanno stipulato accordi di relazioni speciali con le Nazioni Unite ai sensi degli artt. 57⁴⁸ e 63⁴⁹ della Carta.

Come emerge dall'art. I sez. 1 (ii)(b) della Convenzione⁵⁰ questa si applica alla FAO e, quindi, al PAM, costituendo quest'ultimo un programma autonomo e sussidiario tanto dell'ONU quanto della FAO.

Per ciò che qui rileva, l'art. VI sez. 19(a)⁵¹ ricalca *in toto* quanto previsto dall'art. V sez. 18(a) della Convenzione Generale, sancendo che i funzionari delle Istituzioni specializzate godono dell'immunità giurisdizionale per gli atti compiuti in veste ufficiale. Come la Convenzione Generale, anche l'art. VI sez. 22 di quella Speciale⁵² ribadisce che i privilegi e le immunità sono poste nell'interesse dell'istituzione specializzata e che spetta a quest'ultima revocare l'immunità nei casi in cui ritenga che questa ostacoli l'azione della giustizia e sempre che possa essere revocata senza arrecare pregiudizio all'istituzione.

Come sottolineato nella pronuncia in esame, inoltre, giova sottolineare la presenza in entrambe le Convenzioni di disposizioni che riconoscono analoghe immunità ai rappresentanti degli Stati membri durante le riu-

the interests of the United Nations. In the case of the Secretary General, the Security Council shall have the right to waive immunity».

⁴⁸ Art. 57, capitolo IX della Carta delle Nazioni Unite.

⁴⁹ *Ivi*, art. 63, capitolo X.

⁵⁰ Art. I sez. 1(ii) lettera b) della Convenzione Speciale, che specifica che con Istituzioni specializzate debba intendersi, tra le altre, anche l'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Alimentazione e l'Agricoltura.

⁵¹ *Ivi*, art. VI sez. 19(a), per cui i funzionari delle istituzioni specializzate «shall be immune from legal process in respect of words spoken or written and all acts performed by them in their official capacity».

⁵² *Ivi*, art. VI sez. 22, per cui «each specialized agency shall have the right and the duty to waive the immunity of any official in any case where, in its opinion, the immunity would impede the course of justice and can be waived without prejudice to the interests of the specialized agency».

nioni delle organizzazioni cui essi partecipano e che ne escludono l'opponibilità nel caso di un giudizio instaurato dinanzi alle autorità di uno Stato di cui la persona sia cittadino o di cui sia (o sia stata) rappresentante. In particolare, si fa riferimento all'art. IV sez. 15 della Convenzione Generale⁵³ e all'art. V sez. 17 di quella Speciale⁵⁴.

Al quadro così descritto, deve aggiungersi poi l'accordo bilaterale concluso tra il PAM e il Governo italiano, l'Accordo di sede, volto ad integrare le disposizioni delle due Convenzioni, entrambi applicabili al PAM.

L'art. XIII sez. 30(d) dell'Accordo⁵⁵ prevede che i funzionari del PAM godano nello Stato e nei confronti della Repubblica italiana dell'«immunity from legal process» per quanto detto o scritto e per tutti gli atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali. Immunità che è destinata a perdurare anche una volta che questi abbiano cessato di essere funzionari del PAM.

Come per le Convenzioni, anche in questo caso l'immunità giurisdizionale deve considerarsi estesa a tutti i tipi di procedimento giudiziario, in ossequio, anche, a quanto emerge dall'apposito accordo interpretativo tra il Governo italiano e la FAO, rispetto all'Accordo di sede di quest'ultima e poi esteso anche a quello del PAM, eseguito in Italia mediante la stessa legge 14 febbraio 1994, n. 114, di ratifica dell'Accordo di sede del PAM.

Infine, la sez. 34(a) dell'art. XIII dell'Accordo di sede⁵⁶ prevede che le immunità e i privilegi sono posti nell'interesse del PAM e pertanto spetta in via esclusiva a quest'ultimo e, in particolare, al Direttore esecutivo, re-

⁵³ L'art. IV sez. 15 della Convenzione Generale afferma che le previsioni delle sezioni precedenti, 11, 12,13 non si applicano a «representative and the authorities of the state of which he is a national or of which he is or has been the representative».

⁵⁴ Ai sensi dell'art. V sez. 17 della Convenzione Speciale, le previsioni delle sezioni 13,14,15 «are not applicable in relation to the authorities of a State of which the person is a national or of which he is or has been a representative».

⁵⁵ Art. XIII sez. 30 (d) dell'Accordo di sede, per cui «i funzionari del PAM godranno nel territorio e nei riguardi della Repubblica Italiana dei seguenti privilegi ed immunità: immunità giurisdizionale di qualsiasi genere per le parole dette o scritte e per tutti gli atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali, essendo inteso che tale immunità sarà mantenuta anche dopo che gli interessati abbiano cessato di essere funzionari del PAM».

⁵⁶ *Ivi*, art. XIII sez. 34(a), che afferma che «i privilegi e le immunità, previsti nel presente articolo, sono conferiti nell'interesse del PAM e non a vantaggio personale degli interessati. Conformemente con la sezione 20 della Convenzione sui privilegi e le immunità delle Nazioni Unite e la sezione 22 della Convenzione sui privilegi e le immunità delle Istituzioni specializzate, l'immunità di un funzionario verrà tolta qualora l'immunità dovesse impedire il corso della giustizia e sempre che possa essere tolta senza pregiudizio degli interessi del PAM.

vocare l'immunità ad un suo funzionario laddove questa impedisca il decorso della giustizia e senza recare pregiudizio agli interessi dell'istituzione.

Delineato così l'insieme delle norme convenzionali in tema di immunità, è indubbio che queste si applichino agli imputati dal momento che è pacifico tra le parti che questi fossero funzionari del PAM al momento dei fatti. Come riportato in sentenza, infatti, nel corso delle indagini sia l'ONU, tramite note del Segretario generale, sia la FAO, con note del Direttore generale, sia il PAM, con note del suo Direttore esecutivo, hanno rivendicato la qualità di funzionari in capo agli imputati⁵⁷. Ciò risulta anche da una nota esplicativa sullo stato dei funzionari del PAM, acquisita tramite l'ausilio del MAECI, da cui si evince che sia Leone che Rwagaza sono entrambi dipendenti del PAM.

5. Il valore della comunicazione degli elenchi contenenti i nominativi dei funzionari: condizione non necessaria per l'attribuzione dell'immunità

Venendo all'analisi dei motivi che hanno condotto il GUP di Roma a concludere, condivisibilmente, per il riconoscimento dell'immunità, occorrerà concentrarsi, in primo luogo, sul principale (apparente) ostacolo avanzato rispetto alla opponibilità dell'immunità dei funzionari. Secondo la tesi della pubblica accusa, quest'ultimo sarebbe rappresentato dall'omessa comunicazione al Governo italiano da parte del PAM dell'elenco contenente i nominativi e i dati generali dei propri funzionari.

L'art. V sez. 17 della Convenzione Generale⁵⁸ prevede, infatti, che il Segretario generale comunichi ai Governi degli Stati Membri i nomi dei funzionari cui si applicano le disposizioni dello stesso articolo, anche rispetto all'immunità.

Previsione analoga è riportata nella sez. 18 dell'art. VI della Convenzione Speciale⁵⁹, per cui l'Istituzione specializzata ha l'onere «from time to

⁵⁷ Trib. Roma, n. 478/2024, cit., p. 10.

⁵⁸ L'art. V sez. 17 della Convenzione Generale afferma che le categorie di funzionari a cui si applicano le immunità «shall be communicated to the Governments of all Members. The names of the officials included in these categories shall from time to time be made known to the Governments of Members».

⁵⁹ L'art. VI sez. 18 della Convenzione Speciale prevede parimenti che le categorie di funzionari cui si applicano le immunità previste devono essere comunicate «to the Governments of all States parties to this Convention in respect of that agency and to the Secre-

time» di comunicare ai governi degli Stati Membri dell'Istituzione, i nomi dei funzionari cui si applicano le disposizioni dell'articolo, comprese le immunità.

Ad integrazione di tali disposizioni, la sez. 32 dell'art. XIII dell'Accordo di sede⁶⁰ prevede che il PAM comunichi «ogni anno» al Governo italiano la lista dei suoi funzionari. Può ritenersi implicito che, avendo l'accordo la finalità di «regolare le relazioni tra il PAM e il Governo della Repubblica italiana relativamente alla sede del PAM», tale comunicazione debba riguardare unicamente i funzionari del PAM che prestano servizio in Italia, applicandosi negli altri casi quanto previsto dalle Convenzioni.

Nel caso di specie, già il Pubblico Ministero aveva richiesto alla polizia giudiziaria di acquisire «la documentazione relativa alle comunicazioni effettuate dal PAM per l'anno 2021, ai governi degli Stati parti e al Segretario generale delle Nazioni Unite, con particolare riferimento al provvedimento con cui il PAM ha determinato le categorie dei funzionari cui sono applicabili le disposizioni in parola, nonché l'elenco dei nomi dei funzionari corrispondenti a dette categorie, nonché le note con cui detti provvedimenti del PAM sono stati comunicati ai governi degli Stati Membri e al Segretario generale delle Nazioni Unite»⁶¹.

Parimenti, sono stati acquisiti gli elenchi dei funzionari appartenenti al PAM in servizio in Italia, presso le sedi di Roma e Brindisi, i quali non solo non erano pervenuti al Ministero, ma non riportano i nomi dei due imputati, i quali, del resto, non erano in servizio in Italia.

Sulla scorta delle disposizioni riportate, la questione che si è posta riguardava il valore da attribuire a tale comunicazione periodica: se questa, cioè, possa o debba considerarsi quale condizione essenziale ai fini del riconoscimento (o dell'opponibilità) dell'immunità dei funzionari iscritti negli elenchi o se, al contrario, abbia solo valore di notifica.

Secondo la posizione del Pubblico Ministero, infatti, sulla base di una lettura sistematica delle norme riguardanti l'immunità, l'inserimento negli elenchi di cui all'art. VI sez. 18 della Convenzione Speciale, dovrebbe considerarsi come «fattore costitutivo dell'esenzione dalla giurisdizione»⁶².

tary-General of the United Nations. The names of the officials included in these categories shall from time to time be made known to the above-mentioned Governments».

⁶⁰ La sez. 32 dell'art. XIII dell'Accordo di sede statuisce che «ogni anno il PAM comunicherà al Governo la lista dei funzionari del PAM».

⁶¹ Trib. Roma, n. 478/2024, cit., p. 11.

⁶² *Ivi*, p. 12.

La possibilità di legare il riconoscimento dell'immunità ad un dato certo, quale l'inserimento negli elenchi periodicamente comunicati agli Stati, risponderebbe ad esigenza di «certezza rispetto all'esistenza di una situazione che giustifica la rinuncia dello Stato all'esercizio del potere di accertare i fatti e sanzionare i responsabili, evitando il rischio di abusi che potrebbero derivare dalla mancata preventiva comunicazione di chi ha la qualifica di funzionario, e da un'attribuzione tardiva e strumentale dell'immunità»⁶³. Quindi, avendo accertato, tramite il MAECI, che negli elenchi dei funzionari del PAM non figuravano i nominativi degli imputati, il Pubblico Ministero aveva chiesto il rinvio a giudizio, ritenendo questi ultimi non coperti da immunità.

Aderendo alle tesi sostenute dalle difese degli imputati, il giudice romano ha concluso per la non necessarietà della comunicazione come condizione costitutiva dell'immunità, all'esito di un'analisi approfondita dell'interpretazione delle Convenzioni suddette, alla luce dei criteri interpretativi previsti dall'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969⁶⁴ e della prassi successiva, applicativa di tali accordi.

Il giudice romano, già prima di verificare la prassi applicativa, ha ritenuto di non aderire alla soluzione interpretativa proposta dal Pubblico Ministero.

Partendo da un'interpretazione testuale dell'art. V della Convenzione Generale, il giudice ha rilevato come esso non preveda che la notifica fatta a uno Stato parte circa lo *status* di una persona come funzionario sia necessaria per il riconoscimento dell'immunità. Le stesse Nazioni Unite, del resto, hanno ripetutamente interpretato la disposizione nel senso che

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ In particolare, l'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati del 1969, prevede che «un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo». In particolare, ai fini dell'interpretazione di un trattato, «il contesto comprende, oltre al testo, preambolo e allegati inclusi: a) ogni accordo relativo al trattato e che sia intervenuto tra tutte le parti in occasione della sua conclusione; b) ogni strumento disposto da una o più parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre parti in quanto strumento relativo al trattato».

Il paragrafo 3 specifica, inoltre, che verrà tenuto conto, «oltre che del contesto: a) di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute; b) di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato; c) di ogni norma di diritto internazionale pertinente, applicabile alle relazioni fra le parti».

«the notifications contained in the lists sent to Member States do not constitute the legal basis or condition for application of the Convention»⁶⁵, ritenendo la comunicazione periodica degli elenchi un mero strumento funzionale a facilitare l'applicazione della Convenzione. In tal senso, le Nazioni Unite⁶⁶ si erano espresse in maniera chiara già nel 1991, rispondendo ad un quesito posto da uno Stato Membro in merito al valore della notifica prevista dall'art. V sez. 17 della Convenzione Generale.

Ragionamento simile deve farsi per quanto disposto dalla sez. 18 dell'art. VI della Convenzione Speciale e dalla sez. 32 dell'art. XIII dell'Accordo di sede.

In particolare, a parere del giudice romano, dall'art. VI può dedursi che il «profilo riguardante l'esistenza dell'immunità in relazioni ai funzionari delle istituzioni specializzate deve ritenersi perfezionato, infatti, con la determinazione delle relative categorie di funzionari da parte delle istituzioni stesse»⁶⁷.

Secondo autorevole dottrina⁶⁸, la comunicazione prevista dall'art. VI, per cui i nomi dei funzionari devono essere comunicati ai governi, va intesa quale «*administrative measure of convenience*» e non come condizione per il riconoscimento dell'immunità né tantomeno per l'attribuzione dello *status* di funzionario (che dipende esclusivamente dal rapporto di impiego che si instaura fra l'individuo e l'organizzazione). Nulla esclude, infatti, che le immunità e i privilegi previsti da tale articolo possano essere estesi anche a coloro che non sono inclusi in questi elenchi. Ciò *a fortiori* esclude che l'immunità possa essere riconosciuta solo successivamente all'invio degli elenchi e all'inclusione del nominativo del funzionario in tali elenchi. Seguendo un'osservazione proposta dalla difesa e condivisa dal giudice, infatti, interpretando la norma diversamente si rischierebbe che un fun-

⁶⁵ UN Doc. A/CN.4/L.118 and ADD. I and 2, cit., p. 265, par. 245.

⁶⁶ *Note to the Permanent Representation of a Member State*, UN Doc. ST/LEG/SER.C/29 del 12 settembre 1991, in *United Nations Juridical Yearbook*, 1991, p. 330. Nella stessa si afferma che «it should be emphasized that the information contained in the lists sent to Member States constitutes neither the legal basis for the application of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations nor a condition to which its application is subject. The lists are simply an administrative tool to facilitate the application of the Convention and, as mentioned above, they do not include all officials of the Organization».

⁶⁷ Trib. Roma, n. 478/2024, cit., p. 13.

⁶⁸ Cfr. R. BANDYOPADHYAY, T. IWATA, *IV Immunities and Privileges, VII Officials, Officials (Article VI Sections 18–23 Specialized Agencies Convention)*, in A. REINISCH (eds.), *The Conventions on the Privileges and Immunities of the United Nations and its Specialized Agencies: A Commentary*, Oxford, 2016.

zionario, il cui contratto sia iniziato immediatamente dopo la comunicazione periodica dell'elenco, resti privo delle garanzie previste sino all'invio del successivo elenco (che in ipotesi potrebbe avvenire anche molto tempo dopo). Non vi è, del resto, alcun obbligo temporale prefissato (almeno nella Convenzione Generale e in quella Speciale) rispetto alla comunicazione degli elenchi, prevedendosi soltanto un generico invio *from time to time*.

Basterebbe, in più, una semplice interpretazione testuale della norma, per affermare che in nessun caso gli adempimenti richiesti dalla sez. 18 debbano intendersi come presupposti per l'applicazione delle immunità previste nella sezione successiva dell'articolo. *A contrario*, ciò avrebbe dovuto essere espresso in maniera chiara nella disposizione, prevedendo il mancato riconoscimento dell'immunità quale conseguenza del mancato adempimento dell'onere di comunicazione.

Del resto, la notifica dell'elenco dei nominativi dei funzionari non può equipararsi alla procedura di "accreditamento" degli agenti diplomatici previsti dall' art. 4⁶⁹ della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961, e in particolare alla notifica prevista dagli artt. 10⁷⁰ e 39⁷¹ della medesima Convenzione. Secondo tali disposizioni, infatti, lo Stato accreditante deve ottenere il gradimento dello Stato accreditatario rispetto alla persona che intende accreditare come capo missione, nonché comunicare a quest'ultimo i componenti della missione, il loro arrivo e la loro cessazione.

Nulla di simile, invece, è previsto per quanto riguarda i funzionari dell'ONU e delle Istituzioni specializzate, i quali non devono ricevere l'approvazione da parte dello Stato membro ospitante per poter beneficiare di immunità e privilegi nell'esercizio delle loro funzioni.

In definitiva, secondo il giudice può affermarsi che «una volta definito il profilo di chi è funzionario dell'istituzione, l'immunità si applica a chi rientra in tale categoria, mentre le successive comunicazioni assumono la

⁶⁹ L'art. 4 prevede che «The sending State must make certain that the agrément of the receiving State has been given for the person it proposes to accredit as head of the mission to that State».

⁷⁰ L'art. 10 statuisce che al Ministero degli affari esteri dello Stato accreditatario debba essere notificata la nomina dei Membri della missione, il loro arrivo e partenza, nonché dei loro familiari e del personale della missione.

⁷¹ L'art. 69 prevede che il godimento delle immunità, per coloro che già si trovano sul territorio dello Stato ricevente, dal momento in cui la nomina viene notificata al Ministero degli affari esteri di quello Stato.

funzione di rendere conoscibile alle altre istituzioni l'esistenza di tali prerogativa»⁷².

A riprova di tale assunto, possono richiamarsi alcune disposizioni della Convenzione Speciale e dell'Accordo di sede, che, quando hanno voluto subordinare il riconoscimento di taluni privilegi, diversi dall'immunità giurisdizionale, all'onere di notificare elenchi contenenti i nominativi dei funzionari beneficiari, lo hanno espressamente previsto.

In particolare, l'art. VI sez. 20 della Convenzione Speciale⁷³ dispone che sono esenti dagli obblighi di servizio militare del proprio Stato, i funzionari delle Istituzioni specializzate i cui nominativi rientrano in elenchi appositi redatti dall'Istituzione e approvati dallo Stato in questione.

Parimenti, le sezioni 30(h) e 31 dell'art. XIII dell'Accordo⁷⁴ subordinano rispettivamente il riconoscimento dell'esenzione dagli obblighi di servizio civile per i cittadini italiani e l'attribuzione di alcune immunità diplomatiche per taluni funzionari superiori all'inclusione di questi all'interno di elenchi nominativi appositi, redatti dal Direttore esecutivo dell'Organizzazione che devono essere inviati e approvati dal Governo italiano.

6. (Segue): Il ruolo della comunicazione nella prassi applicativa

L'irrilevanza della comunicazione periodica degli elenchi ai fini del riconoscimento dell'immunità è stata confermata dalla prassi applicativa degli accordi. Questa è stata analizzata soprattutto rispetto a quanto detto dal MAECI, chiamato a rispondere, per quanto qui rileva, circa la periodica comunicazione al governo italiano delle categorie dei funzionari previsti;

⁷² Trib. Roma, n. 478/2024, cit., p. 14.

⁷³ L'art. VI sez. 20 della Convenzione Speciale prevede che sono esenti dagli obblighi di servizio militare del proprio Stato solo quei funzionari delle Istituzioni «whose names have, by reason of their duties, been placed upon a list compiled by the executive head of the specialized agency and approved by the State concerned».

⁷⁴ In particolare, le sezioni 30(h) e 31 dell'art. XIII dell'Accordo di sede prevedono: la prima che l'esenzione dagli obblighi di servizio nazionale «sarà limitata a quei funzionari che, in ragione delle loro funzioni, saranno elencati nominativamente su una lista compilata dal Direttore Esecutivo ed approvata dal Governo. Inoltre, nel caso di chiamata nel servizio nazionale di funzionari cittadini italiani, non compresi nella lista, il Governo accorderà, su richiesta del Direttore Esecutivo, quei rinvii temporanei alla chiamata di tali funzionari che si rendessero necessari per evitare l'interruzione di un servizio essenziale»; la seconda, invece, accorda particolare immunità e privilegi, simili a quelle degli agenti diplomatici, anche al Direttore esecutivo, al Vicedirettore e agli altri funzionari superiori designati dal Direttore esecutivo in ragione delle loro responsabilità.

se e con quali modalità vengano comunicati dalle istituzioni specializzate i nomi dei funzionari e con che cadenza temporale, nonché i nomi dei funzionari ai sensi dell'art. XIII sez. 32 dell'accordo di sede; se vengano usualmente comunicati al Governo italiano i nominativi dei funzionari in servizio in paesi diversi dall'Italia; con quali scadenze e con quali modalità.

In primis, i rappresentanti del Ministero hanno indicato che, nella vita delle Nazioni Unite e della FAO, vi è stata un'unica comunicazione delle categorie dei funzionari, effettuata per tutti gli Stati con due risoluzioni, la n. 76 del 7.12.1946⁷⁵ dell'Assemblea generale dell'ONU e la n. 71/59⁷⁶ della Conferenza della FAO.

Queste risoluzioni indicano che le immunità previste dalle Convenzioni si applicano a tutti i Membri dello *staff* delle Nazioni Unite e della FAO, ad esclusione di coloro che sono reclutati localmente e in base a tariffe orarie. Pertanto, la categoria dei funzionari per cui le Convenzioni prevedono l'immunità è stata definita "*una tantum*". Invero, nemmeno risultano al MAECI gli elenchi dei nominativi dei funzionari del PAM presenti in tutto il mondo, ma solo quelli in servizio nello Stato italiano. Tali elenchi, inoltre, come sottolineato dall'intervento dei rappresentanti del MAECI, servono per un'immediata riconoscibilità, nello Stato, «delle esenzioni e di immunità dai controlli statali, che attengono, peraltro, soprattutto all'immunità personale»⁷⁷.

In più, dalla testimonianza è emerso che la periodicità nella comunicazione degli elenchi non è stata costante e che, quando essa è stata effettuata, comunque riguardava solo gli elenchi nominativi dei funzionari presenti in Italia.

Sarebbe, infatti, uno spreco di risorse dover di volta in volta comunicare a tutti gli Stati Membri i nominativi dei funzionari in servizio nel mondo, considerato l'elevato numero di dipendenti del PAM ed i paesi in cui essi operano.

Pertanto, laddove si volesse ritenere necessaria la comunicazione, questa avrebbe dovuto essere effettuata al Governo congolese, essendo i

⁷⁵ Assemblea generale, *Privileges and Immunities of the Staff of the Secretariat of the United Nations*, UN Doc. A/116 and ADD. 1 del 7 dicembre 1946.

⁷⁶ Conferenza della FAO, *Categories of Officials to which the Provisions of Articles VI and VIII of the Convention of the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies are to Apply*, Res. 71/59 del 19 novembre 1959.

⁷⁷ Trib. Roma, n. 478/2024, cit., p. 15.

funzionari sotto accusa operanti presso la sede PAM del Congo, e non al Governo italiano.

Dall'esame complessivo dei rappresentanti del Ministero, si evince che le categorie dei funzionari sono state individuate una volta e per tutte; gli elenchi sono comunicati senza una cadenza temporale precisa e, negli ultimi dieci anni, è accaduto soltanto due volte; gli elenchi contenenti i nominativi sono comunicati esclusivamente allo Stato in cui i funzionari prestano servizio e non a tutti gli Stati Membri.

Da quanto esposto, il giudice ha dedotto che «la prassi conferma l'interpretazione sopra adottata, non potendo ritenersi l'inserimento negli elenchi decisivo per il godimento delle immunità e dei privilegi previsti dalle Convenzioni»⁷⁸.

7. La rinuncia come (im)possibile alternativa all'attribuzione dell'immunità

Unica possibilità per il giudice di avvenire ad una soluzione diversa, volta ad escludere l'immunità, sarebbe stata la rinuncia da parte delle stesse organizzazioni all'immunità dei propri funzionari, laddove ciò fosse stato considerato non pregiudizievole per i loro interessi ai sensi dell'art. XIII sez. 34(a) dell'Accordo di sede, dell'art. V sez. 20 della Convenzione Generale e dell'art. VI sez. 22 della Convenzione Speciale.

Proprio a tenore di quest'ultima disposizione, invero, può affermarsi, ancora una volta, che l'immunità dei funzionari sorga in modo automatico, nel momento in cui si accerti che l'atto è stato compiuto nell'esercizio delle funzioni ufficiali. La rinuncia all'immunità da parte dell'ONU o dell'Istituzione specializzata deve, infatti, essere espressa e non può ricavarci in maniera implicita. Nel caso di specie, gli atti acquisiti durante le indagini (e in particolare le numerose note verbali inviate dall'ONU, dalla FAO e dal PAM) dimostravano come le organizzazioni non soltanto avessero ripetutamente riconosciuto la natura funzionale degli atti compiuti dai propri funzionari oggetto di contestazione in sede penale, ma avessero altresì espressamente invocato il rispetto dell'immunità degli stessi in base ai predetti accordi.

Orbene, negli stessi accordi che il PAM stipula con i Governi per l'attuazione dei suoi progetti di aiuti, è espressamente previsto che i Governi debbano impegnarsi a riconoscere ai funzionari e alle altre persone

⁷⁸ Trib. Roma, n. 478/2024, cit., p. 16.

che forniscono servizi per conto del Programma, quanto previsto dalla Convenzione Speciale. In particolare, essi devono garantire di mantenere indenne il Programma e le persone summenzionate da qualsiasi rivendicazione o responsabilità derivante dalle operazioni svolte nell'ambito dell'Accordo, a meno che il Governo e il Programma stesso non convengano che tale rivendicazione o responsabilità derivi da negligenza grave o dolo delle persone interessate⁷⁹.

Sulla scorta dell'ampia interpretazione della nozione di *legal process*⁸⁰ dell'art. V sez. 18(a) della Convenzione Generale, può affermarsi che già la semplice iscrizione nel registro degli indagati, senza preventiva comunicazione al PAM, costituisca una violazione dell'immunità, in quanto il Governo italiano avrebbe dovuto preliminarmente avanzare al PAM una formale richiesta di rinuncia all'immunità applicabile. Del resto, la richiesta di far presentare i due funzionari in Italia, con la garanzia di rispettarne privilegi e immunità, ha di fatto perfezionato uno dei due presupposti di procedibilità sanciti dall'art. 10 c.p. (nei confronti dell'imputato di nazionalità congolese), vale a dire la presenza del presunto responsabile nel territorio italiano. Presenza che, a tali scopi, certo non sarebbe stata accordata da parte del PAM né, ovviamente, da parte del funzionario interessato.

Su queste basi, quindi, può *a fortiori* condividersi la scelta del giudice rispetto alla posizione del sig. Rwagaza, i cui difensori avevano eccepito «la nullità della richiesta di rinvio giudizio perché non preceduta da una valida notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari»⁸¹. In virtù dell'ampiezza della nozione di procedimento considerata dalle Nazioni Unite, ricomprensiva anche il mandato, la citazione o l'atto con cui il tribunale assume la giurisdizione e obbliga l'imputato a comparire, una regressione del procedimento per ricercare l'imputato, sarebbe del tutto irragionevole. Invero, non solo l'imputato risultava comunque a conoscenza del procedimento visto che ha nominato due difensori di fiducia, ma in ogni caso la rinnovazione «dell'atto di esercizio dell'azione penale incorrerebbe nell'ostacolo della conseguente immunità»⁸².

⁷⁹ J. CARROZ, J.P. DOBBERT, *Le programme alimentaire mondial*, in *Annuaire français de droit international*, 1966, p. 367.

⁸⁰ UN Doc. A/CN.4/L.118 and ADD. 1 and 2, cit., p. 256, par. 250.

⁸¹ Trib. Roma, n. 478/2024, cit., p. 18.

⁸² *Ibidem*.

Una diversa alternativa sarebbe stata, come si è detto, la richiesta da parte del Governo italiano al PAM di rinunciare all'immunità per permettere l'esercizio della giurisdizione penale nei confronti dei due funzionari. Questa richiesta non è mai pervenuta, come riportato dai funzionari del MAECI in udienza. La posizione tenuta dal Ministero, da interpretarsi come quella ufficiale presa dal Governo italiano, si pone dunque a favore dell'immunità dei funzionari, non risultando che vi sia alcuna intenzione da parte del Governo di formulare una richiesta di rinuncia all'immunità. Quest'ultima sarebbe, peraltro, ormai tardiva, tanto più considerando la posizione già assunta dagli organi di vertice delle organizzazioni interessate in merito all'insussistenza di ragioni idonee a giustificare una tale scelta⁸³.

8. La non interferenza tra principio di territorialità della giurisdizione e l'immunità

Il giudice romano ha dovuto, inoltre, brevemente precisare la particolare questione processuale legata all'imputato Rocco Leone avente ad oggetto l'interferenza tra «deroga al principio di territorialità e immunità».

Come si è sopra ricordato, l'art. IV sez. 15 della Convenzione Generale⁸⁴ e l'art. V sez. 17 di quella Speciale⁸⁵ prevedono l'inopponibilità dell'immunità previste dalle medesime Convenzioni dinanzi alle autorità di uno Stato membro di cui la persona sia cittadino, oppure sia o sia stato rappresentante. Essendo Rocco Leone cittadino italiano, tali disposizioni potrebbero, ad una lettura non attenta, sembrare escludere l'applicazione delle immunità nei suoi confronti. Tuttavia, così non è.

Come condivisibilmente sottolineato dal giudice, la disposizione della Convenzione Speciale, ritenuta quella applicabile al caso di specie, non opera nei riguardi dei funzionari, dal momento che essa si riferisce unicamente ai «rappresentanti degli Stati membri che si rechino in missione

⁸³ Può citarsi, peraltro, a sostegno di tale tesi una recente decisione della giurisprudenza italiana, in cui, in un caso quasi analogo, il Tribunale di Venezia aveva archiviato l'indagine relativa al Vicedirettore dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), proprio sostenendo che ad esso doveva riconoscersi l'immunità funzionale in virtù della posizione ricoperta dallo stesso al momento dei fatti, che gli atti contestati fossero stati compiuti nell'esercizio delle funzioni e che l'immunità non era stata né rinunciata dal funzionario, né rimossa dall'Organizzazione.

⁸⁴ Art. IV sez. 15 della Convenzione Generale, vd. *supra* nota 50.

⁸⁵ Art. V sez. 17 della Convenzione Speciale, vd. *supra* nota 51.

in uno Stato estero per partecipare a una assemblea organizzata da una da una delle Agenzie, prevedendo delle immunità personale»⁸⁶.

La disciplina inerente ai funzionari, infatti, si trova delineata, in maniera ben distinta da quella dei rappresentanti degli Stati Membri, all'art. VI della Convenzione Speciale e non prevede una simile eccezione.

La sez. 17 dell'art. V della Convenzione Speciale, dunque, ha carattere eccezionale e non può incidere sull'immunità funzionale accordata ai funzionari destinati ad una determinata sede.

Conseguentemente, è indubbio che l'immunità funzionale vada riconosciuta dinanzi alle autorità italiane anche a Rocco Leone, cittadino italiano che ha agito nella sua qualità di funzionario di un'Istituzione specializzata (e non già come rappresentante di uno Stato membro dell'organizzazione).

9. L'irrilevanza dell'art. 24 Cost. e la non applicazione della teoria dei controlimiti

L'ultimo quesito affrontato dal giudice romano ha riguardato la possibilità, sostenuta dalla Procura di Roma, che il riconoscimento dell'immunità a favore dei due funzionari determinasse un vuoto di tutela contrastante con i principi della Carta costituzionale, poiché «non vi sono altri rimedi per la tutela giurisdizionale del diritto dei singoli». In altri termini, si tratterebbe di un possibile diniego di giustizia e una violazione dei diritti costituzionali fondamentali, sulla scorta di quanto sostenuto nella sentenza n. 238 del 2014⁸⁷ della Corte costituzionale, nonché la precedente 65 del 1998⁸⁸, che qualifica come diritto inviolabile quello previsto dall'art. 24 della Costituzione.

Anche tale prospettazione, tuttavia, non sembra meritevole di accoglimento, come ritenuto dal giudice romano.

Com'è noto, nella sentenza n. 238/2014, la Consulta ha applicato la teoria dei controlimiti con riferimento ad una norma di diritto internazionale generale e ad una sentenza della Corte internazionale di giustizia⁸⁹.

Secondo tale teoria, i principi supremi dell'ordinamento costituzionale relativi alla tutela dei diritti inviolabili dell'essere umano costituiscono un

⁸⁶ Trib. Roma, n. 478/2024, cit., p. 17.

⁸⁷ Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238.

⁸⁸ Corte cost., sentenza del 12 marzo 1998, n. 65.

⁸⁹ CIG, sentenza del 3 febbraio 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*.

limite all'ingresso di norme internazionali, consuetudinarie e pattizie, che siano suscettibili di comportare una violazione di tali diritti. In altri termini, nessuna norma esterna in contrasto anche con un solo principio fondamentale può trovare applicazione nell'ordinamento nazionale⁹⁰. Si tratta di un bilanciamento che la Corte effettua tra i valori in gioco, in caso di contrasto ordinamenti, quasi sempre risolto a favore della prevalenza dei principi fondamentali costituzionali.

Nella suddetta sentenza la Corte ha negato l'ingresso nell'ordinamento italiano ex art. 10 Cost. alla norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile per gli atti compiuti *jure imperii*, in particolare per la commissione di crimini internazionali, in quanto contrastante con il fondamentale diritto alla tutela giurisdizionale protetto dall'art. 24 Cost. e con il diritto alla dignità umana rientrante tra i diritti protetti dall' art. 2 Cost. In quell'occasione, la limitazione dell'immunità fu motivata dal fatto che la tutela della potestà sovrana dello Stato non potesse essere giustificata quando fossero state tenute condotte che lo stesso diritto internazionale qualifica come illecite e che non possono essere ricondotte nell'alveo del potere sovrano, com'era il caso dei crimini di guerra e contro l'umanità commessi dalle truppe naziste durante la Seconda guerra mondiale⁹¹. Pertanto, il principio enunciato dalla Consulta può riassumersi nel senso che «poiché l'immunità funzionale fa ingresso nell'ordinamento statale attraverso gli artt. 10-11 della costituzione, e tramite essi assurge al rango costituzionale, nel bilanciamento tra i valori costituzionali non può prevalere interamente quando leda i diritti inviolabili della persona»⁹².

Tale situazione, però, va riconosciuta come del tutto eccezionale, essendo l'utilizzo dei controlimiti una sorta di *emergency brake* per il caso in cui l'applicazione di una norma consuetudinaria possa compromettere i valori fondamentali di un ordinamento quale, in questo caso, il diritto di agire in giudizio⁹³.

⁹⁰ A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consulta OnLine*.

⁹¹ E. SCISO, *La regola sulla immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 76.

⁹² Trib. Roma, n. 478/2024, cit., p. 21.

⁹³ C. CONSOLO, V. MORGANTE, *Immunità e crimini di guerra: la consulta decreta un plot-twist, abbraccia il dualismo e riapre alle azioni di danno*, in *Corriere giuridico*, 2015, p. 100ss. Lo stesso autore sostiene, inoltre, che il diritto di agire sarebbe finalizzato unicamente a ga-

La situazione esaminata nel caso di specie, tuttavia, era molto diversa e non presentava caratteristiche tali da poter giustificare l'applicazione della teoria dei controlimiti.

Vi sono, infatti, due elementi di distinguo determinanti: gli autori delle azioni sono individui e non Stati; le condotte tenute dai funzionari non integrano crimini internazionali.

Nel caso in esame, si tratta di immunità riferibili all'individuo, agente di un'organizzazione internazionale, nell'ambito di un procedimento penale e non di immunità dello Stato, in rilievo, generalmente, in azioni risarcitorie in ambito civilistico. È escluso, infatti, che lo Stato possa essere chiamato a rispondere penalmente, dal momento che difetterebbe la responsabilità personale, essenziale in ambito penalistico. Il paragone, quindi, dovrebbe essere effettuato con riferimento alla commissione di crimini internazionali da parte degli individui-organi di uno Stato.

Come noto, tutti gli organi statali⁹⁴ godono dell'immunità funzionale per gli atti compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni normali o tipiche. Si tratta di un'immunità dalla legge, che sussiste anche in seguito alla cessazione della carica⁹⁵.

Al contrario, soltanto alcuni, quali Capi di Stato, di Governo e Ministri degli esteri, godono dell'immunità personale, riconosciuta non solo per gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni, ma anche per gli atti compiuti in veste privata per l'intera durata del mandato⁹⁶. Si tratta di un'immunità dal processo, che per questi ultimi viene meno una volta cessato il mandato.

La questione che si è posta e che qui rileva concerne la possibilità di escludere l'immunità funzionale nel caso di organi statali stranieri, quando questi sono accusati dinanzi a giudici di Stati terzi per gravi violazioni di norme internazionali, in particolare di crimini internazionali.

rantire una tutela risarcitoria dei danni provocati, spesso neanche a favore delle vittime dirette, ma solo dei loro eredi dopo anni di distanza.

⁹⁴ Per un'analisi approfondita degli organi cui spetta l'immunità si veda B. CONFORTI, *In tema di immunità funzionale degli organi statali stranieri*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 1, 2010, p.5 ss.

⁹⁵ C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, op. cit., p. 419-423.

⁹⁶ Ivi, p. 423.

A tale ultima categoria sono ricollegabili quegli atti compiuti in violazione di norme di *jus cogens* quali ad esempio il crimine di genocidio, atti di pirateria, riduzione in schiavitù, crimini di guerra o contro l'umanità⁹⁷.

Per il diritto pattizio, tale deroga all'immunità è espressamente prevista nello Statuto di numerosi Tribunali penali internazionali⁹⁸ che escludono che, dinanzi a questi ultimi, l'individuo possa godere delle immunità connesse al suo ruolo, previste sia dal diritto internazionale consuetudinario che convenzionale, in caso di commissione di crimini internazionali.

Più difficile è, invece, addivenire ad una soluzione nel diritto consuetudinario.

Già la sentenza *Furundžija*⁹⁹ del Tribunale penale per l'ex Jugoslavia affermava l'esistenza di una norma consuetudinaria che escludeva il riconoscimento dell'immunità in caso di commissione di atti di tortura. Si trattava, però, di un'affermazione priva di basi solide, dal momento che richiama a sostegno soltanto le norme statutarie di tribunali penali internazionali.

Al contrario, nel caso *Arrest Warrant*¹⁰⁰, la Corte internazionale di giustizia ha affermato che non esiste una norma consuetudinaria che permetta ai giudici interni di derogare l'immunità degli individui-organi nel caso di commissione di crimini internazionali.

Invero, alcuni autori¹⁰¹ sostengono che vi è ormai una palese tendenza ad escludere l'immunità funzionale per gli organi statali autori di tali violazioni e che pertanto si possa affermare la nascita di una norma consuetudinaria in tal senso.

La peculiarità e l'importanza della questione hanno indotto la Commissione di diritto internazionale a stilare un Progetto di articoli in tema

⁹⁷ Commissione di diritto internazionale, *Draft Articles on Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, UN doc. A/77/10, del 20 luglio 2017, art. VII.

⁹⁸ *Ex multis*, art. 27 dello Statuto della Corte penale internazionale del 17 luglio 1998, per cui «Le immunità o le regole di procedura speciali eventualmente inerenti alla qualifica ufficiale di una persona in forza del diritto interno o del diritto internazionale non impediscono alla Corte di esercitare la propria giurisdizione nei confronti di tale persona».

⁹⁹ Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia, sentenza del 10 dicembre 1998, n. IT-95-17/1-T, *Prosecutor vs Anto Furundžija*, p. 54, para. 140.

¹⁰⁰ CIG, sentenza del 14 febbraio 2002, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, p. 24, par. 58.

¹⁰¹ *Ex multis*, P. DE SENA, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Milano, 1996; B. CONFORTI, *A few remarks on the functional immunity of the organs of foreign States*, in *Questions of international Law*, 2015; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, op. cit., p. 432.

di immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale straniera, con l'obiettivo di chiarire e codificare il diritto consuetudinario vigente in materia. L'art. VII del Progetto¹⁰² afferma che l'immunità funzionale degli organi statali non troverebbe applicazione in caso di commissione di crimini internazionali. Tuttavia, più che di diritto consuetudinario, viste le posizioni contraddittorie degli Stati¹⁰³, può parlarsi al massimo di norma di sviluppo progressivo, la cui affermazione sembra tutt'altro che pacifica¹⁰⁴.

Se nel diritto consuetudinario, quindi, non sembra riconoscersi, ancora, il diniego di immunità agli organi statali per crimini internazionali compiuti nell'esercizio delle funzioni nei giudizi innanzi i tribunali nazionali, a maggior ragione non può dirsi esistente nel caso oggetto di analisi. Come detto, si tratta di semplici funzionari internazionali, che hanno agito per nome e per conto dell'Organizzazione di cui sono rappresentanti.

Lo stesso Progetto della Commissione, laddove lo si voglia ritenere come riproduttivo del diritto consuetudinario, esclude che esso possa incidere sull'immunità dalla giurisdizione penale prevista da regole specifiche del diritto internazionale, quali quelle inerenti alle missioni diplomatiche o le organizzazioni internazionali¹⁰⁵. A maggior ragione, quindi, non può affermarsi che una tale deroga possa trovare applicazione nel caso di funzionari di un'organizzazione.

Anche dal punto di vista della condotta materiale tenuta, non possono riscontrarsi profili di somiglianza con le ipotesi di commissione di gravi crimini internazionali.

Nella vicenda in esame, i due funzionari sono stati accusati di non aver adempiuto agli obblighi previsti dai protocolli di garanzia per la preparazione e l'autorizzazione della missione in cui hanno perso la vita l'Ambasciatore e il carabiniere.

¹⁰² Commissione di diritto internazionale, UN doc. A/77/10, cit., art. VII.

¹⁰³ Per un'analisi delle posizioni vd. J. DE ANDRADE PACHECO, *Where do States stand on official immunity under international law?*, in Just Security, su www.justsecurity.org del 19 aprile 2024.

¹⁰⁴ Cfr. Corte distrettuale dell'Aja, sentenza del 29 gennaio 2020, n. C-09-554385-HA ZA 18-647, par. 4.43, in cui si afferma che «Since there is no general State practice nor an *opinio iuris*, Article 7 paragraph 1 does not codify a rule of customary international law». Vd. anche C. RYNGAERT, *Functional immunity of foreign State officials in respect of international crimes before the Hague District Court: A regressive interpretation of progressive international law*, su www.ejiltalk.org del 2 marzo 2020.

¹⁰⁵ Commissione di diritto internazionale, UN doc. A/77/10, cit., art. I par. 2.

È di tutta evidenza che la condotta omissiva tenuta dai funzionari, che dovrebbe costituire l'atto coperto da immunità, non integra alcun grave crimine internazionale tale da farla venire meno.

Nella specie, si tratta di un omicidio, per di più colposo, «commesso in occasione di una missione della quale erano parte gli stessi imputati. Situazione che in nessun modo può evocare gravi crimini come quelli di genocidio, crimini di guerra e contro l'umanità»¹⁰⁶.

Non mancano, infatti, esempi anche nella giurisprudenza italiana in cui si è ribadito che l'immunità funzionale dalla giurisdizione penale può essere disapplicata solo in casi gravi di violazioni del diritto internazionale, quali possono essere crimini lesivi della libertà e della dignità della persona umana¹⁰⁷ e non in semplici casi di omicidio.

Invero, nemmeno può configurarsi una violazione dell'art. 24 Cost., il quale, comunque, non può ritenersi assoluto e quindi, in astratto, deve formare oggetto di bilanciamento con altri valori¹⁰⁸. Nel processo Attanasio, il presunto diritto violato sarebbe quello dei parenti delle vittime dell'Ambasciatore e del carabiniere, che hanno però rinunciato alla costituzione di parte civile a seguito di un accordo risarcitorio con il PAM, ritenuto evidentemente soddisfacitivo delle loro pretese pecuniarie. Volendo accogliere, quindi, la tesi per cui il diritto di agire sia prodromico al soddisfacimento di un diritto sostanziale e, in particolare, al conseguimento del risarcimento, in questo caso nessun diritto sarebbe stato violato, dal momento che un risarcimento è già stato ottenuto e i parenti hanno rinunciato ad ogni azione civile in sede processuale.

Anche per le altre parti civili costituite, quali il Comune di Limbiate e l'associazione di volontariato Vittime del Dovero il giudice ha correttamente affermato che «gli interessi lesi non possono assurgere al rango di diritti fondamentali, né sono assimilabili a quelli aggrediti da crimini come quelli di guerra o dal genocidio, esempi di ciò che la Corte ha posto come limite alla soccombenza del diritto alla tutela di giurisdizione»¹⁰⁹.

Non può parlarsi, dunque, di alcun vuoto di tutela su questo piano.

¹⁰⁶ Trib. Roma, n. 478/2024, cit., p. 22.

¹⁰⁷ Cass. pen. sez. I, sentenza del 19 giugno 2008, n. 25972. In particolare, la Corte ha escluso la propria giurisdizione rispetto agli atti compiuti da un militare straniero nel caso di reati di omicidio o tentato omicidio a danno di un cittadino italiano.

¹⁰⁸ E. Sciso, *La regola sulla immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 76.

¹⁰⁹ Trib. Roma, n. 478/2024, cit., p. 22.

Parimenti, non può affermarsi che ad essere violato sia stato il diritto della Pubblica accusa all'esercizio dell'azione penale. Esso, infatti, non solo non è coperto dall'art. 24, ma in ogni caso, l'art. 3 c.p. prevede l'immunità proprio come eccezione all'obbligatorietà dell'applicazione delle norme penale. Da ciò può dedursi che, anche giungendo ad una pronuncia nel merito, l'esito non avrebbe potuto essere che una non applicazione della pena.

Infine, giova notare che, laddove non si accolga la tesi che sostiene la formazione di una norma consuetudinaria in materia di immunità dei funzionari, i controllimiti dovrebbero operare non rispetto ad una norma consuetudinaria recepita ex art. 10 Cost., ma piuttosto ai sensi dell'art. 117 Cost. Questo sancisce il rispetto degli obblighi internazionali come vincolo alla potestà legislativa, assegnando quindi ai trattati il rango di norma interposta tra la Costituzione e le norme ordinarie. Nel caso di specie, i controllimiti dovrebbero operare nei confronti delle leggi di esecuzione delle Convenzioni o dell'Accordo di sede nella parte in cui recepiscono le norme sull'immunità.

10. Conclusioni: caso chiuso o possibili profili di responsabilità internazionale per l'Italia?

In conclusione, può ritenersi corretta dal punto di vista del diritto internazionale la decisione del giudice romano di pronunciare una sentenza di non luogo a procedere nei confronti dei due funzionari del PAM. Essi, infatti, per i motivi fin qui esposti, devono ritenersi coperti dall'immunità funzionale, in quanto le condotte ad essi contestate sono state realizzate, pacificamente, nell'esercizio delle proprie funzioni ufficiali, senza che possa assumere rilievo la circostanza che i loro nominativi non fossero stati inseriti all'interno degli elenchi che le organizzazioni devono comunicare periodicamente ai governi degli Stati Membri.

Una diversa decisione del giudice avrebbe rischiato, inoltre, di esporre lo Stato italiano alla possibilità di essere coinvolto sul piano internazionale in diversi meccanismi per la soluzione delle controversie. L'art. VIII sez. 30 della Convenzione Generale¹¹⁰ e l'art. IX sez. 32 della Convenzione Spe-

¹¹⁰ Art. VIII sez. 30 della Convenzione Generale, per cui «all differences arising out of the interpretation or application of the present convention shall be referred to the International Court of Justice, unless in any case it is agreed by the parties to have recourse to another mode of settlement. If a difference arises between the United Nations on the one hand and a Member on the other hand, a request shall be made for an advisory opinion on

ciale¹¹¹ prevedono che in caso di controversie circa l'applicazione e l'interpretazione di queste ultime la questione debba essere rimessa alla Corte internazionale di giustizia. Essa deciderà con parere consultivo ai sensi dell'art. 96 della Carta delle Nazioni Unite e dell'art. 65 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, che le parti accertano come definitivo e vincolante. Ugualmente l'art. XVIII sez. 39 dell'Accordo di sede del PAM¹¹² sancisce che la soluzione circa l'interpretazione e l'applicazione dell'accordo, in mancanza di un negoziato o di altro mezzo concordato di regolamento, debba trovarsi tramite la decisione di un collegio arbitrale, considerata come definitiva e vincolante.

È abbastanza plausibile ritenere, infatti, anche sulla base di quanto emerso nel corso delle indagini, che l'ONU, la FAO o lo stesso PAM non avrebbero esitato ad iniziare una di queste procedure in caso di mancato riconoscimento dell'immunità dei propri funzionari.

Ancora, il diniego dell'immunità avrebbe potuto far sorgere la responsabilità dello Stato italiano secondo quanto previsto dalle regole generali codificate nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati per atti illeciti¹¹³, approvato dalla Commissione di diritto internazionale nel 2001. Invero, non è escluso che già quanto emerso da tale pronuncia sia idoneo a radicare la responsabilità internazionale dello Stato italiano ed un'eventuale richiesta di risarcimento per i danni subiti da parte delle Organizzazioni interessate. Come visto la nozione di *legal process* accolta dalle Nazioni Unite è piuttosto ampia tale da far concludere allo stesso giudice, condivisibilmente, che l'azione penale non dovesse proprio essere iniziata. Pertanto, possono sottolinearsi almeno tre differenti profili di responsabilità a carico dello Stato italiano discendenti dal procedimento penale che ha portato alla pronuncia oggetto di analisi. In primo

any legal question involved in accordance with Article 96 of the Charter and Article 65 of the Statute of the Court. The opinion given by the Court shall be accepted as decisive by the parties».

¹¹¹ Art. IX sez. 32 della Convenzione Speciale, che rispecchia *in toto* quanto riportato dall'art. VIII sez. 30 della Convenzione Generale, riportato nella nota precedente.

¹¹² Art. XVIII sez. 39 dell'Accordo afferma che «qualsiasi controversia concernente l'interpretazione o l'applicazione del presente Accordo o qualsiasi questione riguardante la sede o le relazioni tra il PAM ed il Governo, che non sia risolta per via negoziale o con qualunque altro mezzo concordato di regolamento, sarà sottoposta alla decisione di un tribunale composto da tre arbitri (...)».

¹¹³ Commissione di diritto internazionale, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, UN doc. A/56/10, in the *Yearbook of the International Law Commission*, 2001.

luogo, già l'esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero deve considerarsi come violazione dell'immunità dei due funzionari. In secondo luogo, l'immunità funzionale avrebbe dovuto tenere indenne i funzionari dagli atti di indagini a cui essi sono stati sottoposti, tra cui anche quelli più intrusivi della sfera personale, quali le intercettazioni. Da ultimo, il fatto che il Comune di Limbiate, quale organo dello Stato, abbia esercitato l'azione civile nel procedimento penale iscritto a carico dei due funzionari rappresenta a sua volta un'ulteriore violazione dell'immunità prevista dalle Convenzioni su esaminate.

Tuttavia, la vicenda può ritenersi conclusa almeno sotto il profilo penale, dal momento che il Pubblico Ministero ha rinunciato a proporre appello contro la sentenza di non luogo a procedere, determinandone così la definitività.

Infine, non può sottacersi, che, in un contesto di questo tipo, dove le immunità vengono spesso considerate una sorta di privilegio discrezionale da contrapporre ai valori universali dell'ordinamento internazionale, in assenza di una prassi certa, il ruolo del giudice diventa di primaria importanza.

Tale decisione, destinata a diventare un precedente importante, in quanto è tra le prime ad affrontare la questione inerente al valore della comunicazione, ha dovuto tenere conto, senza dubbio, anche dell'eventuale impatto sul diritto internazionale futuro. In assenza di una prassi consolidata, la presa di posizione netta sull'esistenza dell'immunità funzionale avrà sicuramente come effetto quello di contribuire alla creazione o alla consolidazione di una norma consuetudinaria in tal senso, anche al fine di evitare che l'immunità continui ad essere spesso utilizzata «a discrezione».

Sezione IV

Evoluzioni e involuzioni in materia di diritti umani

Recenti sviluppi in tema di accertamento dello *status* di vittima ai sensi dell'art. 34 CEDU: tra flessibilità e rischi di imprevedibilità

LORENZO ACCONCIAMESSA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nozione di vittima applicata nella decisione *M.A. e altri c. Francia*. – 3. Sull'oscura nozione di vittima 'collaterale' e la conseguente flessibilizzazione dello standard di accertamento della 'plausibilità' della violazione. – 4. Il test stringente applicato rispetto all'accertamento della 'probabilità' della violazione rispetto alla vittima diretta 'potenziale' in *A.M. e altri c. Polonia*. – 5. Conclusioni: sui possibili rischi di imprevedibilità.

ABSTRACT. La giurisprudenza recente della Corte EDU mostra significativi sviluppi in tema di accertamento dello *status* di vittima ai sensi dell'art. 34 CEDU. Il presente scritto intende mostrare come tali sviluppi sembrano portare verso direzioni contrastanti. Da un lato, la Corte ha sviluppato una nozione ancora piuttosto oscura nella propria giurisprudenza, che potrebbe definirsi come «vittima collaterale» di una misura (legislativa, esecutiva o giudiziaria) diretta nei confronti di altri soggetti, e non del/della ricorrente. In generale, può dirsi che un ampliamento della nozione di vittima è un esito da guardare con favore, nell'interesse alla maggiore tutela dei diritti garantiti dalla Convenzione tramite l'esercizio del diritto di accesso alla giustizia internazionale. Tuttavia, ciò che sorprende a un più attento esame è il contrasto tra standard diversi di accertamento dello *status* di vittima, che non sembrano sempre fondarsi su criteri oggettivi e prevedibili. In particolare, in altri casi la Corte adotta un approccio estremamente più restrittivo quanto all'accertamento del carattere potenziale della violazione perpetrata nei confronti di una vittima diretta. La breve analisi qui realizzata porta a ritenere che il ricorso a standard diversi di accertamento dell'ammissibilità *ratione personae*, in assenza di chiari

* Dottore di ricerca in 'Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti' presso l'Università di Palermo, e in 'Droit international et européen' presso l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, lorenzoacc@gmail.com. L'autore lavora come Assistente giurista presso la Cancelleria della Corte europea dei diritti umani. Tuttavia, il presente scritto riflette le opinioni dell'autore, espresse a titolo personale, e non vincola in alcun modo la Corte.

criteri che li giustificano, rischia di trasformare la flessibilità inerente alla nozione di «vittima» in un fattore di imprevedibilità dell'esito dei ricorsi a Strasburgo.

PAROLE CHIAVE: *status* di vittima – vittima diretta – vittima potenziale – ammissibilità *ratione personae* – flessibilità – CEDU.

1. Introduzione

Il 31 agosto 2023 la Corte europea dei diritti umani (di seguito anche solo 'la Corte') ha pubblicato la propria decisione di ammissibilità nel caso *M.A. e altri c. Francia*¹, che riunisce i ricorsi di 261 donne e uomini di varie nazionalità che esercitano in Francia, volontariamente, l'attività di prostituzione (*sex workers*). Dinnanzi alla Corte si lamentano della l. del 13 aprile 2016, n. 2016-444, la quale ha introdotto nell'ordinamento francese il reato di *achat de relations de nature sexuelles*, che sanziona penalmente i clienti della prostituzione, allo stesso tempo abrogando il delitto di *racolage public*². Secondo l'impostazione prospettata nel ricorso, tale legge violerebbe gli artt. 2 e 3 della Convenzione europea dei diritti umani (di seguito CEDU o 'la Convenzione') in quanto, relegando i *sex workers* all'isolamento e la loro attività di prostituzione alla clandestinità, ne metterebbe in pericolo la vita e l'integrità fisica, facilitando violenze e soprusi perpetrati ai loro danni da parte dei clienti, che resterebbero più facilmente impuniti. Inoltre, sempre a detta dei ricorrenti, la criminalizzazione di coloro che usufruiscono dell'attività di prostituzione, sia pur tra adulti consenzienti e in spazi puramente privati, violerebbe il diritto all'autonomia personale e la libertà sessuale dei *sex workers*, garantiti dall'art. 8 CEDU³.

La Corte ha concluso per l'ammissibilità del ricorso, ritenendo che le ricorrenti e i ricorrenti possano considerarsi vittime, ai sensi dell'art. 34 CEDU, delle violazioni lamentate. E questo nonostante essi non siano i diretti destinatari della legislazione in questione, la quale non è stata appli-

¹ Corte EDU, decisione sull'ammissibilità del 26 giugno 2023, ric. n. 63664/19 e altri, *M.A. e altri c. Francia*.

² Per il testo della legge, v. *ivi*, par. 14.

³ *Ivi*, par. 19-20.

cata né può essere applicata nei loro confronti in quanto *sex workers*, e che pur non richiede loro di modificare le proprie condotte.

Bisogna in apertura sottolineare che la decisione stupisce non solo per l'approccio particolarmente estensivo adottato, come si vedrà, quanto all'accertamento dello *status* di vittima. Dal punto di vista di politica giudiziaria, sembra infatti evidente il rilievo che la stessa Corte ha voluto attribuirle. Ed infatti, ormai solo raramente, e in casi particolarmente complessi o di risalto mediatico, la Corte adotta una decisione autonoma sull'*ammissibilità* del ricorso, rinviando a un successivo momento la sentenza sul merito.

In questa sede, dopo aver ricostruito il contenuto della decisione (par. 2), si mostrerà come in essa la Corte abbia fatto ricorso a una nozione ancora piuttosto oscura nella propria giurisprudenza, che potrebbe definirsi come 'vittima collaterale'⁴ di una misura (legislativa, in questo caso ma, in alcuni precedenti, esecutiva o giudiziaria) diretta nei confronti di altri soggetti e non del/della ricorrente (par. 3). In generale, può dirsi che un ampliamento della nozione di vittima è un esito da guardare con favore⁵, nell'interesse alla maggiore tutela dei diritti garantiti dalla Convenzione tramite l'esercizio del diritto di accesso alla giustizia internazionale⁶. Tut-

⁴ Per un caso in cui tale espressione è stata utilizzata dalla Corte, nel riconoscere lo *status* di vittima dei ricorrenti, v. Corte EDU, sentenza del 1° dicembre 2015, ric. n. 48226/10 e 14027/11, *Cengiz e altri c. Turchia*, par. 54-55: «la Cour observe que les requérants se plaignent pour l'essentiel de l'effet collatéral de la mesure prise contre YouTube dans le cadre de la loi sur Internet. Les intéressés affirment que, en raison des caractéristiques de YouTube, la mesure de blocage les a privés d'un moyen important d'exercer leur droit à la liberté de recevoir et communiquer des informations et des idées. À la lumière de ce qui précède et eu égard à la nécessité d'appliquer de manière flexible les critères de reconnaissance de la qualité de victime, la Cour admet que, dans les circonstances particulières de l'affaire, les requérants, bien que n'étant pas directement visés par la décision de blocage de l'accès à YouTube, peuvent légitimement prétendre que la mesure en question a affecté leur droit de recevoir et de communiquer des informations ou des idées». Sull'obbligo delle autorità nazionali di prendere in considerazione le conseguenze collaterali delle proprie misure, v. Corte EDU, sentenza del 18 dicembre 2012, ric. n. 3111/10, *Ahmet Yildirim c. Turchia*, par. 66: «in the Court's view, (the authorities) should have taken into consideration, among other elements, the fact that such a measure, by rendering large quantities of information inaccessible, substantially restricted the rights of Internet users and had a significant collateral effect».

⁵ La pronuncia è stata definita una «landmark decision both for sex workers and their supporters» (E. GREIF, *Sex Workers in Strasbourg*, in *Verfassungsblog*, 12 settembre 2023, www.verfassungsblog.de

⁶ Sul punto, v. M. SCHEININ, *Access to Justice before International Human Rights Bodies: Reflections of the Practice of the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights*, in F. FRANCONI (ed.), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford, 2007, p. 135 ss.,

tavia, ciò che sorprende a un più attento esame è il contrasto tra standard diversi di accertamento dello *status* di vittima, che non sembrano sempre fondarsi su criteri oggettivi e prevedibili. In particolare, in una decisione resa solo pochi mesi prima, nel caso *A.M. e altri c. Polonia*⁷, la Corte aveva adottato un approccio estremamente più restrittivo quanto all'accertamento del carattere potenziale della violazione perpetrata nei confronti di una vittima diretta (par. 4). La breve analisi qui realizzata porta a ritenere che il ricorso a standard diversi di accertamento dell'ammissibilità *ratione personae*, in assenza di chiari criteri che li giustifichino, rischia di trasformare la flessibilità inerente alla nozione di 'vittima' in un fattore di imprevedibilità dell'esito dei ricorsi a Strasburgo.

Al riguardo, bisogna ricordare che «the existence of a victim who was personally affected by an alleged violation of a Convention right is indispensable for putting the protection mechanism of the Convention into motion»⁸. Questo in quanto l'art. 34 della Convenzione non prevede l'istituzione di una *actio popularis*, «meaning that applicants may not complain against a provision of domestic law, a domestic practice or public acts simply because they appear to contravene the Convention»⁹. Di conseguenza, al fine di introdurre un ricorso ai sensi dell'art. 34, un individuo, un gruppo di individui o un'organizzazione non governativa devono essere in grado di dimostrare di essere vittima della violazione di uno dei diritti sanciti dalla CEDU o dai suoi Protocolli¹⁰. Nella giurisprudenza della Corte, è consolidato il principio secondo cui lo *status* di vittima ai

e L. ACCONCIAMESSA, *L'ammissibilità ratione personae dei ricorsi alla Corte europea di individui estremamente vulnerabili: uguaglianza sostanziale e tutela del diritto di accesso alla giustizia internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, p. 317 ss.

⁷ Corte EDU, decisione sull'ammissibilità del 16 maggio 2023, ric. n. 4188/21 e altri, *A.M. e altri c. Polonia*. Più di recente, v. anche Corte EDU, decisione sull'ammissibilità del 4 giugno 2024, ric. n. 1819/21 e 3639/21, *K.B. e K.C. c. Polonia*.

⁸ Corte EDU, decisione sull'ammissibilità del 18 marzo 2008, ric. n. 32963/02, *Bitenc c. Slovenia*, e sentenza del 27 giugno 2023, ric. n. 27094/20, *Nurcan Bayraktar c. Turchia*, par. 24.

⁹ Corte EDU, sentenza del 17 luglio 2014, ric. n. 47848/08, *Centre for Legal Resources per conto di Valentin Câmpeanu (GC)*, par. 101, e sentenza del 27 novembre 2023, ric. n. 21881/20, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Svizzera (GC)*, par. 106. Inoltre, v. Corte EDU, sentenza del 4 dicembre 2015, ric. n. 47143/06, *Roman Zakharov c. Russia (GC)*, par. 164, secondo cui «(t)he Court's task is not normally to review the relevant law and practice *in abstracto*, but to determine whether the manner in which they were applied to, or affected, the applicant gave rise to a violation of the Convention».

¹⁰ Corte EDU, sentenza del 15 marzo 2012, ric. n. 4149/04 e 41029/04, *Aksu c. Turchia (GC)*, par. 50, e sentenza del 6 dicembre 2012, ric. n. 12323/11, *Michaud c. Francia*, par. 51.

sensi dell'art. 34 della Convenzione, su cui si fonda la legittimazione a proporre ricorso¹¹, è una nozione autonoma¹², indipendente dalle regole di diritto interno in materia di capacità o legittimazione ad agire¹³. Tale nozione deve essere applicata in modo non rigido, meccanico e inflessibile, senza eccessivo formalismo, e tale da garantire l'esercizio pratico ed effettivo, e non teorico ed illusorio, del diritto di ricorso individuale¹⁴. L'art. 34, come le altre disposizioni della Convenzione, deve essere interpretato in modo evolutivo e in linea con gli sviluppi nella società degli Stati membri¹⁵.

Come recentemente ribadito dalla Grande Camera, esistono tre categorie di vittima: «those *directly* affected by the alleged violation of the Convention (the direct victims); those *indirectly* affected by the alleged violation of the Convention (the indirect victims); and those *potentially* affected by the alleged violation of the Convention (the potential victims)»¹⁶. In ogni caso, qualsiasi nozione di vittima sia applicata (diretta, indiretta o potenziale) «il doit exister un lien entre le requérant et le préjudice qu'il estime avoir subi du fait de la violation alléguée»¹⁷. Inoltre, la Corte ha chiarito che, anche in materia di accertamento dello *status* di vittima, la distribuzione dell'onere della prova e il livello di persuasività degli elementi portati alla sua attenzione dipendono intrinsecamente dalla specificità dei fatti, dalla natura delle violazioni lamentate e dai diritti in

¹¹ Corte EDU, sentenza del 3 marzo 2005, ric. n. 54723/00, *Brundnicka e altri c. Polonia*, par. 26: «in order to rely on Article 34 of the Convention, an applicant must meet two conditions: he or she must fall into one of the categories of petitioners mentioned in Article 34 and must be able to make out a case that he or she is the victim of a violation of the Convention». Sul punto, v. V.P. TZEVELEKOS, *Standing: European Court of Human Rights (ECtHR)*, in H. RUIZ-FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, 2019, par. 12 ss.

¹² Sul concetto di nozione autonoma, tra i tanti, v. G. LETSAS, *The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR*, in *European Journal of International Law*, 2004, p. 279 ss.

¹³ Corte EDU, sentenza del 5 giugno 2015, ric. n. 46043/14, *Lambert e altri c. Francia* (GC), par. 89, e sentenza del 14 dicembre 2021, ric. n. 3642/10, *Mukhin c. Russia*, par. 157.

¹⁴ Corte EDU, sentenza del 1° aprile 2008, ric. n. 12534/03, *Stukus e altri c. Polonia*, par. 35, e sentenza del 27 aprile 2004, ric. n. 62543/00, *Gorraiz Lizarraga e altri c. Spagna*, par. 35.

¹⁵ Corte EDU, sentenza del 4 maggio 2021, ric. n. 41139/15 e 41146/15, *Akdeniz e altri c. Turchia*, par. 56.

¹⁶ Corte EDU, sentenza del 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera* (GC), par. 463 (enfasi aggiunta).

¹⁷ Corte EDU, decisione sull'ammissibilità dell'11 marzo 2014, ric. n. 20877/10, *Akdeniz v. Turkey*, par. 21.

gioco¹⁸. È allora alla luce di tali principi che la decisione deve essere esaminata, tanto isolatamente quanto in relazione al resto della giurisprudenza.

2. La nozione di vittima applicata nella decisione *M.A. e altri c. Francia*

Nella decisione nel caso in esame, *M.A. e altri c. Francia*, la Corte ha ribadito il principio secondo cui l'art. 34 CEDU non conferisce un diritto all'*actio popularis*¹⁹: esso non consente di lamentarsi in astratto di norme di legge o prassi amministrative che non incidano, in modo diretto o indiretto, o anche potenziale, sui diritti del soggetto che presenta il ricorso²⁰.

Si ricordi che da ciò derivano due conseguenze²¹. Dal punto di vista della *legittimazione ad agire*, il ricorrente deve essere, salve le eccezioni che si vedranno a breve, *directly affected* dalla misura contestata, adottata nei propri confronti²². A tal fine, non è in principio sufficiente rientrare tra i soggetti inclusi nel campo di applicazione di una disposizione di legge, in assenza di una misura applicativa concreta nei confronti di chi presenta il ricorso. Dal punto di vista dell'*oggetto del giudizio*, la Corte non esamina in astratto la compatibilità della misura con la Convenzione, ma il modo in cui la sua applicazione nel caso concreto incide sui diritti del ricorrente²³.

Tornando al caso *M.A. e altri*, la Corte ha escluso che la situazione fosse inquadrabile nella nozione di vittima diretta, almeno per come tradizionalmente interpretata e applicata nella propria giurisprudenza²⁴. Essa ha

¹⁸ Corte EDU, sentenza del 13 febbraio 2020, ric. n. 8875/16 e 8697/15, *N.D. e N.T. c. Spagna* (GC), par. 85.

¹⁹ *M.A. e altri c. Francia*, cit., par. 32.

²⁰ *Aksu c. Turchia* (GC), cit., par. 50.

²¹ V. ampiamente F. VOEFFRAY, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, Genève, 2004.

²² Corte EDU, sentenza del 27 aprile 2010, ric. n. 7/08, *Tanase c. Moldavia* (GC), par. 104.

²³ Corte EDU, sentenza del 23 giugno 2022, ric. n. 50805/14, *Naumenko e Sia Rix Shipping c. Latvia*, par. 56. Al riguardo, però, sono sempre più spesso rinvenibili delle eccezioni, tra cui, per tutte, v. Corte EDU, sentenza del 9 marzo 2023, ric. n. 36435/16, *L.B. c. Ungheria* (GC), par. 130.

²⁴ Al riguardo, v. *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera* (GC), cit., par. 465: «in order to fall into the category of direct victims, the applicant must be able to show that he or she was "directly affected" by the measure complained of (...). This implies that the applicant has been personally and actually affected by the alleged violation of the Convention, which is normally the result of a measure applying the relevant law or a decision al-

rilevato come «les requérants ne se plaignent pas d'une mesure individuelle qui, prise contre eux, aurait directement affecté leurs droits»²⁵. Ed infatti, le vittime dirette, nel significato sopra richiamato, sarebbero i destinatari della legislazione in questione, ossia i 'clienti' della prostituzione, nell'ipotesi in cui fossero condannati per aver ottenuto prestazioni sessuali dietro il pagamento di un corrispettivo. Essi potrebbero, ad esempio, sostenere che la norma che sanziona penalmente il ricorso alla prostituzione costituisca un'ingerenza sproporzionata nel diritto alla vita privata, il quale ricomprende anche il diritto alla libertà sessuale²⁶. I ricorrenti del caso in commento, invece, non rientrano in quanto tali nel campo di applicazione della disposizione; a maggior ragione, nessuna applicazione ne è fatta nei loro confronti, né ciò sarebbe possibile, in quanto essa non vieta lo svolgimento dell'attività di prostituzione in sé.

La Corte ha altresì escluso che nel caso di specie i ricorrenti fossero vittime indirette in quanto, secondo la loro stessa prospettazione, essi «ne soutiennent pas que les individus qui, comme eux, s'adonnent à la prostitution, tirent leur qualité de victime de celle d'autres qu'eux-mêmes»²⁷. Tale qualità è infatti riconosciuta a coloro cui, pur non essendo destinatari della misura contestata, «the violation would cause harm or who would have a valid and personal interest in seeing it brought to an end»²⁸. Nel caso della vittima indiretta, dunque, la violazione si produce nei confronti di un altro soggetto, e l'individuo che presenta il ricorso ne subisce un

legedly in breach of the Convention or, in some instances, of the acts or omissions of State authorities or private parties allegedly infringing the applicant's Convention rights».

²⁵ Corte EDU, *M.A. e altri c. Francia*, cit., par. 36.

²⁶ Tra le tante, v. Corte EDU, sentenza del 7 luglio 2022, ric. n. 81292/17, *Chocholáč c. Slovacchia*, par. 63; sentenza del 14 gennaio 2020, ric. n. 41288/15, *Beizaras e Levickas c. Lituania*, par. 109; sentenza del 12 giugno 2003, ric. n. 35068/97, *Van Kuck c. Germania*, par. 78. Questo non significa che un tale ricorso avrebbe successo, in quanto l'interferenza sul godimento di tale diritto dovrebbe essere bilanciata con lo scopo perseguito dalla stessa, ossia la protezione della dignità e dei diritti dei *sex workers*, della morale e dell'ordine pubblico.

²⁷ *M.A. e altri c. Francia*, cit., par. 37.

²⁸ Corte EDU, sentenza del 7 novembre 2013, ric. n. 29381/09 e 32684/09, *Vallianatos e altri c. Grecia* (GC), par. 47. Inoltre, v. *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera* (GC), cit., par. 467: «the issues relating to the category of indirect victims normally concern the question of the standing of the direct victim's next of kin to submit or pursue an application before the Court concerning issues affecting the direct victim. (...) Thus, indirect victims must demonstrate a "ricochet effect" created by the alleged violation affecting one person (the direct victim) on the Convention rights of another person (the indirect victim) in order for the latter to demonstrate harm or a valid personal interest in bringing the situation complained of to an end».

danno come conseguenza o, in ogni caso, riesce a dimostrare di essere interessato a porvi fine. Tradizionalmente, tale *status* è stato riconosciuto agli stretti congiunti di soggetti deceduti o scomparsi prima dell'introduzione del ricorso, proprio allo scopo di lamentare le circostanze del decesso o della scomparsa²⁹. È vero che la nozione di interesse a porre fine alla violazione nei confronti di altri è interpretata in modo sempre più espansivo nella giurisprudenza. Ma, in ogni caso, tale interesse non era riscontrabile nel caso dei *sex workers* francesi. I ricorrenti, che sicuramente non sono stretti congiunti dei propri possibili clienti, lamentavano una violazione indipendente e differente da quella che sarebbe ipotizzabile in capo ai clienti stessi, per come ricostruita sopra.

La Corte ha quindi esaminato se la posizione dei ricorrenti fosse inquadrabile nella nozione di vittima futura o potenziale³⁰. Si ricordi che, come recentemente chiarito dalla Grande Camera, a tale nozione si fa ricorso in due ipotesi³¹: laddove, pur in assenza di una misura adottata ed eseguita nei confronti del soggetto che presenta il ricorso, quest'ultimo riesce a dimostrare di essere, allo stato attuale, colpito dagli effetti di una misura legislativa di carattere generale, ovvero riesce a dimostrare la plausibilità di una violazione futura, fornendo «reasonable and convincing evidence of the likelihood [probabilità] that a violation affecting them personally would occur; mere suspicion or conjecture is insufficient in this respect»³². Per fare degli esempi, lo *status* di vittima potenziale è stato principalmente riconosciuto dalla Corte in tre tipologie di casi: (1) quando il carattere segreto di misure di sorveglianza di massa³³ o di trattamento

²⁹ Corte EDU, sentenza del 18 settembre 2009, ric. n. 16064/90 e altri, *Varnava e altri c. Turchia* (GC), par. 112.

³⁰ La distinzione in esame non ha pressoché alcuna rilevanza nella giurisprudenza: cfr. A. SACCUCCI, *Articolo 34*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 639.

³¹ *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera* (GC), cit., par. 469-471.

³² Corte EDU, decisione sull'ammissibilità del 19 ottobre 2021, ric. n. 50272/18, *Shortall e altri c. Irlanda*, par. 48, e *Centre for Legal Resources per conto di Valentin Câmpeanu* (GC), cit., par. 101.

³³ Corte EDU, sentenza del 6 settembre 1978, ric. n. 5029/71, *Klass e altri c. Germania* (plenaria), par. 36: «the Court finds it unacceptable that the assurance of the enjoyment of a right guaranteed by the Convention could be thus removed by the simple fact that the person concerned is kept unaware of its violation. A right of recourse to the Commission for persons potentially affected by secret surveillance is to be derived from Article 25, since otherwise Article 8 runs the risk of being nullified». Inoltre, v. Corte EDU, sentenza del 4 dicembre 2015, ric. n. 47143/07, *Roman Zakharov c. Russia* (GC), par. 171; sentenza del 25

di dati personali³⁴ impedisce al ricorrente di conoscere con certezza se e quando sarà sottoposto a tali misure; (2) quando, pur precedentemente all'attuazione di misure come l'espulsione o l'extradizione di stranieri³⁵ o la confisca di beni³⁶, non vi sono circostanze che indicano che tali misure non siano più eseguibili o che le autorità abbiano rinunciato ad eseguirle; da ultimo, (3) ove una legislazione nazionale, pur non essendo stata applicata nei confronti di un individuo, costringa quest'ultimo a modificare la propria condotta, dietro minaccia di una sanzione penale. Tale ipotesi è stata ad esempio riscontrata con riferimento a leggi che criminalizzavano l'omosessualità³⁷, o che obbligavano un avvocato a fornire informazioni alle autorità, in violazione del proprio obbligo al segreto professionale³⁸, o alla legislazione che vieta in Francia l'uso del velo in pubblico³⁹.

Tuttavia, nel caso di specie la Corte ha sottolineato come, a differenza che nei precedenti qui richiamati, «les personnes qui, tels les requérants, s'adonnent à la prostitution, ne se trouvent pas obligées de changer de comportement "sous peine de poursuites" du fait de cette législation»⁴⁰. Infatti, i ricorrenti non sono destinatari della norma. Sono i loro clienti ad essere vittime potenziali delle conseguenze della stessa, essendo costretti a modificare il proprio comportamento (non ricorrere a prestazioni sessuali dietro pagamento di un corrispettivo) allo scopo di evitare l'imposizione di una sanzione penale nei loro confronti.

All'esito di tale esame, che porterebbe ad escludere lo *status* di vittima dei ricorrenti, la Corte ha tuttavia ricordato che «le caractère "direct" des effets de la législation litigieuse sur la situation de la catégorie de personnes à laquelle appartient un requérant doit s'apprécier avec une certaine

maggio 2021, ric. n. 58170/13 e altri, *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito* (GC), par. 467; sentenza del 25 maggio 2021, ric. n. 35252/08, *Centrum för Rättvisa c. Svezia* (GC), par. 167.

³⁴ Corte EDU, sentenza dell'11 gennaio 2022, ric. n. 70078/12, *Ekmdzhiev e altri c. Bulgaria*, par. 377.

³⁵ Corte EDU, sentenza del 7 luglio 1989, ric. n. 14038/88, *Soering c. Regno Unito* (plenaria), par. 91.

³⁶ Corte EDU, sentenza del 9 dicembre 1994, ric. n. 13092/87 e 13984/88, *The Holly Monasteries c. Grecia*, par. 65.

³⁷ Corte EDU, sentenza del 22 ottobre 1981, ric. n. 7525/76, *Dudgeon c. Regno Unito* (plenaria), par. 41, e sentenza del 26 ottobre 1988, ric. n. 10581/83, *Norris c. Irlanda* (plenaria), par. 32-33.

³⁸ *Michaud c. Francia*, cit., par. 51.

³⁹ Corte EDU, sentenza del 1° luglio 2014, ric. n. 43835/11, *S.A.S. c. Francia* (GC), par. 57.

⁴⁰ *M.A. e altri c. Francia*, cit., par. 38.

souplesse»⁴¹. Essa ha quindi ritenuto che, pur non dirigendosi nei loro confronti, la norma di legge che vieta il ricorso alla prostituzione (sanzionandone i clienti) crea una situazione fattuale di cui i ricorrenti (i *sex workers*) subiscono direttamente gli effetti: *in primo luogo*, in quanto la criminalizzazione dell'acquisto di prestazioni sessuali *suppone* l'implicazione di chi venda quelle prestazioni («suppose l'implication des personnes prostituées»), senza che la Corte abbia chiarito cosa ciò voglia esattamente dire o quale conseguenza ne derivi; *in secondo luogo*, in quanto tale legge, *secondo l'impostazione dei ricorrenti*, li espone alla clandestinità e all'isolamento e, dunque, a dei rischi per la loro vita e integrità psicofisica, limitando altresì la loro libertà sessuale⁴². Sulla base di ciò, la Corte ha concluso che i ricorrenti possono considerarsi vittime, ai sensi dell'art. 34, delle violazioni lamentate⁴³.

3. Sull'oscura nozione di vittima 'collaterale' e la conseguente flessibilizzazione dello standard di accertamento della probabilità della violazione

Il caso suscita interesse non solo, e non tanto, per le conclusioni raggiunte riguardo alla situazione oggetto del giudizio. La Corte, infatti, ha preso la propria decisione ritenendo di poter formulare, sulla base di due soli precedenti richiamati, il seguente principio: «La Cour considère ainsi que des personnes qui allèguent que leurs propres droits au titre de la Convention sont affectés par une loi peuvent dans certaines circonstances se dire victimes d'une violation de ces droits alors même que la loi en question ne régit pas directement leur conduite, dès lors que cette loi génère une situation dont ils subissent directement les effets dans la jouissance de ces droits»⁴⁴.

Come anticipato sopra, sembra dunque che essa abbia espressamente ammesso che si possa essere vittime *collaterali* di una norma di legge che si dirige nei confronti di altri soggetti, ma che produce una situazione fattuale in grado di incidere sul godimento dei diritti di chi non ne sia destinatario, ma presenta il ricorso.

⁴¹ *Ivi*, par. 39. V. anche Corte EDU, *Gorraiz Lizarraga e altri c. Spagna*, cit., par. 35, secondo cui «there must be a *sufficiently direct link* between the applicant and the harm which they consider they have sustained on account of the alleged violation» (enfasi aggiunta).

⁴² *M.A. e altri c. Francia*, cit., par. 43.

⁴³ *Ivi*, par. 44.

⁴⁴ *Ivi*, par. 42.

Al riguardo, bisogna innanzitutto chiarire che uno dei due precedenti richiamati dalla Corte non giustificava, a parere di chi scrive, tale conclusione. Nel caso *Vallianatos e altri c. Grecia* i ricorrenti erano coppie omosessuali, stabilmente conviventi, che lamentavano una discriminazione nel godimento del diritto alla vita familiare. In particolare, criticavano il fatto che una legge avesse introdotto il c.d. patto di vita comune, riservandolo alle sole coppie eterosessuali. La Corte aveva osservato come, pur non essendo destinatari della legislazione, i ricorrenti ne erano direttamente incisi e, quindi, avevano interesse a contestarla⁴⁵. In quel caso, però, era evidente la legittimazione a lamentarsi di una legge di cui non si era destinatari, proprio in quanto tale esclusione era l'oggetto della violazione lamentata. Ma si fa a fatica a vedere come tale precedente possa giustificare la formulazione del principio di cui sopra.

Più calzante è, invece, il richiamo al caso *Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda*. Esso riguardava un'ingiunzione giudiziaria, adottata nei confronti di due ONG, che proibiva di fornire informazioni e supporto nei confronti di donne che intendessero recarsi all'estero per abortire. Oltre alle ONG, due donne avevano presentato ricorso, lamentando la violazione della libertà di ricevere informazioni, garantita dall'art. 10 CEDU. La Corte aveva riscontrato che, pur non essendo le due ricorrenti in stato di gravidanza, «they belong(ed) to a class of women of child-bearing age which may be adversely affected by the restrictions imposed by the injunction»⁴⁶. Ciò era stato giudicato sufficiente dalla Corte, la quale non aveva ritenuto di dover applicare il test della vittima potenziale richiedendo prove ragionevoli e convincenti della possibilità di una violazione come, ad esempio, il fatto che le due ricorrenti, in stato di gravidanza, avessero richiesto informazioni sulla possibilità di abortire e si fossero viste rigettare la domanda in ragione dell'ingiunzione in questione.

Tale pronuncia è seriamente criticata da alcuni giudici della minoranza per non aver richiesto la prova della probabilità di una violazione⁴⁷. In

⁴⁵ *Vallianatos e altri c. Grecia*, cit., par. 49.

⁴⁶ Corte EDU, sentenza del 29 ottobre 1992, ric. n. 14234/88 e 14235/88, *Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda* (plenaria), par. 33.

⁴⁷ *Ivi*, Opinione parzialmente dissenziente del giudice Matscher, condivisa anche dai giudici Pettiti, Russo, Lopes Rocha e Bigi, par. 1: «by according, in these circumstances, the status of victims to the two applicants, the Court has, to my mind, adopted too broad an interpretation of this requirement, which is an essential condition for any individual application; in so doing it is liable to destroy the distinction between such applications and applications of the *actio popularis* type, which are not permissible under the Convention. This amounts

ogni caso, essa è stata poi seguita o disconosciuta in una serie di casi successivi, anch'essi relativi al diritto di diffondere o condividere idee o informazioni. Nonostante non sia mai stato veramente chiarito in quali termini un soggetto possa lamentarsi di una misura – legislativa, esecutiva e giudiziaria – diretta nei confronti di altri, l'analisi di alcuni di tali casi può forse fornirci qualche indicazione.

Nel caso *Otto-Preminger-Institut c. Austria* l'associazione ricorrente lamentava, ai sensi dell'art. 10 CEDU, il sequestro e la successiva confisca di una pellicola di un film, dichiarato blasfemo dalle autorità. Pur non essendo proprietaria della pellicola, lo *status* di vittima è stato riconosciuto all'associazione, notandosi come la confisca «had the effect of making it impossible for it ever to show the film in its cinema in Innsbruck or, indeed, anywhere in Austria»⁴⁸. In *Tanrikulu, Cetin, Kaya e altri c. Turchia* i ricorrenti contestavano il divieto di distribuzione di un quotidiano in una determinata regione del Paese. La Corte ha riconosciuto lo *status* di vittima a quelli, tra loro, che fossero giornalisti, ritenendo che «la mesure litigieuse a de réelles répercussions sur la façon dont les huit requérants suscités exercent leur fonction de journaliste»⁴⁹. Quanto, invece, ai ricorrenti che agivano a titolo di lettori del giornale, le conseguenze indirette della misura non sono state ritenute sufficienti, essendosi concluso che «le seul fait que ces derniers en subissent des effets indirects – d'ailleurs comme tous les lecteurs du quotidien résidant dans la région – ne saurait suffire pour les qualifier de “victimes”»⁵⁰.

Da tali casi sembra potersi desumere che un criterio essenziale per riconoscere lo *status* di vittima a chi si lamenta di misure adottate nei confronti di altri soggetti è l'esistenza di *ripercussioni reali* (concrete e certe) sul godimento del diritto da parte di chi presenta il ricorso.

Tuttavia, come si evince anche dal caso da ultimo richiamato, tale criterio non è di per sé sufficiente. Ed infatti, nel caso *Akdeniz c. Turchia*, re-

to affirming that anyone could claim to be the victim of a violation of the right to receive information once there is a restriction in any Contracting State on the disclosure of certain information. In my opinion, to be the victim of an infringement of this right, an applicant must assert, *at least plausibly*, that he or she wished to obtain information whose disclosure had been restrained in breach of the requirements of Article 10» (enfasi aggiunta).

⁴⁸ Corte EDU, sentenza del 20 settembre 1994, ric. n. 13470/87, *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, par. 40.

⁴⁹ Corte EDU, decisione sull'ammissibilità del 8 novembre 2011, ric. n. 40150/98 e altri, *Tanrikulu, Cetin, Kaya e altri c. Turchia*.

⁵⁰ *Ibidem*.

lativo al divieto di accesso sul territorio nazionale a dei siti internet di condivisione di musica, il ricorrente si lamentava di tale decisione in qualità di frequentatore abituale degli stessi siti. La Corte ha ribadito che «le seul fait que le requérant – tout comme les autres utilisateurs en Turquie des sites en question – subit les effets indirects d’une mesure de blocage (...) ne saurait suffire pour qu’il se voie reconnaître la qualité de “victime”»⁵¹. Tuttavia, ha anche chiarito che la conclusione avrebbe potuto essere diversa qualora i siti in questione non avessero avuto scopi meramente commerciali (la diffusione di musica), ma fossero stati indispensabili per la partecipazione dell’individuo a dibattiti di interesse generale⁵². O, ancora, in *Dimistras e altri c. Grecia* i ricorrenti contestavano una norma di legge che sanzionava penalmente la pubblicazione di sondaggi elettorali nei quindici giorni precedenti le elezioni⁵³. Essendo cittadini greci aventi diritto al voto, essi si lamentavano dell’impossibilità di accedere a tali informazioni. Tuttavia, la Corte aveva constatato che i ricorrenti non erano stati sanzionati in applicazione della legislazione in questione; inoltre, il fatto che, come tutti gli elettori greci, fosse loro impedito di accedere ai sondaggi elettorali nei quindici giorni precedenti le elezioni non è stato ritenuto sufficiente per renderli vittime della violazione del diritto a ricevere informazioni, garantito dall’art. 10⁵⁴. Più di recente, il caso *Akdeniz e altri c. Turchia* riguardava un divieto, derivante da un’ingiunzione giudiziale, di disseminare e pubblicare informazioni in merito ai lavori di una commissione parlamentare di inchiesta sulla possibile corruzione di quattro ex ministri. I ricorrenti, un giornalista e due accademici impegnati nel settore dei diritti umani, lamentavano una violazione del diritto di ricevere e condividere informazioni e idee. Lo *status* di vittima è stato riconosciuto alla ricorrente giornalista, in quanto l’ingiunzione le impediva di ricevere e pubblicare informazioni in merito a degli eventi rilevanti per l’opinione pubblica⁵⁵. Quanto agli altri ricorrenti, invece, essi sono stati equiparati alla generalità dei cittadini sottoposti al divieto⁵⁶, senza che vi fossero circostanze peculiari che dimostrassero, ad esempio, che avessero

⁵¹ *Akdeniz c. Turchia*, cit., par. 24.

⁵² *Ivi*, par. 28.

⁵³ Corte EDU, decisione del 4 luglio 2017, ric. n. 59573/09 e 65211/09, *Dimitras e altri c. Grecia*, par. 29.

⁵⁴ *Ivi*, par. 31.

⁵⁵ *Akdeniz e altri c. Turchia*, cit., par. 70.

⁵⁶ *Ivi*, par. 72.

tentato di pubblicare delle opere in materia e che tale possibilità gli fosse stata negata⁵⁷.

Dall'analisi di tale ulteriore giurisprudenza emerge, dunque, che non è sufficiente che la misura adottata nei confronti di altri soggetti abbia ripercussioni concrete sulla sfera della presunta vittima. Quest'ultima deve essere in grado di dimostrare di avere un *interesse proprio e individuale* a contestare tale misura, che deriva dall'appartenenza a una determinata categoria cui quell'interesse è generalmente ricondotto.

Ora, volendo applicare questi criteri al caso *M.A. e altri c. Francia*, il riconoscimento dello *status* di vittima sembra senz'altro giustificato con riferimento alla doglianza sollevata in merito all'art. 8 della Convenzione. La condotta vietata dalla norma di legge francese (acquistare relazioni sessuali dietro il pagamento di un corrispettivo) produce una conseguenza reale e diretta sulla sfera dei ricorrenti, che si vedono quanto meno ridotta la possibilità di fornire quelle prestazioni e che, esercitando detta attività, hanno sicuramente un interesse proprio a farlo, che li distingue dalla generalità della popolazione.

Ma, quanto alle doglianze sollevate ai sensi degli artt. 2 e 3 della Convenzione, può dirsi che la legge in questione produca delle *réelles répercussions* sul diritto alla vita e all'integrità fisica? Nelle decisioni qui esaminate, tali conseguenze erano definite come necessariamente dirette: ad esempio, l'impossibilità di fornire informazioni, in ragione del divieto di espresso di fornirle o della confisca del film che si aveva intenzione di mostrare. Al riguardo, l'unica conseguenza della legge francese è che l'attività di prostituzione sarà necessariamente svolta in condizione di clandestinità. Tuttavia, non può dirsi che sia provato *in re ipsa* il rischio che questo porti a maggiori violenze da parte dei clienti nei confronti dei *sex workers*, come conseguenza *diretta* della legge in questione. La Corte non ha quindi richiesto la prova di una 'conseguenza reale e diretta' ma si è accontentata di una conseguenza ulteriore della misura, peraltro non certa ma meramente plausibile. E ciò è stato ritenuto sufficiente a fondare lo *status* di vittima. Tuttavia, secondo la giurisprudenza, il rischio che fonda la sussi-

⁵⁷ Ivi, par. 73. Per una critica a tale approccio, v. A.B. DEMİR, Akdeniz and Others v. Turkey: The ECtHR Adopts a Regressive Interpretation of Victim Status in Cases Concerning Injunctions Contra Mundum, in *Strasbourg Observers*, 5 novembre 2021, www.strasbourgobservers.com

stenza della qualità di vittima non può essere di *indirect and remote nature*⁵⁸.

Questo approccio sembra trovare alcuni riscontri nella giurisprudenza. Ad esempio, il caso *Grande Oriente* era stato introdotto da un'associazione massonica. Quest'ultima si lamentava di una legge regionale che imponeva, per la candidatura a cariche pubbliche, di dichiarare l'appartenenza ad associazioni segrete come le logge massoniche, e sanciva l'incompatibilità tra tale appartenenza e la nomina alla carica. Il Governo aveva contestato lo *status* di vittima dell'associazione, rilevando come la norma non si dirigesse nei confronti della stessa e non incidesse sulla sua libertà di svolgere la propria attività, garantita dall'art. 11 CEDU. La Corte ha ritenuto, invece, che la legge in questione incidesse sulla vita associativa, in quanto implicava il 'rischio' che alcuni dei suoi membri, per non incorrere nell'incompatibilità, abbandonassero l'associazione, nonché in ragione della possibile 'perdita di prestigio' che ne derivava⁵⁹. In un successivo caso introdotto dalla stessa associazione, ma in cui si lamentava il fatto che un simile obbligo di dichiarazione fosse discriminatorio, è stato analogamente ritenuto che i ricorrenti possedessero lo *status* di vittima, in ragione delle *possibili* ripercussioni negative della legge in questione sull'attività dell'associazione⁶⁰.

Come nel caso *M.A. e altri c. Francia*, quindi, la Corte si è accontentata di conseguenze plausibili ma, certamente, non supportate da prove ragionevoli e convincenti della loro possibilità. Tuttavia, posta anche la diversità notevole tra le situazioni fattuali, i diritti invocati e gli interessi in gioco,

⁵⁸ Commissione EDU, decisione sull'ammissibilità dell'11 maggio 1984, ric. n. 10039/82, *Leigh, Guardian Newspapers Ltd. e The Observer c. Regno Unito* (plenaria), par. 4. Inoltre, v. Commissione EDU, decisione sull'ammissibilità del 4 marzo 1998, ric. n. 36283/97, *Keller c. Germania*, par. 1: «the Commission observes that the article complained of contains information about Scientology and members of this world-wide organisation in general and is not aimed at any identifiable person belonging to that organisation. Although the applicants refer to the negative attitude of their neighbourhood and the local press towards them, the Commission finds that there is no indication in the file that this conduct is a result of the information disseminated about Scientology, in particular of the article complained of. The Commission therefore finds that the effects of the contested measures are of a too indirect and remote nature as to affect the applicants' rights under Article 9 of the Convention».

⁵⁹ Corte EDU, sentenza del 2 agosto 2001, ric. n. 35972/97, *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italia*, par. 15.

⁶⁰ Corte EDU, sentenza del 31 maggio 2007, ric. n. 26740/02, *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italia (n. 2)*, par. 20.

non risulta chiaro in quali casi la Corte si accontenti della plausibilità e in quali, invece, richieda prove concrete della possibilità di una violazione.

4. Il test stringente applicato rispetto all'accertamento della 'probabilità' della violazione rispetto alla vittima diretta 'potenziale' in *A.M. e altri c. Polonia*

Ora, nulla esclude che la Corte possa e voglia abbassare lo standard di accertamento del nesso, necessario al fine del riconoscimento dello *status* di vittima, che deve sussistere tra ricorrente e violazione lamentata⁶¹. Anzi, nell'interesse alla tutela effettiva dei diritti umani ciò potrebbe anche essere auspicabile (salve le ovvie ripercussioni sul carico di lavoro della Corte)⁶². Tuttavia, ciò che stupisce è che, quando si tratta di soggetti che sono i diretti destinatari di una disposizione legislativa, la Corte non si accontenta della mera plausibilità delle conseguenze. Sulla base del noto test della vittima potenziale, essa richiede prove ragionevoli e convincenti della probabilità di una futura violazione.

È emblematica al riguardo una decisione di poco precedente a quella qui commentata, resa il 16 maggio 2023 nel caso *A.M. e altri c. Polonia*. Le ricorrenti – donne in età fertile, alcune delle quali in stato di gravidanza – si lamentavano, ai sensi degli artt. 3 e 8 CEDU, della decisione della Corte costituzionale polacca che aveva abrogato la norma che consentiva l'aborto terapeutico in caso di malformazioni del feto. Esse sostenevano che «as women of child-bearing age, they had been affected by the changes to the legislative framework as they had had to adjust their conduct in the most intimate sphere of personal life»⁶³, in quanto di fatto obbligate a portare a termine una gravidanza anche in caso di possibili malformazioni⁶⁴. La Corte ha riconosciuto che in *Open Door e Dublin Well Woman* la nozione di 'nesso diretto' era stata definita in termini particolarmente ampi. Tuttavia, senza fornire una vera motivazione, ha ritenuto, che pur essendo le ricorrenti di fatto esposte al rischio di gravidanze con malformazioni fetali, nel caso di specie «the class of persons who can claim to be

⁶¹ F. AHMADOV, *The Right of actio popularis before International Courts and Tribunals*, Leiden, 2018, p. 172.

⁶² Per una posizione secondo cui i confini tra diritto di ricorso individuale e *actio popularis* sono fissati alla luce di considerazioni di politica giudiziaria, v. ancora F. AHMADOV, *The Right of actio popularis*, cit., p. 183.

⁶³ *A.M. e altri c. Polonia*, cit., par. 75.

⁶⁴ *Ivi*, par. 76.

“victims” of such a violation must necessarily be much narrower»⁶⁵: manca, però, la ragione sul perché debba essere tale. Così, unendo il test in questione a quello della vittima potenziale, la Corte ha quindi richiesto che vi fossero prove ragionevoli e convincenti della probabilità che una violazione si producesse in futuro. In proposito, ha notato che le donne che affermavano di avere patologie implicanti rischi di malformazioni fetali non avevano fornito prove al riguardo⁶⁶; che le ricorrenti che avevano provato di essere in stato di gravidanza non avevano dimostrato che delle malformazioni fossero state diagnosticate⁶⁷; e che il resto delle ricorrenti si era limitato a dichiarare che, desiderando una gravidanza, l'impossibilità di accedere all'aborto terapeutico, se necessario, causava loro ansia e preoccupazione⁶⁸. Dunque, la conclusione è stata che le ricorrenti non avessero fornito una prova sufficiente della probabilità che una violazione si verificasse in futuro⁶⁹.

È evidente la differenza tra gli standard applicati nei due casi: da un lato, il rischio di violenze ipotetiche, perpetrate per mano di terzi, ritenuto implicitamente plausibile in *M.A. e altri c. Francia*; dall'altro lato, la necessaria prova di malformazioni fetali in *A.M. e altri c. Polonia*. A voler seguire quest'ultimo approccio, nel caso francese la Corte avrebbe dovuto richiedere prove ragionevoli e convincenti dell'ulteriore conseguenza, come ad esempio studi e dati statistici in merito alla correlazione tra violenza nei confronti dei *sex workers* e criminalizzazione della condotta dei clienti, o addirittura la prova della concreta esposizione dei singoli ricorrenti a episodi di violenza. Altrimenti, implicando la valutazione dello *status* di vittima un *risk assessment* di merito, la Corte avrebbe dovuto rinviare la decisione sul punto⁷⁰. A prescindere da quale sia, nei due diversi casi, la conseguenza più 'plausibile' o 'probabile' (le violenze contro i *sex workers* o la necessità per una donna incinta di ricorrere all'aborto terapeutico) è evi-

⁶⁵ *Ivi*, par. 78.

⁶⁶ *Ivi*, par. 80.

⁶⁷ *Ivi*, par. 81.

⁶⁸ *Ivi*, par. 82.

⁶⁹ *V., a contrario*, Corte EDU, sentenza del 14 dicembre 2023, ric. n. 40119/21, *M.L. c. Polonia*, par. 100, in cui la ricorrente, cui era stata diagnosticata una malformazione fetale, ha dovuto viaggiare all'estero per praticare l'aborto, vietato in Polonia. Al riguardo, la Corte ha osservato che «many of the negative experiences described by the applicant could have been avoided if she had been allowed to terminate her pregnancy in the security of her home country» (par. 103) e ha di conseguenza ritenuto che «the applicant was not a potential victim but was “directly affected” by the legislative change in question» (par. 104).

⁷⁰ Per i precedenti in tal senso, v. V. TZEVELEKOS, *Standing: European Court*, cit., par. 29.

dente la differenza di standard probatorio applicata dalla Corte: nel caso francese, non ha richiesto alcuna dimostrazione della probabilità di tali conseguenze, essendosi limitata a prendere atto del possibile rischio per come allegato dai ricorrenti (la Corte ha infatti affermato che «selon les dires des requérants, l'incrimination des clients de la prostitution qu'il opère pousse les personnes prostituées à la clandestinité et à l'isolement, ce qui les exposerait à des risques accrus pour leur intégrité physique et leur vie»)⁷¹. Nel caso polacco, invece, ha richiesto prove concrete del rischio.

Tale differenza di approccio sembra, a nostro avviso, alquanto inspiegabile. Non che standard diversi nell'accertamento dello *status* di vittima non siano giustificati. La Corte ha già in passato affermato che la determinazione dello *status* di vittima di soggetti che si lamentano di un 'divieto generale' di realizzare una determinata condotta dipende «d'une appréciation des circonstances de chaque affaire, en particulier de la nature et de la portée de la mesure litigieuse et de l'ampleur des conséquences (...) de pareille mesure»⁷², ribadendo che comunque non sono sufficienti dei 'rischi meramente ipotetici'⁷³.

Ma anche a voler applicare tali criteri, il contrasto tra le due decisioni rimane oscuro. Un abbassamento dello standard, infatti, sembrerebbe tanto più necessario in un caso, come quello dell'aborto, in cui sarebbe irragionevole dover attendere, al fine di presentare ricorso a Strasburgo, di aver iniziato una gravidanza e di aver avuto una diagnosi di malformazione del feto. Peraltro, tale questione era già stata affrontata dalla Corte, nell'ambito di ricorsi presentati da donne che lamentavano l'assenza di una legislazione che permettesse loro di ricevere assistenza sanitaria per partorire in casa invece che in ospedale. In *Ternovszky c. Ungheria* la Corte ha osservato che la ricorrente «was pregnant at the time of the introduction of the application and inclined to give birth at home» e ha pertanto ritenuto che ciò fosse sufficiente a conferirle lo *status* di vittima «without any particular measure being applied, simply by virtue of the existence of the impugned legislation»⁷⁴. Nel caso *Kosaitė-Čypienė a altri c. Lituania*,

⁷¹ *M.A. e altri c. Francia*, cit., par. 43.

⁷² *Akdeniz e altri c. Turchia*, cit., par. 57, e *Cengiz e altri c. Turchia*, cit., par. 49.

⁷³ Corte EDU, decisione sull'ammissibilità del 12 novembre 2019, ric. n. 68995/13, *Schweizerische Radio und Fernsehgesellschaft e altri c. Svizzera*, par. 72.

⁷⁴ Corte EDU, sentenza del 14 dicembre 2010, ric. n. 67545/09, *Ternovszky c. Ungheria*, par. 21.

poi, la Corte si è accontentata di ancora meno. Le ricorrenti lamentavano che la legislazione nazionale dissuadesse gli operatori sanitari dal prestare tale assistenza sanitaria domiciliare. Tra esse vi erano donne in stato di gravidanza che avevano tentato di ottenere tale assistenza, una donna che aveva già partorito, ma anche una donna che sosteneva che, pur non essendo in stato di gravidanza, «was of child-bearing age and was planning to conceive and to give birth at home»⁷⁵. Lo *status* di vittima le è stato riconosciuto osservando che «it is not disputed that she belonged to a category of women – namely, those of child-bearing age – that may be adversely affected by the restrictions imposed by the prohibition on the provision of medical assistance during home births»⁷⁶. Ciò è stato ritenuto sufficiente per escludere che il ricorso costituisse un'*actio popularis*, volta a contestare in astratto la legislazione vigente. Ancora una volta, se il test da applicare riguarda la *possibilità* di essere negativamente *toccati* da una misura, non si comprende perché delle donne in età fertile o addirittura in stato di gravidanza non possono lamentarsi dell'abrogazione della possibilità di accedere all'aborto terapeutico, dovendo attendere che il rischio (quanto meno la diagnosi) si sia concretamente materializzato. E questo anche tenendo in considerazione che, almeno allo stato attuale della prassi della Corte, difficilmente una ricorrente in una tale situazione riuscirebbe ad ottenere una misura cautelare, ai sensi dell'art. 39 del Regolamento, che obblighi le autorità statali a consentirle l'aborto terapeutico.

È vero che la Corte ha sempre affermato che, nel decidere sullo *status* di vittima, essa mantiene un certo margine di discrezionalità⁷⁷. Ma essa ha proprio affermato che l'esercizio di tale margine deriva dall'esistenza di questioni di interesse generale⁷⁸, che «may arise in particular where an application concerns the legislation or a legal system or practice of the de-

⁷⁵ Corte EDU, sentenza del 4 giugno 2019, ric. n. 69489/12, *Kosaitė-Čypienė e altri c. Lituania*, par. 61.

⁷⁶ *Ivi*, par. 70.

⁷⁷ E questo anche in quanto «although the primary purpose of the Convention system is to provide individual relief, its mission is also to determine issues on public-policy grounds in the common interest, thereby raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence throughout the community of Convention States» (Corte EDU, sentenza del 24 luglio 2003, ric. n. 40016/98, *Karner c. Austria*, par. 26).

⁷⁸ Corte EDU, sentenza del 7 febbraio 2013, ric. n. 16574/08, *Fabris c. Francia* (GC), opinione concorrente del giudice Pinto de Albuquerque, secondo cui l'introduzione della nozione di vittima potenziale si fonda proprio sul riconoscimento del fatto che certi casi «raised questions of a general character affecting the observance of the Convention».

feudant State»⁷⁹. Se tale è il criterio, esso sembrava presente anche nel caso polacco. Inoltre, bisogna sottolineare che la discrezionalità non è arbitrario e richiede giustificazioni ragionevoli. Insomma, se diversi standard di valutazione del carattere diretto del nesso tra violazione e vittima devono essere applicati, la scelta dovrebbe dipendere da criteri oggettivi, come ad esempio la gravità della situazione, la possibile necessità di pronunciarsi urgentemente, e l'importanza degli interessi in gioco, tenendo in considerazione l'essenziale funzione preventiva e protettiva della nozione di vittima potenziale⁸⁰.

5. Conclusioni: sui possibili rischi di imprevedibilità

Ciò che emerge dall'analisi sin qui condotta è che la Corte, in conformità ai principi sanciti nella propria giurisprudenza, tende ad applicare il criterio del nesso necessario ai fini dell'accertamento dello *status* di vittima in modo flessibile. Da un lato, ove applica la ancora poco chiara nozione di vittima 'collaterale', la Corte si accontenta del carattere meramente plausibile delle possibili conseguenze in capo all'individuo; dall'altro lato, rispetto alla vittima diretta ma 'potenziale' la Corte tende ad applicare uno standard particolarmente rigido in merito alla valutazione della *likelihood* della violazione, richiedendo prove ragionevoli e convincenti della sua 'probabilità'⁸¹.

Tuttavia, la nozione di flessibilità presuppone che vi siano dei criteri oggettivi, sia pur da valutare alla luce delle circostanze peculiari del caso concreto, che giustificano l'applicazione di uno standard più o meno stringente. Ad esempio, nel noto caso *Câmpeanu*, la Grande Camera aveva giustificato un'eccezione ai principi generali in materia di accertamento dello *status* di vittima sulla base della gravità della violazione, dell'estrema vul-

⁷⁹ V. Corte EDU, sentenza del 15 ottobre 2009, ric. n. 17056/07, *Micallef c. Malta* (GC), par. 46, e la giurisprudenza ivi citata.

⁸⁰ A.A. CANÇADO TRINDADE, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, 2011.

⁸¹ Salve rare eccezioni, quindi, non ci sembra si possa sostenere che «with regard to the position of individuals (...) the flexibility of the notion of potential victim used by regional human rights courts permits *de facto* a certain role for *actio popularis*»: così A. GATTINI, *Actio popularis*, in H. RUIZ-FABRI (ed.), *Max Planck*, cit., par. 9. Anzi, su come la Corte sembra interpretare tale nozione in modo sempre più restrittivo, v. M. FERRI *La decisione sul caso Shortall et al. v. Ireland; verso un ulteriore (ed eccessivo) restringimento della nozione di vittima potenziale nel sistema CEDU?*, in *SIDIBlog*, 12 gennaio 2022, www.sidiblog.org

nerabilità del ricorrente, e dell'assenza di soggetti idonei e interessati a rappresentarne gli interessi⁸².

Nei casi qui citati, invece, sembra che non vi siano criteri oggettivi che giustificano l'uno o l'altro approccio; o, almeno, essi non sembrano emergere dalle motivazioni delle decisioni. Se così è, vi è il rischio che la flessibilità, che certamente è auspicabile nella materia dei diritti umani per prendere in considerazione le circostanze peculiari di ciascun caso, si risolva in fattore di imprevedibilità dell'esito dei ricorsi a Strasburgo, in quanto essa può essere invocata dalla Corte per raggiungere l'uno o l'altro risultato possibile. Una tale situazione è incompatibile con il principio di certezza del diritto, inerente a tutti gli articoli della Convenzione⁸³ e il quale, applicato alla giurisprudenza della Corte, implica che «while it is not formally bound to follow its previous judgments, it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that [the Court] should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases»⁸⁴. Ne deriva che la diversità tra standard applicati nell'uno o nell'altro caso e il rifiuto di seguire un precedente (peraltro espressamente richiamato dai ricorrenti) devono essere motivati su ragioni appropriate. Tale imprevedibilità sarebbe anche incompatibile con il principio secondo cui il diritto di ricorso individuale alla Corte, riconosciuto dall'art. 34 CEDU, che costituisce una delle garanzie fondamentali sancite dalla stessa⁸⁵, deve essere garantito in termini 'pratici ed effettivi' e non 'teorici e illusori'⁸⁶. Ciò dovrebbe implicare, in conformità alla stessa

⁸² *Centre for Legal Resources per conto di Valentin Câmpeanu c. Romania*, cit., par. 112.

⁸³ *Tra le tante*, v. Corte EDU, sentenza del 29 novembre 2016, ric. n. 76943/11, *Lupeni Greek Catholic Parish e altri c. Romania* (GC), par. 116.

⁸⁴ Corte EDU, sentenza del 9 giugno 2022, ric. n. 49270/11, *Savickis e altri c. Lettonia* (GC), par. 202.

⁸⁵ Corte EDU, sentenza del 4 febbraio 2005, ric. n. 46827/99 e 46951/99, *Mamatkulov e Askarov c. Turchia* (GC), par. 100: «the provision concerning the right of individual application (...) is one of the fundamental guarantees of the effectiveness of the Convention system of human rights protection. In interpreting such a key provision, the Court must have regard to the special character of the Convention as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms. Unlike international treaties of the classic kind, the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between Contracting States. It creates, over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations which, in the words of the Preamble, benefit from a "collective enforcement"».

⁸⁶ *Ivi*, par. 101: «the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective, as part of the system of individual appli-

giurisprudenza della Corte in materia di diritto di accesso alla giustizia, garantito dall'art. 6 della Convenzione, la possibilità di conoscere chiaramente le condizioni di ammissibilità dei ricorsi, possibilità che viene meno quando queste siano applicate in modo imprevedibile o eccessivamente formalistico⁸⁷.

In tal senso, sarebbe auspicabile un intervento della Grande Camera, che chiarisca quantomeno quali sono i criteri che giustificano l'applicazione dell'uno o dell'altro standard e che, da un lato, lascino alla Corte il necessario margine di discrezionalità per prendere in considerazione le specificità del caso concreto ma, dall'altro, consentano ai ricorrenti di prevedere l'esito dei propri ricorsi.

cations. In addition, any interpretation of the rights and freedoms guaranteed has to be consistent with "the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society"». Sulla necessità di adottare un *principled reasoning* in materia di riconoscimento dello *status* di vittima, che tenga adeguatamente in considerazione la necessità di garantire in modo pratico ed effettivo il diritto di accesso alla Corte, *Centre for Legal Resources per conto di Valentin Câmpeanu c. Romania*, cit., opinione separata del giudice Pinto de Albuquerque, par. 8-12.

⁸⁷ Corte EDU, sentenza del 5 aprile 2018, ric. n. 40160/12, *Zubac c. Croazia*, (GC), par. 87-89 e 96-99.

La tutela delle donne vittime di violenza alla luce del caso *Germano c. Italia*: il discutibile approccio della Corte europea dei diritti umani

CLAUDIA MORINI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disciplina italiana in materia di repressione del reato di *stalking*: l'ammonimento del questore. – 3. La vicenda giudiziaria interna. – 4. Il divergente approccio dei giudici italiani rispetto all'istituto dell'ammonimento. – 5. La decisione della Corte europea: tra diritto di partecipazione ai procedimenti amministrativi e *favor victimae*. – 6. Il discutibile esito del bilanciamento degli interessi operato dalla Corte EDU. – 7. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: Il presente contributo analizza la decisione resa dalla Prima sezione della Corte europea dei diritti umani nel caso *G. Germano c. Italia* (22 giugno 2023), nella quale essa ha ritenuto che la misura dell'ammonimento del questore – contemplata dalla normativa italiana in materia di *stalking* – comporti una violazione dei diritti processuali della parte convenuta, in particolare il diritto alla partecipazione al procedimento. La pronuncia in esame è invero discutibile, se la si considera alla luce del più generale contesto volto al contrasto di un fenomeno grave e arduo da sradicare, quale è l'azione persecutoria perpetrata nella dinamica di violenza familiare o di genere, in cui gli scopi cautelativi e di prevenzione assumono valenza essenziale. Dalla sentenza è emerso un deprecabile *détournement* da parte della Corte europea rispetto alla sua precedente giurisprudenza relativa alla necessaria tutela da garantire alle vittime dei reati riconducibili alla violenza di genere e domestica, il cui contrasto è oggi saldamente ancorato normativamente alla Convenzione di Istanbul, adottata com'è noto nell'ambito dello stesso Consiglio d'Europa.

PAROLE CHIAVE: *stalking* – ammonimento – violenza contro le donne – vittime – Convenzione europea dei diritti umani – Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica.

* Professoressa associata di diritto dell'Unione europea, Università del Salento, claudia.morini@unisalento.it

1. Introduzione

Contrastare la violenza contro le donne significa porre in essere misure volte ad arginare e reprimere quel fenomeno ormai sistemico nelle nostre società, cui possono essere ascritte, tra le molte condotte, varie forme di violenza domestica e di violenza sessuale, minacce, violenza economica e terrore psicologico¹. A quest'ultimo sono riconducibili anche gli atti persecutori, meglio noti come *stalking*: si tratta di «forme di ossessiva persecuzione realizzate prevalentemente, anche se non esclusivamente, nei confronti delle donne, tali da creare in loro uno stato di fondato timore o di ansia, o addirittura da indurle a mutare, spesso sensibilmente, le proprie abitudini di vita»².

Undici anni fa, ovvero il 27 giugno 2013, con la legge n. 77 l'Italia ratificava la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, c.d. Convenzione di Istanbul³. Quando nel nostro Paese ancora non si era affievolito il doloroso clamore per uno dei più cruenti femminicidi mai per-

¹ Sulla risposta italiana alla criminalizzazione della violenza di genere, vedi di recente F. IPPOLITO, *The Pitfalls of the Italian Response to the International Obligations of Criminalisation of Gender Violence*, in *International Criminal Law Review*, 2021, p. 748 ss.

² Vedi L. MANDAGLIO, *L'ammonimento del questore: la "via" amministrativa prevista dal legislatore in materia di stalking, violenza domestica e cyberbullismo*, in *Bimestrale di Diritto e Procedura Penale Militare*, n. 3/2018, reperibile all'indirizzo www.difesa.it

³ La Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica è stata adottata dal Consiglio d'Europa il 7 aprile 2011 e aperta alla firma il successivo 11 maggio; essa è entrata in vigore il 1° agosto 2014. Si compone di un Preambolo, 81 articoli – suddivisi a loro volta in 12 capitoli – e un allegato relativo ai privilegi e alle immunità dei componenti del GREVIO, ovvero il “Gruppo di esperti sulla lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica”, meccanismo di controllo di cui all'art. 66 della stessa Convenzione. Nel portale del Consiglio d'Europa è possibile accedere a una pagina dedicata alla Convenzione di Istanbul e alla sua attuazione (www.coe.int). Qui, invece, la traduzione non ufficiale in italiano della Convenzione: www.rm.coe.int. In dottrina vedi, tra gli altri, S. DE VIDO, *Donne, violenza e diritto internazionale. La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Venezia, 2016; S. DE VIDO, M. FRULLI, *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, Cheltenham, 2023; A. DI STEFANO, *Violenza contro le donne e violenza domestica nella nuova Convenzione del Consiglio d'Europa*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 169 ss.; L. GAROFALO, *Alcune considerazioni sulle norme "self-executing" contenute nella convenzione di Istanbul del 2011*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2018, p. 8 ss.; F. POGGI, *Violenza di genere e Convenzione di Istanbul: un'analisi concettuale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, p. 51 ss.; A. VALENTINI, *Recenti sviluppi in seno al Consiglio d'Europa in tema di violenza contro le donne*, in *La Comunità internazionale*, 2012, p. 77 ss.

petrati – con il caso della giovane Giulia Tramontano brutalmente assassinata dal padre del bambino che portava in grembo – la Corte europea dei diritti umani si è pronunciata con una sentenza sul tema del rispetto delle garanzie procedurali da riconoscersi a un presunto autore di *stalking* nei confronti di una donna, nel procedimento di ammonimento previsto dalla vigente disciplina italiana.

Il 22 giugno 2023, infatti, la Corte EDU ha avuto l'occasione di potersi esprimere sul bilanciamento tra tali garanzie e gli obblighi positivi di protezione incombenti sugli Stati al fine di interrompere la consumazione di condotte riferibili ad atti persecutori e prevenire un'eventuale *escalation* di violenza⁴. Al rispetto di tali obblighi oggi le autorità italiane sono tenute anche in virtù dell'adesione del nostro Paese proprio alla Convenzione di Istanbul.

Il caso sul quale ci soffermeremo è *Giuliano Germano c. Italia*⁵: in esso i giudici di Strasburgo si sono pronunciati sulla compatibilità del procedimento di cui all'art. 8 del Decreto legge n. 11 del 23 febbraio 2009 – convertito in legge con la L. n. 38 del 23 aprile 2009⁶ – con l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani, espressamente dedicato alla tutela della vita privata e familiare, tutela che si sostanzia anche attraverso limiti al potere di ingerenza da parte della pubblica autorità rispetto al godimento di tali diritti, salvo i casi espressamente previsti. A questa importante e, per i profili che vedremo, a tratti discutibile sentenza, è allegata l'opinione concorrente del giudice italiano Raffaele Sabato, nella quale egli, pur condividendo marginalmente le conclusioni in relazione all'avvenuta violazione da parte dell'Italia dell'art. 8 CEDU, ha ritenuto che la maggior parte delle motivazioni addotte dai suoi colleghi abbiano, però, rappresentato «several steps backwards in human rights protection in the context of gender-based violence»⁷. E, chi scrive, condivide queste considerazioni.

⁴ Vedi C. BASSU, *Prevenzione, deterrenza e diritti processuali nei casi di stalking: sul bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti a margine della sentenza della Corte EDU nel caso Germano c. Italia (Ricorso n. 10794/2021 del 22 giugno 2023)*, in *Osservatorio AIC*, reperibile in www.osservatorioaic.it. Per il testo della sentenza v. www.hudoc.echr.coe.int.

⁵ Corte EDU, sentenza del 22 giugno 2023, ric. n. 10794/12, *Giuliano Germano c. Italia*.

⁶ Vedi L. DE FAZIO, *Criminalization of stalking in Italy: One of the last among the current European member states' anti-stalking laws*, in *Behavioral Sciences & the Law*, 2011, p. 317 ss.

⁷ Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, cit., opinione concorrente del giudice Sabato, par. 1.

2. La disciplina italiana in materia di repressione del reato di *stalking*: l'ammonimento del questore

Il caso in esame prende le mosse da un procedimento di ammonimento per *stalking* ex art. 8 del decreto-legge 11/2009 che il governo italiano – anticipando anche uno degli obblighi che oggi esso ha in ragione della ratifica della Convenzione di Istanbul – aveva introdotto nel nostro ordinamento giuridico, contestualmente all'introduzione nel Codice penale del nuovo art. 612-*bis*, rubricato “Atti persecutori” (*stalking*)⁸. In sostanza, questo procedimento prevede che fino al momento in cui non sia proposta querela per il reato di *stalking*, la persona offesa possa riferire alla pubblica autorità i fatti che ritiene essere ascrivibili a tale condotta persecutoria, avanzando richiesta al questore di ammonimento nei confronti dell'autore della stessa.

Il questore, al quale tale richiesta è trasmessa *senza ritardo*, dopo aver assunto *se necessario*, informazioni dagli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti, qualora ritenga fondata l'istanza della vittima, ammonisce oralmente il soggetto nei cui confronti è stato richiesto il provvedimento, invitandolo contestualmente a tenere una condotta conforme alla legge e redigendo un processo verbale di tale ammonimento, che viene rilasciato in copia al richiedente l'ammonimento e al soggetto ammonito. Questo procedimento, la cui finalità protettiva nei confronti della vittima è evidente, si pone anche il fondamentale obiettivo di costituire un deterrente rispetto a una possibile *escalation* degli atti persecutori che, spesso, la cronaca ha dimostrato essere prodromici ad atti di vio-

⁸ In base a tale norma: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da un anno a sei anni e sei mesi chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita. La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici. La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso a danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero con armi o da persona travisata. Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. La remissione della querela può essere soltanto processuale. La querela è comunque irrevocabile se il fatto è stato commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'articolo 612, secondo comma. Si procede tuttavia d'ufficio se il fatto è commesso nei confronti di un minore o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio».

lenza veri e propri, se non, nei casi più drammatici, all'assassinio della vittima.

L'art. 8, infatti, prevede anche che qualora sia avviato un procedimento penale per il reato di cui all'art. 612-*bis* c.p., la pena finale – che oggi può essere da sei mesi a cinque anni – sia aumentata se il fatto è stato commesso da un soggetto già ammonito dal questore. Inoltre, nei casi in cui un soggetto sia già stato ammonito e perseveri nei suoi atti persecutori, la procura può procedere d'ufficio per il reato di *stalking*.

3. La vicenda giudiziaria interna

Nel caso in esame, il procedimento di ammonimento nei confronti del ricorrente era stato avviato in seguito a una richiesta avanzata da sua moglie nel novembre del 2009, nelle more della separazione. La richiesta – che precisava diversi episodi di violenza fisica e verbale presumibilmente perpetrati sia mentre vivevano insieme che dopo che egli aveva lasciato la casa coniugale – veniva accolta dal questore e il verbale notificato al ricorrente. Quest'ultimo, lamentando che il provvedimento fosse stato adottato in spregio al suo diritto di prendere parte al procedimento – diritto riconosciuto nell'ordinamento italiano dall'art. 7 della Legge n. 241 del 7 agosto 1990 in materia di procedimenti amministrativi – presentava ricorso al TAR Liguria che, il 30 settembre 2010, lo accoglieva e annullava l'ammonimento, ritenendo sussistente la violazione dei principi di contraddittorio, di difesa e di parità delle armi.

Secondo il TAR, invero, un'eccezione al rispetto dei diritti di partecipazione – riconosciuta ai sensi dello stesso art. 7 per «ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento» – sarebbe stata giustificata esclusivamente in casi di stretta urgenza e necessità, condizioni che avrebbero dovuto essere sufficientemente dimostrate e giustificate nella motivazione dell'ammonimento, cosa che, invece, non era a suo dire avvenuta nel caso esaminato.

Il 3 gennaio 2011, il Ministero degli interni ricorreva in appello al Consiglio di Stato, il quale dapprima sospendeva la sentenza del TAR – poiché alla luce dello scopo preventivo dell'ammonimento sussisteva un grave rischio di danno irreparabile per la moglie del ricorrente – e, successivamente, la annullava ripristinando così la vigenza dell'ammonimento.

Nella sentenza n. 4563 del 19 luglio 2011, il Consiglio di Stato ponendo a fondamento essenziale del suo ragionamento giuridico l'obiettivo primario dell'ammonimento – ovvero la prevenzione di «danni poten-

zionalmente gravi e irreparabili» alla presunta vittima di *stalking* – aveva ritenuto prevalente l'esigenza di procedere a una risposta immediata: esso, infatti, aveva concluso che la mancata notifica dell'avvio del procedimento amministrativo a carico del sig. Germano e il suo mancato ascolto da parte del questore prima dell'imposizione della misura, non costituissero una violazione dei suoi diritti di partecipazione, in quanto egli avrebbe comunque potuto presentare sia un ricorso presso l'autorità amministrativa superiore (c.d. ricorso gerarchico) – vale a dire il prefetto locale – ai sensi delle pertinenti disposizioni italiane (ovvero il Decreto Presidenziale n. 1199 del 24 novembre 1971), che un ricorso al TAR, cosa di fatto poi avvenuta⁹.

A fronte della decisione del Consiglio di Stato, il 5 gennaio 2012 il sig. Germano aveva quindi presentato ricorso alla Corte europea dei diritti umani (ricorso n. 10794/12), lamentando, in sintesi, la violazione del diritto alla difesa, a causa della sua mancata partecipazione al procedimento dal quale era scaturito l'ammonimento del questore e del diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, come conseguenza del pregiudizio causato dall'ammonimento, in particolare con riferimento all'impatto della misura sui suoi contatti con i familiari, sulla sua reputazione e, da ultimo, anche sulla sua vita professionale.

La Corte aveva deciso di esaminare il ricorso solo alla luce dell'art. 8 della Convenzione e non anche del parimenti richiamato art. 6¹⁰.

4. Il divergente approccio dei giudici italiani in relazione all'istituto dell'ammonimento

Chiamata a pronunciarsi sull'ammonimento quale 'legittima interferenza' nella vita privata e familiare del ricorrente ai sensi del par. 2 dell'art. 8 CEDU, la Corte ha dovuto valutare l'aderenza di tale misura ai requisiti richiesti affinché il margine di apprezzamento statale – funzionale alla limitazione del godimento dei diritti garantiti dalla Convenzione – possa essere considerato conforme al dettato convenzionale: la legalità, la necessità in una società democratica e la proporzionalità della misura adottata.

Al fine di valutare la legalità dell'ammonimento, la Corte ha fatto uso di un cospicuo *excursus* della giurisprudenza interna, per il quale qui rin-

⁹ Vedi Cons. Stato, sez. III, sentenza del 19 luglio 2011, n. 4365.

¹⁰ Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, cit., par. 58.

viamo al testo della sentenza¹¹. Innanzitutto, in relazione alla natura della misura dell'ammonimento, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la pertinente giurisprudenza nazionale avesse in diverse occasioni chiarito come esso assolvesse a una funzione «preventiva e deterrente», in quanto finalizzato a evitare la ripetizione del comportamento punito dall'art. 612-*bis* c.p. e il verificarsi di un danno irreparabile alla persona offesa. Alla luce di questa funzione, che dunque non è di stampo punitivo, al questore non è richiesto di valutare la responsabilità penale del presunto *stalker*, ma di accertare *prima facie* la probabilità che tale comportamento si sia verificato e di analizzare la potenziale esistenza di un pericolo di ripetizione futura di tali condotte.

Da un punto di vista fattuale, l'imposizione della misura richiede l'accertamento degli stessi comportamenti che costituiscono il reato di cui all'art. 612-*bis* c.p. Da un punto di vista probatorio, invece, la giurisprudenza ha chiarito che ai fini dell'irrogazione della misura non siano necessarie prove «definitive» dell'avvenuta commissione del reato, ma siano sufficienti elementi indiziari circa l'avvenuta commissione di condotte sanzionabili ai sensi dell'art. 612-*bis* c.p. unitamente a una valutazione prognostica che essi potrebbero ripetersi in futuro¹².

Venendo poi all'aspetto relativo al diritto di partecipazione del singolo al procedimento di ammonimento, la Corte EDU ha ricordato che nei primi casi pertinenti, i tribunali nazionali avevano ritenuto che si trattasse di una misura amministrativa capace di produrre importanti effetti nella sfera giuridica degli interessati e che, di conseguenza, essa fosse subordinata al rispetto del diritto di intervento nel procedimento e al principio del contraddittorio sanciti dalla Legge n. 241/1990, e alla valutazione obbligatoria da parte del questore di tutti elementi, anche quelli a difesa dell'interessato.

Nella giurisprudenza successiva analizzata dalla Corte, erano però emersi due approcci contrastanti. L'approccio maggioritario riteneva che la funzione preventiva dell'ammonimento non giustificasse, di per sé, la deroga al diritto del singolo di essere ascoltato nel procedimento, quest'ultimo dovendosi, pertanto, svolgere sempre in ottemperanza al principio del contraddittorio, al fine di consentire al destinatario del provvedimento di esprimere il proprio punto di vista.

¹¹ Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, cit., parr. 27-44.

¹² Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, cit., parr. 27-28.

Per contro, parte minoritaria della giurisprudenza riteneva che, alla luce della funzione preventiva dell'ammonimento e della sua stessa natura – ovvero prevenire un rischio di danno irreparabile per la persona che ne faccia richiesta – il questore detenesse la piena discrezionalità nel valutare se notificare al destinatario l'avvio del procedimento e se ascoltarlo prima dell'adozione della misura: i diritti di partecipazione del destinatario, dunque, avrebbero potuto essere derogati ma esclusivamente in via eccezionale e qualora le circostanze di urgenza lo imponessero, circostanze che avrebbero dovuto essere valutate dal questore.

La *ratio* specifica a fondamento della deroga avrebbe dovuto però essere debitamente indicata nella motivazione del provvedimento¹³. Questa posizione, che a dire della Corte EDU è minoritaria, a noi pare comunque perfettamente in linea con quanto stabilito dall'art. 7 della L. 241/1990 laddove si enuncia che «[o]ve non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato (...) ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenirvi».

La ragion d'essere di questi procedimenti è, invero, proprio quella di fornire una risposta celere al fine di tutelare le vittime, promuovendo quello che potremmo definire il *favor victimae*.

5. La decisione della Corte europea: tra diritto di partecipazione ai procedimenti amministrativi e *favor victimae*

Che quello della partecipazione ai procedimenti amministrativi sia un diritto suscettibile di legittime limitazioni è poi confermato anche da alcuni atti internazionali richiamati dalla stessa Corte, già esistenti all'epoca del procedimento contestato. In proposito, rileva innanzitutto la *Resolution 77 (31) on the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities*, adottata dal Comitato dei Ministri il 28 settembre 1977¹⁴. Qui, invero, in relazione al riconoscimento del diritto a essere ascoltati nel corso di un procedimento amministrativo, da un lato si riconosce che la persona destinataria del provvedimento «may put forward facts and arguments» utilizzando quindi una formulazione non ordinaria e,

¹³ Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, cit., parr. 37-40.

¹⁴ Vedi Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, *Resolution 77 (31) on the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities*, www.rm.coe.int

dall'altro, che solo in casi «opportuni» la persona sarà informata per tempo di tale possibilità. Dal testo, dunque, emerge uno spazio di discrezionalità per l'autorità amministrativa in ragione del caso concreto.

Invece, quando si affronta il tema della motivazione del provvedimento, la Risoluzione in esame parla di un vero e proprio obbligo delle autorità, le quali devono informare «of the reasons on which it is based».

Un altro atto di *soft law* rilevante, richiamato come il precedente dalla stessa Corte, è la successiva *Recommendation of the Committee of Ministers to member states on good administration*, adottata il 20 giugno 2007¹⁵. Ad essa è allegato un Codice della buona amministrazione che all'art. 8 prevede espressamente che le autorità pubbliche debbano riconoscere agli individui la possibilità di partecipare nella fase dell'elaborazione e dell'attuazione degli atti amministrativi che possano produrre un impatto sui loro diritti o interessi, «unless action needs to be taken urgently»: anche qui, dunque, emerge che tale diritto possa subire limitazioni qualora emerga la necessità di procedere con urgenza.

Oggi, infine, è la stessa Convenzione di Istanbul a fungere da ulteriore parametro di valutazione della legalità di queste tipologie di misure in relazione al diritto di partecipare al procedimento, in particolare in virtù dei suoi artt. 50, 51 e 53.

Sebbene la Convenzione non fosse in vigore né al momento dell'emanazione dell'ammonimento contestato e neppure in pendenza dei due ricorsi amministrativi, nel caso in esame essa è stata invero richiamata dalla Corte europea sia per inquadrare il reato di *stalking* nel più ampio contesto degli obblighi internazionali dell'Italia (alla luce dell'art. 34), che per 'delimitare' lo spettro d'azione del procedimento amministrativo che ha condotto all'adozione della misura dell'ammonimento.

Quanto alla 'risposta' che gli Stati sono tenuti a garantire in caso di *stalking* (e degli altri reati contemplati dalla Convenzione), si chiede, infatti, che essa sia immediata, affinché le autorità possano affrontare «in modo tempestivo e appropriato» gli atti incriminati e offrire alla vittima una «protezione adeguata e immediata». La procedura di ammonimento oggetto della sentenza in commento rientra a pieno titolo tra quelle in materia di prevenzione e protezione contro ogni forma di violenza contro le donne che gli Stati sono tenuti ad adottare (art. 50).

¹⁵ Vedi Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, *Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration*, www.rm.coe.int

Nello specifico, il successivo art. 53 esplicita che tali misure debbano essere «disponibili per una protezione immediata e senza oneri amministrativi o finanziari eccessivi per la vittima; emesse per un periodo specificato o fino alla loro modifica o revoca; ove necessario, decise *ex parte* con effetto immediato; disponibili indipendentemente o contestualmente ad altri procedimenti giudiziari. Inoltre, si richiede che la violazione di tali misure comporti l'erogazione di «sanzioni penali o di altre sanzioni legali efficaci, proporzionate e dissuasive». Il procedimento in esame, pertanto, pur essendo stato introdotto nel 2009, appare pienamente in linea anche con quanto successivamente richiesto agli Stati che hanno aderito alla Convenzione, tra cui appunto l'Italia.

Ammessa, dunque, la possibilità che in casi specifici le garanzie procedurali – nello specifico il diritto di partecipare al procedimento di ammonimento – possano legittimamente subire delle limitazioni, snodo del ragionamento della Corte in questo caso è la valutazione dell'ampiezza della discrezionalità dell'azione amministrativa, con riferimento ai poteri del questore.

In proposito, rileva ancora una volta la Convenzione di Istanbul che, all'art. 51, si occupa della valutazione e gestione dei rischi nei casi di violenza contro le donne: alle autorità competenti deve infatti essere riconosciuta la possibilità di poter «valutare il rischio di letalità, la gravità della situazione e il rischio di reiterazione dei comportamenti violenti, al fine di gestire i rischi e garantire, se necessario, un quadro coordinato di sicurezza e di sostegno».

Inoltre, in una prospettiva giuridica ampliata e volendo prestare attenzione ai più recenti sviluppi in materia, non possiamo esimerci dal rilevare come la stessa Direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica approvata dal Parlamento europeo in prima lettura lo scorso 24 aprile e dal Consiglio il 7 maggio, ricordi, al Considerando n. 40, che «[p]er garantire alla vittima un'assistenza e una protezione complete, tutte le autorità e gli organismi competenti, non solo le forze dell'ordine e le autorità giudiziarie, dovrebbero partecipare alla valutazione dei rischi per la vittima stessa (...)»¹⁶.

¹⁶ Vedi Direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica. In dottrina vedi, S. DE VIDO, *A First Insight into the EU Proposal for a Directive on Countering Violence against Women and Domestic Violence*, in *EJIL:Talk!* (7 aprile 2022), www.ejiltalk.org ed E. BERGAMINI, *The Proposal for a EU Directive on Combating Violence Against Women and Domestic*

La discrezionalità del questore, dunque, rientra senz'altro in quell'accurata attività di valutazione e gestione del rischio che è oggi richiesta anche a livello internazionale al fine di garantire una tutela immediata ed effettiva alla vittima: egli, invero, legittimamente potrà valutare opportuno per ragioni di necessità e urgenza, e in ragione della tipologia di condotta oggetto della procedura, limitare i diritti di partecipazione del presunto autore della stessa.

Evidenziati questi elementi in relazione alla misura contestata, occorre ora soffermarsi sulle non condivisibili conclusioni cui è giunta la Corte ed esprimere, infine, alcune considerazioni critiche sulle stesse.

6. Il discutibile esito del bilanciamento degli interessi operato dalla Corte EDU

In relazione alla capacità del diritto interno di delimitare sufficientemente l'ambito del potere discrezionale conferito al questore nell'adottare il provvedimento, la Corte si è soffermata su due tipologie di 'restrizioni' a tale discrezionalità, una di tipo sostanziale e una di tipo procedurale.

Quanto alla prima, ovvero le condotte che giustifichino l'adozione di tale provvedimento e sulle quali ci siamo già soffermate sopra, la Corte ha ribadito che la portata della nozione di 'prevedibilità' dipende in misura considerevole dal contenuto dello strumento in questione e dal suo campo di applicazione e, pertanto, ha ritenuto che il testo dell'art. 8 del Decreto-legge n. 11/2009 – considerato nel suo contesto e alla luce scopo perseguito – fosse stato formulato con un sufficiente grado di chiarezza per delimitare l'ambito di discrezionalità conferito al questore e prevenirne, dunque, l'arbitrarietà¹⁷. Inoltre, in riferimento alla chiarezza della formulazione dell'ammonimento al fine di consentire al destinatario di potersi regolare per il comportamento da tenere in futuro, la Corte ha evidenziato che, poiché lo scopo dell'ammonimento è di prevenire il ripetersi in futuro di atti molesti, il ricorrente avrebbe potuto agevolmente sapere quali condotte evitare, ovvero quelle punite dall'art. 612-*bis* c.p.¹⁸.

Nel caso concreto, poi, come anche rilevato dal Consiglio di Stato, il provvedimento del questore dava «puntualmente conto degli accertamen-

Violence, in A. DI STASI, R. CADIN, A. IERMANO, V. ZAMBRANO (a cura di), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, Napoli, 2023, p. 487 ss.

¹⁷ Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, cit., par. 103.

¹⁸ Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, cit., par. 108.

ti effettuati dalla Squadra Mobile, dai quali emerge la condotta ingiuriosa e intimidatoria tenuta dall'odierno appellato nei confronti della moglie, tale da suggerire "la necessità e l'urgenza di dover prevenire il compimento di ulteriori atti persecutori"».

Quanto ai limiti procedurali, invece, e in particolare all'appropriatezza delle misure esistenti nell'ordinamento italiano al fine di permettere al ricorrente di potersi difendere in caso di condotte arbitrarie da parte della pubblica autorità, con specifico riferimento al suo diritto di partecipare al procedimento di ammonimento, la Corte ha ritenuto che le modalità attraverso le quali quest'ultimo deve concretizzarsi devono essere rapportate alle caratteristiche e alle finalità della procedura pertinente e della misura da adottare.

Nel caso di specie, la misura in questione mirava a prevenire la reiterazione di comportamenti che costituiscono il reato di *stalking* e, quindi, secondo i giudici di Strasburgo, essa rientrava nell'ambito di applicazione dell'art. 53 della Convenzione di Istanbul, che abbiamo già richiamato e che consente di emettere misure di protezione *ex parte* e con effetto immediato, a patto che tale limitazione del diritto di partecipazione al procedimento sia controbilanciata dalla possibilità di avere accesso a un rimedio giurisdizionale effettivo. La Corte ha qui, puntualmente, ravvisato l'esistenza di tale possibilità, sia con riferimento al ricorso al TAR che al secondo grado di giudizio garantito dal Consiglio di Stato¹⁹.

Ulteriore aspetto emerso è stato poi quello della compatibilità dell'ammonimento con un legittimo scopo: in proposito, la Corte ha risposto in modo affermativo, rilevando innanzitutto che esso è conforme all'obbligo statale di prevenire la commissione di reati e di proteggere la salute, i diritti e le libertà altrui²⁰ ma che, ulteriormente, la ratifica della Convenzione di Istanbul impone oggi all'Italia di prevedere nel suo ordinamento, tra le altre cose, anche misure come quella oggetto del ricorso²¹.

Tenuto conto di quanto appena esposto, resta ora da evidenziare in base a quali motivazioni la Corte abbia però condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 CEDU. Ebbene, la misura in esame non ha superato il test della necessità in una società democratica²². Sebbene, infatti, la Corte abbia concluso che la misura fosse conforme al principio di legalità, essa

¹⁹ Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, cit., par. 118.

²⁰ Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, cit., par. 122.

²¹ Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, cit., par. 123.

²² Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, cit., par. 144.

ha ritenuto che gli obblighi imposti al ricorrente fossero formulati in termini molto generici, che l'ammonimento si configurasse come misura «istantanea», non soggetta né a revoca né a revisione e fosse, pertanto, ontologicamente una misura *sine die* il cui destinatario, ad avviso della Corte, non potrebbe mai godere di una tutela piena ed effettiva contro una sua possibile emanazione arbitraria e che, almeno al momento dell'emissione dell'ammonimento, non vi fosse alcun diritto di ottenere un riesame periodico o una nuova valutazione della misura finalizzata alla sua revoca.

Infine, secondo la Corte, nel caso in esame non erano state fornite al ricorrente sufficienti garanzie procedurali²³, in quanto i tribunali nazionali non avevano fornito motivazioni pertinenti e sufficienti per stabilire se le azioni imputategli fossero effettivamente in grado di giustificare l'imposizione della misura. In particolare, la Corte ha lamentato che il Consiglio di Stato non avesse invero effettuato un esame indipendente per verificare se l'ammonimento fosse ragionevolmente fondato, in quanto dalla sentenza non era emerso l'esame di alcuna prova per confermare o confutare le affermazioni del ricorrente. In particolare, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che il mancato esame della capacità effettiva del questore di dimostrare l'esistenza di fatti specifici su cui basare la valutazione che il ricorrente costituisse un pericolo per la moglie, abbia comportato un *vulnus* ai diritti dello stesso, essendosi il Consiglio di Stato limitato a un esame puramente formale della decisione di imporre l'ammonimento²⁴.

Quest'ultimo punto, invero, è l'unico sul quale il giudice italiano Sabato ha concordato con la maggioranza, come chiaramente emerge dalla sua opinione concorrente.

7. Considerazioni conclusive

La sentenza oggetto di questo commento solleva alcune perplessità in relazione all'approccio seguito dalla Corte, perplessità sulle quali, in conclusione, riteniamo necessario soffermarci.

Innanzitutto, sebbene in alcuni passaggi del suo ragionamento giuridico la Corte abbia dimostrato una certa sensibilità e consapevolezza della rilevanza e della delicatezza della questione affrontata, essa ha però a tratti rivelato arroganza nel diffidare della buona fede e della competenza

²³ Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, cit., par. 143.

²⁴ Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, cit., par. 141.

del questore e delle forze di polizia italiane, lasciando quasi trasparire il messaggio che le autorità italiane abbiano, *de facto*, agito con arbitrarietà.

Un passaggio che lascia molto perplessi è, ad esempio, quello in cui la Corte ha affermato di non comprendere perché esse non abbiano ascoltato anche il ricorrente²⁵: qui, purtroppo, la Corte pare aver dimenticato il suo ruolo sussidiario rispetto a quello dei giudici nazionali; come rilevato anche dal giudice Sabato, infatti, proprio alla luce del suo ruolo, «second-guessing the domestic assessment of evidence should take place only when arbitrariness is evident»²⁶. E non era certo questo il caso. Nel procedimento in esame, infatti, il questore ha agito nel pieno rispetto degli obblighi di *due diligence* volti a prevenire l'*escalation* della violenza perpetrata ai danni della vittima e, pertanto, i rilievi della Corte nel merito della procedura ci paiono decisamente in contrasto e in controtendenza rispetto a quell'approccio *gender-sensitive* che si sta invece imponendo a livello nazionale e sovranazionale nei casi di violenza contro le donne e violenza domestica.

Come anche rilevato dallo stesso Consiglio di Stato, alla luce delle «finalità proprie del provvedimento questorile, è del tutto palese l'esigenza che la sua adozione avvenga in tempi rapidi, in ragione della necessità di interrompere con immediatezza l'azione persecutoria».

La stessa Corte, poi, ha richiamato il Rapporto esplicativo della Convenzione di Istanbul che, in relazione all'art. 53, prevede che misure immediate e *inaudita altera parte* possano essere adottate «in certi casi» e «quando necessario»²⁷: nel caso in esame, il questore ha avuto a disposizione tutti gli elementi per poter valutare che ci si trovasse esattamente in 'un caso' adeguato e che vi fosse la necessità di procedere *inaudita altera parte*²⁸. Anche se la Corte è parsa 'confondere' il requisito della necessità con quello dell'urgenza, che non appare certamente nel testo del Rapporto, la 'protezione della vittima' può senz'altro costituire una valida motivazione a sostegno della necessità di derogare ai diritti di partecipazione nel procedimento di ammonimento. Il giudice Sabato, invero, si è spinto

²⁵ Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, cit., par. 130.

²⁶ Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, opinione concorrente del giudice Sabato, cit., par. 7.

²⁷ Vedi *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Istanbul, 11 maggio 2011, reperibile online.

²⁸ Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, cit., par. 10, dove si riporta la trascrizione dell'ammonimento.

oltre arrivando ad affermare che nei casi di *stalking*, comunque, l'urgenza sia *ipso iure e facto* esistente²⁹.

Un altro aspetto preoccupante è che una lettura *gender-oriented* della sentenza mette in luce alcuni 'pregiudizi' che paiono trasparire dalle parole della Corte, soprattutto con riferimento al ruolo della vittima, la cui testimonianza non solo non viene considerata come tale nel ragionamento dei giudici di Strasburgo ma che, anzi, viene declassata a mera «versione dei fatti»³⁰. Stupisce davvero questo atteggiamento della Corte che si pone nella scia di quella pericolosa e svilente pratica di alcuni giudici nazionali che ha come effetto la c.d. 'vittimizzazione secondaria', pratica che la Corte stessa ha in passato condannato anche con riferimento all'Italia in relazione proprio a dei 'pregiudizi giudiziari' e che, sia la Convenzione di Istanbul, all'art. 18, che la Direttiva menzionata, agli artt. 16, 21, 25 e 36, proibiscono³¹. Sebbene nel caso *J.L.* la Corte si riferisse alle 'allusioni' dei giudici nazionali rispetto a un presunto ruolo della vittima nel 'causare' la violenza subita, la nozione di vittimizzazione secondaria può includere tutte quelle manifestazioni di pregiudizi culturali in base ai quali le donne possono mentire, presentare denunce strumentali o, addirittura, 'esserse-la cercata'.

Stando, infatti, alla recente Raccomandazione sui diritti, i servizi e il supporto in favore delle vittime di reato, vittimizzazione secondaria significa vittimizzazione che non si verifica come diretta conseguenza dell'atto criminale, ma attraverso la *risposta di istituzioni* e individui alla vittima³². Svilire la testimonianza di una vittima, dunque, ben può ritenersi una 'risposta' inadeguata al primario obbligo di proteggerla e può, di fatto, generare oltre che una nuova sofferenza nella vittima anche una comprensibile sfiducia nei confronti delle istituzioni.

A fronte di ciò, come anche evidenziato dal giudice Sabato, in questo caso a noi pare che la Corte abbia addirittura messo in atto una vera e

²⁹ Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, opinione concorrente del giudice Sabato, cit., par. 46.

³⁰ Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, opinione concorrente del giudice Sabato, cit., par. 8 e 36.

³¹ Vedi Corte EDU, sentenza del 27 maggio 2021, ric. n. 5671/16, *J.L. c. Italia*. In dottrina vedi, M. BOUCHARD, *La vittimizzazione secondaria all'esame della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritto Penale e Uomo (DPU) - Criminal Law and Human Condition*, 2021, dirittopenaleuomo.org.

³² Vedi Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Recommendation CM/Rec(2023)2 of the Committee of Ministers to member States on Rights, Services and Support for Victims of Crime*, 15 marzo 2023, art. 1.4, www.coe.int

propria ‘overprotection’ del presunto *stalker*, esasperando la centralità del suo diritto di partecipare al procedimento a discapito della necessità di proteggere in modo celere la vittima di *stalking*. Invero, il diritto alla difesa non è detto che debba necessariamente garantirsi attraverso la partecipazione al procedimento, ben potendo essere tutelato anche mediante la possibilità per il destinatario di un provvedimento di avere successivamente accesso a mezzi di ricorso effettivi e imparziali.

Ciò, a nostro avviso, vale ancor di più in casi relativi a condotte violente contro le donne che necessitano di azioni repentine ed efficaci innanzitutto nel breve periodo, al fine di evitare derive ancor più drammatiche e dagli esiti nefasti. Un approccio eccessivamente garantista e, forse, non pienamente coerente con i più recenti sviluppi in materia di protezione delle donne in casi di violenza ‘gender-based’, rischia di vanificare gli sforzi degli Stati membri del Consiglio d’Europa che hanno già da tempo adottato provvedimenti virtuosi e conformi agli obblighi internazionali.

Ciò che forse lascia però più perplessi, e che ci aveva portato a sperare in un ricorso alla Grande Camera da parte del Governo italiano – che purtroppo non è stato presentato – è che con questa sentenza, arrivata ben 11 anni dopo la presentazione del ricorso e in un quadro giuridico decisamente più evoluto rispetto al 2012, la Corte ha dato l’impressione di voler sminuire la portata della sua precedente importante giurisprudenza in materia, ad esempio, di valutazione del rischio e di condanna della passività delle autorità preposte alla protezione delle donne³³.

Essa, infatti, ci pare abbia strumentalizzato quella nozione di valutazione e gestione del rischio ‘autonoma’ e ‘proattiva’ che deve caratterizzare l’operato delle autorità statali, sviluppata dalla Grande Camera nel caso *Kurt c. Austria* del 15 giugno 2021: qui, invero, i giudici avevano chiarito il ruolo centrale della autorità nazionali nel poter anche, in una certa misura, ‘sopperire’ alla percezione del rischio della vittima³⁴, che potrebbe essere ‘inquinato’ da timori e ripensamenti dovuti alla sua particolare vulnerabilità.

In *Germano c. Italia*, invece, la Corte ci è parsa ‘accusare’ le autorità italiane di non aver sentito anche la versione del presunto *stalker* – non prendendo così in considerazione «the entirety of the evidence avai-

³³ Vedi S. DE VIDO, *Verso un ‘test’ di dovuta diligenza sensibile al genere nei casi di violenza domestica? Sulla recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2022, p. 613 ss.

³⁴ Corte EDU, sentenza del 4 luglio, ric. n. 62903/15, *Kurt c. Austria*, parr. 169 e 170.

lable»³⁵ – e interpretare così le nozioni di ‘autonomia’ e di ‘proattività’ quali garanzie in favore del presunto reo. Come anche evidenziato dal giudice Sabato nella sua opinione concorrente, in *Kurt* la Grande Camera aveva, al contrario, promosso il *favor victimae* «in its pursuit of better protection of vulnerable victims who are unable to report in full the violence they sustain»³⁶.

La sentenza in esame, dunque, esprime quasi un atteggiamento ‘schizofrenico’ della Corte europea che, da un lato, ha condannato gli Stati per l’inerzia delle loro autorità³⁷ e, dall’altro, ha stigmatizzato comportamenti virtuosi e proattivi volti a proteggere e fungere da deterrente rispetto a possibili future *escalation* di violenza ai danni delle donne, ribaltando pertanto il suo fondamentale *acquis* volto alla tutela delle vittime di violenza *gender-based*.

Dal 1° ottobre 2023 anche l’Unione europea è parte contraente della Convenzione di Istanbul e ciò rappresenta senz’altro un forte monito per i 5 Stati membri che ancora non l’hanno ratificata. A ciò, però, si contrappone una cronaca che continua a raccontarci di violenze contro le donne che troppo spesso culminano in femminicidi, cronaca che ormai ‘certifica’ il carattere strutturale di tale violenza.

Dato questo contesto, in conclusione si auspica che la Corte europea possa sempre più spesso e in modo sistematico riferirsi alla Convenzione di Istanbul quale ‘baluardo’ di una applicazione maggiormente *gender-sensitive* della CEDU e che, in riferimento al caso da noi esaminato, «the departures from the case-law entailed by the majority’s judgement will be speedily corrected by further jurisprudential developments»³⁸.

³⁵ Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, cit., par. 128.

³⁶ Corte EDU, sentenza del 4 luglio, ric. n. 62903/15, *Kurt c. Austria*, par. 55.

³⁷ Vedi Corte EDU, sentenza del 2 marzo 2017, ric. n. 41237/14, *Talpis c. Italia*, *Kurt c. Austria*, cit. e sentenza del 16 giugno 2022, ric. n. 23735/19, *De Giorgi c. Italia*.

³⁸ Corte EDU, *Giuliano Germano c. Italia*, opinione concorrente del giudice Sabato, cit., par. 2.

Inesistenza di un 'diritto' alla segretezza dei negoziati internazionali e competenza dei giudici interni a decidere situazioni di rilevanza internazionalistica: alcune considerazioni a margine del processo a carico dei responsabili del rapimento e della morte di Giulio Regeni

GIANPAOLO MARIA RUOTOLO*

SOMMARIO: 1. Su un supposto diritto alla segretezza dei negoziati e del connesso divieto di divulgazione unilaterale di notizie. – 2. L'ipotetica invocabilità del segreto di Stato, la "*political question doctrine*" e gli obblighi di trasparenza per il caso di violazioni gravi di diritti fondamentali.

ABSTRACT: Il lavoro si occupa di analizzare alcune dichiarazioni rilasciate dall'Avvocatura dello Stato italiano nel corso del processo interno ai responsabili del rapimento e della morte di Giulio Regeni alla luce di alcuni obblighi di diritto internazionale e in particolare indaga l'esistenza di un diritto alla segretezza dei negoziati internazionali dai quali discenderebbe il divieto di rilasciare unilateralmente informazioni relative all'andamento dei detti negoziati.

PAROLE CHIAVE: Negoziati – segretezza – trasparenza – diritti fondamentali – *political question doctrine* – Giulio Regeni.

1. Su un supposto diritto alla segretezza dei negoziati e del connesso divieto di divulgazione unilaterale di notizie

Il drammatico caso dell'omicidio del dottorando di ricerca italiano Giulio Regeni, avvenuto in Egitto ormai più di otto anni or sono, oltre al giusto sdegno civile¹, ha sollecitato anche l'attenzione degli studiosi di diritto internazionale per le innumerevoli e delicate questioni giuridiche che solleva.

* Professore ordinario di diritto internazionale, Università di Foggia, gianpaolo.ruotolo@unifg.it.

¹ Si veda, *ex multis*, il Comunicato del Direttivo della Sidi del 17 dicembre 2020, "Sull'attualità e l'importanza degli obblighi derivanti dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984", reperibile all'indirizzo www.sidiblog.org

Molte di queste come, in particolare, quelle relative all'applicazione degli obblighi di diritto internazionale generale sulla protezione dello straniero, al divieto di tortura e di privazione arbitraria della vita², nonché all'attivazione della clausola "giurisdizionale" prevista dall'art. 30 della Convenzione contro la tortura del 1984³ e ai problemi connessi all'assenza del reato di tortura nel nostro ordinamento interno⁴, sono stati oggetto di autorevoli analisi.

Come pure noto, peraltro, la questione, oltre ad esser stata oggetto di un'ampia indagine condotta da una Commissione parlamentare di inchiesta che ha svolto quarantacinque audizioni, acquisito circa trentadue pagine di documenti e adottato, il 1° dicembre 2021, una relazione finale di 460 pagine che conclude per la responsabilità degli apparati di *intelligence* egiziani, ha comportato l'avvio di un procedimento penale dinanzi al Tribunale di Roma (Proc. Pen. n. 52239\18) nei confronti di quattro agenti dei servizi segreti egiziani (Tariq Sabir, Athar Kamel Mohamed Ibrahim, Uhsam Helmi, Magdi Ibrahim Abdelal Sharif) accusati di essere responsabili del rapimento e, almeno uno di costoro, dell'omicidio di Regeni.

Il processo in questione ha sollevato una serie di aspetti giuridici di grande interesse, sia di diritto processuale penale interno, in particolare relativi alla prosecuzione del processo in assenza degli imputati, ai quali non è stato possibile notificarne gli atti (e di cui non ci occuperemo)⁵, sia di diritto internazionale.

² Si vedano, tra gli altri, R. PISILLO MAZZESCHI, *Il caso Regeni: alcuni profili di diritto internazionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 526 ss. e la nota a cura di M. LUNARDINI, *Il caso Regeni: gli strumenti del diritto internazionale*, Centro Studi Politica Internazionale, reperibile all'indirizzo www.cespi.it, che riassume le posizioni di G. Nesi, A. Marchesi, P. De Sena e A. Bultrini.

³ Cfr. M. BUSCEMI, F. VIOLI, *Atti di tortura e ricorsi interstatali: prospettive nell'ambito della Convenzione ONU contro la tortura, e oltre*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, p. 613 ss.

⁴ G. CARELLA, *In morte di Giulio Regeni*, in *Quaderni di SidiBlog*, 2016, p. 182 ss.

⁵ Si tratta di aspetti processual-penalistici di cui non ci occuperemo. Ricordiamo solo che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 192 del 2023, depositata il 26 ottobre 2023, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 420-bis, co. 3, c.p.p., nella parte in cui non prevede che il giudice possa procedere in assenza per i delitti commessi mediante gli atti di tortura definiti dall'art. 1, co. 1, della Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata a New York il 10 dicembre 1984, ratificata ed eseguita in Italia con l. 3 novembre 1988, n. 498, quando, a causa della mancata assistenza dello Stato di appartenenza dell'imputato, è impossibile avere la prova che quest'ultimo, pur consapevole del procedimento, sia stato messo a conoscenza della pen-

Su alcuni di questi ultimi, di recente emersione, intendiamo invece soffermarci, seppur brevemente, in questo scritto.

In particolare, il GUP aveva disposto, nell'ambito di tale procedimento, che fossero escussi il Presidente del Consiglio italiano Giorgia Meloni e il Ministro degli Esteri Antonio Tajani in quanto informati su una serie di dichiarazioni che il Presidente egiziano Abdel Fattah Al-Sisi avrebbe reso alla loro presenza, e che erano da costoro state riferite molto genericamente a organi di informazione, in particolare relative alla volontà di futura collaborazione del governo egiziano nelle indagini, collaborazione che, fino ad oggi, come del tutto noto, non c'è stata.

I due avrebbero dovuto essere sentiti in occasione dell'udienza originariamente fissata per il 3 marzo 2023.

Tuttavia, l'Avvocatura dello Stato, poco prima dell'udienza, provvedeva a depositare una memoria con la quale dichiarava l'impossibilità di procedere all'escussione dal momento che:

«Il contenuto dei colloqui si iscrive nell'abito delle relazioni di politica internazionale e riguarda attività svolta nell'esercizio di uno delle più rilevanti prerogative dell'azione di governo, nella sua più specifica accezione di politica estera. Secondo la prassi internazionale costantemente applicata dagli Stati i contenuti dei colloqui, bilaterali o plurilaterali, fra i rappresentanti di governo non possono essere divulgati se non attraverso comunicati congiunti e condivisi. La divulgazione dei medesimi contenuti senza il consenso dello stato estero interessato potrebbe incidere sulla credibilità nella comunità internazionale: il contenuto dei colloqui non è divulgabile" perché "c'è un segreto che non può essere violato».

In buona sostanza, l'Avvocatura dello Stato, facendo riferimento all'esistenza di una non meglio specificata "prassi internazionale costantemente applicata dagli Stati", ci pare intendesse sottintendere l'esistenza, e quindi invocarlo, di un obbligo negativo imposto dal diritto internazionale generale – o quanto meno l'elemento materiale della relativa consue-

denza del processo, fatto salvo il diritto dell'imputato stesso a un nuovo processo in presenza per il riesame del merito della causa. *L'illegittimità costituzionale dell'art. 420-bis, co. 3, c.p.p. è stata dichiarata per violazione degli artt. 2, 3 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione alla Convenzione di New York contro la tortura. In dottrina, ex multis, v. R. NIGRO, La sentenza della Corte costituzionale italiana n. 192/2023 e il reato di tortura nel caso Regeni: una pronuncia simbolica per il processo che non c'è, in Osservatorio sulle fonti, 2024, p. 47 ss.*

tudine – che, a suo dire, vieterebbe agli Stati di render noti all'esterno i risultati di un negoziato, sia esso bilaterale o multilaterale, tranne nel caso in cui l'esternazione avvenga congiuntamente o comunque in maniera consensuale.

O in alternativa, volendo concepire la ricostruzione dell'Avvocatura come relativa a un obbligo positivo, il diritto internazionale, addirittura generale, imporrebbe agli Stati, con riguardo al contenuto di negoziati, finanche di quelli già conclusi, una sorta di obbligo di "comunicato stampa a firma congiunta".

Ora, come noto, la Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche, all'art. 31, par. 2 prevede che «l'agente diplomatico non è tenuto a prestare testimonianza»: essa, tuttavia, oltre a fare riferimento a soggetti (e funzioni) del tutto peculiari, evidentemente si riferisce alla testimonianza dinanzi al giudice dello Stato di accreditamento, cioè a uno Stato diverso rispetto a quello per il quale l'escusso presta servizio, come invece sarebbe dovuto avvenire nel caso di specie.

Peraltro, con riguardo alla trasparenza riguardo al contenuto dei negoziati internazionali, la prassi, quella più recente almeno, sembra, piuttosto, deporre in senso contrario a quanto sostenuto dalla difesa erariale, nel senso di ritenere che la comunicazione all'esterno del contenuto delle attività negoziali sia, oggi, strumento fondamentale per il controllo democratico della attività di rilevanza internazionale dei governi. Infatti, sebbene sia certamente vero che la segretezza dei negoziati ha giocato un ruolo di rilievo nelle relazioni tra Stati, e probabilmente è stata a suo tempo oggetto di un comportamento piuttosto consolidato degli Stati (che però è dubbio abbia prodotto una norma consuetudinaria), in particolare a partire dalla fine della guerra fredda, il trend pare essersi invertito, e questo specialmente con riguardo ai contesti e alle situazioni che riguardano la violazione di diritti fondamentali.

Da ultimo, infatti, la tendenza pare quella di considerare che la diffusione del contenuto dei negoziati da parte degli Stati rappresenti, come dicevamo, un meccanismo per ovviare a un più volte contestato *deficit* democratico⁶.

⁶ Al riguardo si vedano A.L. DAVÉRÈDE, *Negotiations, Secret*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2013 e, soprattutto, S. DUQUET, J. WOUTERS, *Diplomacy, Secrecy and the Law*, in *Leuven Centre for Global Governance Studies/Institute for International Law*, Working Paper n. 151, March 2015, reperibile all'indirizzo www.ghum.kuleuven.be

E quindi, se è vero che l'esternazione del contenuto di un negoziato può, legittimamente e opportunamente, essere procrastinata nel corso del medesimo (specie se multilaterale) al fine di non pregiudicare la posizione dei negoziatori, un approccio siffatto ci pare abbia meno giustificazioni con riguardo a casi come quello in esame, in cui le posizioni negoziali, essendo il medesimo negoziato bilaterale, sono ovviamente già note a tutte le parti del medesimo.

E questo in particolare, poi, quando il negoziato, come nel caso in esame, dovesse riguardare (anche) una situazione relativa a una gravissima violazione di diritti fondamentali, qual è quella in esame: la tutela del diritto alla vita e a non esser sottoposti alla sua privazione arbitraria, né a torture e a trattamenti disumani e degradanti, infatti, sono notoriamente oggetto di norme di *jus cogens*, i cui corrispondenti obblighi, in forza dell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite e della corrispondente norma di diritto internazionale generale, non possono che prevalere su una norma quale quella che imporrebbe o consentirebbe il silenzio, anche qualora se ne volesse ammettere l'esistenza.

La relativa prassi recente, sviluppatasi soprattutto con riguardo ai negoziati relativi ad accordi commerciali, ci pare deporre proprio in questo senso: a mero titolo di esempio si pensi al comportamento adottato dalla Commissione europea con riguardo al negoziato relativo alla – poi fallita – *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) con gli Stati Uniti, dapprima segreto e poi reso noto, in accoglimento di numerosissime istanze provenienti dalla società civile che ne contestavano, a torto o a ragione, l'incompatibilità proprio con numerosi diritti fondamentali.

E non a caso abbiamo fatto riferimento alla prassi relativa ad accordi commerciali, dal momento che appare plausibile pensare che il contenuto dei contatti tra Governo italiano ed egiziano abbia, tra gli altri, anche contenuto commerciale, pure in conseguenza della scoperta in Egitto, da parte dell'ENI, di un enorme giacimento di gas metano, il più grande mai individuato nel Mediterraneo denominato Zohr.

2. L'ipotetica invocabilità del segreto di Stato, la “*political question doctrine*” e gli obblighi di trasparenza per il caso di violazioni gravi di diritti fondamentali

Invece di invocare un, secondo noi, inesistente “diritto al segreto” di derivazione internazionalistica, un'altra strada che il Governo avrebbe forse potuto percorrere (ma che, ci pare significativo, non ha utilizzato), sareb-

be stata quella di invocare, qualora ve ne fossero i requisiti, il segreto di Stato.

Esso, infatti, lo ricordiamo, è astrattamente opponibile anche con riguardo ad attività di rilevanza internazionalistica.

In tal senso il pensiero corre, anche in quel caso con riferimento a una fattispecie che riguardava i rapporti tra Italia ed Egitto, al caso Abu Omar, in cui, nel 2003, un cittadino egiziano veniva rapito in Italia da una squadra di agenti statunitensi e italiani di intelligence nell'ambito di una c.d. *extraordinary rendition*, per esser trasferito in Egitto dove subiva torture volte ad estorcergli informazioni su attività terroristiche.

Con riguardo ai limiti imposti dal diritto internazionale al segreto di Stato italiano, però, va pure ricordato che, con la sentenza del 23 febbraio 2016, *Nasr e Ghali c. Italia*, relativa proprio al caso Abu Omar, però, la Corte europea dei diritti umani riteneva l'Italia responsabile delle violazioni degli artt. 3 (divieto di tortura), 5 (diritto alla libertà e sicurezza), 8 (diritto alla vita privata e familiare) e 13 (diritto a un ricorso effettivo) della CEDU proprio in considerazione dell'apposizione del segreto di Stato nel corso di un procedimento penale svoltosi in Italia nei confronti di cinque agenti italiani,

Esso, infatti, impedendo una decisione nel merito, aveva condotto all'impunità degli imputati.

Va pure detto che nell'occasione la Corte non giungeva ad affermare con chiarezza che, in applicazione del diritto umano alla verità, il Segreto di Stato non potrebbe mai essere opposto nei procedimenti che riguardano gravi violazioni dei diritti umani⁷.

Per altro verso a noi pare che la memoria della Difesa erariale, anche se non in maniera esplicita, stia paventando addirittura l'assenza di una competenza per così dire generale dell'ordine giudiziario a decidere su tutta la questione Regeni sottoposta alla sua attenzione. E infatti, ad oggi, il processo è stato bloccato, almeno fino alla sentenza 193/2023 della Corte costituzionale.

La memoria pare infatti rievocare l'applicazione, in salsa italiana, della *political question doctrine* elaborata dalla Corte suprema statunitense che, oltre un secolo fa, aveva individuato sei fattispecie distinte di questioni di

⁷ Così T. SCOVAZZI, *Segreto di Stato e diritti umani: il sipario nero sul caso "Abu Omar"; sul "diritto alla verità"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 157 ss.; con specifico riguardo al caso Regeni v. pure L. PASQUET, *L'Italia, l'Egitto, e il "diritto alla verità": alcune considerazioni sul caso Regeni*, in *Quaderni di SidiBlog*, 2016, p. 175 ss.

rilievo politico, in quanto tali sottratte al controllo del potere giudiziario. Secondo questa teoria, dunque, ci si troverebbe in presenza di una questione siffatta 1) qualora una norma costituzionale attribuisca la relativa competenza ad un determinato «political departement»; 2) quando vi sia l'assenza di «judicially discoverable and manageable standards» per risolvere la stessa; 3) ogniqualvolta vi sia l'impossibilità di dirimere una controversia senza una «initial policy determination»; 4) qualora una decisione giurisdizionale comporti comunque il rischio di un «lack of respect due to coordinate branches of government»; 5) quando vi sia l'incontestabile necessità di «adherence to a political decision» e infine 6) qualora vi sia il rischio di un conflitto di decisioni tra «various departements on one question»⁸.

Un corollario di siffatta *political question doctrine*, la c.d. *one voice theory*, come noto, suggerisce che nell'ambito dei rapporti internazionali uno Stato debba esprimere verso l'esterno una posizione univoca, che promani, cioè, da tutti gli organi competenti anche qualora vi possa conseguire la necessità «to defy judicial application»⁹.

Da ciò è derivata, nei Paesi di lingua anglosassone, in materia di relazioni estere, una sorta di deferenza del potere giudiziario al potere esecutivo¹⁰, al fine di tutelare, per usare le parole della Corte suprema statunitense, «the very delicate, plenary and exclusive power of the President as the sole organ of the federal government in the field of international relations»¹¹.

Questa ricostruzione, però, va detto, ha incontrato pure critiche della dottrina, secondo la quale la *rule of law* – e quindi la decisione da parte di un giudice sottratto alle influenze politiche dell'Esecutivo – costituisce «the most efficacious approach to international as well as domestic disputes»¹².

Non a caso l'*Institut de droit international*, nella risoluzione adottata nel 1993 alla sessione di Milano su *L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat*, special rapporteur Benedetto Conforti, dopo aver

⁸ Corte Suprema USA, decisione del 21 dicembre 1936, *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936).

⁹ Corte Suprema USA, decisione del 10 giugno 1946, *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946).

¹⁰ Cfr. L. COLLINS, *Foreign Relations and the Judiciary*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, p. 485.

¹¹ Corte Suprema USA, *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, cit.

¹² C. FLINTERMAN, *Judicial Control of Foreign Affairs: the Political Question Doctrine*, in R. BAKKER, A. W. HERINGA, F.A.M. STROINK (eds.), *Judicial Control: Comparative Essays on Judicial Review*, Antwerpen, 1995, p. 49.

chiaramente affermato, all'art. 1, che: «(...) les juridictions nationales devraient être habilitées par leur ordre juridique interne à interpréter et appliquer le droit international en toute indépendance», all'art. 2 suggerisce che le medesime, qualora dovessero trovarsi «à juger une question liée à l'exercice du pouvoir exécutif, ne devraient pas refuser d'exercer leur compétence en raison de la nature politique de la question si cet exercice est soumis à une règle de droit international».

E nei Paesi di *civil law* non è mai stata elaborata una teoria corrispondente alla *political question*: il problema da risolvere, da noi, non ha riguardato l'*an* della competenza delle corti nazionali a pronunciarsi su questioni di rilevanza internazionalistica, essendo ciò sempre astrattamente possibile, ma il *quomodo*, ovvero l'estensione e i limiti di tale competenza.

In Italia, poi, in particolare, la questione ha assunto, essenzialmente, la forma della "discrezionalità del legislatore", che impedisce alla Corte costituzionale di sostituirsi al Parlamento (ma che ha anche di recente comportato l'adozione di sentenze di "sollecito" a quest'ultimo) o quella del "conflitto di attribuzioni", che però, con riferimento al caso Regeni non ci risulta esser mai stato sollevato.

Insomma, ci pare che in nessun modo il diritto internazionale legittimi la sottrazione di informazioni in possesso al potere esecutivo, se ottenute nel corso di un negoziato internazionale, in particolare quando esse riguardino un caso relativo a gravissime violazioni di diritti fondamentali.

Il rischio di un passo indietro dell'Italia sul reato di tortura

ANTONIO MARCHESI*

SOMMARIO: 1. Le proposte di modifica della disciplina penalistica della tortura e la posizione del Governo. – 2. L'introduzione del reato specifico di tortura nell'ordinamento italiano. – 3. Gli argomenti addotti a sostegno dell'ipotesi abrogativa. – 4. Previsione del codice penale e definizione internazionale di tortura. – 5. Tortura e privazione della libertà personale. – 6. Tortura e trattamenti inumani o degradanti. – 7. I pretesi rischi legati alla previsione di un reato specifico di tortura. – 8. In conclusione.

ABSTRACT: Sono state presentate al Parlamento proposte finalizzate a modificare la disciplina penalistica della tortura, alcune delle quali prevedono l'abrogazione *tout court* delle fattispecie, introdotte nel 2017, di cui agli articoli 613-*bis* e 613-*ter* del codice penale (rispettivamente «tortura» e «istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura»). Il Governo ha più volte dichiarato di non voler abrogare il reato di tortura, precisando nondimeno di voler porre rimedio a presunte «carenze tecniche» della fattispecie. Gli argomenti addotti a sostegno dell'ipotesi abrogativa non convincono. Da un lato, si sostiene ancora una volta la tesi, avanzata a suo tempo dal nostro paese, secondo cui una fattispecie specifica di tortura non sia necessaria ai fini dell'adempimento dell'obbligo di prevedere la tortura come reato. Dall'altro, si ritiene, erroneamente, che l'attuale disciplina italiana non sia rispettosa degli obblighi internazionali dal momento che la definizione penalistica della tortura avrebbe un contenuto diverso e più ampio rispetto a quello di cui all'art.1 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1984 (tale da facilitare «abusi» nei confronti delle forze di polizia). Da tali premesse non si fa discendere, come ci si sarebbe potuti aspettare, la proposta di riaprire la discussione sulla definizione del reato, bensì quella di cancellare del tutto la fattispecie. Quanto alla posizione del Governo, anche se la circostanza che non abbia fatto propria la proposta abrogativa è tranquillizzante, gli argomenti relati-

* Antonio Marchesi, Professore associato di diritto internazionale, Università degli Studi di Teramo, amarchesi@unite.it.

vi a presunte «carenze tecniche» avanzati fanno temere modifiche in senso restrittivo difficilmente in linea con il contenuto degli obblighi internazionali.

PAROLE CHIAVE: tortura – trattamenti inumani o degradanti – obblighi di punizione – prescrizione – privazione della libertà – forze di polizia.

1. Le proposte di modifica della disciplina penalistica della tortura e la posizione del Governo

A soli sette anni dalla loro introduzione, avvenuta quasi trent'anni dopo la ratifica italiana della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti del 1984, le fattispecie di cui agli artt. 613-*bis* e 613-*ter* del codice penale, rubricate rispettivamente «tortura»¹ e «istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura»², potrebbero essere presto cancellate. Sono stati infatti presentati al Senato due disegni di legge finalizzati a introdurre modifiche alla disciplina penalistica della tortura: il ddl n. 341 («Modifiche al codice penale in materia di introduzione di una circostanza aggravante comune in materia di tortura») e il ddl n. 661 («Modifiche agli articoli 613-*bis* e 613-*ter* del codice penale, in materia di tortura e istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura»). Il ddl n.341, il cui primo firmatario è il

¹ Secondo l'art. 613 *bis*, «Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona». Il secondo comma contempla un'aggravante di pena nell'ipotesi in cui i fatti siano «commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio», aggravante che tuttavia «non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure private o limitative di diritti». Sono inoltre previste aggravanti nelle ipotesi che dai fatti derivino, rispettivamente, una lesione personale, una lesione personale grave, una lesione personale gravissima o la morte (in quanto conseguenza non voluta o in quanto cagionata volontariamente).

² Secondo l'art. 613 *ter*, «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni».

Senatore Iannone di *Fratelli d'Italia*, prevede l'abrogazione *tout court* degli artt. 613-*bis* e 613-*ter* e la contestuale introduzione di una nuova circostanza aggravante. Il ddl n. 661, a firma della Senatrice Bilotti del *Movimento 5 Stelle*, ha invece come obiettivo quello di adeguare le norme degli artt. 613-*bis* e 613-*ter* «a un indirizzo giurisprudenziale maggioritario», correggendo talune «storture (...) che ne ostacolano una corretta applicazione». Una proposta di legge, la n. 623, il cui contenuto è molto simile a quello del ddl n. 341, è stata presentata alla Camera dei Deputati dall'Onorevole Vietri («Modifiche agli articoli 61 del codice penale e 191 del codice di procedura penale in materia di introduzione della circostanza aggravante comune della tortura»).

La presentazione di quest'ultima proposta è stata l'occasione di un'interrogazione parlamentare finalizzata a conoscere l'orientamento del Governo in materia, alla quale ha fornito risposta il Ministro della Giustizia³. Quest'ultimo ha chiarito, in termini piuttosto netti, che non è intenzione del Governo abrogare il reato di tortura – «posso rispondere, senza “se” e senza “ma”, che il Governo non ha alcuna intenzione di abrogare il reato di tortura» –, segnalando nel contempo quello che, a suo avviso, costituisce «un aspetto tecnico che deve essere rimodulato». Egli ritiene infatti che «il reato di tortura, così com'è strutturato, [abbia] delle carenze tecniche di specificità e tipicità che devono connotare la struttura della norma penale».

Sulle presunte «carenze tecniche» che caratterizzerebbero la previsione dell'art. 613-*bis* e che giustificerebbero il proposito di riconsiderarne il testo avremo modo di tornare in seguito. Quanto alla posizione del Governo contraria all'abrogazione del reato di tortura si segnala come questa non abbia rassicurato il Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa che, nella sua riunione del 7 dicembre 2023, nel ricordare come «le disposizioni del codice penale sul reato di tortura introdotte nel 2017» siano state approvate in esecuzione della sentenza *Cestaro e altri contro Italia*, ha «preso atto con preoccupazione delle iniziative legislative volte ad abrogar[le]»⁴. Il Comitato dei Ministri nota infatti come, nonostante la

³ Interrogazione a risposta immediata n. 3-00285 presentata in data 28 marzo 2023 dai deputati Gianassi, Fornaro, Lacarra, Serracchiani, Zan, Ferrari, Ghio e Casu.

⁴ Comitato dei Ministri del Consiglio di Europa, decisione 1483/H46-18 del 7 dicembre 2023.

presa di posizione del Governo, le proposte abrogative richiamate sopra non siano state ritirate⁵.

Se dunque le prospettive attuali, anche alla luce delle posizioni contrastanti assunte rispettivamente da parlamentari della maggioranza e dal Ministro della Giustizia, rimangono incerte, la riapertura della discussione sulle modalità di adattamento dell'ordinamento italiano agli obblighi internazionali di punizione della tortura costituisce di per sé, ad avviso di chi scrive, motivo di preoccupazione. Il rischio, infatti, soprattutto se dovessero essere approvate le proposte di cancellare dal nostro ordinamento giuridico i reati di cui agli art. 613-*bis* e 613-*ter*, ma anche nell'ipotesi che vengano introdotte le modifiche restrittive a cui il discorso sulle «carenze tecniche» dell'attuale fattispecie sembra preludere, è che si compia sotto questo profilo un passo indietro.

2. L'introduzione del reato specifico di tortura nell'ordinamento italiano

Non è utile ripercorrere per intero in questa sede la vicenda che ha portato all'introduzione delle norme di cui viene ora proposta la modifica o la cancellazione⁶. Basti richiamarne alcuni passaggi. La ratifica italiana della Convenzione contro la tortura del 1984, depositata nel 1989, è stata preceduta dall'approvazione della legge n. 498 del 1988 che contiene, oltre all'autorizzazione alla ratifica, alcune norme di adattamento che non hanno, tuttavia, trovato applicazione⁷. Non fu introdotto all'epoca nel nostro ordinamento un reato specifico di tortura, elemento centrale attorno al quale ruota – non può che ruotare, a nostro avviso – un sistema di punizione efficace. I tentativi di colmare tale lacuna normativa non hanno, per quasi tre decenni, avuto successo: in un primo momento a causa

⁵ I ddl n. 341 e n. 661 sono stati assegnati alla Commissione Giustizia del Senato. La discussione nel merito, peraltro, nel momento in cui si scrive, non è iniziata.

⁶ Si vedano in proposito A. MARCHESI, *Delitto di tortura e obblighi internazionali di punizione*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2018, p.131 ss; F. LATTANZI, *La nozione di tortura nel codice penale italiano a confronto con le norme internazionali in materia*, ibidem, p.161 ss; C. D. LEOTTA, *Tortura (reato di)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche, Aggiornamento X*, 2018, p. 862 ss. (con ampia bibliografia); A. GIANELLI, *Has Italy Finally Implemented Its International Obligations Concerning the Punishment of Torture?*, in *International Criminal Law Review*, 2021, p.715 ss..

⁷ Si vedano l'art. 2, contenente l'ordine di esecuzione della Convenzione, e l'art. 3, che riprende i criteri giurisdizionali, compreso il criterio c.d. universale, di cui all'art. 5 di quest'ultima.

dell'interesse limitato che hanno riscosso le proposte presentate al Parlamento; successivamente, in ragione dei contrasti sorti in ordine alla definizione della fattispecie di tortura, rivelatasi assai divisiva⁸. Nel frattempo, nell'indisponibilità di strumenti idonei a punire la tortura in modo efficace, quest'ultima, quand'anche i fatti siano stati accertati – non mancano le sentenze nelle quali espressamente si afferma che sono stati commessi atti di «tortura» nel senso della definizione «internazionale» di quest'ultima –, non è stata punita adeguatamente o non è stata punita affatto⁹. L'assenza di una fattispecie *ad hoc* ha infatti comportato che i giudici abbiano dovuto fare riferimento a fattispecie di reato generiche, punibili con pene lievi e, di conseguenza, soggette a termini di prescrizione brevi.

L'inidoneità dell'ordinamento giuridico italiano di fronte all'obiettivo di punire adeguatamente la tortura è stata oggetto delle osservazioni critiche formulate da diversi *treaty bodies* del sistema delle Nazioni Unite¹⁰. Il quadro normativo all'epoca vigente è stato inoltre valutato dalla Corte europea dei diritti umani come incompatibile con il rispetto dell'art. 3 della CEDU. Ben quattro diverse sentenze relative ai c.d. fatti di Genova del luglio 2001 hanno accertato violazioni, oltre che dell'aspetto «sostanziale» di quella norma, a causa delle torture inflitte dalle forze di polizia nella scuola Diaz e nella caserma di Bolzaneto, anche del suo aspetto «procedurale», in ragione della risposta gravemente insufficiente dello Stato italiano¹¹.

La legge n. 110, approvata nel 2017 anche allo scopo di dare esecuzione a quelle sentenze, introduce il reato di tortura, la cui definizione è stata

⁸ Ci permettiamo di rinviare, a proposito del dibattito parlamentare che ha preceduto l'approvazione della legge 14 luglio 2017, n.110, a A. MARCHESI, *Implementing the UN Convention Definition of Torture in Criminal Law (With a Special Focus on the Case of Italy)*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 195 ss.

⁹ Si veda Tribunale Asti, sentenza del 30 gennaio 2012, n. 78, nella quale si legge che poiché «in Italia non è prevista alcuna fattispecie penale che punisca coloro che pongono in essere i comportamenti che (universalmente) costituiscono il concetto di "tortura" (...) [l]e uniche norme che astrattamente possono essere utilizzate per punire segmenti del comportamento tenuto dai torturatori, senza ovviamente colpire il complesso degli atti, senza tutelare il più ampio bene giuridico né punire adeguatamente il notevole disvalore anche sociale del fatto, restano i delitti p. e p. dagli artt. 582, 608 e (forse) 572 cp unitamente all'aggravante di cui all'art. 61 n. 9».

¹⁰ Comitato contro la tortura, *Conclusions and Recommendations of the Committee against Torture: Italy*, UN Doc. CAT/C/ITA/CO/4 del 16 luglio 2007.

¹¹ Corte EDU, sentenza del 7 aprile 2015, ric. n. n. 6884/11, *Cestaro c. Italia*; sentenza del 22 giugno 2017, ric. n. 12131/13 e 43390/13, *Bartesaghi Gallo e altri c. Italia*; sentenza del 26 ottobre 2017, ric. n. 28923/09 e 67599/10, *Azzolina e altri c. Italia*; sentenza del 26 ottobre 2017, ric. n. 1442/14, 21319/14 e 21911/14, *Blair e altri c. Italia*.

tuttavia giudicata, da più parti e per diversi aspetti, problematica¹². In sede di applicazione, peraltro, la norma di cui all'art. 613 *bis* è stata interpretata dalla Corte di Cassazione in maniera «convenzionalmente orientata», tanto da neutralizzare alcuni difetti della sua formulazione¹³.

3. Gli argomenti addotti a sostegno dell'ipotesi abrogativa

Ciò premesso, questo commento si concentra soprattutto sulla motivazione del ddl n. 341, nella quale vengono illustrati gli argomenti a sostegno della proposta di cancellare, e non semplicemente di emendare, gli artt. 613-*bis* e 613-*ter*. L'interesse che tale motivazione riveste per gli internazionalisti deriva principalmente dalla circostanza che questa si fonda, in buona parte, su una ricostruzione del contenuto dell'obbligo di prevedere la tortura come reato. Vi si afferma, da un lato, che era sorretto da «pertinenti motivazioni» l'argomento avanzato a suo tempo dall'Italia secondo cui sarebbero state sufficienti, per adempiere a quell'obbligo, le norme già previste nell'ordinamento (si tratta della ben nota tesi della «copertura» dei fatti di tortura attraverso fattispecie di reato preesistenti ... di portata ampia e di gravità ridotta). Dall'altro lato, si sostiene che il testo dell'art. 613-*bis* sarebbe invece «contraddittorio rispetto allo scopo che si prefigeva» e che questo non adempirebbe «correttamente agli obblighi internazionali» – il cui contenuto viene ricostruito – dal momento che la definizione della fattispecie sarebbe «profondamente divergente rispetto a quella adottata dalla CAT e delineata nella giurisprudenza internazionale».

¹² Cfr., tra gli altri, I. MARCHI, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, p.155 ss.; A. COLELLA, *Il nuovo delitto di tortura*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 aprile 2018; S. AMATO, M. PASSIONE, *Il reato di tortura. Un'ombra ben presto sarai: come il nuovo reato di tortura rischia un binario morto*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 gennaio 2019; P. LOBBA, *Obblighi internazionali e nuovi confini della nozione di tortura*, in L. STORTONI, D. CASTRONOVO (a cura di), *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, Bologna, 2019, p. 113 ss.; A. GAMBERINI, *Il nuovo delitto di tortura*, *ibidem*, p. 351 ss.; A. MARCHESI, *Tortura. Qualcosa è cambiato*, *ibidem*, p. 359 ss.; P. PINTO DE ALBUQUERQUE, CIRO GRANDI, *Il nuovo delitto di tortura. Tutto sommato, un passo avanti*, *ibidem*, p. 393 ss.

¹³ Cfr. in proposito A. COLELLA, *La Cassazione si confronta, sia pure in fase cautelare, con la nuova fattispecie di 'tortura' (art.613-bis)*, in *Sistema penale*, 16 gennaio 2020; F. FANOLI, *Gli elementi costitutivi del reato di tortura alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità*, in *Rivista penale*, 2020, p. 927; F. CANCELLARO, *Reato di tortura e prime applicazioni*, in C. ANTONUCCI, F. BRIOSCHI, C. PATERNITI MARTELLO (a cura di), *La tortura nell'Italia di oggi*, 2020, reperibile all'indirizzo www.antigone.it.

Nessuno dei due argomenti posti a fondamento della proposta di abrogazione è, a nostro avviso, fondato. Il primo, fatto valere davanti a diversi *treaty bodies* – sia pure con poca convinzione dal momento che contestualmente i nostri rappresentanti aggiornavano i comitati sugli sforzi compiuti dal Parlamento per introdurre una fattispecie specifica –, non è sostenibile. La mancata previsione di un reato specifico di tortura, che sia rubricato «tortura» e autonomamente definito, contraddice lo spirito della Convenzione, che postula una risposta forte e decisa di fronte a quella che è considerata una violazione dei diritti umani assai grave... risposta difficilmente conciliabile con una qualificazione di quest'ultima quale reato di «ordinaria amministrazione». Inoltre, quella lacuna rende di fatto impossibile il rispetto di altri importanti obblighi convenzionali, a partire da quello di punire la tortura con pene adeguate alla sua gravità (non essendo tali, evidentemente, le pene previste per i reati generici di cui sopra).

La tesi della «copertura», peraltro, non è apparsa soddisfacente al Comitato contro la tortura delle Nazioni Unite il quale, dopo avere preso in esame la situazione del nostro paese, si è detto «concerned that the State party has still not incorporated into domestic law the crime of torture»¹⁴. E la Corte europea dei diritti umani ha ritenuto – né avrebbe potuto, a nostro avviso, fare altrimenti – il sistema italiano di punizione della tortura esistente all'epoca dei fatti di Genova, che si caratterizzava soprattutto per l'assenza di un reato specifico, inadeguato... al punto da ritenere, come si è accennato pocanzi, l'Italia responsabile di una violazione «procedurale», oltre che di una violazione «sostanziale», dell'art. 3 della CEDU¹⁵.

Quanto al secondo argomento avanzato dagli estensori del disegno di legge, questo si fonda sul presupposto errato che vi sia un obbligo di introdurre una definizione interna uguale a quella internazionale. Le cose non stanno così: l'obbligo di «criminalizzazione» della tortura, così come gli altri obblighi di punizione previsti dalla Convenzione del 1984, è riferito ai fatti di tortura così come individuati nell'art. 1. Tuttavia, come risulta in modo inequivocabile dalla lettura del secondo comma di quell'articolo, «lascia impregiudicato ogni strumento internazionale e ogni legge nazionale che contiene o può contenere disposizioni di portata più ampia»¹⁶.

¹⁴ Comitato contro la tortura, UN Doc. CAT/C/ITA/CO/4, cit.

¹⁵ Corte EDU, *Cestaro c. Italia*, cit.

¹⁶ Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti del 1984, art.1, c. 2; corsivo aggiunto.

In breve, la tesi, funzionale all'abrogazione delle modifiche al codice introdotte nel 2017, secondo cui la situazione precedente quelle modifiche fosse compatibile con gli obblighi convenzionali dell'Italia e quella successiva no, non è convincente.

4. Previsioni del codice e definizione internazionale di tortura

La parte più corposa della relazione illustrativa del ddl n. 341 è dedicata all'approfondimento di quelli che rappresentano, secondo gli estensori di quest'ultimo, i «profili di più evidente contrasto» delle attuali previsioni del codice con la definizione internazionale. Questi vengono descritti a partire da una serie di alternative, che vale la pena prendere in esame.

La prima alternativa è quella fra reato proprio e reato comune. L'ipotesi di cui all'art. 1 della Convenzione contro la tortura è, in effetti, riconducibile alla figura del reato proprio, che può essere commesso dal solo pubblico ufficiale, mentre l'art. 613-*bis* prevede un reato comune, sia pure aggravato se commesso dal pubblico ufficiale. Non è questa la sede per ripercorrere le motivazioni della scelta di estendere la previsione del nostro codice a casi di tortura «privata» (dettate essenzialmente dalla volontà di una parte dello schieramento politico che si evitasse di prendere di mira le forze di polizia). Basti dire che questa differenza, da cui, secondo i firmatari del disegno di legge, discenderebbe un'incompatibilità fra l'art. 613-*bis* e le norme convenzionali che vincolano l'Italia, è invece, a nostro avviso, al di là delle diverse possibili valutazioni nel merito, rispettosa di queste dal momento che la norma interna configura una previsione «di portata più ampia» rispetto alla definizione «internazionale».

La seconda alternativa è quella fra reato a forma libera e reato a forma vincolata. Secondo gli estensori del disegno di legge, la Convenzione delle Nazioni Unite prevede la forma libera, poiché non definisce gli atti in cui dovrà consistere la tortura, mentre l'art. 613-*bis* prevede la forma vincolata, visto che contiene taluni elementi definatori della condotta vietata. Più specificamente, l'art. 613-*bis* prevede tre possibili modalità di condotta: le violenze gravi, le minacce gravi, le azioni commesse con crudeltà. A proposito delle prime due, la scelta del plurale viene valutata positivamente nel disegno di legge in quanto servirebbe allo scopo di evitare «l'esposizione delle Forze dell'ordine a denunce pretestuose». La terza modalità, invece, viene criticata in quanto il parametro della crudeltà sarebbe troppo vago e, dunque, al contrario delle altre due modalità, esporrebbe le forze di polizia al rischio di denunce abusive.

Nella prospettiva dell'adempimento dell'obbligo internazionale di previsione della tortura come reato, il problema che si pone è, come si è chiarito, quello di non definire quest'ultimo in maniera che sia meno ampia rispetto alla nozione accolta in ambito convenzionale. Ed è questa prospettiva che si è posta la questione, assai dibattuta a suo tempo in sede parlamentare, dell'individuazione del tipo di condotta in cui può consistere la tortura. L'indicazione – in particolare attraverso l'uso del plurale – delle modalità di condotta in cui consiste la tortura potrebbe essere in effetti problematica nella misura in cui dovesse comportare un'indebita restrizione della portata della fattispecie penale. L'orientamento espresso nella motivazione del ddl. 341, tuttavia, suggerisce una critica di segno opposto: si valuta positivamente la norma nella parte che, essendo tendenzialmente più restrittiva, potrebbe in effetti porsi in conflitto con l'obbligo internazionale, mentre si critica il riferimento a una nozione, quella di crudeltà, che, al di là della bontà o meno della scelta di includerlo, non pone problemi nella prospettiva del rispetto della Convenzione del 1984.

5. Tortura, privazione della libertà e pretese cause di giustificazione

Ma passiamo all'esame della terza alternativa: quella tra dolo specifico, elemento che risulterebbe dall'indicazione degli scopi della tortura inclusa nella definizione convenzionale, e dolo generico, che caratterizzerebbe invece la previsione di cui all'art. 613-*bis*. Dall'insieme degli scopi indicati si ricaverebbe, secondo la motivazione del ddl n. 341, un vero e proprio tratto distintivo della tortura nel senso della Convenzione del 1984 consistente nel fatto che la vittima di questa sarebbe «in una condizione di impotenza» perché in uno stato di privazione della libertà personale. È questa una evidente forzatura interpretativa: anche a prescindere dalla circostanza che l'elenco di scopi previsti dalla norma convenzionale è un elenco aperto, il cui valore è esemplificativo, non si comprende, limitandosi a considerare i soli scopi espressamente indicati (ottenere confessioni o informazioni, intimidire o esercitare pressione, discriminare), come si possa giungere alla conclusione secondo la quale la tortura potrebbe essere inflitta unicamente nei confronti di persone detenute.

Il passaggio successivo della motivazione è ancora più esplicito nel voler escludere che possa esservi tortura, secondo il diritto internazionale, al di fuori della privazione di libertà in senso stretto. Vi si sostiene che «[n]on rientrerebbero nella nozione di tortura i trattamenti che, pur pro-

curando forti dolori alla vittima, risultano in ultima analisi “giustificati” in vista dello scopo lecito preso di mira dall’agente. Tra queste condotte rientrerebbero senz’altro le violenze compiute nell’ambito di operazioni militari, di polizia giudiziaria o penitenziaria oppure di ordine pubblico, fermo restando il dovuto rispetto del principio di proporzionalità. In questi casi, qualora si ravvisasse un eccesso nell’uso della forza, l’agente di polizia o il militare che avesse agito per fini diversi da quelli di cui all’articolo 1 della CAT dovrebbe rispondere non di tortura, bensì di trattamenti inumani o degradanti, sempre che gli stessi costituiscano illeciti penali nel sistema giuridico di riferimento. L’infamante accusa di tortura rimarrebbe così confinata ai casi in cui la vittima si trovi in stato di “completa dipendenza o asservimento” all’aggressore, essendo la sua sfera di libertà alla mercé di quest’ultimo in modo simile alle situazioni di schiavitù». A fronte di questa ricostruzione del contenuto della norma internazionale, l’art. 613-*bis* avrebbe invece tolto di mezzo il preteso carattere distintivo della tortura «rendendo concreto il rischio, paventato anche dai rappresentanti delle Forze di polizia, di veder la disposizione applicata nei casi di sofferenze provocate durante operazioni lecite di ordine pubblico e di polizia». Il rischio sarebbe aggravato dalla circostanza che il reato comprende tra le vittime le persone che sono semplicemente «in condizione di minorata difesa», condizione che potrebbe riscontrarsi «anche durante le operazioni di ordine pubblico o di polizia giudiziaria non implicanti, di per sé, una privazione della libertà personale, qualora si attuino in un contesto di significativa vulnerabilità e impotenza della vittima, ponendo alcuni rischi di eccessiva penalizzazione del legittimo operato delle Forze di polizia».

Il ragionamento che precede è fondato su un’interpretazione del diritto internazionale sbagliata da più di un punto di vista. Non vi è alcun valido fondamento per restringere la nozione di tortura alla sola ipotesi che le vittime siano persone private della libertà personale (privazione intesa in senso stretto e non come mero controllo di una persona su un’altra). Soprattutto non si comprende il riferimento a situazioni in cui certe condotte, pur rientrando nella nozione di tortura, sarebbero nondimeno giustificate: «operazioni militari, di polizia giudiziaria o penitenziaria oppure di ordine pubblico»... come se fatti di tortura potessero diventare leciti perché compiuti in uno di questi contesti (ignorando, fra l’altro, la circostanza che la tortura è vietata dal diritto internazionale dei diritti umani anche in situazioni eccezionali e che è vietata specificamente, altresì, dal diritto internazionale umanitario). L’unico «contro limite» sarebbe dato dalla ne-

cessità di rispettare il principio di proporzionalità... ma ci si domanda in che modo e in quali circostanze una condotta altrimenti qualificabile come «tortura» possa essere proporzionale? e per quale ragione il mancato rispetto della proporzionalità nell'ambito di «operazioni militari, di polizia giudiziaria o penitenziaria oppure di ordine pubblico» si tradurrebbe al massimo nell'ipotesi di «trattamento inumano o degradante», mai in quella di «tortura»? Non è il tipo di operazione nell'ambito della quale la condotta s'inserisce – ma altri elementi, dalla gravità della sofferenza inflitta fino all'intenzionalità ed eventualmente alla pianificazione della condotta – a distinguere, secondo la giurisprudenza internazionale, l'ipotesi della «tortura» da quella del «trattamento inumano o degradante».

Da segnalare come anche il Governo includa fra le presunte «carenze tecniche» dell'art. 613-*bis* quelle riguardanti «l'atteggiamento soggettivo del reato». Secondo il Ministro Nordio, «la Convenzione di New York, alla quale noi vogliamo e dobbiamo ottemperare, circoscrive le condotte costituenti tortura a quelle caratterizzate dal dolo specifico, attuate per raggiungere le finalità di ottenere informazioni o confessioni, punire, intimidire o discriminare. In altre parole, come tutti sanno, il dolo specifico è quando una condotta viene tenuta al fine di ottenere un risultato ulteriore; in questo caso, quello di ottenere la confessione. Il nostro legislatore, invece, optando per una figura criminosa contrassegnata dal dolo generico, quindi senza l'intenzione ulteriore di ottenere un determinato risultato, ha eliminato il tratto distintivo della tortura rispetto agli altri maltrattamenti, rendendo concreto il rischio, paventato tra l'altro anche dai rappresentanti delle Forze dell'ordine, ma non solo, di vedere applicata la disposizione nei casi di sofferenze provocate durante operazioni illecite di ordine pubblico e Polizia». Non è chiaro come l'elenco (peraltro esemplificativo) di scopi contenuti nella Convenzione delle Nazioni Unite si traduca nel solo fine di «ottenere confessioni»; e neppure è chiaro come e perché ciò debba escludere dall'ambito della nozione di tortura «sofferenze provocate durante operazioni illecite» (s'intendeva dire «lecite»?). Valgono, in altre parole, di fronte a queste osservazioni, le stesse obiezioni che abbiamo mosso al ddl n.341.

6. Tortura e trattamenti inumani o degradanti

La distinzione fra tortura e trattamenti inumano o degradanti viene presa in considerazione anche in altri passaggi del testo del ddl n. 341. Gli estensori criticano l'art. 613-*bis* per la «inopportuna fusione in un'unica fatti-

specie delle figure criminose di tortura e di trattamenti inumani e degradanti, da sempre considerate, sul piano internazionale, due figure distinte, meritevoli di considerazione differenziata e generatrici di obblighi non coincidenti». Si tratta, a nostro avviso, di un'osservazione corretta. L'assorbimento dei trattamenti inumani e degradanti nella nozione penalistica di tortura è discutibile perché si tratta di nozioni diverse che si traducono in obblighi internazionali diversi. È peraltro in linea di massima condivisibile, oltre che piuttosto sorprendente, anche l'osservazione finale secondo cui, «[p]er evitare (...) il rischio di indebita penalizzazione dell'operato della polizia, sarebbe stato sufficiente adottare la nozione di tortura sancita dalla CAT (...), relegando, eventualmente, gli altri maltrattamenti ad una fattispecie di diversa fattura». Il punto è che quella proposta, da altri formulata in passato (e mai seriamente presa in considerazione dal Parlamento), inserita ora in modo inaspettato nella motivazione del ddl n. 341, nulla ha a che vedere con la proposta di articolato che segue, che anziché proporre di allineare meglio, sotto questo aspetto, alla definizione «internazionale» di tortura quella contenuta nel codice penale italiano... ne propone la soppressione.

7. I pretesi rischi legati alla previsione di un reato specifico di tortura

La parte conclusiva della motivazione del ddl n. 341 è esplicita nell'indicare quale proprio obiettivo prioritario quello di tutelare onorabilità e immagine delle forze di polizia di fronte ai rischi derivanti da una possibile utilizzazione strumentale del reato di tortura. Vi si legge della «pericolosa attrazione nella nuova fattispecie» di condotte «delle Forze di polizia che per l'esercizio delle proprie funzioni è autorizzato a ricorrere legittimamente anche a mezzi di coazione fisica». Si precisa che «[p]otrebbero finire nelle maglie del reato comportamenti chiaramente estranei al suo ambito d'applicazione classico (*sic*), tra cui un rigoroso uso della forza da parte della polizia durante un arresto o in un'operazione di ordine pubblico particolarmente delicate (...)». Si aggiunge infine che «[i]l rischio di subire denunce e processi strumentali potrebbe inoltre disincentivare e demotivare l'azione delle Forze dell'ordine, privando i soggetti preposti all'applicazione della legge dello slancio necessario per portare avanti al meglio il lavoro, con conseguente arretramento dell'attività di prevenzione e repressione dei reati e uno scoraggiamento generalizzato dell'iniziativa operativa da parte delle Forze dell'ordine».

La proposta avanzata a valle di questo ragionamento è, come si è detto, di abrogare gli artt. 613-*bis* e 613-*ter* e di introdurre, al loro posto, una circostanza aggravante comune (art. 61, co. 11 *novies*). Il tenore di quest'ultima ricalcherebbe, in buona parte, il linguaggio della Convenzione contro la tortura, senza tuttavia che la parola «tortura» venga mai utilizzata. Si giustifica tale scelta ribadendo che l'art. 4 della Convenzione non imporrebbe «di per sé l'introduzione di una figura autonoma di reato, ma solo che sia assicurata la punibilità, anche attraverso altre ipotesi delittuose, delle condotte individuate dall'articolo 1 della CAT, al di là del *nomen iuris* (...)». Le fattispecie generiche (la «batteria di norme repressive») già previste dall'ordinamento penale italiano, «unite alla nuova aggravante, andrebbero a comporre – secondo gli estensori del disegno di legge – un'adeguata costellazione punitiva».

8. In conclusione

In breve, la motivazione addotta a sostegno della proposta di abolire la fattispecie specifica di tortura, quantomeno nella misura in cui si ricollega alla pretesa inosservanza di norme internazionali in materia, ad avviso di chi scrive, è approssimativa e fuorviante. Le eventuali criticità della norma penale italiana nella prospettiva dell'adeguamento alla Convenzione del 1984 dipendono dal rischio di un indebito restringimento della nozione accolta (un rischio che, peraltro, la giurisprudenza si è incaricata di ridurre, se non di eliminare del tutto). Una «criminalizzazione» in termini più ampi della tortura in ambito statale può, invece, eventualmente attirare critiche sul piano dell'opportunità ma non pone problemi dal punto di vista dell'adattamento alla Convenzione contro la tortura che, nel lasciare impregiudicate «le disposizioni di portata più ampia», non impone un obbligo di introdurre nell'ordinamento interno una fattispecie che sia *uguale* a quella di cui all'art. 1. Quanto all'obiettivo, più volte richiamato nella motivazione del ddl n. 341, di eliminare il rischio di abusi nei confronti delle forze di polizia attraverso la limitazione della portata della nozione di tortura a condotte tenute in determinati contesti (in particolare in quello della privazione della libertà personale), ad esclusione di altri («operazioni militari, di polizia giudiziaria o penitenziaria oppure di ordine pubblico»), solo un'interpretazione fantasiosa del diritto internazionale nella materia consente, a nostro avviso, di fondare su quest'ultimo l'argomento in questione.

Aggiungiamo, prima di chiudere queste note, un'ultima considerazione. La tesi dell'inadeguatezza della definizione del reato di tortura, anche se chi scrive la ritiene eventualmente tale per ragioni diverse e addirittura opposte rispetto a quelle avanzate dagli estensori del ddl n. 341, avrebbe potuto portare a un confronto sui possibili correttivi da apportare alla fattispecie dell'art. 613-*bis*. Il disegno di legge, invece, ne propone l'abolizione, argomentando sulla base della tesi superata secondo la quale, ai fini dell'adempimento degli obblighi internazionali di punizione, un reato autonomo non sarebbe necessario. Per di più, scompare, anche dall'aggravante di cui si propone l'introduzione, l'espressione «tortura», sulla base della considerazione, cui si riserva solo uno sbrigativo accenno, che il *nomen iuris* non sarebbe importante. Chi scrive ritiene, al contrario, che chiamare la tortura con il suo nome, senza sforzarsi di rimuoverla dall'orizzonte delle possibilità e senza ricorrere ad eufemismi fuorvianti, sia fondamentale, se l'obiettivo di eliminarla è preso sul serio.

Sezione V
Tutela della persona nei rapporti tra privati

I limiti posti all'iscrizione e alla trascrizione dei rapporti di filiazione derivanti da tecniche di PMA vietate in Italia alla prova dei diritti umani

MICHELE GRASSI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La decisione della Corte EDU nei casi *Nuti e altri c. Italia, Bonzano e altri c. Italia e Modanese e altri c. Italia*. – 3. La disciplina italiana in materia di costituzione e riconoscimento dei rapporti di filiazione omogenitoriale. – 3.1. La costituzione dei rapporti di filiazione omogenitoriale. – 3.2. Il riconoscimento dei rapporti di filiazione omogenitoriale. – 4. La giurisprudenza italiana, tra il limite dell'ordine pubblico e la tutela interesse superiore del minore. – 5. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: Prendendo spunto da tre recenti pronunce della Corte EDU, il presente scritto esamina le delicate problematiche sottese al riconoscimento in Italia dei rapporti di filiazione derivanti da tecniche di procreazione medicalmente assistita in tutto o in parte vietate dal diritto italiano, considerando, in particolare, la compatibilità con i diritti umani tutelati dalla CEDU dei limiti posti dal nostro ordinamento all'iscrizione o trascrizione nei registri di stato civile degli atti di nascita dei nati a seguito del ricorso a fecondazione eterologa da parte di una coppia dello stesso sesso o a surrogazione di maternità.

PAROLE CHIAVE: Riconoscimento della filiazione – iscrizione e trascrizione degli atti di nascita – fecondazione eterologa – surrogazione di maternità – ordine pubblico – diritti umani.

1. Introduzione

Nel giugno del 2023, la Corte europea dei diritti umani (Corte EDU o Corte) è tornata a occuparsi delle complesse problematiche che accompagnano il riconoscimento dei rapporti di filiazione dei nati a seguito di fecondazione eterologa o surrogazione di maternità negli ordinamenti, come quello italiano, in cui il ricorso a tali tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) è, in tutto o in parte, vietato. In particolare, nella pronuncia sul caso *Nuti e altri c. Italia*¹ la Corte EDU ha dichiarato l'irricevibilità di due ricorsi presentati a fronte del rifiuto opposto dall'ufficiale di stato civile italiano alla ricezione e iscrizione delle dichiarazioni di riconoscimento di minori – concepiti all'estero tramite fecondazione eterologa, ma nati in Italia – quali «figli naturali» di due coppie di donne (in entrambi i casi cittadine italiane e residenti abitualmente in Italia)². Nei casi *Bonzano e altri c. Italia*³ e *Modanese e altri c. Italia*⁴ la Corte di Strasburgo ha, invece, dichiarato irricevibili sei ricorsi proposti avverso il rifiuto di trascrivere gli atti di nascita, formati all'estero, di minori nati a seguito di surrogazione di maternità, nei quali erano indicati come genitori i rispettivi committenti, *partner* dello stesso sesso, e, quindi, anche i soggetti privi di un legame biologico con i bambini in questione.

Le pronunce in commento sono state oggetto di un'elevata attenzione mediatica, che trova giustificazione nella grande rilevanza sociale e politica delle problematiche sottese al riconoscimento dei rapporti derivanti da tecniche di PMA vietate nel nostro ordinamento, nonché al riconoscimen-

* Ricercatore in diritto internazionale, Università degli Studi di Milano, michele.grassi@unimi.it

¹ Corte EDU, decisione sull'ammissibilità del 22 giugno 2023, ric. n. 47998/20 e 23142/21, *Nuti e altri c. Italia*.

² Sebbene nei casi da cui origina l'ordinanza in commento le donne avessero effettivamente insistito per la ricezione da parte dell'ufficiale di stato civile delle rispettive dichiarazioni di riconoscimento dei minori quali loro «figli naturali», come noto, per effetto dell'art. 105 d.lgs. 28 dicembre 2013 n. 154, il termine è stato sostituito dalla locuzione «figli nati fuori dal matrimonio».

³ Corte EDU, decisione sull'ammissibilità del 22 giugno 2023, ric. n. 10810/20, 29038/20 e 2738/21, *Bonzano e altri c. Italia*.

⁴ Corte EDU, decisione sull'ammissibilità del 22 giugno 2023, ric. n. 59054/19, n. 12109/20 e n. 45426/21, *Modanese e altri c. Italia*.

to dei rapporti di filiazione omogenitoriale⁵. La definizione, in senso giuridico, dei rapporti di famiglia è, infatti, un tema particolarmente delicato, che tocca la struttura fondamentale di una società ed esprime in modo paradigmatico le convinzioni antropologiche ed etiche su cui si fonda la convivenza civile. Al contempo, i rapporti familiari costituiscono la trama delle relazioni più intime in cui si sviluppa la personalità di ogni individuo; la definizione degli *status* giuridici in questione coinvolge, quindi, l'identità stessa delle persone interessate e la loro dignità. Ciò spiega come mai le questioni implicate nella disciplina della filiazione siano da tempo al centro del dibattito pubblico; dibattito che, purtroppo, data l'estrema polarizzazione delle posizioni, si traduce molto spesso in uno scontro di visioni ideologiche contrapposte, poco adeguato rispetto alla delicatezza dei temi trattati.

2. La decisione della Corte EDU nei casi *Nuti e altri c. Italia, Bonzano e altri c. Italia e Modanese e altri c. Italia*

Come noto, la fecondazione eterologa prevede l'impianto nell'utero della gestante (sempre interna alla coppia) di uno più embrioni formati con gameti maschili e/o femminili esterni alla coppia; la surrogazione di maternità, invece, implica che una donna porti a termine una gravidanza su commissione di una coppia o di una singola persona, dopo fecondazione in vitro o inseminazione naturale o artificiale. Benché comunemente ricondotte alla generale categoria della PMA, le due tecniche appena menzionate sollevano, con tutta evidenza, questioni giuridiche ed etiche profondamente diverse. Cionondimeno, le succinte motivazioni della Corte EDU nelle pronunce in commento paiono in buona parte sovrapponibili e non riservano, in realtà, particolari sorprese, se considerate alla luce della precedente giurisprudenza di Strasburgo sul tema⁶.

⁵ Si tratta, con tutta evidenza, di due problematiche distinte, tant'è che, come vedremo, nelle pronunce in commento il ragionamento della Corte di Strasburgo prescinde quasi integralmente dal sesso dei genitori o dal loro orientamento sessuale. Nondimeno, come diremo meglio *infra* al par. 3, a fronte della fisiologica infertilità delle coppie dello stesso sesso, i limiti che l'ordinamento italiano pone al ricorso alle tecniche di PMA incidono inevitabilmente sulla possibilità di costituire rapporti di filiazione omogenitoriale.

⁶ V., in particolare, Corte EDU, sentenza del 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Mennesson c. Francia*; sentenza del 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11, *Labassee c. Francia*; sentenza del 27 gennaio 2015, ric. n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*; sentenza del 18 maggio 2021, ric. n. 71552/17, *Valdis Fjölfnisdóttir e altri c. Islanda*; sentenza del 22 novembre 2022, ric. n. 58817/15 e 58252/15, *D.B. e altri. c. Svizzera*; nonché il parere consultivo

Come è agevole intuire, le doglianze dei ricorrenti vertevano sulla asserita violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU o Convenzione), nonché, nei casi *Nuti e altri c. Italia e Modanese e altri c. Italia*, del divieto di discriminazione sancito dall'art. 14 CEDU.

Seguendo il consueto *iter* argomentativo impiegato per valutare le possibili violazioni dell'art. 8 CEDU, la Corte di Strasburgo:

(a) rileva l'avvenuta instaurazione di una vita familiare tra i soggetti coinvolti, ritenendo, a questo fine, sufficiente che i genitori intenzionali avessero accudito il minore fin dalla nascita e vissuto insieme a questi secondo modalità che non si distinguono dall'accezione che la nozione di «vita familiare» comunemente assume⁷;

(b) constata come la mancata ricezione delle dichiarazioni di riconoscimento o trascrizione degli atti di nascita da parte dell'ufficiale di stato civile italiano rappresenti una chiara ingerenza nella vita privata e familiare dei soggetti coinvolti;

(c) riconosce, tuttavia, che una simile ingerenza, oltre a essere prevista dalla legge, risponde agli obiettivi legittimi della tutela della salute e della protezione dei diritti e delle libertà altrui, di cui all'art. 8, par. 2, CEDU⁸;

P16-2018-001 del 10 aprile 2019. In dottrina v., *ex multis*, S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss.; O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, p. 420 ss.; R. BARATTA, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 309 ss.; M.C. BARUFFI, *La maternità surrogata nel diritto internazionale privato alla luce della CEDU*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018, p. 247 ss.; I. ANRÒ, *Il primo parere reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU: il nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato tema della maternità surrogata*, in *Quaderni di SIDI Blog*, 2019, p. 112 ss.; A. DI BLASE, *Il riconoscimento della genitorialità a favore del genitore non biologico nel parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019*, in *Quaderni di SIDI Blog*, 2019, p. 125 ss.; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, p. 1 ss.; F. PESCE, *Gestazione per altri e discrezionalità nazionale «depotenziata» nella prospettiva della CEDU*, in F. PESCE (a cura di), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Bari, 2022, p. 155 ss.

⁷ In linea con quanto già affermato dalla stessa Corte nella sentenza *Menesson c. Francia*, cit., par. 44.

⁸ Per cogliere il senso di questo passaggio, è utile riferirsi alle precedenti decisioni della Corte nei casi sopra menzionati, in cui erano state accolte le argomentazioni degli Stati convenuti, secondo cui il rifiuto di riconoscere il rapporto di filiazione tra il minore e i ge-

(d) si interroga sulla necessità di una simile ingerenza in una società democratica e, cioè, se essa sia fondata su un'esigenza sociale impellente e proporzionata agli obiettivi perseguiti.

A questo fine, la Corte di Strasburgo concentra il suo esame sulla posizione dei minori coinvolti. Da un lato, richiamando un principio affermato già nella giurisprudenza testé menzionata⁹, la Corte ricorda che il rispetto della vita privata del minore impone che il diritto degli Stati parti della Convenzione offra la possibilità di fornire un inquadramento giuridico al rapporto affettivo e sociale tra il bambino e il genitore intenzionale, indipendentemente dalle tecniche di procreazione impiegate dalle persone coinvolte nel c.d. «progetto procreativo» o dal loro orientamento sessuale¹⁰. Ciò per due ordini di considerazioni. In primo luogo, l'interesse superiore del minore esige che siano identificate le persone responsabili della sua educazione, del suo mantenimento e del suo benessere e che il bambino possa vivere e crescere in un ambiente sociale stabile. Di conseguenza, il rispetto del diritto alla vita privata del minore impone che sia (*lato sensu*) riconosciuto il rapporto giuridico con tali soggetti, anche laddove si tratti del genitore d'intenzione. In secondo luogo, l'assoluta impossibilità di riconoscere un legame tra il genitore intenzionale e il bambino – peraltro, nei casi *Bonzano e altri c. Italia* e *Modanese e altri c. Italia*, già attestato nei rispettivi atti di nascita formati all'estero – porrebbe quest'ultimo in una situazione di incertezza giuridica, ledendo inevitabilmente il suo diritto all'identità personale, con tutte le possibili ulteriori implicazioni in materia di diritti ereditari, diritto agli alimenti, diritto all'acquisto della cittadinanza o di soggiorno nello Stato del genitore intenzionale. Dall'altro lato, la Corte di Strasburgo sottolinea che, sebbene gli Stati parti della CEDU siano tenuti ad assicurare un inquadramento giuridico al rapporto sociale e affettivo tra il minore e il genitore intenzionale, essi nondimeno godono

nitori intenzionali si giustificava in ragione della volontà di dissuadere i propri cittadini dal ricorrere all'estero a metodi di procreazione vietati sul territorio nazionale, al fine di preservare i diritti e il benessere del minore e, nel caso di surrogazione di maternità, della madre del bambino, v. Corte EDU *Menesson c. Francia*, cit., par. 62; *Labassee c. Francia*, cit., par. 54, e *D.B. et al. c. Svizzera*, cit. par. 62.

⁹ V. *supra* nota 6.

¹⁰ A patto, ovviamente, che si sia effettivamente sorto un rapporto legame sociale e affettivo tra il minore e il genitore intenzionale privo di vincoli biologici; v. sul punto Corte EDU, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., par. 142-158, in cui la Grande Camera ha ritenuto che, a causa della breve durata della relazione tra il minore e il genitore intenzionale, nel caso in questione non fosse sorto un rapporto riconducibile alla nozione di vita familiare di cui all'art. 8 CEDU.

di un margine di apprezzamento alquanto ampio nella definizione delle modalità concrete tramite cui tale riconoscimento deve avvenire. L'iscrizione nei registri dello stato civile degli atti di riconoscimento del minore quale figlio naturale di una coppia dello stesso sesso (nel caso *Nuti e altri c. Italia*) o la trascrizione, nei medesimi registri, dell'atto di nascita formato all'estero (nei casi *Bonzano e altri c. Italia* e *Modanese e altri c. Italia*) rappresentano certo una possibilità, ma non sono l'unica strada.

La Corte di Strasburgo rileva come nell'ordinamento italiano, al di fuori dei casi di filiazione adottiva e di fecondazione eterologa realizzata da coppie di sesso diverso¹¹, non sia consentita la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico. Di conseguenza, in assenza di tale rapporto, non è permesso il riconoscimento di un minore quale figlio naturale di una donna legata in unione civile con la madre del bambino. Al contempo, il ricorso alla maternità surrogata è in ogni caso vietato, quale che sia l'orientamento sessuale dei genitori intenzionali, e il nostro ordinamento impedisce che si costituisca, quale esito dell'accordo di surrogazione, un rapporto di genitorialità tra il minore e i soggetti committenti privi di legami biologici. Secondo la giurisprudenza italiana, peraltro, in questo secondo caso il grado di disvalore che l'ordinamento attribuisce alla condotta è tale da impedire il riconoscimento di decisioni straniere che stabiliscano un rapporto di filiazione tra il minore e il soggetto committente privo di legami biologici con il minore, per contrasto con l'ordine pubblico internazionale italiano. I giudici di Strasburgo notano, tuttavia, come in entrambi i casi l'ordinamento italiano non escluda, in via assoluta, la possibilità di fornire un inquadramento giuridico al rapporto tra il minore e il genitore intenzionale, privo di legami biologici. In particolare, come si vedrà meglio sotto, già da tempo la giurisprudenza ha individuato nell'istituto dell'adozione «in casi particolari», di cui all'art. 44 co. 1 lett. *d* della l. 4 maggio 1983, n. 184, la modalità per riconoscere (o, meglio, costituire, nella prospettiva dell'ordinamento italiano) il rapporto di filiazione tra i soggetti in questione, laddove ciò sia funzionale alla tutela del superiore interesse del minore¹². Secondo la Corte EDU, con specifico riferimento ai casi sottoposti al suo esame, tale istituto, che a seguito del recente intervento della Corte costituzionale comporta il pieno inse-

¹¹ Su cui v. *infra* par. 3.1.

¹² V. *ex multis* Cass. civ., sez. unite, sentenza 8 maggio 2019, n. 12193; Cass. civ., sez. unite, sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162, su cui v. meglio *infra* par. 4.

rimento dell'adottato nella famiglia dell'adottante¹³, è sufficiente a tutelare le posizioni dei minori coinvolti.

Alla luce di tali considerazioni, i giudici di Strasburgo escludono ogni violazione della vita privata e familiare dei minori e, *a fortiori*, dei genitori intenzionali; questi ultimi, peraltro, pur avendone avuto la possibilità, avevano omesso di avviare il procedimento di adozione dei bambini in questione, pretendendo, invece, la trascrizione in Italia dei provvedimenti giurisdizionali stranieri o degli atti di nascita formati all'estero che attestavano il loro rapporto con i minori.

3. La disciplina italiana in materia di costituzione e riconoscimento dei rapporti di filiazione omogenitoriale

Prima di esaminare gli aspetti lasciati aperti dalle pronunce in commento, sembra utile ricostruire sinteticamente il quadro della disciplina italiana in materia di costituzione e riconoscimento dei rapporti di filiazione omogenitoriale.

3.1. La costituzione dei rapporti di filiazione omogenitoriale

Quanto al problema della costituzione dei rapporti in questione secondo il diritto italiano, il discorso è abbastanza semplice: il nostro ordinamento, infatti, di regola esclude la possibilità di costituire un rapporto di filiazione tra un minore ed entrambi i *partner* di una coppia dello stesso sesso. Da un lato, l'art. 6 co. 1 della l. 4 maggio 1983, n. 184 riserva l'adozione (piena) dei minori alle sole coppie unite in matrimonio da almeno tre anni. L'art. 1 co. 20 della l. 20 maggio 2016, n. 76, in materia di unioni civili, esclude, poi, che la disposizione in questione possa estendersi in via analogica anche alle coppie legate da unione civile¹⁴. Dall'altro la-

¹³ Corte cost., sentenza del 23 febbraio 2022, n. 79.

¹⁴ Come già ricordato, per effetto di un'interpretazione estensiva dell'art. 44, co. 1, lett. *d*, della l. 184/1983, in presenza di un rapporto sociale e affettivo tra il minore e il genitore intenzionale è oggi possibile il ricorso all'adozione in casi particolari da parte di quest'ultimo. Tale soluzione, non scevra di criticità, mira per l'appunto a colmare una lacuna presente all'interno del nostro ordinamento, che altrimenti non consentirebbe la costituzione del rapporto di filiazione anche nei confronti del genitore d'intenzione privo di legami biologici con il minore. Peraltro, l'applicazione dell'istituto in esame ai casi di filiazione omogenitoriale presuppone comunque, nei fatti, un elemento di transnazionalità, poiché implica che la coppia interessata abbia fatto ricorso (all'estero) a tecniche di PMA vietate in Italia. La questione sarà quindi trattata con maggior dettaglio *infra* ai paragrafi 4 e 5.

to, se, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale¹⁵, in Italia è oggi possibile ricorrere alla fecondazione eterologa nei casi in cui sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute e irreversibili, l'art. 5 della l. 19 febbraio 2004, n. 40 riserva l'accesso alle tecniche di PMA alle sole coppie maggiorenni di sesso diverso. Tale disparità di trattamento è stata giudicata conforme al parametro costituzionale, in ragione delle finalità esclusivamente «terapeutiche» assegnate dalla legge alle tecniche di PMA, ritenute per questo incompatibili con la «infertilità fisiologica» delle coppie dello stesso sesso¹⁶; né sembra che, allo stato, vi possano essere margini per contestarne la compatibilità con la CEDU, atteso che, in una situazione molto simile, la Corte di Strasburgo non ha ritenuto sussistere alcuna discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, reputando la situazione di infertilità delle coppie omoaffettive non assimilabile a quella delle coppie di sesso diverso, affette da particolari patologie riproduttive¹⁷.

L'ordinamento italiano vieta, poi, in modo assoluto ogni forma di surrogazione di maternità – a prescindere dall'orientamento sessuale di chi vi faccia ricorso – punendo con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da € 600.000 a un milione chiunque realizzi o anche solo pubblicizzi tale pratica sul territorio italiano (v. art. 12 co. 6 della l. 19 febbraio 2004, n. 40). Peraltro, alla data in cui si scrive è in discussione un progetto di legge volto a rendere ancor più stringenti le norme repressive di tale pratica, estendendo la punibilità del reato in questione anche alle condotte realizzate all'estero dal cittadino italiano¹⁸. Di conseguenza, anche laddove si dovesse addivenire in futuro a una piena equiparazione tra coppie dello stesso sesso e coppie di sesso diverso nell'accesso alle tecniche di PMA permesse dalla legge italiana, ciò recherebbe giovamento alle sole coppie composte da due donne. Per ovvie ragioni, infatti, la fecondazione

¹⁵ Corte cost., sentenza del 10 giugno 2014, n. 162.

¹⁶ Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2019, n. 221.

¹⁷ Corte EDU, sentenza del 15 marzo 2012, ric. n. 25951/07, *Gas e Dubois c. Francia*, par. 63.

¹⁸ La proposta di legge è stata approvata in prima lettura dalla Camera dei Deputati il 26 luglio 2023. V. sul punto, M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un potere punitivo universale*, in F. PESCE (a cura di), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, cit., p. 139 ss.; G.L. GATTA, *Surrogazione di maternità come «reato universale»? A proposito di tre proposte di legge all'esame del Parlamento*, in *Sistema Penale*, 2023, p. 153 ss.

omologa presuppone la complementarità biologica della coppia, mentre la fecondazione eterologa richiede la presenza di (almeno) una donna.

3.2. Il riconoscimento dei rapporti di filiazione omogenitoriale

Con riguardo al riconoscimento dei rapporti di filiazione omogenitoriale costituiti secondo un diritto diverso dalla legge italiana, invece, il discorso è più complesso. Le regole applicabili in tali ipotesi variano a seconda che il rapporto di filiazione sia accertato o costituito all'esito di un procedimento giurisdizionale ovvero derivi direttamente dalla legge straniera, originando da atti o negozi privati posti in essere, se del caso, anche con la partecipazione di pubblici ufficiali stranieri. Nella prima ipotesi, il rapporto in questione può essere riconosciuto in forza degli artt. 64 o 65 della l. 31 maggio 1995, n. 218. Nel caso dell'art. 65 – specificamente dedicato ai provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone o all'esistenza di rapporti di famiglia – la decisione in questione è riconosciuta in via automatica, a condizione che sia stata pronunciata dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle pertinenti norme di conflitto italiane (nel caso della filiazione, l'art. 33 della l. 218/1995), non contrasti con l'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa. Nell'ipotesi in cui tale disposizione non sia applicabile, e cioè laddove il provvedimento non provenga dal giudice la cui legge è richiamata dalle norme di conflitto italiane, il provvedimento sarà nondimeno riconosciuto (sempre in via automatica) a patto che rispetti le condizioni previste dall'art. 64 della l. 218/1995 (tra cui, la competenza internazionale del giudice che ha pronunciato il provvedimento e il rispetto dell'ordine pubblico, tanto nella sua dimensione sostanziale che processuale). Nella seconda ipotesi, laddove il rapporto di filiazione sia costituito in base al diritto straniero senza l'intervento dell'autorità giudiziaria, esso sortirà effetti in Italia alle condizioni e nei modi previsti dalla legge applicabile, come individuata dall'art. 33 della l. 218/1995. In particolare, secondo tale disposizione «lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio o, se più favorevole, dalla legge dello Stato di cui uno dei genitori è cittadino, al momento della nascita»¹⁹. Analogamente, l'art. 35 della stessa

¹⁹ Sul tema v. *ex multis*, O. LOPES PEGNA, *Riforma della filiazione e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 394 ss.; A. DI BLASE, *Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita: problemi di diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 843 ss.

legge prevede che «le condizioni per il riconoscimento del figlio sono regolate dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita, o, se più favorevole, dalla legge del soggetto che effettua il riconoscimento». L'applicazione della legge straniera è, peraltro, soggetta al limite dell'ordine pubblico, di cui all'art. 16 della l. 218/1995.

Su un diverso piano, poi, il d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, recante l'ordinamento dello stato civile, prevede la possibilità di trascrivere nei pubblici registri gli atti dello stato civile formati all'estero. Più nello specifico, il combinato disposto degli artt. 15 e 17 del d.P.R. 396/2000 stabilisce che le dichiarazioni di nascita che riguardino cittadini italiani nati all'estero devono essere rese all'autorità consolare italiana ivi presente ovvero, se imposto dalla legge straniera, debbono farsi secondo quanto prescritto da quest'ultima e i relativi atti devono essere inviati senza indugio all'autorità consolare, la quale, poi, dovrà trasmetterne copia agli uffici di stato civile del comune di residenza del nato o, se residente all'estero, di nascita o residenza del padre o della madre, ai fini della sua trascrizione. L'art. 19 del d.P.R. 396/2000 prevede, invece, che gli atti che riguardino cittadini stranieri residenti in Italia possono essere trascritti, su richiesta di questi ultimi, nei registri del comune di residenza. L'art. 18 del d.P.R. 396/2000, tuttavia, esclude la trascrivibilità degli atti contrari all'ordine pubblico (nozione che richiama, evidentemente, l'ordine pubblico internazionale di cui agli artt. 16, 64 e 65 della l. 218/1995, con le peculiarità di cui diremo meglio più sotto). Infine, l'art. 28 co. 2 d.P.R. 396/2000 dispone che i provvedimenti giurisdizionali stranieri in materia di nascita – che, come detto, sono riconosciuti automaticamente in Italia alle condizioni previste dagli artt. 64 ss. della l. 218/1995 – vadano trascritti nei registri di stato civile.

La trascrizione opera, come dicevamo, su un piano diverso dalla disciplina internazionalprivatistica appena richiamata²⁰. Gli atti formati all'estero e trascritti nei registri di stato civile italiani hanno, infatti, valenza probatoria e di documentazione degli *status* che attestano; non hanno, invece, efficacia costitutiva. Diversamente, si dovrebbe ritenere che gli artt. 15-20 del d.P.R. 396/2000 implicino il riconoscimento automatico –

²⁰ Sul punto, F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *Recueil des cours*, 2019, p. 172 ss. Ancora attuali, poi, G. BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, Padova, 1964, p. 13 ss.; R. CAFARI PANICO, *Lo stato civile ed il diritto internazionale privato*, Padova, 1992, p. 11 ss. V. anche Cass. civ., sez. I, ordinanza dell'8 gennaio 2024, n. 511.

nella loro dimensione sostanziale – delle situazioni risultanti dagli atti stranieri. Ciò, tuttavia, comporterebbe un'implicita sostituzione del tradizionale metodo di conflitto di leggi, generalmente impiegato dalla nostra legge di diritto internazionale privato per il riconoscimento delle situazioni costituite all'estero, con una norma ispirata alla *méthode de la reconnaissance* e, cioè, a quel metodo – di per sé sconosciuto all'ordinamento italiano – che consente di riconoscere la situazione esistente nell'ordinamento straniero, a prescindere da ogni considerazione circa il diritto materiale in forza del quale essa si è costituita²¹. Una simile conclusione porterebbe, peraltro, a un sostanziale sovvertimento della classica dicotomia di atteggiamento esistente con riguardo al regime di circolazione delle situazioni giuridiche costituite o accertate con un provvedimento giurisdizionale straniero e quelle formatesi per legge o per volontà dei privati e attestate in un atto amministrativo straniero. Come abbiamo visto, infatti, di regola le prime sono riconosciute in via automatica, a condizione che il provvedimento giudiziario che le veicola rispetti determinate condizioni (stabilite, per quanto qui interessa, dagli artt. 64 o 65 della l. 218/1995); le seconde, invece, sono normalmente soggette a un controllo più stringente circa il rispetto delle condizioni previste dalla legge individuata dalle norme di conflitto dell'ordinamento in cui esse sono fatte valere reputa applicabile (e che ben potrebbe non coincidere con la legge di costituzione delle stesse). Tali conseguenze appaiono evidentemente esorbitanti rispetto alla funzione pubblicitaria e di documentazione svolta dalle iscrizioni e trascrizioni nei registri dello stato civile; pare, infatti, da escludere che, con il d.P.R. 396/2000, il legislatore abbia inteso derogare al metodo conflittuale impiegato dalla l. 218/1995 per il riconoscimento delle situazioni, garantendo agli atti pubblici formati

²¹ V. sul punto P. LAGARDE (a cura di), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Parigi, 2013; F. MARONGIU BONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 49 ss., spec. p. 68 ss.; A. DAVÌ, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero nella prospettiva di una riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, p. 319 ss., spec. p. 335 ss., nonché la risoluzione dell'*Institut de droit international* del 4 settembre 2021, su diritti umani e diritto internazionale privato, spec. artt. 10 e 14, su cui v. G. ROSSOLILLO, *Art. 10 della risoluzione dell'Institut de droit international su Human Rights and Private International Law: la continuità degli status come garanzia del rispetto della vita privata e familiare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 531 ss.; O. FERACI, *Art. 14 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: la circolazione transfrontaliera del rapporto di filiazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 585 ss.

all'estero un regime di circolazione più favorevole rispetto a quello previsto per i provvedimenti giurisdizionali.

Nondimeno, la differenza di piani appena evidenziata perde, in parte, di rilievo se si considera che, data la funzione di pubblicità svolta dai registri di stato civile e in considerazione delle formalità previste dalla legge per la loro tenuta, gli atti ivi trascritti fanno fede fino a prova contraria, ai sensi dell'art. 451 co. 2 cod. civ., in ordine allo stato delle persone alle quali si riferiscono – e così debbono essere accettati da tutti gli operatori giuridici, pubblici o privati – fintanto che non siano oggetto di rettificazione, secondo il procedimento di cui all'art. 95 d.P.R. 396/2000, in caso di vizi originatisi nel procedimento di formazione dei relativi atti, e salvo che il loro contenuto non sia sconfessato da un provvedimento giurisdizionale che accerti l'insussistenza del relativo stato²². Accertamento che, con riguardo ai rapporti di filiazione che presentino elementi di transnazionalità, dovrà essere compiuto sulla scorta della legge applicabile individuata in base all'art. 33 della l. 218/1995.

Se, dunque, è vero che la trascrizione degli atti di nascita o di riconoscimento di minore formati all'estero non pone il rapporto di filiazione al riparo da possibili future contestazioni²³, essa nondimeno permette che il rapporto in questione sia 'accettato' all'interno dell'ordinamento italiano, fintanto che, come detto, non sia sconfessato da un provvedimento giurisdizionale²⁴. Ciò spiega perché, di regola, le coppie che si sono recate all'estero per accedere a trattamenti di PMA vietati in Italia cerchino anzitutto un riconoscimento delle relazioni genitoriali così create per il tramite della trascrizione nei registri dello stato civile italiano degli atti di nascita formati in tali Stati. Da quanto detto si comprende, altresì, la ragione per cui, ai fini della trascrivibilità di tali atti, assuma rilievo centrale la ricostruzione più o meno ampia del limite dell'ordine pubblico, su cui, per l'appunto, si è concentrata la giurisprudenza di merito e legittimità degli ultimi quindici anni.

²² Sulle differenze tra i rispettivi procedimenti, v. C. CAMPIGLIO, *Il procedimento di riconoscimento dei provvedimenti stranieri in materia di stato civile*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 1132 ss.

²³ A. DAVI, *Il riconoscimento delle situazioni giuridiche costituite all'estero*, cit., p. 342.

²⁴ F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status*, cit., p. 176 ss.

4. La giurisprudenza italiana, tra il limite dell'ordine pubblico e la tutela dell'interesse superiore del minore

Non potendo fornire in questa sede un quadro completo dell'evoluzione giurisprudenziale in materia²⁵, ci limiteremo a indicare sinteticamente i risultati raggiunti dalla giurisprudenza di legittimità.

Anzitutto, pare utile precisare fin da subito che non sempre si pone un problema di ordine pubblico e quindi occorre distinguere le varie ipotesi.

In particolare, il limite in questione non viene in rilievo laddove l'ufficiale di stato civile sia chiamato non già a trascrivere un atto straniero, ma a formare l'atto di nascita di un minore, cittadino italiano, nato in Italia a seguito del ricorso all'estero a fecondazione eterologa da parte di una coppia femminile, in cui si chiede l'indicazione di entrambe le donne (cittadine italiane) quali madri del bambino o la rettificazione dell'atto originario, a seguito del riconoscimento del figlio operato dalla madre intenzionale. In questo caso, la fattispecie è interamente assoggettata alla legge italiana, non presentando elementi di estraneità che potrebbero giustificare l'applicazione di una legge straniera (il luogo di concepimento del figlio è, infatti, irrilevante secondo l'art. 33 della l. 218/1995) e rispetto alla quale solo potrebbe porsi un problema di compatibilità con l'ordine pubblico degli effetti da questa prodotti. In tali circostanze, l'ufficiale di stato civile è tenuto per legge a rifiutare l'iscrizione o la rettificazione dell'atto di nascita, in quanto contrarie alla disciplina sulla filiazione e PMA italiana²⁶ e gli atti eventualmente formati in violazione di tale disciplina dovranno essere impugnati dal procuratore della Repubblica, per

²⁵ Per cui si rinvia a S. TONOLO, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello status da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 1070 ss., spec. 1081; E. SAVARESE, *'What Is Done, Is Done': come non espugnare la filiazione internazionalprivatistica, ma armonizzarla con i diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 265 ss., spec. p. 275; M.C. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di Cassazione italiana e di altre corti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2020, p. 290 ss.; A. DI BLASE, *Genitorialità della coppia omosessuale e riconoscimento dello status filiationis nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2021, p. 821 ss.; C. RAGNI, *Riconoscimento in Italia di adozioni omoparentali e ordine pubblico internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, p. 43 ss.; C. CAMPIGLIO, *Surrogazione di maternità transnazionale e limite dell'ordine pubblico*, in F. PESCE (a cura di), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, cit., p. 61 ss.

²⁶ Cass. civ., sez. I, sentenza del 22 aprile 2020, n. 8029; Cass. civ., sez. I, ordinanza del 7 marzo 2022, n. 7413; Appello Milano, decreto del 23 gennaio 2024, in *Foro it.*, 2024, 3, I, p. 712.

essere rettificati secondo il procedimento previsto dall'art. 95 d.P.R. n. 396/2000 (con tutte le incertezze che, *medio tempore*, potrebbero sorgere a causa della non corretta formazione di tali atti)²⁷. Ciò, di per sé, non esclude la possibilità, per la madre intenzionale, di accedere alla adozione «in casi particolari»; possibilità che, tuttavia, come vedremo, non sempre appare idonea a tutelare, in modo pieno, la posizione del minore²⁸.

V'è da chiedersi se sia possibile prospettare una soluzione differente nel caso in cui il minore o una delle due madri abbia una cittadinanza diversa da quella italiana, in base alla quale sia possibile costituire il rapporto di filiazione nei confronti di entrambe le madri, giacché la legge straniera più favorevole si estende, giusto il disposto dell'art. 33 co. 1 della l. 218/1995, anche alla madre italiana²⁹. Se si parte dalla constatazione secondo cui gli ufficiali di stato civile non sono tenuti a conoscere e ad applicare il diritto straniero³⁰, ma, anzi, nella formazione degli atti di stato civile sono tenuti ad applicare la legge italiana³¹, l'ufficiale dovrebbe comunque rifiutarsi di formare un atto di nascita che indichi entrambe le donne come madri. Nondimeno, tramite un'azione di stato³², le donne potrebbero chiedere l'accertamento del rapporto di filiazione; a tal punto, secondo noi, l'autorità giudiziaria sarebbe tenuta ad applicare la legge straniera che permette la costituzione di tale rapporto nei confronti di entrambe le donne, dovendosi escludere, per le ragioni che vedremo subito, che l'identità di sesso delle madri, così come il fatto che esse abbiano eluso il

²⁷ Cass. civ., sez. I, ordinanza del 20 febbraio 2024, n. 4448.

²⁸ Corte cost., sentenza del 9 marzo 2021, n. 32.

²⁹ V. A. DI BLASE, *Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 862.

³⁰ L'art. 14 della l. 218/1995 in materia di conoscenza della legge straniera menziona, infatti, solo i giudici. V. sul punto anche il *Massimario per l'ufficiale di stato civile*, 2012, disponibile sul sito www.prefettura.it, p. 159.

³¹ In questo senso, esplicitamente, Cass. civ., ordinanza n. 511/2024, cit., secondo cui le disposizioni che disciplinano la formazione dell'atto di nascita «riguardano il procedimento amministrativo di formazione degli atti di stato civile rilevanti ai fini dell'efficacia probatoria privilegiata, prevista dall'art. 451 cod. civ., ad essi attribuita, ma non costitutivi dello *status* cui i fatti da esse risultanti si riferiscono e [...] si tratta di norme che non regolano l'attività tra i privati, ma che sono inserite nell'ambito di un sistema normativo di applicazione necessaria, finalizzato a regolare l'attività della pubblica amministrazione».

³² La Cassazione, nell'ordinanza richiamata alla nota immediatamente *supra*, ha invece escluso l'esperibilità del ricorso ex art. 95 d.P.R. 396/2000, per la rettificazione dell'atto di nascita formato dall'ufficiale di stato civile italiano, non potendosi riscontrare, per le ragioni appena illustrate, alcun vizio nel procedimento di formazione dello stesso.

divieto posto dalla legge italiana in materia di fecondazione eterologa, si ponga in contrasto con l'ordine pubblico internazionale italiano.

Nelle ipotesi in cui, invece, all'ufficiale di stato civile sia richiesta la trascrizione di un atto di nascita o di riconoscimento del figlio formato all'estero (ai sensi degli artt. 15 ss. d.P.R. 396/2000 e a prescindere dalla individuazione della legge regolatrice del rapporto di filiazione in base agli artt. 33 e 35 della l. 218/1995, dunque ai soli fini pubblicitari cui tende la trascrizione) o di un provvedimento giurisdizionale straniero (ai sensi dell'art. 28 d.P.R. 396/2000) che accerti la sussistenza del rapporto di filiazione a favore di una coppia dello stesso sesso, potrebbe porsi un problema di ordine pubblico. Il rispetto di tale limite è, infatti, espressamente richiesto per la trascrizione di atti formati all'estero dall'art. 18 d.P.R. n. 396/2000, ed è posta quale condizione per il riconoscimento automatico dei provvedimenti giurisdizionali stranieri dagli artt. 64 ss. della l. 218/1995, riconoscimento che costituisce il presupposto per la loro trascrizione nei registri di stato civile italiani ai sensi dell'art. 28 d.P.R. 396/2000.

In tali ipotesi, la giurisprudenza distingue a seconda della tecnica procreativa da cui deriva il rapporto in questione.

Con riguardo ai rapporti di filiazione derivanti da fecondazione eterologa realizzata da una coppia dello stesso sesso (necessariamente di donne), la Corte di cassazione ha ritenuto che non contrasti con l'ordine pubblico internazionale la trascrizione nei registri dello stato civile italiani di un atto straniero (formato in Spagna) che attesti la nascita di un figlio da una donna italiana, che ha donato l'ovocita, e da una donna spagnola, che ha partorito il bambino, e che indichi entrambe le donne come madri³³. E ciò nonostante il fatto che il ricorso a tale tecnica di PMA non sia consentito, in base al diritto italiano, alle coppie dello stesso sesso. Secondo la Corte, infatti, l'elusione del divieto in questione non contrasta con principi o valori di rango costituzionale o, comunque, fondanti dell'assetto ordinamentale. Da un lato, assume rilievo decisivo l'interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello *status filiationis* acquisito all'estero. Dall'altro, la Corte evidenzia come non vi sia, nel nostro ordinamento, una «preclusione ontologica per le coppie formate da persone dello stesso sesso (unite da uno stabile legame affettivo) di acco-

³³ Cass. civ., sez. I, sentenza del 30 settembre 2016, n. 19599.

gliere, di allevare e anche di generare figli»³⁴. Il principio in parola è stato ribadito l'anno successivo dalla stessa Corte, quando, pur in assenza di un legame genetico-biologico del minore con una delle due donne, non è stato ravvisato alcun contrasto con l'ordine pubblico internazionale italiano³⁵. In tali ipotesi, quindi, il principio dell'interesse superiore del minore viene ricondotto all'interno della nozione di ordine pubblico internazionale e, in quanto ritenuto prevalente rispetto agli altri principi di segno opposto che vengono in rilievo, esclude l'operatività di tale limite nel caso concreto³⁶.

Con riguardo, invece, ai rapporti di filiazione derivanti da surrogazione di maternità, l'atteggiamento della giurisprudenza di legittimità mostra una chiusura molto più netta. In tali ipotesi, la Corte di cassazione ha, infatti, considerato a più riprese contrarie all'ordine pubblico internazionale italiano la costituzione di un rapporto di filiazione tra il minore e il genitore intenzionale e, quindi, la trascrizione dei relativi atti di nascita o il riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali stranieri che accertino l'esistenza dei rapporti in questione³⁷.

Non è questa la sede per esaminare nel dettaglio un istituto complesso e problematico – da un punto di vista giuridico, oltre che etico – come la surrogazione di maternità; si tratta, in effetti, di una pratica che in molti casi può comportare una violazione, anche seria, dei diritti umani delle donne coinvolte³⁸, oltre che una mercificazione della vita umana³⁹. Da qui

³⁴ Considerazione confermata dalla Corte costituzionale nella sentenza del 23 ottobre 2019, n. 221 e, ancor più esplicitamente, nella sentenza del 9 marzo 2021, n. 32.

³⁵ Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878. V. anche, Cass. civ., sez. unite, sentenza 23 agosto 2021, n. 23319. Principio analogo vale anche nel caso di riconoscimento di provvedimenti stranieri in materia di adozione, v. Cass. civ. sez. I, ordinanza del 23 novembre 2023, n. 32527.

³⁶ Sulla rilevanza del principio dell'interesse superiore del minore quale elemento per la valutazione del contenuto dell'ordine pubblico internazionale ovvero come controlimite all'operatività dello stesso v., tra gli altri, C. CAMPIGLIO, *Della tirannia del best interest of the child. Nuove forme di genitorialità e ordine pubblico internazionale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, p. 1415 ss., spec. p. 1427; O. FERACI, *Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 436; P. PIRRONE, *Limiti e 'controlimiti' alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 151 ss.

³⁷ V., tra le altre, Cass. civ., n. 12193/2019, cit.

³⁸ V. sul punto Appello Milano, sez. V, sentenza del 9 gennaio 2024, secondo cui: «l'obbligo di disporre del proprio corpo, cioè di restare incinta per poi cedere il neonato a terzi, che l'accordo – concluso anteriormente al concepimento o, al limite, anche a gravidanza iniziata – è diretto a far sorgere, strumentalizza il corpo femminile, degradando la donna a esclusivo mezzo di soddisfacimento dei fini altrui, e quand'anche gratuita, non esclude che

le politiche fortemente repressive e dissuasive del fenomeno adottate dal nostro ordinamento e da altri Stati a noi vicini⁴⁰. Merita, peraltro, ribadire che, diversamente da quanto avviene in tema di fecondazione eterologa, il divieto di surrogazione di maternità previsto dalla legge italiana si applica tanto alle coppie dello stesso sesso quanto alle coppie di sesso diverso, giacché alla pratica in esame non è riconosciuta alcuna finalità terapeutica e, dunque, gli elementi di criticità della stessa non dipendono in alcun modo dalla complementarità bioogica dei committenti.

Nondimeno, nelle ipotesi in cui l'ordinamento venga posto di fronte al 'fatto compiuto', e cioè laddove sia richiesto il riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali stranieri o la trascrizione degli atti attestanti il rapporto di filiazione costituito all'esito di surrogazione di maternità realizzata all'estero, un approccio esclusivamente repressivo potrebbe risultare del tutto inadeguato; una volta che il bambino è nato sorge l'esigenza di tutelare i suoi diritti fondamentali, tra cui, in particolare, il diritto alla continuità del rapporto sociale e affettivo con entrambi i soggetti che lo hanno accudito sin dai primi mesi di vita, senza che a ciò vi osti la modalità procreativa impiegata; il minore, infatti, non può rispondere delle scelte compiute dai genitori-committenti.

la donna sia meramente un mezzo per realizzare il progetto di genitorialità di altri; quando, poi, la stessa sia onerosa, al disvalore già rappresentato dalla strumentalizzazione del corpo della donna, si aggiunge la commercializzazione di esso, vietata dalla Convenzione di Oviedo (art. 21) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 3 co. 2 lett. c), ed altresì quello della vendita del bambino, nell'accezione ampia accolta dal Protocollo Opzionale del 2000 alla Convenzione ONU sui diritti dei fanciulli, concernente la vendita, la prostituzione e la pornografia minorile (art. 2 lett. a)».

³⁹ V., sul punto, Human Rights Council, *Report on safeguards for the protection of the rights of children born from surrogacy arrangements*, UN Doc. A/HRC/37/60, 15 gennaio 2018.

⁴⁰ In Francia, oltre a essere prevista la nullità assoluta dei contratti di surrogazione di maternità (art. 16-7 cod. civ.), il codice penale punisce i committenti, gli intermediari e il personale sanitario coinvolto nelle pratiche di gestazione per altri. In Spagna, i contratti di surrogazione di maternità sono nulli e si considera madre, in ogni caso, la donna che ha partorito. Di recente, poi, la legge organica del 28 febbraio 2023, n. 1 sulla salute sessuale e riproduttiva e sull'interruzione volontaria di gravidanza qualifica tale pratica come forma di violenza contro le donne. In Germania, la § 1 co. 1 n. 7 della legge del 13 dicembre 1990 sulla protezione di embrioni (ESchG), punisce con la reclusione fino a tre anni il personale medico implicato nella surrogazione di maternità, mentre la § 13 della legge del 2 luglio 1976 sull'intermediazioni nell'ambito delle adozioni vieta espressamente il ricorso a tale pratica e la §14b punisce con la reclusione fino a due anni chi presti attività di mediazione nell'ambito degli accordi di surrogazione (pena ridotta a un anno in caso di mediazione gratuita).

Si tratta, con tutta evidenza, di un problema estremamente delicato: vi è infatti il rischio che la giusta necessità di tutelare la condizione dei minori possa essere utilizzata come pretesto per affermare surrettiziamente un diritto degli adulti alla genitorialità ‘a tutti i costi’, anche a prezzo di una grave violazione dei diritti umani delle persone coinvolte.

In tale prospettiva, è particolarmente interessante il ragionamento della Corte di Cassazione nella sentenza n. 38162 del 30 dicembre 2022. In tale pronuncia, la Corte, pur riconoscendo come il principio della tutela dell’interesse superiore del minore concorra a formare l’ordine pubblico internazionale e costituisca il valore fondante di ogni disciplina che riguardi i minori, ha ritenuto che l’interesse dei nati a seguito di surrogazione di maternità alla continuità dello *status* di filiazione acquisito all’estero non giustifichi l’automatica trascrizione del provvedimento straniero attestante tale *status*. Ciò per tre ordini di ragioni. In primo luogo, per l’appunto, la non trascrivibilità del provvedimento persegue lo scopo di «disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane, assecondando un’inaccettabile mercificazione del corpo, spesso a scapito delle donne maggiormente vulnerabili sul piano economico e sociale»⁴¹; al contrario, ammettere l’automatica trascrivibilità di simili provvedimenti finirebbe «per legittimare in maniera indiretta e surrettizia una pratica degradante». In secondo luogo, la Corte rileva come all’interno del nostro ordinamento, fatta eccezione per la ben diversa ipotesi di fecondazione eterologa, lo *status* di figlio non può dipendere esclusivamente dal desiderio di genitorialità e, quindi, dal consenso di coloro che siano coinvolti nel c.d. progetto procreativo. In terzo luogo, «l’instaurazione della genitorialità e il giudizio sulla realizzazione del miglior interesse del minore non si coniugano con l’automatismo e con la presunzione, ma richiedono una valutazione di concretezza [...] che postula il riscontro del preminente interesse del bambino a continuare, con la veste giuridica dello *status*, un rapporto di cura e di affettività che, già nei fatti, si atteggia a rapporto genitoriale».

Se il principio dell’interesse superiore del minore deve cedere il passo ad altri principi e valori ritenuti preminenti nel bilanciamento operato ai fini dell’applicazione del limite dell’ordine pubblico, la Cassazione, nondimeno, osserva che i diritti e la dignità del minore non possono essere

⁴¹ V., in termini analoghi, Corte cost., sentenza 18 dicembre 2017, n. 272.

strumentalizzati «allo scopo di conseguire esigenze general-preventive che lo trascendono»⁴². Lo stesso principio del preminente interesse del minore può allora fondare, come si è già accennato, un'interpretazione estensiva dell'art. 44, co. 1, lett. *d*, della l. 184/1983, permettendo il ricorso all'adozione in casi particolari da parte del genitore intenzionale privo di legami biologici. Tale soluzione, che, come si dirà più sotto, non è scevra di criticità, permetterebbe, secondo la Corte di Cassazione, una valutazione concreta dell'interesse superiore del minore e, cioè, dell'opportunità di attribuire rilevanza giuridica al rapporto affettivo e sociale *de facto* esistente tra il bambino e il genitore intenzionale.

5. Considerazioni conclusive

Come abbiamo visto, nelle pronunce rese nei casi in commento la Corte EDU ha escluso ogni profilo di violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti, sull'assunto che l'ordinamento italiano prevede la possibilità di ottenere un riconoscimento giuridico del rapporto affettivo e sociale tra i minori e i rispettivi genitori intenzionali attraverso l'adozione in casi particolari. Si è già accennato, tuttavia, di come la Corte costituzionale abbia evidenziato diversi profili di inadeguatezza dell'istituto in parola, che lo rendono strumento non sufficiente a una piena tutela della posizione del minore. In tale occasione, la Consulta ha rivolto un pressante invito al legislatore, affinché individui modalità più congrue di riconoscimento dei legami affettivi stabili del minore. In particolare nella sentenza del 9 marzo 2021, n. 32 – relativa a un'ipotesi di fecondazione eterologa tra due donne, le cui figlie erano nate in Italia, analogamente a quanto avvenuto nelle vicende alla base della pronuncia *Nuti e altri c. Italia* – e nella sentenza del 9 marzo 2021, n. 33 – relativa a un'ipotesi di surrogazione di maternità, analoga alle vicende alla base delle decisioni *Bonzano e altri c. Italia* e *Modanese e altri c. Italia* – la Corte costituzionale ha rilevato che l'adozione in casi particolari non sempre costituisce un «procedimento di adozione effettivo e celere, che riconosca la pienezza del legame di filiazione tra adottante e adottato, allorché ne sia stata accertata in concreto la corrispondenza agli interessi del bambino»,

⁴² Cass. civ., n. 38162/2022, cit.; da qui, secondo parte della dottrina, la necessità di uno strumento di portata globale che assicuri una cooperazione a livello interstatale, anche al di fuori dell'Unione europea, v. G. BIAGIONI, *International Surrogacy and International Parentage: Hopes for a Global Solution*, in P. BEAUMONT, J. HOLLIDAY (a cura di), *A Guide to Global Private International Law*, Londra, 2022, p. 567 ss.

poiché non prevede il pieno inserimento nella famiglia dell'adottante e presuppone, in ogni caso, l'assenso del genitore biologico, che potrebbe mancare in caso di separazione o crisi della coppia. Nell'inerzia del legislatore, il primo profilo di criticità è stato, in realtà, risolto dalla Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della l. 184/1983 nella parte in cui prevede che l'adozione in casi particolari non fa sorgere alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante⁴³. Con riguardo al secondo profilo, la Corte di cassazione ha ritenuto superabile, in via interpretativa, il dissenso all'adozione manifestato dal genitore biologico, ogniqualvolta esso si ponga in contrasto con il preminente interesse del minore e, cioè, in tutte le ipotesi in cui l'adottante abbia effettivamente intrattenuto un rapporto di affetto e di cura con l'adottando. Più critico appare, invece, il riferimento alla auspicata maggior celerità del procedimento, atteso che l'adozione in casi particolari rappresenta già un procedimento semplificato (e più celere) rispetto all'adozione piena e, nelle more dello stesso, non è comunque impedita la continuità e stabilità del rapporto tra adottante e adottando⁴⁴.

Ad ogni buon conto, nei casi in esame la Corte EDU si è limitata a prendere atto dell'intervento della Corte costituzionale con la sentenza del 23 febbraio 2022, n. 79 testé menzionata; non si è, invece, dovuta occupare degli ulteriori profili di (possibile) inadeguatezza del procedimento di adozione in casi particolari, giacché nei casi oggetto di decisione non era nemmeno stata avviata la relativa procedura. Da ciò, evidentemente, non si può ricavare un generalizzato giudizio di compatibilità dell'istituto in esame con i diritti umani tutelati dalla CEDU; rimangono, infatti, tuttora valide le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza di Strasburgo, circa i requisiti che la procedura di adozione deve rispettare per poter essere ritenuta compatibile con il diritto al rispetto della vita privata del minore⁴⁵.

Un profilo che, tuttavia, secondo noi meriterebbe ulteriore considerazione è quello relativo alla legittimazione attiva rispetto alla procedura di adozione in casi particolari. Se è vero che il diritto che si intende tutelare è quello del minore (e non già, o non solo, quello del genitore intenzionale), pare poco coerente il ricorso a un istituto che può essere attivato esclusivamente dall'adottante. Nell'ipotesi in cui il genitore intenzionale dovesse rimanere inerte, omettendo di dare avvio alla procedura di adozione, il

⁴³ Corte cost., sentenza del 23 febbraio 2022, n. 79.

⁴⁴ Cass. civ., n. 38162/2022, cit.

⁴⁵ V., in particolare, Corte EDU, parere P16-2018-001, cit., par. 54.

minore si troverebbe, infatti, nell'impossibilità di veder riconosciuto il rapporto di filiazione, con tutte le conseguenze pregiudizievoli che ciò comporta. A titolo di esempio, in caso di separazione dei genitori, non potrebbe pretendere il diritto al mantenimento da parte del genitore intenzionale o, in caso di morte di quest'ultimo, non godrebbe dei relativi diritti ereditari. Rimane, quindi, auspicabile un intervento del legislatore che individui le congrue modalità che garantiscano un pieno riconoscimento dei diritti dei minori, laddove l'ordinamento italiano consenta il riconoscimento o la costituzione del rapporto di filiazione con entrambi i genitori intenzionali solo attraverso la procedura di adozione in casi particolari⁴⁶.

⁴⁶ Ciò anche a prescindere dalla sussistenza di legami sociali o affettivi con il genitore intenzionale in questione. D'altronde, nel nostro ordinamento sono già presenti delle disposizioni volte a tutelare la posizione del minore concepito attraverso tecniche di PMA nei confronti del soggetto che, pur non avendo fornito alcun apporto biologico, abbia condiviso il c.d. «progetto di genitorialità», v. l'art. 9 co. 1 della l. 40/2004 che impedisce il disconoscimento di paternità da parte del coniuge o convivente il cui consenso alla fecondazione eterologa sia ricavabile da atti concludenti.

Il controllo sui lodi nell'arbitrato sportivo: quale ruolo per la Corte europea dei diritti umani? Note a margine della sentenza *Semenya c. Svizzera*

ANNA LIEBMAN*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Origine della controversia e decisione della Corte EDU. – 3. Alcuni aspetti controversi della pronuncia: quali limiti all'intervento della Corte EDU? – 4. Giurisdizione della Corte EDU. – 5. Ampiezza del sindacato della Corte EDU sul concetto (nazionale) di ordine pubblico. – 5.1. Discrezionalità statale e margine di apprezzamento nella concretizzazione del concetto di ordine pubblico. – 5.2. Ordine pubblico e arbitrato internazionale. – 6. Riflessioni conclusive.

ABSTRACT: Con la sentenza resa nel caso *Semenya c. Svizzera*, la Corte EDU ha condannato la Svizzera per non aver fornito un'adeguata tutela di alcuni diritti garantiti dalla CEDU nell'ambito del procedimento di impugnazione di un lodo arbitrale reso dal Tribunale arbitrale dello sport. Detta circostanza si sarebbe verificata a causa del controllo ristretto posto in essere dal Tribunale federale svizzero nell'ambito del procedimento di impugnazione del lodo arbitrale sportivo. La sentenza *Semenya*, oltre ad affrontare la questione della discriminazione nei confronti di soggetti con «differences of sexual development», offre lo spunto per alcune riflessioni sul ruolo che può essere svolto dalla Corte EDU per garantire il rispetto dei diritti sanciti nella CEDU nell'ambito di procedimenti arbitrali, in materia sportiva e non. Il presente contributo, chiarite le motivazioni del particolare interesse acquisito dalla questione soprattutto in tempi recenti (alla luce della crescente sfiducia nei confronti del meccanismo arbitrale), si concentra su due aspetti per spiegare il ruolo occupato dalla Corte EDU nel contesto della giustizia sportiva. Da un lato, viene affrontata la questione dell'ampiezza della giurisdizione della Corte EDU in una situazione che presenti un contatto minimo con uno Stato contraente la CEDU, dall'altro lato, viene chiarita l'estensione del controllo che la Corte EDU può svolgere sull'interpretazione del concetto di ordine pubblico di uno Stato contraente la CEDU. La conclusione raggiunta è la constatazione di una apparente volontà, da parte della Corte EDU, di

costituire una comunità internazionale di valori di cui la Corte stessa si erge a garante supremo.

PAROLE CHIAVE: Arbitrato sportivo – ordine pubblico – divieto di discriminazione – Corte europea dei diritti umani – Tribunale federale svizzero.

1. Introduzione

Con sentenza resa l'11 luglio 2023, nel caso *Semenya*¹, la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU o Corte) ha condannato la Svizzera per la violazione degli artt. 8, 13 e 14 della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU o Convenzione). In particolare, i giudici di Strasburgo hanno osservato che il «controllo molto ristretto» posto in essere dal Tribunale federale svizzero nel procedimento di impugnazione di un lodo arbitrale reso dal Tribunale arbitrale dello sport (TAS)² non avrebbe permesso di esaminare approfonditamente le doglianze di discriminazione sollevate dalla ricorrente, Caster Semenya, un'atleta sudafricana specializzata nel mezzofondo. Alcuni diritti garantiti dalla Convenzione non sarebbero stati così adeguatamente tutelati dalla Svizzera che, non avendo fornito alla ricorrente sufficienti «garanzie istituzionali e procedurali», si sarebbe resa responsabile della violazione della CEDU.

Tale pronuncia è stata adottata a maggioranza (con 3 giudici dissenzienti e con un'opinione in parte concordante e in parte discordante) e non è ancora definitiva, in quanto la Grande Camera della Corte EDU ha accolto la domanda di rinvio formulata dal governo svizzero *ex art.* 43 CEDU, così dimostrando l'importanza riconosciuta alle questioni sottostanti il caso in esame³. Per una decisione definitiva sulla questione occorre dunque attendere la pronuncia da parte della Grande Camera⁴.

* Assegnista di ricerca in diritto internazionale, Università degli Studi di Milano, anna.liebman@unimi.it.

¹ Corte EDU, sentenza dell'11 luglio 2023, ric. n. 10934/21, *Semenya c. Suisse*.

² Noto come *Tribunal Arbitral du Sport* (TAS) o *Court of Arbitration for Sport* (CAS). Generalmente sul funzionamento del TAS si veda, L. FUMAGALLI, *L'arbitrato e lo sport. La giustizia sportiva*, in M. RUBINO-SAMMARTANO (a cura di), *Il diritto dell'arbitrato*, Padova, 2010, p. 1603 ss.

³ Tale articolo prevede infatti che «1. Entro un termine di tre mesi a decorrere dalla data della sentenza di una Camera, ogni parte alla controversia può, in situazioni eccezionali, chiedere che il caso sia rinviato dinnanzi alla Grande Camera. 2. Un collegio di cinque giudici della Grande Camera accoglie la domanda quando la questione oggetto del ricorso sol-

Ciononostante, detta sentenza, oltre a trattare la delicata questione della discriminazione in ambito sportivo in relazione agli atleti con disturbi dello sviluppo sessuale (di cui tuttavia non ci si occuperà in questa sede⁵), offre anche l'occasione per alcune riflessioni sul ruolo svolto della Corte EDU rispetto al sistema della giustizia sportiva⁶.

Per illustrarle, sono anzitutto necessari brevi cenni alla controversia e ai termini della decisione resa dalla Corte di Strasburgo.

2. Origine della controversia e decisione della Corte EDU

La pronuncia in commento trae origine dalle vicende che hanno visto come protagonista Caster Semenya, un'atleta sudafricana specializzata negli 800 metri piani e intersessuale dalla nascita, condizione che comporta la produzione naturale di un livello elevato di testosterone. Per questa sua condizione, Semenya rientra nella categoria dei c.d. atleti con DSD, vale a dire con *differences of sexual development*⁷.

Nell'aprile del 2018, l'*International Association of Athletics Federations* (IAAF) ora *World Athletics* ha adottato un regolamento sulle differenze di sviluppo sessuale (Regolamento DSD o Regolamento)⁸, che pone una soglia limite di testosterone per poter partecipare alle competizioni di atletica nella categoria femminile, imponendo a Semenya, per continuare l'attività sportiva, di ridurre il proprio livello naturale di testosterone at-

leva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale. 3. Se il collegio accoglie la domanda, la Grande Camera si pronuncia sul caso con sentenza». La complessità e la novità del caso sono riconosciuti anche nella sentenza dell'11 luglio, in cui la Corte si mostra cosciente «de la complexité et de la nature nouvelle de l'affaire». Corte EDU, *Semenya c. Suisse*, cit., par. 77.

⁴ La corte ha fissato l'udienza di discussione di detto caso in data 15 maggio 2024.

⁵ E in relazione alla quale potrebbe apparire opportuno attendere la pronuncia della Grande Camera della Corte EDU.

⁶ Il caso di specie, infatti, riguarda l'arbitrato internazionale sportivo. La maggior parte delle considerazioni svolte in questa sede hanno tuttavia un impatto anche sulle altre tipologie di arbitrato, commerciale per esempio, a patto che la sede dell'arbitrato o il luogo di qualunque procedimento giudiziale di supporto all'arbitrato sia situata in uno Stato parte della CEDU e ciò in base al principio dell'*effet utile* di tale regime convenzionale. V., generalmente su tale principio quale principio interpretativo della Convenzione, R. PISILLO MAZZESCHI, *International Human Rights Law. Theory and Practice*, Siena, 2020, p. 82 ss.

⁷ Cfr., per esempio, English National Health Service, *Report on Differences of Sex Development*, www.nhs.uk.

⁸ V. IAAF, *IAAF Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes with Differences of Sex Development) ("DSD Regulations")*, 2018.

traverso dei trattamenti ormonali. L'atleta sudafricana, ritenendo ancora poco conosciuti gli effetti collaterali di tali trattamenti, si è rifiutata di adeguarsi al Regolamento DSD e ne ha contestato la validità dinnanzi al TAS.

Nel lodo reso il 30 aprile 2019⁹, il collegio arbitrale – riconosciuta la legittimità dello scopo perseguito dal Regolamento DSD, vale a dire la garanzia di una competizione equa nelle gare di atletica femminile – ha chiarito la propria intenzione di svolgere l'indagine sulla legittimità del Regolamento in funzione di tale obiettivo. All'esito del suo esame, il TAS ha in primo luogo riconosciuto la necessità e la ragionevolezza del Regolamento, in quanto, essendo stato dimostrato che un tasso elevato di testosterone comporta un vantaggio competitivo significativo nelle competizioni sportive, questo fonda il diritto di essere inclusi nella categoria femminile in funzione di un parametro oggettivo, relativo alla quantità di testosterone nel sangue, non avendo alcuna rilevanza a tal fine lo *status* giuridico o l'identità di genere. In secondo luogo, il collegio arbitrale, soppesati tutti gli aspetti che entrano in gioco nell'applicazione del Regolamento (gli effetti dell'assunzione di contraccettivi orali, l'obbligo per gli atleti con DSD di sottoporsi ad esami fisici invasivi, il limite consentito per i livelli di testosterone), ha sostenuto che gli effetti collaterali del trattamento ormonale previsto non sarebbero sproporzionati rispetto agli obiettivi perseguiti dalla IAAF. Pertanto, nonostante l'avvenuto riconoscimento di effetti discriminatori del Regolamento, il TAS ne ha stabilito la legittimità in funzione dell'obiettivo, da questo perseguito, di promozione e tutela di un'equa competizione nella categoria femminile.

L'atleta sudafricana ha quindi iniziato un procedimento dinnanzi al Tribunale federale svizzero demandando l'annullamento del lodo per la pretesa incompatibilità di quest'ultimo con l'ordine pubblico¹⁰ e ciò ai sensi dell'art. 190, par. 2, lett. e), della legge sul diritto internazionale pri-

⁹ TAS, lodo del 30 aprile 2019, CAS/2018/O/5794 e CAS/2018/O/5798, *Mokgadi Caster Semenya v. International Association of Athletics Federations e Athletics South Africa v. International Association of Athletics Federations*.

¹⁰ Com'è noto, infatti, il procedimento di impugnazione dei lodi arbitrali, a differenza di quanto accade per i procedimenti di riconoscimento ed esecuzione degli stessi, è una materia non coperta da convenzioni internazionale ma regolata dalla *lex loci arbitri*, che, tuttavia, nella maggioranza dei casi, risulta standardizzata e allineata alla disciplina dell'*exequatur* secondo l'impostazione della legge modello UNCITRAL. Sul punto si veda generalmente, J.F. POUURET, S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, London, 2007, p. 767 ss.; R. LUZZATTO, *L'impugnazione del lodo arbitrale internazionale*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1997, p. 19 ss.

vato svizzero (LDIP)¹¹. In particolare, trattandosi, di presunte violazioni di principi di diritto materiale, la ricorrente ha lamentato la contrarietà con il c.d. ordine pubblico materiale (o sostanziale) del lodo reso dal TAS¹², ritenuto dall'atleta sudafricana incompatibile con il divieto di discriminazione e con la tutela di alcuni suoi diritti fondamentali, nonché lesivo della sua dignità umana.

Nella sentenza resa il 20 agosto 2020¹³, il Tribunale federale svizzero, ribadita l'importanza della garanzia di uno sport equo¹⁴, ha riconosciuto, sulla base dei fatti accertati e dell'esame approfondito svolto dal collegio arbitrale, la ragionevolezza delle conclusioni raggiunte dal TAS. Ha pertanto rigettato in *toto* il ricorso presentato dall'atleta sudafricana, confermando il lodo.

Semenya ha quindi presentato ricorso dinnanzi alla Corte EDU, denunciando l'avvenuta violazione da parte della Svizzera degli artt. 3 (proibizione della tortura), 6 (diritto a un equo processo), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 13 (diritto ad un ricorso effettivo) e 14 (divieto di discriminazione).

Nonostante il governo svizzero abbia contestato la competenza *ratione loci* e *ratione personae* della Corte, riferendosi le doglianze della ricorrente ad un insieme di fatti e di soggetti senza alcun legame con la Svizzera né con alcuno Stato membro del Consiglio d'Europa, essa si è dichiarata competente a conoscere della controversia sottoposta al suo esame sulla base dell'art. 1 della CEDU, il quale delimita il campo di applicazione della Convenzione *ratione personae, materiae* e *loci*¹⁵. I giudici di Strasburgo hanno infatti chiarito che la possibilità del Tribunale federale svizzero – sorta in virtù del ricorso presentato da Semenya – di svolgere

¹¹ Legge federale di diritto internazionale privato, del 18 dicembre 1987, sulla quale si veda, A. BUCHER, *Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)/Convention de Lugano (CL)*, Commentaire Romand, Bâle, 2011.

¹² Tra i principi dell'ordinamento che concorrono a formare l'ordine pubblico si usa generalmente distinguere tra «ordine pubblico sostanziale» e «ordine pubblico processuale», ovverosia tra i valori giuridici che interessano i profili sostanziali della decisione e quelli che, invece, interessano il rispetto delle garanzie processuali fondamentali.

¹³ Tribunale federale svizzero, sentenza del 20 agosto 2020, 4A_248/2019 e 4A_398/2019, *Caster Semenya v. World Athletics & Athletics South Africa* e *ASA v. World Athletics*.

¹⁴ Confermata anche dalla giurisprudenza della Corte EDU, v. Corte EDU, sentenza del 18 gennaio 2018, ric. n. 48151/11 e 77769/13, *Affaire Fédération nationale des associations et syndicats de sportifs (Fnass) et autres c. France*, par. 166.

¹⁵ Corte EDU, sentenza del 18 gennaio 1978, ric. n. 5310/71, *Irlande c. Royaume-Uni*, par. 238. Sul punto, si veda, anche W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, 2015, p. 84 ss.

un riesame sul lodo arbitrale reso dal TAS avrebbe fatto entrare in gioco la giurisdizione della Svizzera ai sensi dell'art. 1 della CEDU e, di conseguenza, anche la giurisdizione della Corte EDU. Secondo costante giurisprudenza della Corte, infatti, nel momento in cui una persona agisce davanti al tribunale civile di uno Stato, esiste indiscutibilmente un «nesso giurisdizionale» tra quella persona e lo Stato stesso e ciò anche se i fatti che hanno dato origine all'azione sono di natura extraterritoriale¹⁶.

Tale conclusione è stata criticata dalla minoranza dissenziente¹⁷, che ha sostenuto l'inesistenza di una base giuridica idonea a consentire l'estensione del sindacato della Corte EDU su una controversia riguardante le misure adottate da un'organizzazione di diritto privato del Principato di Monaco (la IAAF) nei confronti di un'atleta sudafricana, residente in Sudafrica. Trattandosi, infatti, di una situazione non collegata con nessuna Alta Parte contraente ex art. 1 della Convenzione, i giudici della minoranza hanno negato la giurisdizione della Corte¹⁸.

Quanto al merito, i giudici di Strasburgo hanno accolto le doglianze della ricorrente relativamente agli artt. 8, 13 e 14 della CEDU. La Corte ha dapprima ravvisato una violazione dell'art. 14, in combinato disposto con l'art. 8, per non aver la Svizzera fornito sufficienti garanzie istituzionali e procedurali per la tutela dei diritti previsti dalla Convenzione: l'esame svolto dal Tribunale federale svizzero sul lodo reso dal TAS non avrebbe cioè permesso di indagare a fondo alcune questioni di fondamentale importanza (per esempio, quelle relative agli effetti secondari del trattamento ormonale) e non avrebbe così garantito in modo adeguato l'applicazione della CEDU dinnanzi a doglianze di discriminazione consolidate e credibili. Per questo motivo, la Corte ha ritenuto di non poter considerare il Regolamento DSD una misura razionale e proporzionata allo scopo perseguito. Sempre a ragione dell'esame ristretto svolto dall'autorità svizzera sul lodo arbitrale, la Corte – rimarcato il proprio ruolo di «custode dell'ordine pubblico europeo» – ha riscontrato una violazione anche dell'art. 13 della CEDU, in combinato disposto con gli artt. 8 e 14.

¹⁶ Corte EDU, sentenza del 14 dicembre 2006, ric. n. 1398/03, *Markovic et altri c. Italie*, par. 49-55.

¹⁷ Corte EDU, opinione dissenziente dei giudici Grozev, Roosma e Ktistikis dell'11 luglio 2023, *Semenya c. Suisse*.

¹⁸ Corte EDU, sentenza del 30 novembre 2022, ric. n. 8019/16, 43800/14 e 28525/20, *Ukraine et Pays-Bas c. Russie*, par. 506.

I giudici della minoranza si sono mostrati critici anche rispetto a detta soluzione. In particolare, essi hanno contestato la conclusione secondo cui il Tribunale federale svizzero avrebbe dovuto dare piena applicazione alla Convenzione nell'esame svolto in sede di impugnazione del lodo arbitrale, in quanto ciò avrebbe comportato due conseguenze non condivisibili ed erronee: da un lato, l'interferenza della Corte EDU nell'interpretazione del diritto interno; dall'altro, l'applicazione universale della CEDU a tutti gli arbitrati sportivi, risultato sicuramente non previsto dalla Convenzione stessa.

3. Alcuni aspetti controversi della pronuncia: quali limiti all'intervento della Corte EDU?

Tale sentenza, come dimostra la divergenza di opinioni espressa in seno alla stessa Corte, si occupa di questioni nuove e controverse, rispetto alle quali esistono pochissime linee guida generali, risultando dunque molto difficile trovare un bilanciamento tra i diversi interessi in gioco. Tanto più che, come rimarcato in un uno dei primi commenti alla sentenza, le difficoltà sorgono anche a causa della complessità di conciliare istanze provenienti da mondi caratterizzati da filosofie, principi e obiettivi diversi e talvolta contrastanti: da un lato, il mondo dell'arbitrato sportivo e, dall'altro, quello, dei diritti umani¹⁹. In realtà, l'assunto secondo il quale l'arbitrato internazionale e i diritti umani sono due realtà distinte e non correlate nel discorso e nella prassi giuridica sembra oggi superato²⁰. Invero, è ormai frequente che disposizioni della Convenzione vengano invocate in casi di arbitrato internazionale e ciò accade in particolar modo con riferimento all'art. 6 della CEDU, relativo alla garanzia di un equo processo. In relazione a tale disposizione, la giurisprudenza della Corte EDU ha riconosciuto nel meccanismo di giustizia sportivo fondato sul TAS un «arbitrato forzato», nel senso che la Corte ha sottolineato l'inesistenza della possibilità per le parti interessate di sottrarre la controversia alla giurisdizione del

¹⁹ F. SHAHLAEI, *The Caster Semenya Judgment of the ECtHR: Why It Should Not be the Final Whistle?*, in *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 25 luglio 2023.

²⁰ In questo senso, M. V. BENEDETTELLI, *Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration: Reflecting on the ECHR Experience*, in *Arbitration International*, 2015, p. 631 ss. Per un'analisi specifica sulla tutela dei diritti umani nel contesto dell'arbitrato sportivo, v. A. MARINO, *Putting the Pieces back Together: The Protection of Athletes' Human Rights in Sport Arbitration through a Systematization of CAS Jurisprudence*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2022, p. 723 ss.

TAS con sede a Losanna, circostanza spesso imposta dai regolamenti delle organizzazioni sportive. Ciononostante, nel caso *Mutu et Pechstein*²¹, la Corte ha qualificato il TAS come un «tribunale indipendente e imparziale costituito per legge» ai sensi dell'art. 6 della CEDU, decisione poi confermata nel successivo caso *Platini*²².

Nel caso in esame, invece, è stato chiesto alla Corte, per la prima volta nel contesto dell'arbitrato sportivo, di considerare alcune disposizioni a tutela di diritti sostanziali garantiti dalla CEDU²³. In altre parole, la sentenza in esame non si incentra sulla questione – già sottoposta all'attenzione della Corte EDU e da questa risolta in senso affermativo – dell'autonomia e indipendenza del TAS, quanto piuttosto sulle modalità attraverso cui le garanzie previste dalla Convenzione possono e devono trovare applicazione nel contesto del controllo operato sui lodi arbitrali resi dal TAS dalla Corte suprema svizzera, come previsto dal sistema della giustizia sportiva. In questo quadro, pare opportuno in particolare approfondire il ruolo svolto dalla Corte EDU quale garante, ex art. 19 della CEDU, del rispetto e dell'applicazione della Convenzione medesima da parte degli Stati contraenti.

Questo aspetto della pronuncia in esame è infatti di particolare interesse ed attualità in quanto, di recente, soprattutto nel contesto europeo, si assiste ad una crescente sfiducia nei confronti del meccanismo arbitrale di risoluzione delle controversie, accompagnata da una parallela crescente interferenza di alcune Corti internazionali²⁴, spesso per il tramite delle

²¹ Corte EDU, sentenza del 2 ottobre 2018, ric. n. 40575/10 e 67474/10, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, parr. 149 e 159, sulla quale si veda, A. RIGOZZI, *Sports Arbitration and the European Convention of Human Rights - Pechstein and Beyond*, in C. MULLER, S. BESSON, A. RIGOZZI (a cura di), *New Developments in International Commercial Arbitration*, Berna, 2018, p. 77 ss.

²² Corte EDU, sentenza del 5 marzo 2020, ric. n. 526/18, *Michel Platini c. Svizzera*, par. 66.

²³ Come evidenziato in J. COOPER, *Semenya v Switzerland (European Court of Human Rights)*, No. 10934/21, July 11, 2023, in *Entertainment and Sports Law Journal*, 2023, p. 1 ss.

²⁴ Nel caso in esame, per esempio, il solo fatto che la Svizzera è uno Stato contraente della CEDU ha comportato l'intervento della Corte EDU, che ha esaminato l'operato del Tribunale federale svizzero nel controllo svolto rispetto al lodo arbitrale reso dal TAS per arrivare a condannare la Svizzera a motivo del controllo troppo ristretto, che non ha permesso la protezione dei diritti garantiti dalla CEDU. Una situazione simile si è verificata, in relazione all'art. 6 CEDU, nel già caso *Mutu et Pechstein*. Nel dicembre 2023, inoltre, anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata sollevando alcune criticità che riguardano il sistema della giustizia sportiva. V. CGUE, sentenza del 21 dicembre 2023, C-124/21, *International Skating Union c. Commissione europea*. In generale, la Corte di Giustizia ha criticato il fatto che il meccanismo obbligatorio dell'arbitrato sportivo e il riesame svolto dal Tribunale federale svizzero sui lodi arbitrali non consentono il controllo sul rispetto

corti domestiche²⁵, nei procedimenti arbitrali. In relazione all'arbitrato sportivo, essendo i lodi arbitrali resi dal TAS lodi svizzeri²⁶ e potendo di conseguenza essere impugnati soltanto di fronte al Tribunale federale svizzero, è nei confronti del meccanismo di revisione svolto dalla suprema Corte elvetica che sono state sollevate le maggiori criticità²⁷ e, in linea con

delle norme della concorrenza dell'Unione europea. Più nello specifico, due sono le conclusioni raggiunte dalla Corte: da un lato, viene osservato che vi è una violazione delle norme sulla concorrenza per il fatto che non viene permesso agli atleti che non sono parte della federazione di gareggiare (in questo caso la federazione è l'International Skating Union); dall'altro, la Corte ha rilevato come, in presenza di un'effettiva violazione delle norme della concorrenza, il fatto che le controversie debbano essere devolute all'arbitrato 'obbligatorio' al TAS comporta un rafforzamento di dette violazioni. Per i primi commenti su questa pronuncia, che rischia di avere effetti dirompenti sui, già delicati, rapporti tra arbitro e diritto dell'Unione europea, si veda, M. SCHRADER, J. SCHMIDT, H. NETTLAU, F. PEITZMEIER, *CJEU's "ISU Decision": A Nail in the Coffin of Antitrust-Related Arbitration in the EU?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 9 febbraio 2024; P. LANDOLT, *CJEU's Decision in International Skating Union v. European Commission: Its Manageable Consequences for International Arbitration*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 10 aprile 2024.

²⁵ Infatti, sia la Corte EDU sia la Corte di giustizia dell'Unione europea non hanno di per sé giurisdizione per esprimersi su situazioni decise all'esito di procedimenti arbitrali, che, come si vedrà, sono autonomi rispetto agli ordinamenti giuridici statali. Tuttavia, il loro intervento può avvenire nelle fasi processuali successive al lodo arbitrale, vale a dire nei procedimenti di annullamento, riconoscimento o esecuzione di lodi arbitrali, dove il diritto dello Stato in cui detti procedimenti si svolgono viene preso in considerazione. Laddove lo Stato in cui tali procedimenti hanno luogo sia uno Stato membro dell'Unione europea o Stato contraente della CEDU, è chiaro che norme fondamentali di diritto dell'Unione e principi fondamentali a tutela dei diritti umani saranno presi in considerazione e, in particolare, concorreranno a dotare di contenuto concreto la clausola di ordine pubblico.

²⁶ Uno degli aspetti peculiari del sistema di giustizia sportiva è rappresentato dalla circostanza che tutti gli arbitrati amministrati dal TAS devono obbligatoriamente avere la sede arbitrale a Losanna. Una convenzione di arbitrato che indichi una diversa sede risulterebbe inefficace. Ciò comporta il fatto che tutti i lodi arbitrali resi da TAS sono lodi 'svizzeri' e sono impugnabili soltanto dinnanzi al Tribunale federale svizzero, che funge dunque da «vera ultima istanza giudiziaria dello sport mondiale». M. COCCIA, *La giurisprudenza del Tribunale Federale svizzero sulla impugnazione per nullità dei lodi arbitrali internazionali del Tas*, in B. DE DONNO, F. PERNAZZA, R. TORINO, G. SCARCHILLO, D. BENINCASA (a cura di), *Persona e attività economica tra libertà e regola, studi dedicati a Diego Corapi*, Napoli, 2016, p. 1165 ss. Generalmente, sul contenzioso dinnanzi al Tribunale federale svizzero per l'impugnazione dei lodi resi dal TAS, si veda, A. RIGOZZI, *Challenging Awards of the Court of Arbitration for Sport*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, p. 217 ss.

²⁷ Sulla questione, N. LUFT, *Sports Arbitration and EU Competition Law: No Escape to Switzerland!*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 8 marzo 2024. L'Autore evidenzia il *climax* ascendente che ha riguardato le critiche rivolte al meccanismo di revisione dei lodi arbitrali resi dal TAS. Egli evidenzia infatti come la più recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE, *International Skating Union*, cit.) – con la quale viene criticato il fatto che il giudice competente a controllare i lodi emessi dal TAS non possa verificare che questi rispettino gli artt. 101 e 102 del TFUE – si ponga in linea con le precedenti sentenze della

questa tendenza, è proprio il controllo ristretto svolto dal Tribunale federale svizzero sul lodo *Semenya* che ha condotto la Corte EDU a condannare la Svizzera.

In questo contesto, appare dunque imporsi la necessità di comprendere quali siano i limiti dell'azione della Corte EDU nel caso in esame e ciò pare tanto più utile se si considera che le riflessioni svolte a tal proposito potrebbe valere ogni qualvolta un procedimento arbitrale abbia la propria sede in uno Stato contraente della Convenzione.

Compreso l'interesse del tema, due questioni principali, che verranno approfondite di seguito, emergono dalla pronuncia in esame con riferimento al ruolo svolto dalla Corte EDU nel contesto della giustizia sportiva. Da un lato, infatti, la decisione riguardante l'atleta sudafricana permette di indagare quale sia l'ampiezza della giurisdizione della Corte EDU, ossia il collegamento richiesto tra una data controversia e un'Alta Parte contraente quale presupposto per fondare la giurisdizione della Corte; dall'altro lato, la sentenza in commento offre lo spunto per alcune riflessioni sull'estensione del controllo che la Corte EDU può svolgere sull'interpretazione (in concreto) del concetto di ordine pubblico offerta da un'autorità giurisdizionale di uno Stato contraente la CEDU. Le altre questioni toccate dalla pronuncia, di enorme importanza e strettamente inerenti al merito della controversia, quali gli effetti collaterali dei trattamenti ormonali, l'applicazione orizzontale della CEDU, la struttura altamente gerarchica dei meccanismi di giustizia sportiva non saranno invece oggetto di approfondimento in questa sede²⁸.

Corte europea dei diritti dell'uomo (e in particolare con, Corte EDU, *Semenya c. Suisse*, cit. e sentenza del 2 ottobre 2018, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, con le quali è stato chiarito che nel riesame di un lodo arbitrale sportivo occorre verificare, nell'ambito dell'indagine sulla compatibilità di quest'ultimo con l'ordine pubblico svizzero, che le garanzie sostanziali e procedurali previste dalla CEDU siano state adeguatamente considerate dal tribunale arbitrale).

²⁸ È possibile, inoltre, affermare come la Corte non si sia particolarmente concentrata, nella sentenza, su dette questioni di diritto sostanziale. Boisgontier e Lanier criticano infatti la sentenza in commento sostenendo che la Corte ha perso l'occasione per pronunciarsi sul carattere discriminatorio (o meno) del Regolamento DSD. Gli autori affermano infatti che detta decisione «*n'est pas qu'une précision procédurale: le raisonnement suivi par la Cour se concentre en effet sur la décision du Tribunal fédéral suisse*». V. A. BOISGONTIER, C. LANIER, *La victoire de Caster Semenya devant la CEDH, un premier relais pour la protection des droits des athlètes intersexuées ? À propos de la décision CEDH, 11 juillet 2023*, Mokgadi Caster Semenya c. Suisse, no 10934/21, in *La Revue des droits de l'Homme*, 2023, p. 1 ss. Per un approfondimento su alcune delle questioni di fondo non affrontate nello specifico dalla

4. Giurisdizione della Corte EDU

Innanzitutto, la pronuncia in commento costituisce un punto di partenza per svolgere qualche riflessione sulla possibilità di fondare la giurisdizione della Corte con riferimento a controversie in cui pare complicato ravvisare la responsabilità di uno Stato contraente la CEDU. La peculiarità del caso in esame, infatti, come evidenziato sia dal governo svizzero sia dalla minoranza dissenziente, deriva dal fatto che la controversia sottoposta all'attenzione della Corte riguarda un procedimento arbitrale con sede a Losanna. Il fatto che la Svizzera abbia rappresentato il luogo della sede del procedimento arbitrale è l'unico collegamento della controversia con tale Stato.

È necessario dunque comprendere se il fatto che un procedimento arbitrale si svolga in uno Stato contraente la CEDU determini automaticamente, tra la controversia decisa dal tribunale arbitrale e lo Stato della sede dell'arbitrato, un legame sufficiente, tale da aprire lo spazio alla giurisdizione della Corte EDU. Sostenere che la Corte EDU abbia effettivamente giurisdizione nel caso di specie non ha conseguenze di poco conto in quanto equivarrebbe a dire che, posto che tutti gli arbitrati amministrati dal TAS sono arbitrati svizzeri, la Corte EDU potrebbe estendere il proprio sindacato su tutti i lodi arbitrali sportivi (che siano impugnati dinanzi al Tribunale federale svizzero), così come, più in generale, su qualsiasi arbitrato che abbia la propria sede (e sia stato impugnato) in un'Alta Parte contraente della Convenzione²⁹.

Il governo elvetico e i giudici della minoranza hanno posto l'accento proprio su tale aspetto per contestare la giurisdizione della Corte EDU: essi hanno infatti evidenziato che il TAS, in quanto organo giurisdizionale dello sport, è un'organizzazione privata che si occupa di controversie tra sportivi professionisti provenienti da tutto il mondo e che molto spesso non hanno alcun legame con la Svizzera (ad eccezione della sede del TAS e dunque del luogo dove si svolge il processo) e talvolta nemmeno con nessuno degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Essi hanno pertanto af-

Corte, si fa rinvio, *ex pluribus*, a M. WINKLER, G. GILLERI, *Of Athletes, Bodies and Rules: Making Sense of 'Caster Semenya'*, in *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 2021, p. 644 ss.

²⁹ Lo stesso vale nel caso in cui venga iniziato il procedimento di riconoscimento ed esecuzione di un lodo o un qualsiasi procedimento giudiziale di supporto all'arbitrato in uno Stato contraente la CEDU.

fermato che considerare la Svizzera responsabile dell'attuazione di tutte le garanzie sostanziali della Convenzione (e dunque ritenere la Corte EDU competente *ex art. 1 CEDU*) in tutti i casi sottoposti al vaglio del Tribunale federale svizzero a seguito dell'impugnazione di un lodo sportivo metterebbe completamente in discussione la nozione stessa di arbitrato e la natura del sistema messo in atto nel campo dello sport, determinando, di fatto, che il ruolo di ultima istanza giudiziaria dello sport mondiale sarebbe raccolto dalla Corte EDU, il cui sindacato potrebbe estendersi su tutte le questioni di diritto sportivo.

Nonostante i rilievi mossi dal governo svizzero, la Corte ha affermato senza esitazione che le doglianze sollevate dalla ricorrente rientrano nella giurisdizione della Svizzera ai sensi dell'art. 1 della Convenzione e ciò anche se il Tribunale federale svizzero non ha fatto esplicito riferimento alle disposizioni della CEDU.

Diverse motivazioni sembrano militare a favore di una tale conclusione, benché sia fuori di dubbio che, nel caso in esame, il contatto della controversia con un'Alta parte contraente (la Svizzera) *ex art. 1* della CEDU sia molto limitato. Esso pare tuttavia sufficiente a fondare la giurisdizione della Corte EDU per i motivi illustrati di seguito.

Innanzitutto, sembra doveroso evidenziare che, riconosciuti i vantaggi di un sistema centralizzato imposto dall'arbitrato obbligatorio in materia sportiva – basato su clausole compromissorie inserite in statuti o regolamenti di istituzioni sportive –, l'incompetenza della Corte a trattare questo tipo di domande non sarebbe coerente con lo spirito, l'oggetto e lo scopo della CEDU e sarebbe difficilmente conciliabile con l'idea della Convenzione come di uno «strumento costituzionale di ordine pubblico europeo», i cui fondamenti gli Stati contraenti sono tenuti a garantire almeno a tutti gli individui sottoposti alla loro giurisdizione *ex art. 1* della CEDU³⁰. Inoltre, l'estensione della giurisdizione della Corte a tutti i casi di arbitrato sportivo dinnanzi al TAS va letta tenendo presente che, sempre per la natura obbligatoria dell'arbitrato con sede a Losanna, il fatto che spetti alla suprema Corte elvetica conoscere dell'impugnazione di qualsiasi lodo arbitrale sportivo non dipende da una scelta della parte interessata, la quale, non può far altro che ricorrere a tale via. Diversamente, il problema si sarebbe eventualmente posto laddove la determinazione del luogo della se-

³⁰ J.-P. MARGUENAUD, *Chronique CEDH: la lex sportiva prise dans les mailles du filet des droits de l'homme*, in *Dalloz Actualité*, 18 settembre 2023.

de dell'arbitrato fosse stata nella libera disponibilità della parte privata in quanto, in tal caso, la giurisdizione della Corte EDU sarebbe stata creata *ad hoc* sulla base di un'iniziativa di parte.

Quanto ai presupposti della giurisdizione di Strasburgo, occorre ricordare, in secondo luogo, che la giurisdizione della Corte *ex art. 1* CEDU è strettamente collegata al tema della responsabilità internazionale dello Stato³¹ ed è chiaro che, nel caso in esame, sorgono dei dubbi circa l'attribuibilità della condotta posta in essere da soggetti privati³² alla Svizzera, che, in quanto Stato contraente la CEDU, è tenuta a riconoscere «a ogni persona sottoposta alla [sua] giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel titolo primo della presente Convenzione» (art. 1). Ciononostante, la conclusione raggiunta dalla sentenza in commento pare in linea con la giurisprudenza della Corte EDU. Secondo giurisprudenza costante, infatti, nel momento in cui una persona agisce davanti al tribunale civile di uno Stato, esiste indiscutibilmente un «nesso giurisdizionale» tra quella persona e lo Stato stesso, e ciò anche se i fatti che hanno dato origine all'azione sono di natura extraterritoriale³³. Se è vero che la maggior parte delle pronunce in cui la Corte si è dichiarata competente per fatti avvenuti al di fuori del territorio di uno Stato contraente riguarda situazioni di conflitto armato³⁴, occorre tener presente che la Corte si è dichiarata competente anche in due casi sottoposti alla sua attenzione dopo un ricorso al Tribunale federale svizzero per impugnazione di un lodo reso dal TAS³⁵. In particolare, in dette pronunce, la Corte ha sottolineato che il Tribunale federale svizzero, rigettando il ricorso avverso un lodo arbitrale internazionale, attribuisce autorità di cosa giudicata a quest'ultimo e, in questo senso, esercita senz'altro la sua giurisdizione, trattandosi di un atto su-

³¹ W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, cit., p. 89 ss.

³² In questo caso la IAAF, che è un'organizzazione di diritto privato del Principato di Monaco.

³³ Corte EDU, *Markovic c. Italie*, cit.; Corte EDU, *Ukraine et Pays-Bas c. Russie*, cit. Si veda inoltre, il commento alla pronuncia contro la Russia, D. CHARLOTIN, *Analysis: European Court of Human Rights Finds that Russia Has Effective Control over Eastern Ukrainian Territories, and Upholds Jurisdiction over Claims by Ukraine and Netherlands Against Russia*, in *IA Reporter - Investment Arbitration Reporter*, 2 febbraio 2023.

³⁴ J. GRIGNON, T. ROOS, *La juridiction extraterritoriale des États parties à la Convention européenne des droits de l'Homme en contexte de conflit armé : analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, in *Revue québécoise de droit international*, 2020, p. 1 ss.

³⁵ Corte EDU, *Mutu et Pechstein c. Svizzera*, cit.; Corte EDU, *Platini c. Svizzera*, cit.

scettibile di impegnare la responsabilità dello Stato convenuto ai sensi della CEDU³⁶.

Questo ragionamento sembra peraltro molto simile a quanto sostenuto dalla Corte in diverse pronunce in cui ha sancito il principio, ormai consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo, secondo cui, in sede di *exequatur* di una sentenza straniera, gli Stati parte della CEDU sono tenuti a verificare che nel procedimento che ha condotto all'adozione della sentenza siano state rispettate le garanzie previste dall'art. 6 CEDU. È stato cioè posto in luce come il riconoscimento degli effetti di una sentenza assunta all'esito di un processo in cui non siano state rispettate tali garanzie può implicare la responsabilità dello Stato richiesto del riconoscimento e dell'esecuzione di detta sentenza³⁷.

In maniera simile, pare quindi possibile sostenere che, come nel caso di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere³⁸, anche nei procedimenti di annullamento di un lodo arbitrale, le disposizioni della Convenzione devono trovare un'applicazione 'indiretta', essendo dunque vietata la produzione degli effetti decisori o esecutivi di decisioni rese da un collegio arbitrale incompatibili, a qualsiasi titolo, con le garanzie della CEDU.

Sempre a proposito della giurisdizione della Corte, i giudici della minoranza hanno infine criticato anche la 'misura' della giurisdizione della Corte, come a dire che, essendo l'unico contatto con la Svizzera rappresentato dal procedimento arbitrale, ciò avrebbe determinato un restringimento delle garanzie che lo Stato è tenuto a tutelare (e su cui di conse-

³⁶ Corte EDU, *Mutu et Pechstein c. Svizzera*, cit., par. 66; Corte EDU, *Platini c. Svizzera*, cit., parr. 37-38.

³⁷ V., *ex multis*, Corte EDU, sentenza del 26 giugno 1992, ric. n. 12747/87, *Drodz e Jonousek c. Francia e Spagna*; sentenza del 20 giugno 2000, ric. n. 30882/96, *Pellegrini c. Italia*; sentenza del 23 maggio 2016, ric. n. 17502/07, *Avotins c. Lettonia*; e, da ultimo, sentenza del 20 ottobre 2022, ric. n. 20256/20, *Dolenc c. Slovenia*, su cui si veda, M. GRASSI, *La portata dell'obbligo di verifica del rispetto del diritto all'equo processo ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione delle sentenze straniere: considerazioni a margine della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Dolenc c. Slovenia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, p. 467 ss.

³⁸ Si veda, *ex pluribus* e con specifico riferimento alla garanzia ex art. 6 CEDU, P. KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in *Recueil des cours*, 2005, p. 288 ss.; O. LOPES PEGNA, *L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 3 ss.; T. SCHILLING, *The Enforcement of Foreign Judgements in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 545 ss.

guenza la Corte può esprimersi) alle sole garanzie procedurali. In proposito, essi hanno evidenziato come, nel più volte citato caso *Mutu et Pechstein*, il ricorso presentato alla Corte riguardava l'art. 6 della CEDU ed è sull'operatività di tale articolo che la Corte si era dichiarata competente. Secondo tali giudici, dunque, affermare che, nel caso in esame, la Svizzera potesse essere ritenuta responsabile anche di violazioni di tipo sostanziale rappresentava un'eccessiva estensione della tutela che doveva essere garantita da tale Stato agli individui sottoposti alla sua giurisdizione.

In realtà neanche tale ragionamento sembra in linea con la giurisprudenza della Corte EDU. Nell'esame svolto in punto di giurisdizione in situazioni in cui la Convenzione ha trovato applicazione indiretta, infatti, emerge come la Corte, nel dichiararsi competente a statuire su una determinata controversia, non abbia mai fatto riferimento alla 'natura' delle presunte violazioni (solo procedurali o anche sostanziali). E infatti, nel già citato caso *Platini*, la Corte si è dichiarata competente a conoscere della controversia nonostante la violazione lamentata riguardasse l'art. 8 della CEDU (anche se poi il ricorso è stato rigettato poiché dall'esame dei fatti è emerso che la Svizzera non era venuta meno agli obblighi derivanti dalla Convenzione)³⁹.

Sulla base di quanto appena rilevato, sembra dunque corretto affermare che i fatti all'origine della decisione della Corte nel caso *Semenya* hanno effettivamente posto la Svizzera nella condizione di dover garantire alla ricorrente i diritti e le libertà enunciati dalla CEDU ai sensi dell'art. 1 e ciò, di conseguenza, ha determinato che un'eventuale violazione della Convenzione rientri nella giurisdizione della Corte ai sensi dell'art. 19. Tale conclusione appare peraltro in linea con quanto sostenuto dalla dottrina, che ha evidenziato la pretesa 'universalità' della CEDU, che si applicherebbe a chiunque sia sottoposto alla giurisdizione di uno Stato contraente⁴⁰.

5. Ampiezza del sindacato della Corte EDU sul concetto (nazionale) di ordine pubblico

Riconosciuta la giurisdizione della Corte, un'altra questione rilevante che emerge dalla pronuncia in esame, riguarda l'ampiezza del sindacato che la

³⁹ Corte EDU, *Platini c. Svizzera*, cit.

⁴⁰ W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, cit., p. 91-92; S. BARTOLE, *Art. 1*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 17-18.

Corte EDU può svolgere sull'interpretazione del concetto di ordine pubblico fornita dall'autorità giurisdizionale nazionale di uno Stato contraente la CEDU e sull'esame della compatibilità di un lodo arbitrale internazionale con tale parametro. Un conto, infatti, è affermare che la Corte ha giurisdizione e può dunque verificare che sia garantita una tutela adeguata dei diritti sanciti dalla CEDU, un altro conto invece è comprendere fin dove la Corte possa spingersi nell'ambito di detta verifica.

Anche in questo caso, le riflessioni che seguono valgono anche con riferimento ai procedimenti di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni arbitrali straniere laddove instaurati davanti alle autorità giurisdizionali di Stati contraenti la CEDU: da un lato, infatti, anche la disciplina in punto di *exequatur* di decisioni arbitrali prevede come motivo ostativo al riconoscimento e all'esecuzione la contrarietà con l'ordine pubblico dello Stato richiesto (art. V Convenzione di New York)⁴¹ e, dall'altro, come già evidenziato⁴², anche nell'ambito di detti procedimenti, secondo giurisprudenza consolidata, le disposizioni della CEDU devono trovare applicazione 'indiretta'.

Nel caso in esame, come già brevemente illustrato, la Corte EDU ha ritenuto di sanzionare la Svizzera per aver svolto un controllo troppo ristretto («contrôle très restreint») sul lodo e per non aver, per questo motivo, sufficientemente garantito i diritti previsti dalla CEDU. Con il richiamo all'esame – «ristretto» – svolto dal Tribunale elvetico, la Corte sembra riferirsi all'interpretazione data da quest'ultimo alla nozione di ordine pubblico prevista dall'art. 190, par. 2, lett. e), LDIP: in diversi punti della sentenza, viene infatti rimarcato che, a causa del suo approccio restrittivo, la Corte svizzera detiene un potere di controllo sul lodo arbitrale molto limitato e che questo ha comportato un'ingiustificata soppressione dei diritti garantiti dalla CEDU alla ricorrente.

Eppure la giurisprudenza di Strasburgo aveva riconosciuto, in alcune pronunce più risalenti, che il controllo limitato svolto su altri lodi arbitrali resi dal TAS non avesse impedito al Tribunale federale svizzero di effettuare un esame compatibile con l'art. 6⁴³ e con l'art. 8⁴⁴ della Convenzione; le medesime conclusioni non sono però state raggiunte dalla Corte nel caso in esame. Essa ha infatti osservato che il Tribunale federale svizzero

⁴¹ Vi è infatti una tendenziale allineamento della disciplina dell'impugnazione con quella dell'*exequatur* sulla base della legge modello UNCITRAL.

⁴² V., *supra* par. 4, spec. Nota 30.

⁴³ Corte EDU, sentenza del 26 settembre 2019, ric. n. 7198/07, *Bakker c. Svizzera*, par. 46

⁴⁴ Corte EDU, *Platini c. Svizzera*, cit., par. 70.

non ha effettuato un esame completo e sufficiente della doglianza di discriminazione, né un'adeguata ponderazione di tutti gli interessi in gioco, poiché siffatto esame non sarebbe rientrato nella nozione di ordine pubblico come interpretata dall'autorità giurisdizionale svizzera.

Per effettuare un esame compatibile con i requisiti posti dalla CEDU, il Tribunale federale svizzero avrebbe dovuto rispondere in modo più approfondito alle questioni sottoposte al suo vaglio, in particolar modo con riferimento al tema degli effetti collaterali dei trattamenti ormonali previsti dal Regolamento DSD.

Inoltre, la Corte ha aggiunto che, se il controllo limitato sui lodi arbitrali può essere giustificato nel campo dell'arbitrato commerciale, dove le imprese sono generalmente poste su un piano di parità e accettano volontariamente di devolvere le loro controversie agli arbitri, tale controllo restrittivo può rivelarsi più problematico nel campo dell'arbitrato sportivo, dove gli individui si trovano di fronte a organizzazioni sportive che sono spesso molto potenti. Con tale ultima affermazione essa sembra riferirsi alla struttura altamente gerarchica del sistema di giustizia sportiva, circostanza che renderebbe l'applicazione delle garanzie della CEDU ancora più importante rappresentando l'unico modo per evitare che la protezione giudiziaria garantita agli sportivi professionisti sia minore rispetto alle persone che esercitano un mestiere più convenzionale⁴⁵.

Ora, la tutela degli sportivi viene già assicurata affermando la giurisdizione della Corte EDU e quindi la possibilità di controllo sul rispetto delle

⁴⁵ E che non devono, di conseguenza, ricorrere all'arbitrato amministrato dal TAS. Il fatto che nell'arbitrato obbligatorio, in contrapposizione all'arbitrato volontario, le garanzie devono essere 'più forti' è stato già sancito nella giurisprudenza della Corte EDU almeno con riferimento al diritto all'equo processo ex art. 6 CEDU. Si veda, sul punto, *ex pluribus*, Corte EDU, *Mutu et Pechstein c. Suisse*, cit., par. 95; Corte EDU, decisione del 24 marzo 2016, ric. n. 41069/12, *Tabbane c. Suisse*, par. 25; Corte EDU, sentenza del 28 ottobre 2010, ric. n. 1643/06, *Suda c. République Tchèque*, par. 49. In queste pronunce, la Corte afferma infatti che mentre nell'arbitrato volontario, l'accettazione della clausola arbitrale può costituire una rinuncia a tutte (o ad una parte) delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU, questo non vale con riferimento a situazioni di arbitrato forzato. La Corte afferma infatti che «s'agissant d'un arbitrage forcé, en ce sens que l'arbitrage est imposé par la loi, les parties n'ont aucune possibilité de soustraire leur litige à la décision d'un tribunal arbitral. Celui-ci doit offrir les garanties prévues par l'article 6 § 1 de la Convention». Corte EDU, *Mutu et Pechstein c. Svizzera*, cit., par. 95. Ora, sulla base di quanto sancito dalla Corte nella pronuncia resa all'esito del caso *Semenya*, è possibile constatare che, dinnanzi ad un arbitrato obbligatorio, essa sembra estendere la necessità di una maggiore tutela e di un controllo ampio sul lodo arbitrale anche in relazione garanzie sostanziali previste dalla CEDU.

garanzie procedurali e sostanziali previste dalla CEDU, questione già affrontata e risolta in senso positivo.

Tale decisione solleva tuttavia altre criticità che riguardano l'estensione del controllo che la Corte EDU può svolgere in relazione alle modalità con cui le disposizioni CEDU trovano applicazione e vengono garantite⁴⁶: in primo luogo, dalla pronuncia della Corte sembra discendere una compressione della discrezionalità degli Stati rispetto all'interpretazione della nozione di ordine pubblico; in secondo luogo, la Corte non sembra riconoscere che un controllo ristretto svolto dalle autorità statali su un lodo arbitrale internazionale pare in linea con la natura stessa e gli obiettivi del meccanismo arbitrale.

5.1. Discrezionalità statale e margine di apprezzamento nella concretizzazione del concetto di ordine pubblico

Quanto al primo aspetto, occorre fare alcune precisazioni. L'ordine pubblico, com'è noto, viene fatto coincidere con quell'insieme di principi che in un certo momento storico definiscono l'identità ordinamentale di uno Stato. Nella sua dimensione internazionalprivatistica esso viene definito «ordine pubblico internazionale» e rappresenta quella clausola generale che tende ad escludere l'applicazione di norme o il riconoscimento e l'esecuzione di decisioni straniere confliggenti, nel caso concreto, con un nucleo di principi – etici, politici, sociali ed economici – fondamentali nell'ordinamento del foro⁴⁷. Da tempo è ormai riconosciuto che nella nozione di ordine pubblico possono rientrare principi o norme di matrice sovranazionale, quali le norme a tutela dei diritti fondamentali⁴⁸ o i principi e le disposizioni di diritto dell'Unione europea considerati indispensabili⁴⁹. Tuttavia, anche dinnanzi all'emersione di principi e valori comuni di matrice sovranazionale, la dottrina maggioritaria continua a rimarcare la natura puramente interna del concetto di ordine pubblico, che mantie-

⁴⁶ E non tanto alla possibilità della Corte, confermata appunto nel par. 4 di questo scritto.

⁴⁷ Si veda, *ex multis*, V. BARILE, *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, in *Enc. Dir.*, XXX, 1980, p. 1106 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 27 ss.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale - Volume I, Parte generale e obbligazioni*, X ed., Milano, 2022, p. 302 ss.; G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 23 ss.

⁴⁸ Si vedano, a titolo esemplificativo, con riferimento all'art. 6 CEDU, CGUE, sentenza del 28 marzo 2000, C-7/98, *Krombach c. Bamberski* e Corte EDU, *Pellegrini c. Italia*, cit.

⁴⁹ CGUE, sentenza del 1° giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss c. Benetton International*.

ne la sua tradizionale funzione di difesa della coerenza e dell'armonia di ciascun ordinamento giuridico statale⁵⁰: tali valori e principi sovranazionali possono cioè concorrere a riempire di significato tale concetto astratto soltanto laddove siano integrati nell'ordine pubblico domestico e possano dunque considerarsi identificativi di un dato ordinamento statale⁵¹. In questo senso, la clausola di ordine pubblico funge dunque da difesa non solo di principi puramente interni, ma anche della coerenza di un sistema la cui base è rappresentata da quei principi fondamentali e indispensabili, che segnano la partecipazione di ciascuno Stato ad una 'comunità di valori' che in quei principi (e nei valori da essi promossi) si riconosce.

Se, come detto, l'esame del rispetto dell'ordine pubblico è prerogativa tipicamente interna che spetta al giudice domestico e che rientra nella sua discrezionalità – trattandosi di un concetto per sua natura indeterminato e il cui contenuto viene precisato in concreto a seconda della funzione cui esso è preordinato⁵² – stupisce che la Corte EDU abbia riscontrato una violazione della Convenzione da parte della Svizzera per la ponderazione, svolta dalla suprema Corte elvetica, dei diritti e degli interessi in gioco nel caso di specie. La Corte, infatti, rivendicando il proprio ruolo di guardiana dell'ordine pubblico europeo, ha 'preteso' l'applicazione delle disposizioni della CEDU nell'ambito dell'esame, svolto in sede di impugnazione di un lodo arbitrale internazionale, sulla compatibilità di quest'ultimo con l'ordine pubblico svizzero e non ha considerato il fatto che spettava al Tribunale federale svizzero bilanciare in concreto secondo il proprio apprezzamento alcuni diritti garantiti dalla CEDU con il diritto ad un'equa competizione nella categoria femminile, il quale, seppur non previsto esplicitamente dalla Convenzione, non per questo riveste un ruolo di secondaria importanza.

È infatti generalmente riconosciuto che, nel riempire di contenuto nel caso concreto la clausola generale di ordine pubblico, il giudice interno è tenuto a bilanciare secondo ragionevolezza i diversi principi che entrano

⁵⁰ O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 7.

⁵¹ *Inter alia*, a proposito della natura interna del concetto di ordine pubblico, L. FUMAGALLI, *L'ordine pubblico nel sistema del diritto internazionale privato comunitario*, in *Rivista del commercio internazionale*, 2004, p. 654; P. BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, p. 484; G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., p. 24 ss.; V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in G. PERLINGIERI, M. D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo, interpretazione*, Napoli, 2017, p. 418 ss.

⁵² O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 8-9.

in gioco, siano essi di matrice nazionale o sovranazionale, determinando quale, tra i valori promossi da detti principi, debba prevalere nel caso concreto⁵³. Nell'operazione di bilanciamento, oltre alle peculiarità del caso specifico e ai principi identificativi di ciascun ordinamento giuridico, devono essere presi in considerazione anche i vincoli imposti dal diritto internazionale e dal diritto dell'Unione europea, senza però che questo faccia venir meno il margine di apprezzamento che è riconosciuto a ciascuno Stato nell'attuazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU⁵⁴. Nell'applicazione della Convenzione, viene infatti riconosciuto agli Stati contraenti uno spazio di manovra, per consentir loro di bilanciare l'adempimento degli obblighi convenzionali con la tutela di altre esigenze statali. Tale prerogativa è stata peraltro più volte riconosciuta dalla stessa giurisprudenza di Strasburgo⁵⁵.

Con tali affermazioni non si vuole sostenere che le disposizioni della Convenzione non debbano concorrere nella determinazione del concetto di ordine pubblico di uno Stato contraente la CEDU⁵⁶. Tuttavia, quello che emerge da tale pronuncia è che la Corte – invece che rimarcare il fatto che il giudice interno rappresenta colui cui è affidata *prima facie* la garanzia dei diritti sanciti dalla CEDU, ricordando che la Convenzione è parte del sistema delle fonti degli Stati contraenti e che le sue disposizioni dovrebbero contribuire alla definizione di ordine pubblico in ciascuno di questi Stati – sembra volersi appropriare della prerogativa di definire il contenuto concreto dell'ordine pubblico, attribuendosi il compito di garantire il corretto utilizzo di tale meccanismo da parte del giudice interno⁵⁷.

⁵³ G. PERLINGIERI, G. ZARRA, *Ordine pubblico interno e internazionale*, cit., p. 57 ss.

⁵⁴ *Ivi*, p. 59.

⁵⁵ Corte EDU, sentenza del 7 dicembre 1976, ric. n. 5492/72, *Handyside c. Regno Unito*. Sulla dottrina del margine di apprezzamento si veda, E. BENEVISTI, *The Margin of Appreciation, Subsidiarity and Global Challenges to Democracy*, in *Journal of International Dispute Settlement*, p. 240 ss.; R. SAPIENZA, *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 571 ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Defensibility of the Margin of Appreciation Doctrine in the ECHR: Value-Pluralism in the European Integration*, in *Revue europeenne de droit public*, 2001, p. 1161 ss.

⁵⁶ M. V. BENEDETTELLI, *Human Rights as a Litigation Tool in International Arbitration*, cit., p. 657.

⁵⁷ Come affermato da Marmayou, «la Cour EDH est respectueuse du principe de subsidiarité (...). Elle est plus une cour d'harmonisation qu'une cour d'uniformisation et elle n'intervient qu'après les juridictions nationales des Etats parties, en recherchant un consensus plutôt qu'en imposant sa pensée. Elle développe ainsi un sens de la coordination plus poussé que la CJUE. Les arrêts où elle affirme la primauté de son ordre sur un autre

Il ragionamento svolto nella pronuncia in commento appare dunque problematico sotto questo profilo: la Corte EDU sembra infatti imporre alla Svizzera quale diritto debba prevalere sull'altro, di fatto limitando significativamente quella libertà degli Stati contraenti – che la stessa Corte e la Convenzione tutelano in qualche misura – di stabilire quali siano i propri valori fondamentali e di decidere le modalità per tutelarli. Nel suo ragionamento, la Corte pretende l'applicazione delle disposizioni della CEDU, quasi come se fossero gerarchicamente superiori a quelle che tutelano gli altri interessi e diritti in gioco e a prescindere dalle peculiarità del caso concreto, limitandosi a porre l'accento sul fatto che il controllo svolto dall'autorità giurisdizionale svizzera non sia compatibile con le esigenze della Convenzione e senza guardare nel merito all'operazione di bilanciamento in concreto svolta dal Tribunale federale svizzero.

Invero, la Corte sembra quasi arrivare a sostenere che, a causa del potere di riesame limitato nelle mani del giudice svizzero, non paia possibile che tale giudice, nell'ambito dell'impugnazione di un lodo arbitrale, possa arrivare a pronunciare l'annullamento di detto lodo per la sua contrarietà con l'ordine pubblico. Tale argomentazione si scontra con il fatto che il Tribunale federale svizzero ha in realtà in passato mostrato una certa sensibilità rispetto alla questione dell'ordine pubblico. In un precedente caso, infatti, la Corte elvetica ha annullato un lodo arbitrale reso dal TAS, con cui era stata confermata una sanzione irrogata dal Comitato disciplinare della FIFA che prevedeva l'interdizione del calciatore brasiliano Matuzalem da qualsiasi attività calcistica poiché il club di sua precedente appartenenza non era stato risarcito del danno derivante dalla prematura risoluzione del contratto (risarcimento che sarebbe spettato al club in cui il calciatore si era trasferito) e questi non aveva provveduto a pagare la multa a lui comminata per il mancato pagamento di quanto dovuto al primo club. Investita della questione, la Corte suprema svizzera ha ricordato che la personalità umana, in quanto bene giuridico fondamentale, deve essere tutelata dalla legge e ha sottolineato che, oltre al diritto all'integrità fisica e mentale e alla libertà di circolazione, essa comprende anche la libertà economica, che garantisce la libera scelta di una professione nonché il libero accesso a un'attività economica (privata) e il suo esercizio. Per-

sont donc plus frappants. L'arrêt Semenya du 11 juillet 2023 fait à notre sens partie de cette catégorie». V. J.M. MARMAYOU, *L'affaire Caster Semenya devant la Cour EDH: un conflit de systèmes* (note sous Cour EDH, 3e sect, 11 juillet 2023, n°10934/21, Caster Semenya c/ Suisse), in *Revue de l'arbitrage*, 2023, p. 848-849.

tanto, esso ha annullato il lodo del TAS, ritenuto incompatibile con l'ordine pubblico svizzero⁵⁸.

Tutte queste riflessioni consentono di concludere che, il sindacato della Corte EDU si è effettivamente spinto un po' troppo in là, determinando l'interferenza della Corte EDU nell'interpretazione del concetto di ordine pubblico, concetto per la cui delimitazione i giudici domestici mantengono un margine di apprezzamento che consente loro di bilanciare, secondo la loro discrezionalità, i diritti e principi che entrano in gioco nel caso concreto.

5.2. Ordine pubblico e arbitrato internazionale

Detta conclusione sembra poter essere confermata a maggior ragione dalla circostanza che un controllo «stringente» sui lodi arbitrati internazionali non sembra tenere in debita considerazione le caratteristiche, gli obiettivi e la natura del meccanismo arbitrale internazionale.

Infatti, la stretta correlazione del concetto di ordine pubblico con un ordinamento giuridico statale ha, da sempre, reso i rapporti tra arbitrato e ordine pubblico una questione controversa⁵⁹. Invero, come già sottolineato, l'ordine pubblico è un concetto strettamente collegato ad un ordinamento statale specifico, laddove, invece, l'arbitrato internazionale non rappresenta il prodotto della società statale, bensì una particolare forma di auto-organizzazione che prescinde dall'appartenenza ad un dato ordinamento giuridico: i tribunali arbitrati non sono organi di Stato, ma traggono la loro investitura dall'autonomia delle parti⁶⁰. Del resto, la decisione

⁵⁸ Tribunale federale svizzero, sentenza del 27 marzo 2012, 4A_558/2011, *Matuzalem and Real Saragossa v. FIFA*, con il quale è stato annullato il lodo CAS, 29 June 2006, CAS/2010/A/2261-2263, *Matuzalem & Real Zaragoza v. FIFA*. Questo caso non è il solo in cui il Tribunale federale svizzero ha dichiarato la nullità di lodi TAS per violazione dell'ordine pubblico. La suprema Corte elvetica aveva invero già annullato, per violazione dell'ordine pubblico procedurale e in particolare per il mancato rispetto del principio della *res iudicata*, anche il lodo CAS, 29 September 2009, CAS/2009/A/1765, *Benfica Lisboa v. Atletico Madrid & FIFA* con la pronuncia del Tribunale federale svizzero, sentenza del 13 aprile 2010, 4A_490/2009, *Atletico/Benfica*.

⁵⁹ H. ARFAZADEH, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation - Une théorie critique des sources du droit des relations internationales*, Bruxelles, 2005, p. 129 ss.; G. ZARRA, *Arbitrato internazionale e ordine pubblico*, in *Il giusto processo civile*, 2018, p. 539 ss.

⁶⁰ R. LUZZATTO, *Arbitrato commerciale internazionale*, in *Digesto IV ed., Sez. commerciale*, 1987, p. 199 ss.; L. FUMAGALLI, *Arbitrato internazionale (dir. proc. civ. int.)*, in *Treccani, Diritto online: Istituto dell'Enciclopedia Italiana*, 2013. Per tutte le specificità dell'arbitrato in-

delle parti di ricorrere all'arbitrato internazionale dipende tendenzialmente proprio dalla volontà di risolvere le eventuali controversie in maniera più snella, confidenziale, con decisioni rese da soggetti di sicura esperienza nella materia oggetto del contendere e spesso attraverso l'applicazione della legge scelta dalle parti⁶¹. Legare fortemente tale meccanismo di risoluzione delle controversie, attraverso un controllo esteso sul lodo arbitrale, con un ordinamento giuridico statale pare dunque insensato. Tutte queste riflessioni valgono anche con riferimento all'arbitrato internazionale sportivo: come sostenuto in dottrina, infatti, il fenomeno sportivo è «per propria natura, idoneo a svolgersi in ambienti sociali non separatamente riconducibili a quelli dei diversi ordinamenti statali»⁶².

In tale contesto, trovandosi una corte domestica a vagliare la compatibilità con l'ordine pubblico – questione fortemente legata all'ordinamento statale – di sentenze rese all'esito di procedimenti arbitrari che presentano elementi di internazionalità ed autonomia rispetto allo Stato del foro, pare sensato che l'autorità giurisdizionale decida di interpretare restrittivamente il concetto di ordine pubblico. Se è infatti generalmente riconosciuto in dottrina che, in quanto limite all'ingresso di valori esterni in un dato ordinamento, l'ordine pubblico dovrebbe costituire un istituto assolutamente eccezionale⁶³, una tale conclusione non può che valere a maggior ragione quando l'esame sulla compatibilità con l'ordine pubblico sia svolto con riferimento ad un lodo arbitrale internazionale. Infatti, da un lato, un controllo eccessivamente ampio sul lodo sarebbe inconciliabile con il divieto di revisione nel merito, principio che, secondo parte della dottrina, dovrebbe venir interpretato in modo sempre più stringente⁶⁴; dall'altro, ciò si porrebbe in contrasto con l'idea dell'arbitrato internazionale come di un meccanismo che gode del riconoscimento internazionale, in grado di produrre una decisione efficace, idonea a resistere alle impu-

ternazionale v., generalmente, G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, The Netherlands, 2020.

⁶¹ G. ZARRA, *Arbitrato internazionale e ordine pubblico*, cit., p. 539-540.

⁶² L. FUMAGALLI, *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento sportivo internazionale tra strumenti privati e funzioni pubbliche*, in C. A. D'ALESSANDRO, C. MARCHESE (a cura di), *Ius dicere in a Globalized World: A Comparative Overview*, 2018, p. 488.

⁶³ O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, cit., p. 9.

⁶⁴ L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2006, p. 633.

gnazioni e capace di circolare secondo quanto previsto dalla Convenzione di New York⁶⁵.

L'idea di fondo sembra quindi essere quella che, se la nozione di ordine pubblico deve essere interpretata in modo restrittivo in quanto elemento di chiusura di un ordinamento verso valori stranieri, questo debba valere a maggior ragione nell'ambito dell'arbitrato internazionale, dovendo detto concetto astratto adattarsi alle caratteristiche proprie del meccanismo arbitrale di risoluzione delle controversie. In questo senso, Arfazadeh, per esempio, con riferimento all'ordine pubblico come previsto dall'art. V(2)(b) della Convenzione di New York, ma facendo una considerazione che sembra valere anche nei casi di impugnazione del lodo arbitrale internazionale, ha sostenuto «le grief de l'ordre public (...) revête une spécificité propre et doive recevoir une interprétation restrictive adaptée au domaine de l'arbitrage international»⁶⁶.

Tutto questo porta a concludere che il fatto che il Tribunale federale svizzero abbia svolto un controllo ristretto sul lodo arbitrale reso dal TAS non sembra rappresentare un problema di per sé, dovendo tutt'al più essere verificato se, nel caso concreto, la Corte elvetica abbia preso in considerazione le garanzie della CEDU⁶⁷.

Peraltro, un'ulteriore spiegazione sembra militare a favore dell'interpretazione restrittiva del concetto di ordine pubblico *ex art. 190 LDIP*⁶⁸: tale disposizione, infatti, come tutto il Capitolo 12 della LDIP, si applica soltanto ai lodi arbitrali «internazionali», vale a dire quei lodi che riguardano controversie in cui almeno una delle parti non aveva né la residenza abituale né il domicilio in Svizzera al momento della conclusione della clausola compromissoria (art. 176 LDIP) e che presentano, di conseguenza, un collegamento ridotto con la Svizzera. Invero, come rimarcato dalla stessa Corte EDU con un orientamento poi disatteso nella pronuncia

⁶⁵ Il fatto che esigenze di efficacia del procedimento del procedimento arbitrale giustifica-no il fatto che il controllo giurisdizionale dei lodi arbitrali riveste un carattere limitato è stato riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. V., in tale senso, CGUE, sentenza del 1° giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss c. Benetton International*, punto 35 e CGUE, sentenza del 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium*, punto 34. Detta conclusione è stata poi ripresa e confermata in Corte di giustizia, *International Skating Union*, cit., punto 193.

⁶⁶ H. ARFAZADEH, *Ordre public et arbitrage international*, cit., p. 153.

⁶⁷ Cosa che il Tribunale federale svizzero sembra aver fatto, semplicemente giungendo alla conclusione che il diritto ad un'equa competizione nella categoria femminile debba prevalere sul principio di non discriminazione sulla base del sesso.

⁶⁸ A. BUCHER, *Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)*, cit., p. 105 ss.

in commento, l'interpretazione restrittiva della nozione di ordine pubblico riflette una precisa scelta del legislatore svizzero, volta ad aumentare l'attrattiva dell'arbitrato internazionale, scelta che risulta legittima e proporzionata rispetto allo scopo perseguito⁶⁹.

6. Riflessioni conclusive

Sulla base dell'analisi svolta è possibile affermare, in conclusione, che la Corte EDU sembra aver assunto il ruolo di giudice di ultima istanza nelle controversie in materia sportiva sottoposte al TAS⁷⁰. La circostanza per cui la sede del TAS è a Losanna comporta infatti la possibilità di impugnazione del lodo arbitrale dinnanzi al Tribunale federale svizzero e, a sua volta, dall'esercizio della giurisdizione da parte dell'autorità giurisdizionale elvetica consegue la giurisdizione della Corte EDU.

Tale prima conclusione non sembra presentare profili di problematicità: la CEDU, infatti, non si applica di per sé nell'arbitrato, ma risulta applicabile quando il lodo viene impugnato davanti ai giudici svizzeri, i quali, in quanto autorità giurisdizionale di uno Stato contraente della CEDU, devono garantire i diritti da questa tutelati. È chiaro, tuttavia, che questa circostanza impone in qualche misura un'applicazione indiretta della Convenzione all'arbitrato sportivo amministrato dal TAS, in quanto un lodo arbitrale non conforme ai principi della CEDU correrebbe il rischio di essere annullato nel giudizio di impugnazione davanti al Tribunale federale elve-

⁶⁹ Corte EDU, *Mutu et Pechstein c. Svizzera*, cit., parr. 97-98. Nel par. 97 della pronuncia si legge infatti «la Cour rappelle avoir déjà relevé que la LDIP reflétait un choix de politique législative qui répondait au souhait du législateur suisse d'augmenter l'attractivité et l'efficacité de l'arbitrage international en Suisse (...) et que la mise en valeur de la place arbitrale suisse pouvait constituer un but légitime».

⁷⁰ In questo senso, J.-M. MARMAYOU, *L'affaire Caster Semenya devant la Cour EDH*, cit., p. 858; M. BOUCARON-NARDETTO, J.-B. RACINE, *L'apport du Tribunal Arbitral du sport au droit de l'arbitrage international*, in J.-M. MARMAYOU, J.-B. RACINE, F. LATTY (a cura di), *Sport et droit international (aspects choisis)*, Aix de Marseille, 2016, p. 289. Una tale situazione era già stata prevista da Coccia nel 2016, prima dunque delle sentenze della Corte EDU rese nei casi *Mutu et Pechstein* e *Semenya*. Facendo riferimento proprio al primo di questi due casi, l'autore rilevava come il ruolo di vera ultima istanza dello sport mondiale «potrebbe essere raccolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, stante il fatto che alcuni atleti (la cui impugnazione di un lodo TAS sfavorevole è stata rigettata dal Tribunale federale) hanno agito davanti ad essa contro lo Stato svizzero lamentando la violazione dell'art. 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo da parte del Tribunale federale (e dunque da parte della Confederazione elvetica) per non aver annullato il lodo TAS adottato in pretesa violazione di loro diritti fondamentali». M. COCCIA, *La giurisprudenza del Tribunale Federale svizzero*, cit., p. 1171, nota 27.

tico. Parallelamente, per evitare una nuova condanna da parte della Corte EDU nei confronti della Svizzera, il Tribunale federale in futuro dovrebbe, anche in assenza di una modifica dell'art. 190 della LDIP, integrare le garanzie tutelate dalla CEDU nell'interpretazione della nozione dell'ordine pubblico svolta nell'ambito dei procedimenti di impugnazione dei lodi arbitrali internazionali.

Anche questa seconda conclusione, relativa l'applicazione delle garanzie della CEDU nelle diverse fasi dei procedimenti sportivi, non sembra creare grandi problemi di per sé: da un lato, infatti, i ricorrenti traggono solitamente vantaggio dalla possibilità di sottoporre le questioni di diritto sportivo alla Corte EDU, dall'altro, tale circostanza è causata dalla scelta delle organizzazioni sportive di rendere obbligatorio l'arbitrato davanti al TAS e una tale conseguenza, seppure non inizialmente prevista e voluta, appare ora inevitabile.

Tuttavia, la giurisdizione della Corte EDU sulle questioni sottoposte al Tribunale federale svizzero non comporta, e non deve comportare, un'interferenza della Corte stessa nell'interpretazione della clausola di ordine pubblico offerta da uno Stato contraente della CEDU (in questo caso dalla Svizzera). Posto che le garanzie della Convenzione concorrono a plasmare il contenuto concreto di tale clausola generale e che il giudice dovrà tenerle in considerazione anche in virtù di quanto sancito nella sentenza *Semenya*, il bilanciamento tra i diversi diritti che entrano in gioco nel caso concreto rimane nella discrezionalità del giudice interno⁷¹.

A prescindere dalle questioni che riguardano specificamente il caso in esame, dalla pronuncia in commento sembra emergere l'idea, promossa dalla Corte stessa, che la protezione dei valori garantiti dalla CEDU sia diventata una condizione di riconoscibilità e di possibilità di circolazione delle sentenze e dei lodi arbitrali, in materia sportiva ma non solo, e ciò a prescindere dal margine di apprezzamento da sempre riconosciuto agli Stati contraenti nell'attuazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU. L'obiettivo, in questo senso, sembra sempre di più quello di costituire una comunità internazionale di valori⁷² di cui la Corte EDU si erge a

⁷¹ Con riferimento a tale ultimo aspetto, il ragionamento svolto dalla Corte EDU nel caso in commento presenta dunque alcuni profili di criticità in quanto la Corte sembra volersi sostituire alla prerogativa, dell'autorità giurisdizionale statale, di concretizzazione della clausola di ordine pubblico.

⁷² G. BIAGIONI, *Ordine pubblico del foro, protezione dei diritti fondamentali e «consensus europeo»*, in G. ANNONI, S. FORLATI, P. FRANZINA (a cura di), *Il diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di Francesco Salerno*, Napoli, 2021, p. 693 ss.

garante supremo e il cui sindacato si estende in maniera importante tramite il controllo sull'operato del giudice interno e a prescindere dalla territorialità dei fatti che hanno dato origine al caso sottoposto all'attenzione della Corte. Come dimostrato nella pronuncia in commento, infatti, il contatto di una controversia con il sistema CEDU può essere rappresentato dal solo fatto che la sede di un procedimento arbitrale si trovi in uno Stato parte della Convenzione, circostanza che, da sola, rende applicabili le disposizioni della CEDU e determina la giurisdizione della Corte EDU.

Le proposte della Commissione europea sulla protezione degli adulti nei casi transfrontalieri: prime osservazioni

PIETRO FRANZINA*

SOMMARIO: 1. Le due proposte della Commissione, in sintesi. – 2. La base giuridica delle proposte. – 3. Diritti delle persone con disabilità e diritto internazionale privato. – 4. La combinazione di regole universali e regionali. – 5. Le soluzioni regionali che si discostano dalla Convenzione dell’Aja. – 6. Le soluzioni regionali che confermano e corroborano la Convenzione. – 7. Rilievi conclusivi e prospettive.

ABSTRACT: Il 31 maggio 2023 la Commissione europea ha presentato due proposte volte ad accrescere, nei casi transfrontalieri, l’efficacia della protezione dei maggiorenni che non sono in grado di provvedere da soli ai propri interessi a causa di un’alterazione o di un’insufficienza delle loro facoltà personali. L’iniziativa mira, in breve, a fare della Convenzione dell’Aja del 13 gennaio 2000 sulla protezione degli adulti il testo di base della materia, comune a tutti gli Stati membri dell’Unione, salvo affiancare alla stessa Convenzione un insieme di norme, contenute in un regolamento, volte a far sì che nei rapporti fra gli Stati membri si sviluppi in questo campo una cooperazione più intensa di quella assicurata dalla Convenzione. Lo scritto propone una prima lettura delle due proposte, esaminando, in particolare, le questioni suscitate dalla base giuridica su cui si fondano e l’articolazione in esse proposta fra la Convenzione dell’Aja e la legislazione dell’Unione che dovrebbe completarne e rafforzarne l’operare.

PAROLE CHIAVE: disabilità – capacità – amministrazione di sostegno – diritto internazionale privato – cooperazione giudiziaria in materia civile – Conferenza dell’Aja di diritto internazionale privato.

1. Le due proposte della Commissione, in sintesi

La Commissione europea ha presentato il 31 maggio 2023 due proposte concernenti la protezione degli adulti nelle situazioni con elementi di in

ternazionalità¹. Gli adulti di cui si parla sono persone di diciott'anni e più che non sono in grado di provvedere da sole ai propri interessi a causa di una limitazione o di un'alterazione delle proprie facoltà. Proteggerle significa fornire loro il sostegno di cui potrebbero aver bisogno per determinarsi in ordine alla propria persona o al proprio patrimonio. Nei vari ordinamenti statali ciò avviene perlopiù attraverso la nomina di un terzo investito di queste funzioni, ad opera di un giudice (è quanto prevedono le norme sulla amministrazione di sostegno in Italia, quelle sulla *curatelle* in Francia, sulla *Betreuung* in Germania, etc.), oppure sulla scorta di speciali procure, peraltro note solo ad alcuni sistemi privatistici nazionali, con cui lo stesso interessato, quando ancora è in grado di determinarsi, affida a una persona di fiducia il compito di rappresentarlo per il tempo in cui non sia in grado di assumere delle decisioni (le procure in parola vanno sotto il nome di *enduring powers of attorney* in Irlanda, *Vorsorgevollmachten* in Austria e in Germania, *poderes preventivos* in Spagna, etc.)

La prima delle proposte della Commissione si riferisce alla Convenzione dell'Aja del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti². Elaborata in seno alla conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, la Convenzione detta regole sulla competenza giurisdizionale, la legge applicabile, la circolazione delle misure di protezione fra gli Stati contraenti e la cooperazione fra le autorità di detti Stati. La Commissione propone che il Consiglio dell'Unione autorizzi gli Stati membri a diventare (o restare) parti della Convenzione «nell'interesse dell'Unione». Tredici Stati membri – fra cui Francia, Germania, Grecia e Portogallo – sono già vincolati dalla Convenzione. L'Italia non è fra questi.

* Professore ordinario di diritto internazionale, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, pietro.franzina@unicatt.it.

¹ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle misure e alla cooperazione in materia di protezione degli adulti, COM(2023)280 final; proposta di decisione del Consiglio che autorizza gli Stati membri a diventare o rimanere Parti, nell'interesse dell'Unione europea, della convenzione del 13 gennaio 2000 sulla protezione internazionale degli adulti, COM(2023)281 final. L'iniziativa della Commissione era da tempo auspicata dalla dottrina: v. per tutti M. DRVENTIĆ, *The Protection of Adults in the European Union*, in *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 2019, p. 803 ss., e F. RADEMACHER, *Protection of Vulnerable Adults in the EU: Room for Improvement in Cross-Border Cases*, in B. HEIDERHOFF, I. QUEIROLO (eds), *Old and New Problems in Private Law*, Roma, 2020, p. 39 ss.

² Il testo della convenzione, nelle versioni facenti fede, inglese e francese, si trova nel sito web della Conferenza dell'Aja all'indirizzo www.hcch.net. Nello stesso sito si trovano le informazioni aggiornate sullo stato delle ratifiche e delle adesioni.

La seconda proposta prefigura un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che, pur rinviando per molteplici aspetti alla Convenzione, assicurerebbe nei rapporti fra gli Stati membri dell'Unione una cooperazione più intensa e funzionale di quella garantita dalla Convenzione dell'Aja.

In sintesi, le due proposte, concepite come elementi di un pacchetto unitario, darebbero vita in questo campo, all'interno dell'Unione, a un duplice livello di armonizzazione delle norme di diritto internazionale privato. Da un lato, per effetto della decisione del Consiglio, tutti gli Stati membri dell'Unione verrebbero a condividere una disciplina di base – la Convenzione dell'Aja del 2000 – comune anche a un certo numero di Stati terzi (per ora il Regno Unito, anche se solo con riguardo alla Scozia, la Svizzera e il Principato di Monaco). Dall'altro, grazie al regolamento, la Convenzione opererebbe nei rapporti fra gli Stati membri dell'Unione assieme a un corredo di regole regionali che la completerebbero (e per qualche aspetto vi derogherebbero), producendo in tal modo degli effetti più incisivi di quelli di cui la Convenzione sarebbe altrimenti capace.

2. La base giuridica delle proposte

La duplice iniziativa della Commissione ha per base giuridica l'art. 81 TFUE, sulla cooperazione giudiziaria in materia civile.

La protezione degli adulti, secondo la condivisibile opinione della Commissione, non appartiene al «diritto di famiglia», con la conseguenza che l'adozione di misure legislative dell'Unione in quest'ambito non comporta il ricorso alla procedura speciale di cui all'art. 81, par. 3, TFUE. È vero che molte persone fragili trovano proprio tra i familiari il sostegno di cui possono avere bisogno. È anche vero, tuttavia, che le esigenze a cui risponde il sostegno loro dovuto sono essenzialmente riferibili all'interessato in quanto tale, e investono solo eventualmente e in modo mediato le relazioni familiari che fanno capo a costui. Gli istituti giuridici nei quali si sostanzia la protezione degli adulti, in altre parole, puntano di per sé a garantire la dignità e l'autonomia del beneficiario: non costituiscono una proiezione o uno sviluppo delle relazioni familiari che possono esistere fra l'interessato e chi interviene per assisterlo o rappresentarlo, né incidono come tali sul contenuto e la fisionomia di tali relazioni.

La prima delle due proposte, quella che dovrebbe condurre alla ratifica della Convenzione dell'Aja da parte di tutti gli Stati membri, investe le relazioni esterne dell'Unione europea. L'Unione non può divenire essa

stessa parte della Convenzione, dato che questa, come prevedono gli artt. 53 e 54, è aperta solo agli Stati, non alle organizzazioni internazionali. Per integrare la Convenzione nell'*acquis* comunitario l'Unione non può dunque far altro che autorizzare gli Stati membri a divenirne o rimanerne parti «nell'interesse dell'Unione», analogamente a quanto è accaduto a suo tempo per la Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla protezione dei minori³, dalla quale peraltro la Convenzione del 2000 ripete l'impianto e molte soluzioni. Anche una simile decisione, tuttavia, presuppone che la conclusione della Convenzione rientri nell'ambito della competenza esterna dell'Unione.

Premesso che nessuna delle misure legislative adottate sin qui dall'Unione riguarda in modo specifico la protezione degli adulti, tale competenza va verificata, secondo un'opinione, sulla base del criterio stabilito dall'art. 216, par. 1, TFUE nella parte in cui permette all'Unione di concludere una Convenzione quando ciò sia «necessario» al fine di «realizzare, nell'ambito delle politiche dell'Unione, uno degli obiettivi fissati dai trattati»⁴. La Commissione europea, invece, richiamando la seconda delle sue proposte – quella avente ad oggetto il regolamento che accompagnerebbe la Convenzione – ha ritenuto di poter far leva a questo fine sulla parte dell'art. 216, par. 1, TFUE che attribuisce all'Unione il potere di concludere un accordo internazionale ove lo stesso «possa incidere su norme comuni o alterarne la portata». In pratica, proponendo contestualmente la ratifica della Convenzione e l'adozione di un regolamento teso corroborarne gli effetti, la Commissione ha fatto del secondo intervento la condizione logico-giuridica per affermare in capo all'Unione il potere di adottare il primo. La Commissione, in altre parole, crede che l'Unione sia competente a decidere sulla ratifica della Convenzione perché è pronta a dotarsi di una misura legislativa i cui effetti verrebbero alterati

³ Decisione 2008/431/CE del Consiglio, del 5 giugno 2008, che autorizza alcuni Stati membri a ratificare la convenzione dell'Aia del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, ovvero ad aderirvi, nell'interesse della Comunità europea e che autorizza alcuni Stati membri a presentare una dichiarazione sull'applicazione delle pertinenti norme interne del diritto comunitario.

⁴ *Position Paper submitted by the European Association of Private International Law on 29 March 2022 in the framework of the public consultation launched by the European Commission on an EU-wide protection for vulnerable adults*, reperibile nel sito della associazione all'indirizzo eapil.org, par. 19 ss.

se la Convenzione stessa non fosse in vigore per l'insieme degli Stati membri.

Il ragionamento appena descritto ha verosimilmente il pregio, per la Commissione, di replicare uno schema conosciuto. L'Unione ha concluso, sin qui, diverse convenzioni di diritto internazionale privato uniforme, e lo ha sempre fatto invocando una competenza esterna fondata sull'impatto che la Convenzione considerata avrebbe prodotto sulla legislazione esistente. Così, per esempio, quando si è posto il problema di sapere se spettasse (solo) all'Unione concludere la seconda Convenzione di Lugano, la Corte di giustizia, nel parere 1/03, ha risposto in senso affermativo facendo riferimento alle alterazioni che la Convenzione avrebbe apportato al regolamento (CE) n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale e l'efficacia delle decisioni, allora in vigore⁵.

La via alternativa avrebbe potuto essere percorsa solo dimostrando un requisito – quello della «necessità» della Convenzione per il conseguimento degli obiettivi dei trattati – su cui la Commissione deve aver ritenuto di non disporre di argomenti sicuri. Non sono parsi tali, evidentemente, gli argomenti affacciati a questo fine in uno studio predisposto su incarico della stessa Commissione circa i possibili scenari di un intervento normativo in quest'ambito⁶. Secondo lo studio, l'Unione, ove si fosse risolta a dotarsi di regole di diritto internazionale privato relative alla protezione degli adulti, non avrebbe potuto limitarsi a trattare della circolazione delle misure di protezione all'interno dell'Unione o della giurisdizione dei giudici degli Stati membri in rapporto ai casi collegati con altri Stati egualmente appartenenti all'Unione. Se è vero che le persone beneficiarie del sostegno possono muoversi sia all'interno dell'Unione che fuori di essa, e avere degli interessi in uno o più Stati membri come in uno o più Stati terzi, allora la realizzazione effettiva dei loro diritti (cioè, lo scrupolo all'origine della duplice iniziativa della Commissione, come si dirà in appresso) impone la costruzione di uno stabile raccordo fra le regole di matrice regionale, destinate ad applicarsi ai casi intra-europei, e quelle di respiro universale, contenute nella Convenzione dell'Aja e destinate ad operare negli Stati membri in rapporto a fattispecie collegate a Stati terzi. Detto in altri termini: l'Unione, se vuole occuparsi dei maggiorenni che

⁵ CGUE, parere 1/03 del 7 febbraio 2006.

⁶ L. ADRIAENSSENS *et alii*, *Study on the Cross-border Legal Protection of Vulnerable Adults in the EU - Final Report*, European Commission, 2022, nel sito dell'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, all'indirizzo op.europa.eu, p. 132 ss.

sperimentano una situazione di fragilità, e intende farsi guidare in questo dalle esigenze di questi ultimi, ha interesse a favorire (esercitando *in prima battuta* la sua competenza esterna) il rafforzamento di regole di respiro universale, provvedendo poi, a valle di un simile intervento, alla messa a punto di soluzioni regionali magari più adatte ai propri valori, ma fondamentalmente coerenti al quadro convenzionale.

La riluttanza della Commissione ad abbracciare la ricostruzione appena riferita si è tradotta, nelle due proposte, in un ragionamento relativo alla competenza esterna che si presenta affetto da una certa circolarità, non riuscendo a convincere.

3. Diritti delle persone con disabilità e diritto internazionale privato

Le proposte della Commissione si richiamano alla Convenzione delle Nazioni Unite del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità (UNCRPD), in vigore per tutti gli Stati membri dell'Unione come per la stessa Unione europea⁷.

L'art. 12 della UNCRPD, dopo aver riconosciuto il diritto delle persone con disabilità al riconoscimento in ogni luogo della loro personalità giuridica, impone agli Stati contraenti di adottare delle misure volte a consentire l'accesso delle persone interessate al sostegno di cui queste potrebbero aver bisogno per esercitare la propria capacità. La Convenzione esige che tali misure rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona da proteggere, siano messe al riparo da possibili conflitti di interesse, siano calibrate sulle condizioni e le specifiche esigenze dell'interessato, siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di una autorità competente, indipendente ed imparziale o di un organo giudiziario⁸.

Per quanto la UNCRPD non lo dica in modo esplicito, la realizzazione dei diritti fondamentali delle persone con disabilità impegna gli Stati in rapporto alle situazioni puramente interne come in rapporto a quelle che

⁷ Decisione del Consiglio 2010/48/CE del 26 novembre 2009 relativa alla conclusione, da parte della Comunità europea, della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità. La UNCRPD è in vigore per l'Unione europea dal 22 gennaio 2011.

⁸ Sull'art. 12 della UNCRPD vedi per tutti L. SERIES, A. NILSON, *Article 12*, in I. BANTEKAS, M.A. STEIN, D. ANASTASIOU (eds), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Oxford, 2018, p. 339 ss.

presentano nesi con più Stati⁹. Per queste ultime, peraltro, le strategie che gli Stati devono adottare per conformarsi agli imperativi posti dalla UNCRPD sono diverse da quelle che si impongono in situazioni che esauriscano i propri effetti all'interno di un solo paese. Nei casi internazionali, quegli imperativi comportano che gli Stati coinvolti siano pronti a stabilire fra loro qualche forma di cooperazione e siano disposti ad aprire reciprocamente i rispettivi ordinamenti, tramite le norme di diritto internazionale privato¹⁰. Di fatto, lo Stato X rischierebbe di violare l'obbligo di salvaguardare l'interessato da eventuali influenze indebite se negasse sempre e per principio ogni rilievo alle misure assunte a questo fine nello Stato Y, giacché, così facendo, esporrebbe l'interessato al rischio di subire simili interferenze nello stesso Stato X, perlomeno fin quando le proprie autorità non abbiano a loro volta statuito sulle esigenze della persona in questione. Analogamente, le autorità dello Stato X rischierebbero di frustrare le volontà e le preferenze dell'interessato ove affermassero per principio che la procura per fini protettivi rilasciata da quest'ultimo a un fiduciario è priva di qualsiasi effetto nel loro ordinamento solo perché conformata alla legge dello Stato Y, con cui pure la fattispecie risulta collegata.

La realizzazione dei diritti sanciti dalla UNCRPD nei casi internazionali non implica, *va da sé*, un'apertura incondizionata alle determinazioni di altri paesi, cioè una disponibilità senza limiti ad applicare le rispettive norme e dare effetto ai provvedimenti delle rispettive autorità. Esige, semmai, la messa a punto di norme di diritto internazionale privato ispirate ai principi della stessa UNCRPD (la dignità, l'autonomia, la non discriminazione e l'integrazione sociale dell'interessato, come emerge dall'art. 3), pensate per minimizzare gli inconvenienti che l'internazionalità della situazione rischia altrimenti di provocare. Quelli più comuni sono la discontinuità della protezione dell'interessato nello spazio (è il caso che si verifica quando l'interessato è protetto nello Stato A ma non nello Stato B), la moltiplicazione non coordinata delle misure di protezione relative alla medesima persona (come avviene quando si occupano dell'interessato, senza raccordare i rispettivi interventi, tanto le autorità dello Stato A quanto quelle dello Stato B), il disaccordo quanto agli effetti materiali delle diverse misure di protezione relative alla mede-

⁹ P. FRANZINA, *La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato*, Padova, 2012, p. 60 ss.

¹⁰ V. più ampiamente P. FRANZINA, *Protection of Adults*, in P. BEAUMONT, J. HOLLIDAY (eds), *Guide to Global Private International Law*, Oxford, 2022, p. 556 ss.

sima persona (è quanto accade, ad esempio, quando il rappresentante dell'interessato è legittimato a compiere un certo atto secondo la legge dello Stato A, mentre quell'atto integra una violazione delle prescrizioni dello Stato B), l'assenza di un quadro di dialogo e mutua assistenza fra autorità di Stati diversi (come nell'ipotesi in cui le autorità dello Stato A non dispongono di canali di comunicazione efficaci per acquisire presso lo Stato B, dove magari l'interessato viene a trovarsi, delle informazioni necessarie per determinarsi sulla sua protezione).

La Convenzione dell'Aja del 2000, benché conclusa prima della conclusione della UNCRPD, poggia sui valori che quest'ultima propugna e delinea delle soluzioni che si vogliono ispirate a quei valori.

Un esempio per tutti. La Convenzione dell'Aja si preoccupa di assicurare un agevole accesso alla giustizia da parte di chi voglia chiedere l'adozione di misure volte alla protezione della persona o del patrimonio di un adulto fragile. Le norme sulla competenza giurisdizionale contenute nella Convenzione mirano a far sì che a decidere sulla protezione possa essere un giudice particolarmente ben collocato per conoscere le circostanze dell'adulto e per intervenire prontamente (non solo per istituire un regime di protezione, ma anche per modificarlo o per revocarlo, se del caso). Si spiega alla luce di questi scrupoli l'art. 5, secondo cui la competenza giurisdizionale spetta per regola alle autorità dello Stato in cui l'interessato risiede abitualmente. La Convenzione, allo stesso tempo, mostra di essere consapevole che possono esistere dei casi in cui i giudici di altri Stati sono in una posizione egualmente buona, se non migliore, per apprezzare le esigenze dell'adulto in questione, e prefigura – a questo fine – degli altri titoli di giurisdizione. Questo ampliamento delle opportunità di ascolto giurisdizionale è però improntata nella Convenzione a una logica protettiva (l'esercizio della giurisdizione da parte di altri giudici è possibile solo quando ciò appaia conforme all'interesse dell'adulto), ed è corredata dalla predisposizione di meccanismi per assicurare l'efficace coordinamento dei procedimenti paralleli. Le autorità dello Stato di cittadinanza, ad esempio, possono intervenire solo se si ritengono meglio collocate per proteggere l'interessato. E se decidono di intervenire, devono avvisare i giudici dello Stato di residenza abituale e devono astenersi dall'adottare proprie misure ove questi ultimi ne assumano di proprie o stabiliscano che l'adulto non ne richieda alcuna.

Articolazioni di questo genere sono coerenti ai valori della UNCRPD perché riducono il pericolo che l'internazionalità della situazione ostacoli la protezione dell'interessato, evitando nello stesso tempo il rischio che

l'istituzione di una pluralità di fori concorrenti possa condurre all'emanazione di misure inconciliabili. La garanzia – assicurata dalla Convenzione dell'Aja – di un'agevole circolazione internazionale delle misure di protezione rafforza ulteriormente la protezione degli interessati permettendo loro di far valere nei diversi Stati contraenti, in modo agevole, le decisioni rese dalle autorità che la Convenzione stessa indica come competenti.

4. La combinazione di regole universali e regionali

Non stupisce che la Commissione abbia deciso di fare della Convenzione dell'Aja del 2000 il regime internazional-privatistico di base in materia di protezione degli adulti. Le ragioni sottese a questa scelta sono almeno quattro.

Per cominciare, è opinione largamente condivisa fra studiosi e pratici che la Convenzione, malgrado qualche lacuna e la formulazione non sempre felice delle sue disposizioni, operi nell'insieme in modo soddisfacente¹¹. Le sue soluzioni riescono in genere a contemperare in modo ragionevole le diverse esigenze che solitamente si affrontano in questo campo: l'efficace protezione dell'interessato nei vari scenari in cui tale protezione può rendersi necessaria (l'amministrazione del patrimonio come la cura della persona, i casi urgenti come quelli che non lo sono, etc.), la salvaguardia delle aspettative nutrite dai terzi che entrino in contatto con l'interessato o con chi lo rappresenta, l'efficiente intervento delle diverse autorità pubbliche coinvolte (i giudici, beninteso, ma anche i servizi sociali, le autorità preposte alla gestione di strutture in cui può essere assicurata la protezione dell'adulto, etc.).

In secondo luogo, si è formata attorno alle norme della Convenzione una prassi applicativa non trascurabile, oltretutto tradottasi in un manuale pratico (di imminente pubblicazione, ma disponibile sin d'ora in una versione preliminare)¹², elaborato in seno alla Conferenza dell'Aja nel quadro dei lavori che hanno preparato (e seguito) la prima riunione della Commissione speciale dedicata alla Convenzione del 2000, tenutasi nel 2022.

¹¹ *First meeting of the Special Commission on the practical operation of the 2000 Protection of Adults Convention - Conclusions and Recommendations*, 15 novembre 2022, nel sito web della Conferenza dell'Aja, cit., par. 3.

¹² *Revised draft Practical Handbook on the Operation of the 2000 Protection of Adults Convention - Prel. Doc. No 4 of February 2024 (third revised version)*, nel sito web della Conferenza dell'Aja, cit.

La Convenzione dell'Aja, in terzo luogo, oltre ad essere sin d'ora in vigore per un buon numero di Stati membri dell'Unione, è verosimilmente sul punto di formare l'oggetto di altre ratifiche ad opera di Stati membri prima ancora che il Consiglio imponga loro di farlo¹³. Nulla indica che questi Stati siano pronti ad abbandonare il regime dell'Aja per dar vita ad una disciplina diversa, da costruire *ex novo*. Vi è semmai un diffuso orientamento favorevole a consolidare quel regime.

È bene infine rammentare che la Convenzione dell'Aja del 2000 è in vigore per diversi Stati terzi. In un futuro non troppo remoto potrebbe essere ratificata da altri Stati terzi, come suggerisce, ad esempio, la risposta data dal Messico a un questionario diffuso nel 2020 dal Permanent Bureau della Conferenza¹⁴.

Senonché, come anticipato, la Convenzione, pur offrendo una disciplina di base coerente alle esigenze della Commissione, reca in qualche caso delle soluzioni che nel contesto dell'Unione, caratterizzato da un elevatissimo grado di fiducia reciproca fra gli Stati membri, sono meno incisive e meno ambiziose di quanto potrebbero, se solo fossero ripensate alla luce dell'esperienza che l'Unione stessa ha maturato in quasi un quarto di secolo di cooperazione giudiziaria in materia civile.

Da qui l'idea della Commissione, già affacciata in uno studio preparato nel 2016 per il Parlamento europeo¹⁵, di affiancare alle regole della Convenzione delle disposizioni regionali, volte ad aumentare l'efficacia del regime convenzionale nei rapporti fra gli Stati membri e a rimediare ai limiti che esso presenta. A questo provvederebbe, nel disegno della Commissione, il regolamento pensato, appunto, per completare e rafforzare la Convenzione.

¹³ V., ad esempio, per quanto riguarda il Lussemburgo, il progetto di legge n. 8133, presentato il 4 gennaio 2023 alla Camera dei deputati del Granducato, per l'introduzione nella legislazione lussemburghese della figura del «*mandat de protection future*», sul modello dell'omonimo negozio noto al diritto francese; il *Dossier consolidé* del progetto si trova nel sito della stessa Camera, all'indirizzo www.chd.lu. Il progetto, come emerge dalla relazione che lo accompagna, mira fra le altre cose a porre le condizioni per la ratifica della convenzione (così il *Dossier consolidé*, cit., p. 15).

¹⁴ *Responses to the Questionnaire on the practical operation of the 2000 Protection of Adults Convention*, nel sito web della Conferenza dell'Aja, cit.

¹⁵ P. FRANZINA, J. LONG, *The Protection of Vulnerable Adults in EU Member States. The Added Value of EU Action in the Light of The Hague Adults Convention*, in C. SALM, *Protection of Vulnerable Adults – European Added Value Assessment*, Brussels, 2016, p. 164 ss.

Si tratta, beninteso, di una formula collaudata¹⁶. Il precedente forse più significativo riguarda la cooperazione internazionale in funzione del ritorno di minori sottratti o trattenuti in uno Stato diverso da quello della loro residenza abituale. La disciplina dell'Unione europea, oggi racchiusa nel regolamento Bruxelles II *ter*¹⁷, rappresenta – nella misura in cui riguarda il fenomeno della sottrazione internazionale di minori – lo sviluppo della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980 sugli aspetti civili della sottrazione di minori. La Convenzione del 1980 costituisce per così dire lo sfondo contro il quale opera il regolamento, continuando ad operare nelle relazioni intercorrenti fra i singoli Stati membri, da un lato, e gli Stati terzi vincolati da quella Convenzione.

Prima di dar conto di alcuni degli interventi che la Commissione propone di effettuare per accrescere la funzionalità della Convenzione dell'Aja in ambito europeo, giova spendere qualche parola sul coordinamento dei due testi, ossia la Convenzione stessa e il futuro regolamento.

Giova premettere che la proposta di regolamento prefigura, in generale, degli interventi assai diversi fra loro. Ai fini che qui interessano è bene distinguere due categorie di interventi: da un lato, gli interventi che attengono solo all'attuazione della Convenzione sul piano interno; dall'altro, gli interventi comportanti l'adozione di regole che si discostano, in maniera più o meno marcata, dalle previsioni della Convenzione.

Gli interventi del primo tipo non fanno sorgere, evidentemente, dei problemi di coordinamento, collocandosi in un'area in cui i singoli Stati contraenti sono liberi, in base alla Convenzione, di adottare le misure che reputano preferibili, anche coordinandosi fra loro. Si iscrive in questo insieme di innovazioni la creazione negli Stati membri di registri pubblici sui poteri di rappresentanza, e la loro interconnessione, previste dal capo VIII del regolamento.

Considerazioni diverse valgono, invece, per il secondo gruppo di interventi, quelli implicanti degli scostamenti dal dettato della Convenzione. Occorre partire, a questo proposito, da una duplice considerazione.

¹⁶ Cfr. P. FRANZINA, *The Relationship Between EU Legislation and International Instruments in the Field of Private International Law*, in J. VON HEIN, E.-M. KIENINGER, G. RÜHL (eds), *How European is European Private International Law?*, Cambridge, 2019, p. 39 ss.

¹⁷ Regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione).

Va rilevato, per cominciare, che la Convenzione dell'Aja prevede espressamente, all'art. 49, che due o più Stati contraenti possano derogare alla Convenzione stessa, nei loro reciproci rapporti, tramite un accordo internazionale o uno strumento regionale, salvo precisare che tali deroghe operano solo quando si tratti della protezione di una persona la cui residenza abituale si trovi in uno degli Stati in questione. I regimi di deroga, inoltre, lasciano ovviamente impregiudicati gli obblighi che tali Stati hanno assunto in forza della Convenzione nei confronti degli altri Stati contraenti.

Giova osservare, in secondo luogo, che la Convenzione si limita a fissare, per quanto riguarda l'efficacia delle misure di protezione e la cooperazione fra autorità, dei requisiti minimi, senza impedire ai singoli Stati contraenti di dotarsi, se lo desiderano, di un regime più favorevole alla realizzazione degli obiettivi della Convenzione. Indica, cioè, i presupposti in presenza dei quali le autorità di uno Stato contraente devono ritenersi obbligate, secondo la Convenzione, a dare effetto alle misure provenienti da un altro Stato contraente o alle richieste di assistenza delle autorità di un tale Stato, ma non esclude che il primo Stato possa riconoscere quelle misure o prestare l'assistenza richiesta anche quando una o più delle condizioni previste dalla Convenzione faccia difetto, se così stabiliscono le norme interne o quelle elaborate per regolare i rapporti fra gli Stati interessati.

La proposta di regolamento rispecchia questa duplice opportunità accordata agli Stati contraenti di deviare dal regime convenzionale. Ai sensi dell'art. 59, il regolamento opera, innanzitutto, quando l'adulto di cui trattasi abbia la residenza abituale in uno Stato membro, salvo non ricorrano delle particolari circostanze, indicate dalla norma, in cui l'applicazione del regolamento violerebbe gli obblighi dovuti a uno Stato estraneo all'Unione ma vincolato dalla Convenzione; il regolamento si applica anche quando, a prescindere dalla condizione appena indicata, si faccia questione della efficacia di misure di protezione rese in uno Stato membro. La Convenzione continuerà dunque ad operare, sul terreno del riconoscimento e della esecuzione delle decisioni, quando si discorra della efficacia di una misura di protezione resa in uno Stato contraente estraneo all'Unione europea, mentre verrebbe rimpiazzata dalle norme regionali quando sia in gioco l'efficacia di una misura di protezione pronunciata in uno Stato membro. Analogamente, la cooperazione fra autorità obbedirebbe nei rapporti fra gli Stati membri alle disposizioni del regolamento, mentre risponderebbe

alle norme della Convenzione ogniqualvolta si tratti di richieste provenienti da, o rivolte a, uno Stato contraente che non faccia parte dell'Unione.

5. Le soluzioni regionali che si discostano dalla Convenzione dell'Aja

È qui possibile segnalare, e unicamente nelle grandi linee, solo tre delle deviazioni dal regime convenzionale prefigurate dalla Commissione¹⁸.

La prima deviazione riguarda la disciplina della competenza giurisdizionale. La Commissione suggerisce di ampliare il novero dei fori presso i quali può essere sollecitata l'adozione di misure di protezione dell'adulto offrendo a quest'ultimo la possibilità di identificare lui stesso lo Stato membro i cui giudici ritiene che debbano essere muniti di giurisdizione. La Convenzione accorda un peso limitato alle determinazioni della persona interessata relativamente alla competenza giurisdizionale: l'adulto può, sì, stipulare di affidare la competenza ai giudici di un dato Stato, ma tale dichiarazione di volontà non basta ad investire quei giudici del potere di pronunciarsi sulla sua protezione. Una simile dichiarazione giustifica, al massimo, un trasferimento di competenza, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione ad opera dei giudici che la Convenzione indichi come competenti in via obiettiva, sempre che questi reputino che un tale trasferimento sia conforme all'interesse dell'adulto. In forza del regolamento proposto dalla Commissione (art. 6), la scelta dell'interessato integrerebbe invece di per sé, direttamente, l'attribuzione della competenza al giudice scelto. Tre condizioni dovrebbero comunque concorrere a questo fine: la scelta dovrebbe (ovviamente) risalire a un'epoca alla quale il disponente era capace di determinarsi; l'esercizio della competenza nel foro scelto deve apparire conforme all'interesse dell'adulto; i giudici competenti in forza della Convenzione (siano essi giudici di uno Stato membro o di uno Stato contraente della Convenzione, estraneo all'Unione) non devono aver esercitato la giurisdizione. La disposizione, ai sensi del già ricordato art. 59 della proposta, opererebbe comunque solo con riguardo agli adulti abitualmente residenti in uno Stato membro dell'Unione.

La seconda deviazione riguarda la circolazione internazionale delle misure di protezione. Le norme della Convenzione rispecchiano uno scrupolo

¹⁸ Per una più articolata disamina della proposta di regolamento, si rimanda a P. FRANZINA, *Un nuovo diritto internazionale privato della protezione degli adulti: le proposte della Commissione europea e gli sviluppi attesi in Italia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2023, p. 545 ss.

polo di accelerazione e semplificazione dei procedimenti necessari al riconoscimento e all'esecuzione delle misure di protezione provenienti da uno Stato contraente. Il regolamento prospetta l'introduzione, nei rapporti fra gli Stati membri, di un regime ancor più liberale. Le novità attengono tanto alle condizioni alle quali potranno essere invocati in uno Stato membro gli effetti di una misura di protezione resa in un altro (la proposta prevede che non sarà più possibile negare il riconoscimento di una misura per ragioni attinenti alla competenza dell'autorità che l'ha pronunciata, come prevede invece la Convenzione), quanto ai presupposti in presenza dei quali potranno essere spesi in uno Stato membro gli effetti esecutivi di una misura adottata in un altro (la proposta abolisce il requisito dell'*exequatur*, che la Convenzione, di per sé, continua invece a prescrivere).

La terza innovazione a cui vale la pena fare un cenno consiste nella creazione di un certificato europeo sui poteri di rappresentanza, pensato per rendere agevole al rappresentante dell'adulto la prova dell'esistenza e dell'ampiezza dei poteri di cui è investito, a prescindere dal fatto che tali poteri derivino da un provvedimento giudiziale o da una procura dell'interessato. La Convenzione già prevede un suo certificato, all'art. 38. Nella prassi, però, il suo impiego è stato, sin qui, del tutto trascurabile. L'Unione, per contro, ha maturato nel campo dei certificati un'esperienza ragguardevole, in particolare grazie al certificato successorio europeo istituito col regolamento (UE) n. 650/2012. Nasce da qui l'idea della Commissione di istituire a questo fine un certificato europeo, investito delle stesse funzioni del certificato convenzionale ma affiancato da un'articolata disciplina di accompagnamento, di cui il regime dell'Aja è invece sprovvisto. In breve, anche il certificato europeo, come quello della Convenzione, produce degli effetti probatori qualificati di cui possono avvalersi i terzi con cui il rappresentante entri in contatto (le indicazioni ivi riportate si presumono conformi a quanto risulta nella specie dalla legge applicabile o dai provvedimenti pertinenti). In più, però, il regolamento affronta una vasta gamma di aspetti pratici, concernenti, fra le altre cose, le condizioni di rilascio, modifica, rettifica e revoca del certificato, e inoltre fissa, assai opportunamente, un termine di durata del certificato, pari per regola a un anno. Di fatto, sotto il regolamento, le autorità degli Stati membri potrebbero essere sollecitate ad emettere due diverse specie di certificati (anche se verosimilmente integrabili in un unico documento): da un lato, lo stringato certificato previsto dall'art. 38 della Convenzione, destinato ad essere usato negli Stati contraenti della Convenzione estranei all'Unione euro-

pea; dall'altro, il certificato europeo, capace però di effetti solo negli Stati membri dell'Unione.

6. Le soluzioni regionali che confermano e corroborano la Convenzione

Al di là delle deviazioni di cui si è parzialmente dato conto nel paragrafo precedente, il regolamento fa propria, tramite una serie di rinvii di portata generale, la disciplina dettata dalla Convenzione.

In questo quadro, molte disposizioni della Convenzione sono destinate ad applicarsi, negli Stati membri, senza subire alcuna alterazione o specificazione. È il caso, in particolare, delle norme sulla legge applicabile. Una sola disposizione è dettata a questo proposito dal regolamento (l'art. 8), e si accontenta di richiamare in blocco le previsioni del capo III della Convenzione.

La soluzione non sorprende. Eventuali deroghe alle norme convenzionali creerebbero in quest'ambito degli inconvenienti di difficile soluzione. Si prenda, ad esempio, la questione della legge applicabile alle procure rilasciate dall'interessato in vista di una futura incapacità. Ai sensi dell'art. 15 della Convenzione, tali negozi soggiacciono, per regola, alla legge del paese in cui il rappresentato aveva la residenza abituale al momento del rilascio, salva la possibilità, per l'adulto in questione, di compiere una *optio iuris*, purché a favore di una delle leggi ricomprese nell'elenco stilato a questo fine dalla norma: la legge dello Stato di cittadinanza, quella dello Stato di una precedente residenza abituale, o ancora la legge dello Stato in cui si trovano dei beni dell'interessato ma con effetti, allora, limitati a quei beni. Ipotetiche "varianti" europee a questo regime pregiudicherebbero lo scopo pratico della previsione appena ricordata, che consiste nell'assicurare la spendibilità dei poteri conferiti a suo tempo dall'interessato nell'insieme degli Stati contraenti, ove si tratti di poteri conformi alla legge richiamata a questo fine dalla Convenzione. Si immagini, per esempio, che si faccia questione della protezione di Tizio, organizzata dallo stesso Tizio, quando questi risiedeva in Québec, tramite un *mandat d'inaptitude* conforme alla legge del Québec. Premesso che la normativa di conflitto della Convenzione è dotata di efficacia universale (è capace, in altri termini, di richiamare indifferentemente la legge di uno Stato vincolato dalla Convenzione o di uno Stato estraneo ad essa, come il Canada), il fiduciario di Tizio sarà in grado di esercitare il suo ufficio nei vari paesi in cui ciò si riveli necessario – in ipotesi, degli Stati membri dell'Unione e degli Stati terzi che però siano parti della Convenzione – so-

lo se in ciascuno di questi paesi la legge applicabile al mandato risulti essere la stessa. Tale condizione può essere soddisfatta solo assicurando la piena uniformità delle norme di conflitto operanti in tali paesi, evitando dunque qualsiasi declinazione regionale.

Se è chiaro, quindi, che in questo campo era bene non alterare le disposizioni della Convenzione, è più difficile capire per quale ragione la Commissione non abbia voluto cogliere l'opportunità della proposta di regolamento per integrare le norme di conflitto della Convenzione là dove queste presentano una lacuna. In alcuni ordinamenti – quello austriaco, per esempio – la rappresentanza degli adulti fragili è assegnata *ex lege* ad un congiunto. Si tratta di poteri di rappresentanza che permettono di compiere solo un novero circoscritto di atti (prestare il consenso a determinati interventi medici, ad esempio), spendibili oltretutto solo se l'interessato non abbia nominato un proprio fiduciario o non benefici di un regime di protezione giudiziale. Senonché, la Convenzione, che pure si occupa in linea di principio di ogni forma di protezione degli adulti, non detta alcuna norma di conflitto in tema di rappresentanza legale¹⁹. In questo senso, nulla impedisce che il futuro regolamento disponga in ordine alla legge applicabile alla rappresentanza *ex lege*, colmando una lacuna della Convenzione, in armonia con i principi della stessa.

7. Rilievi conclusivi e prospettive

La duplice proposta della Commissione giunge quando manca meno di un anno alla fine della legislatura del Parlamento europeo, in una fase in cui la stessa Commissione è preoccupata ad assicurare la chiusura ordinata dei principali dossier aperti più che a promuoverne di nuovi. Alla luce di ciò, considerata la complessità tecnica della materia e il carattere innovativo di molte delle soluzioni prefigurate dalla Commissione, è difficile pensare che il pacchetto possa essere adottato in tempi brevi.

Con l'iniziativa della Commissione, il tema della protezione degli adulti nei casi internazionali entra oramai formalmente, e con decisione, nell'agenda delle istituzioni politiche dell'Unione. Si tratta di uno sviluppo non scontato. Nel 2017 il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione

¹⁹ *First meeting of the Special Commission on the practical operation of the 2000 Protection of Adults Convention - Conclusions and Recommendations*, cit., punto 21 ss.

per affermare la necessità di un intervento dell'Unione in questo campo²⁰, ma quella presa di posizione, anche se salutata con favore dalla dottrina (come attesta in particolare uno studio elaborato dallo European Law Institute e adottato nel 2020)²¹, ha suscitato presso la Commissione, inizialmente, una risposta piuttosto fredda. È stato necessario attendere il 2021 perché il Consiglio dell'Unione adottasse delle conclusioni con cui, oltre a incoraggiare gli Stati membri a ratificare quanto prima la Convenzione dell'Aja del 2000, ha invitato la Commissione a valutare la “necessità di un quadro giuridico all'interno dell'Unione europea che faciliti la libera circolazione delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali sulla protezione degli adulti vulnerabili in materia civile”, per presentare poi una relazione sui risultati dello studio, “corredata, se del caso, di proposte legislative”.

Il cantiere è dunque aperto, ed è ragionevole pensare che possa esserlo per un certo tempo. Ciò non impedisce ai singoli Stati membri di provvedere intanto per proprio conto a migliorare la protezione degli adulti nei casi internazionali, in particolare ratificando, se non l'hanno ancora fatto, la Convenzione dell'Aja del 2000.

L'Italia ha ragioni più valide di altri Stati per intraprendere senza ulteriori ritardi questo cammino, vuoi perché la popolazione italiana è la più vecchia d'Europa, vuoi perché le norme attualmente in vigore in questo campo (fondamentalmente gli articoli 3, 9, 43, 44, 64 e 66 della legge 31 maggio 1995 n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) non sono in grado di assicurare i delicati compiti a cui sono preposte²².

Il Consiglio dei Ministri ha deliberato, il 25 maggio 2023, di presentare alle Camere un disegno di legge di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione della Convenzione. L'esame della proposta, presentata al Senato nel luglio del 2023 e assegnata alle Commissioni Giustizia e Affari Esteri²³, non era ancora iniziato al momento di licenziare questo scritto. Il testo, che non è possibile esaminare in questa sede, prefigura pochi interventi di

²⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 1° giugno 2017 recante raccomandazioni alla Commissione sulla protezione degli adulti vulnerabili (2015/2085(INL)).

²¹ P. FRANZINA, R. FRIMSTON, *The Protection of Adults in International Situations*, nel sito web dello European Law Institute, all'indirizzo www.europeanlawinstitute.eu

²² P. FRANZINA, *L'evoluzione del diritto internazionale privato della protezione degli adulti tra iniziative dell'Unione, modelli universali e norme interne*, in *Jus online*, 2022, p. 230 ss.

²³ A.S.789 della 19ª Legislatura - Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla protezione internazionale degli adulti, fatta a L'Aja il 13 gennaio 2000, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno.

adeguamento in via ordinaria del diritto interno. Gli interventi previsti sembrano peraltro non affrontare in modo soddisfacente alcuni problemi di sicura importanza pratica suscettibili di presentarsi assai presto nell'applicazione della Convenzione, ove questa dovesse essere ratificata con il solo corredo di norme di adattamento attualmente previsto²⁴.

Il godimento effettivo dei diritti sanciti dalla UNCRPD e l'efficace raccordo fra Convenzione dell'Aja, norme dell'Unione e norme interne sembrano richiedere, in questo senso, una più ponderata considerazione delle soluzioni prospettate nel disegno di legge di iniziativa governativa, di cui pure è auspicabile – con la precisazione appena fatta – un sollecito esame parlamentare.

²⁴ V. in proposito diffusamente P. FRANZINA, *Un nuovo diritto internazionale privato della protezione degli adulti*, cit., p. 563 ss.

Sezione VI
Vecchie e nuove sfide per l'Unione europea

Reflections at the Sunset: the Strategy of the European Commission for a Coordinated Withdrawal from the Energy Charter Treaty

MATTIA COLLI VIGNARELLI*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The epic of the ECT, in a nutshell. – 3. The proposal of the Commission and its problems: the *inter se* agreement. – 4. The contours of a possible strategy for withdrawal. – 5. Art. 41 VCLT as a rule for reasonable flexibility in international law. – 6. Does the ECT prohibit *inter se* modifications? – 7. Does the *inter se* extinction of the sunset clause affect the rights and obligations of other parties to the ECT? – 8. Does the *inter se* extinction of the sunset clause prejudice the effective execution of the object and purpose of the ECT as a whole? – 9. Conclusion.

ABSTRACT: The contribution investigates one of the latest chapters of the epic of the Energy Charter Treaty (ECT): the European Commission's strategy for a 'coordinated' withdrawal of the European Union and its Member States from the treaty. The Commission aims to eliminate the main obstacle to a 'safe' exit from the treaty, that is the *sunset clause* provided by Art. 47(3) ECT. This rule extends the force of the treaty for two decades after withdrawal. Given the uncertainties of the Commission's proposal, which unconvincingly overlaps the notions of 'subsequent agreement on treaty interpretation' and '*inter se* modification', the analysis turns to discuss the compatibility of a proper *inter se* modification abrogating the ECT sunset clause with the conditions laid down in Art. 41 VCLT.

KEYWORDS: Energy Charter Treaty – Sunset Clause – Withdrawal – Inter Se Agreement – Investment Arbitration – Law of Treaties.

1. Introduction

On 24 April 2024, the European Parliament adopted by an overwhelming majority a recommendation from the Industry, Research, Energy and In-

* PhD Student in International Law, University of Turin, mattia.collivignarelli@unito.it.

ternational Trade Committees consenting the European Union to withdraw from the Energy Charter Treaty (ECT)¹. The Council is now expected to adopt the decision on the matter by a qualified majority. The Union will notify its withdrawal in accordance with Art. 47(1) ECT and, one year after the notification, will cease to be a party to the treaty.

The now (almost) written divorce between the European Union and the ECT can be explained by arguing that this treaty represents «a formidable practical obstacle to the transition to greener energy»² and a fundamental piece of an energy governance paradigm based on the expansion of fossil fuel extraction and consumption. The European Commission itself, given the impossibility of approving the reformed text of the agreement, accepted withdrawal as inevitable due to the incompatibility of the current ECT with European energy and climate policy³.

Some experts in the field counter this position mentioning the many cases concerning renewable energy investment⁴, which would show the potential of investor-state arbitration in promoting energy transition. However, this argument does not confront the absence of evidence regarding the correlation between investment arbitration and the increase in foreign investment flows⁵. Furthermore, it does not consider the distributional effects of investment arbitration precisely in the management of energy transition⁶.

¹ 560 votes to 43, with 27 abstentions. See European Parliament, *Legislative resolution on the draft Council decision on the withdrawal of the Union from the Energy Charter Treaty*, 2023/0723(NLE), 24 April 2024, available at www.europarl.europa.eu.

² See J. KLABBERS, *A Moral Holiday: Withdrawal from the Energy Charter Treaty*, in *ESIL Reflections*, 15 December 2022.

³ See European Commission, *Proposal for a Council Decision on the withdrawal of the Union from the Energy Charter Treaty*, COM/2023/447 final, 7 July 2023.

⁴ See for example the report by the Energy Charter Secretariat on investment cases under the ECT, 4 May 2023, available at www.energycharter.org

⁵ For a critical overview of the conventional wisdom on investment law see A. ARCURI, F. VIOLI, *Public Interest and International Investment Law: A Critical Perspective on Three Mainstream Narratives*, in J. CHAISSE, L. CHOUKROUNE, S. JUSOH (eds), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Singapore, 2021, p. 2185 ff.

⁶ See on this issue K. TIENHAARA, C. DOWNIE, *Risky Business? The Energy Charter Treaty, Renewable Energy, and Investor-State Disputes*, in *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, 2018, p. 451 ff. More generally, for some interventions on the political-economic conflicts underlying law-carbon transitions, see B.K. SOVACCOOL, *Contestation, Contingency and Justice in the Nordic Low-carbon Energy Transition in Energy Policy*, 2017, p. 569 ff.; N. HEALY, J BARRY, *Politicizing Energy Justice and Energy System Transitions: Fossil Fuel Divestment and a "Just Transition"*, in *Energy Policy*, 2017, p. 451 ff.; G. GODDARD, M. A. FARRELLY, *Just Transition Management: Balancing Just Outcomes*

In any case, the complex attempts – led by the European Commission⁷ – to respond to the above criticism through a reformist effort have definitively failed⁸. With the vote of the European Parliament, the ECT epic has entered a new stage. To be clear, the story will not end here. Like in the finest novels, every chapter reveals fresh details, ties up some narrative threads and introduces new ones, piques curiosity and leaves ample space for the reader's imagination. Therefore, the ECT saga is bound to continue for a long time, and so will the lively debates associated with it⁹.

with *Just Processes in Australian Renewable Energy Transitions*, in *Applied Energy*, 2018, p. 110 ff.; D. GABOR, *The Wall Street Consensus*, in *Development and Change*, 2021, p. 429 ff.; M. S. KNUTH, *Rentiers of the Low-carbon Economy? Renewable Energy's Extractive Fiscal Geographies*, in *Environment and Planning A: Economy and Space*, 2023, p. 1548 ff. For examples of contributions on the role of law in shaping and maintaining forms of socio-ecological injustice, see A.P. HARRIS, *Toward a Law and Political Economy Approach to Environmental Justice*, in S.A. ATAPATTU, C.G. GONZALEZ, S.L. SECK (eds) *The Cambridge Handbook of Environmental Justice and Sustainable Development*, Cambridge, 2021, p. 453 ff.; J. DEHM, *Reconfiguring Environmental Governance in the Green Economy: Extraction, Stewardship and Natural Capital*, in U. NATARAJAN, J. DEHM (eds) *Locating Nature: Making and Unmaking International Law*, Cambridge, 2022, p. 70 ff.

⁷ The Commission was mandated to negotiate a new text reflecting «climate change and clean energy transition goals and contribute to the achievement of the objectives of the Paris Agreement» (*Negotiating Directives for the Modernisation of the Energy Charter Treaty to the Council Decision 10745/19 set out in Doc. 10745/19*, Doc. 9305/19 + ADD 1, available at www.data.consilium.europa.eu). The first EU proposal to that extent was sent to the ECT Secretariat in May 2020 and made available to the public (see www.ec.europa.eu) In January 2021, an additional submission was released (see www.ec.europa.eu).

⁸ See the Public Communication explaining the main changes contained in the agreement in principle, Energy Charter Conference approved at its ad hoc meeting held on 24 June 2022, available at www.energycharter.org

⁹ The doctrine on the subject is extensive. See (only regarding the more recent vicissitudes of this treaty) on the EU reform proposal: M. VICENTE, *The European Union's Proposal for the Modernization of the Energy Charter Treaty*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2022, p. 124 ff.; J. TROPPEL, K. WAGNER, *The European Union Proposal for the Modernisation of the Energy Charter Treaty – A Model for Climate-Friendly Investment Treaties?*, in *The Journal of World Investment & Trade*, 2022, p. 813 ff. On the final outcome of the 'modernisation' process: M. COLLI VIGNARELLI, *Making the Energy Charter Treaty Climate-Friendly: an (Almost) Impossible Leap*, in J. BÄUMLER, C. BINDER, M. BUNGENBERG, M. KRAJEWSKI, G. RÜHL, C.J. TAMS, J. PHILIPP TERHECHTE, A.R. ZIEGLER (eds), *European Yearbook of International Economic Law 2022*, 2023, p. 268 ff.; M. R. MAURO, *Investment Disputes and Fight against Climate Change in Light of the Energy Charter Treaty: The Delicate Position of the European Union in Transnational Dispute Management*, 2023, p. 1 ff.. For perspectives (and references) regarding the conflict between investment agreements and EU treaties: G. ZARRA, *The Arbitrability of Disputes Arising from intra-EU BITs*, in *The American Review of International Arbitration*, 2014, p. 573 ff.; C. CELLERINO, *More on the Constitutional Dimension of the Achmea Ruling and... 'Less' on Its Impact on the ICS*, in *European Legal Forum*, 2019, p. 1 ff.; S. SALUZZO, *La natura erga omnes partes degli obblighi derivanti dalla Convenzione ICSID e il*

Against this background, this contribution focuses on how the European Commission has proposed to manage the withdrawal from the ECT, discussing how the Commission's strategy would (not) address the legal consequences of such a rupture. Indeed, as much as the EU and its Member States may decide to take this step in a 'coordinated' manner, we would still face a series of unilateral withdrawal procedures, under Art. 47 ECT. As it is well known, the main obstacle is the so-called *sunset clause* provided by Art. 47(3) ECT, according to which: «[t]he provisions of this Treaty shall continue to apply to Investments made in the Area of a Contracting Party by Investors of other Contracting Parties or in the Area of other Contracting Parties by Investors of that Contracting Party as of the date when that Contracting Party's withdrawal from the Treaty takes effect for a period of 20 years from such date».

Any withdrawing party should carefully consider this clause, which extends the effects of the treaty for twenty years from the entry into force of withdrawal. This is well known to Italy, which had withdrawn already in 2016 and, nonetheless, in the *Rockhopper v. Italy* case was ordered to compensate a British fossil-fuel investor for an amount above EUR 240 million¹⁰. The investor had started the arbitral proceedings in 2017 – after the acquisition of an oil company that had been denied a permit to exploit the *Ombrina Mare* site – thanks to the effects of the sunset clause¹¹.

Therefore, this contribution aims to take stock of the fragility in the Commission's approach to the issue of withdrawal from the ECT and to identify possible avenues for an 'exit strategy' coherent with the ambition to remove what the European Union claims to be an obstacle to the im-

rapporto con il diritto dell'Unione Europea, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, p. 883 ff.; N. BERGAMASCHI, *Il lodo Green Power and SCE v Spain dalla prospettiva del diritto dell'Unione europea: una risposta al problema dell'effettività dell'autonomia dell'ordinamento?*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2023, p. 339 ff.; G. LAMPO, *L'arbitrato in materia di investimenti intra-UE sulla base del Trattato sulla Carta dell'energia: alcune considerazioni sul lodo Green Power c. Spagna*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2023, p. 319 ff.; L. MAROTTI, *L'Unione Europea e le strategie di «disconnessione» dall'Energy Charter Treaty*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2023, p. 155 ff.; M. COLLI VIGNARELLI, *Can the European Union Serve Two Masters? Revisiting the Conflict Between EU Treaties and Investment Agreements Under the Law of Treaties*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2024, p. 31 ff.

¹⁰ See ICSID, final award of 23 August 2022, case no. ARB/17/14, *Rockhopper Italia S.p.A., Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*.

¹¹ For a critical comment on *Rockhopper v. Italy*, see A. ARCURI, *On How the ECT Fuels the Fossil Fuel Economy: Rockhopper v Italy as a Case Study*, in *Europe and the World: A Law Review*, 2023, p. 1 ff.

plementation of measures to combat climate change and advance the energy transition.

2. The epic of the ECT, in a nutshell

The agreement in principle on the 'modernisation' of the ECT was announced simultaneously by the Energy Charter Secretariat and the Directorate-General for Trade of the European Commission on 24 June 2022¹². The Commission, in particular, emphasised that it had obtained «a coherent and up-to-date framework» capable of providing «legal certainty and (...) a high level of investment protection while reflecting clean energy transition goals and contributing to the achievement of the objectives of the Paris Agreement»¹³.

This enthusiasm, however, did nothing to prevent a large group of EU Member States from tearing themselves away¹⁴. In the weeks following the announcement of the agreement, the governments of several EU Member States announced their intention to withdraw¹⁵. To date, France, Germany, Poland, Luxembourg, Slovenia and Portugal officially notified withdrawal to the depositary of the treaty, under Art. 47(1) ECT¹⁶. As already mentioned, Italy has to be added to the list.¹⁷

When the first withdrawal announcements were made, the Conference of the Parties to the ECT – initially scheduled for November 2022 with the task of adopting the reformed text of the treaty – had to be postponed to a date to be determined, due to the opposition to any possibility of approval

¹² See the Public Communication by the Energy Charter Conference, 24 June 2022, available at www.energycharter.org and the press release by the DG Trade (European Commission, *Agreement in principle reached on Modernised Energy Charter Treaty*, 24 June 2022, www.ec.europa.eu).

¹³ *Ibid.*

¹⁴ For a critique of the role of the Commission (and the DG Trade in particular) in the ECT reform process, see C. ECKES, *The Autonomy of the EU Legal Order: The Case of the Energy Charter Treaty*, in *European Papers*, 2023, p. 1465 ff.

¹⁵ See European Parliament, *Resolution on the outcome of the modernisation of the Energy Charter Treaty*, 2022/2934(RSP), 24 November 2022 available at www.eur-lex.europa.eu.

¹⁶ Ironically, the depositary is Portugal, the latest withdrawing state. See www.energycharter.org for updates on the current status of withdrawal notifications. France's, Germany's and Poland's withdrawal became effective in December 2023. Luxembourg's exit will be official in June 2024, Slovenia's in October 2024 and Portugal's in February 2025.

¹⁷ Furthermore, the United Kingdom announced its withdrawal on 24 February 2024. See UK Government, *UK departs Energy Charter Treaty*, 22 February 2024, www.gov.uk.

of the reformed text by the European Parliament and a blocking minority in the Council¹⁸. At that point, the Commission was forced to accept the prospect of withdrawal¹⁹. The first official proposal to take this step in a 'coordinated' manner was therefore released on 7 July 2023²⁰. The document implicitly takes as a basis for the coordinated withdrawal a Communication of 5 October 2022, where the text of an «agreement between the Member States, the European Union and the European Atomic Energy Community on the interpretation of the Energy Charter Treaty» was proposed²¹.

In the second part of 2023, some Member States expressed within the Council their will to remain parties to the treaty²² and another 'pillar' to the overall strategy was tentatively added: in addition to authorising the EU withdrawal and the parallel negotiations for an agreement for coordinated exit, the EU and its Member States would agree not to obstruct the approval of the reformed text within the Energy Charter Conference²³.

3. The proposal of the Commission and its problems: the *inter se* agreement

The relevant part of the Commission document of 7 July 2023, in which the sunset clause is taken into consideration, asserts that:

¹⁸ See *supra* note 15.

¹⁹ A leaked 'non-paper' circulated by the European Commission is available at www.euractiv.com.

²⁰ See European Commission, *Proposal for a Council decision on the Union withdrawal from the Energy Charter Treaty*, COM(2023) 447 final, as well as the accompanying documents available at www.ec.europa.eu.

²¹ See the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, as well as to the Member States on an agreement between the Member States, the European Union, and the European Atomic Energy Community on the interpretation of the Energy Charter Treaty, COM(2022) 523 final, available at www.eur-lex.europa.eu.

²² This was reported e.g. in M. DULIAN, *EU withdrawal from the Energy Charter Treaty*, European Parliament Policy Briefing, 4 December 2023, p. 5.

²³ This would ensure, among other more or less relevant amendments, the inclusion of a 'disconnection clause' that would recognise the Union's position on the inapplicability of Art. 26 ECT (the investor-state arbitration clause) to intra-EU relations. It seems unlikely that arbitral tribunals would recognise its merely interpretative function, and thus its relevance for states not party to the reformed treaty. In other words, this clause should not apply to states whose withdrawal entered into force before the entry into force of the reformed treaty. See L. MAROTTI, *L'Unione Europea e le strategie di «disconnessione» dall'Energy Charter Treaty*, cit., p. 163-164.

«Article 47(3) of the ECT would have no impact on intra-EU relations, to which the ECT has never, does not and will never apply, including its Art. 47(3). However, (...) there is a risk of legal conflict that must be eliminated. The Commission remains of the view that the appropriate response is to adopt an instrument that is a 'subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions' within the meaning of Art. 31(3)(a) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), among the Member States, the Union and EURATOM. (...) The interpretation of the EU and its Member States [should be codified] in a separate treaty (something that is possible because of the bilateral nature of the obligations)».

The Commission recognises the «risk of legal conflict» deriving from unilateral withdrawal. It is no mystery that although the Court of Justice of the European Union (CJEU) is granitic in upholding the incompatibility of intra-EU arbitration with the autonomy of EU law and the mutual trust among Member States²⁴, equally firm is the position of arbitral tribunals in confirming their jurisdiction, except in the (so far isolated) *Green Power v. Spain* case²⁵. This means that the *sunset clause* would in all probability extend this conflict for twenty years, in part thwarting the concrete impact of withdrawal.

However, the Commission's proposal to deal with this issue is simply inadequate. In its draft proposal of October 2022, the Commission evokes a sort of «interpretative *inter se* agreement»²⁶, an odd mix of Arts 31(3)(a) and 41 VCLT. The former concerns subsequent agreements on treaty *interpretation* and the latter *modification* agreements between certain parties only. This confusion clearly emerges in the preamble of the first draft of the Commission's proposal, where it is possible to read that

«RECALLING that the Member States, the European Union and EURATOM have informed the other Contracting Parties of the ECT of their intention to conclude this subsequent agreement on the interpretation of the ECT in conformity with the rules of customary international law as codified in Art. 41(2) VCLT, and

²⁴ See CJEU, judgment of 6 March 2018, C-284/16, *Slowakische Republik v. Achmea BV*.

²⁵ *Green Power K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. V2016/135, Award, 16 June 2022.

²⁶ T. MORGANDI, L. BARTELS, *Exiting the Energy Charter Treaty under the Law of Treaties*, in *King's Law Journal*, 2023, p. 145 ff.

CONSIDERING that Art. 41(2) VCLT applies *a fortiori* to any subsequent agreement within the meaning of Art. 31(3)(a) regarding interpretation of the ECT (...).

Later, the second Section of the draft agreement is titled «provisions confirming the non-applicability of the Energy Charter Treaty within the Union». One of its provisions, Art. 2, states that «the ECT does not apply, and has never applied to intra-EU relations» and that «Article 47(3) ECT (...) cannot have produced any intra-EU legal effects when a Member State withdrew from the ECT prior to this agreement, nor shall produce any intra-EU legal effects if a Member State withdraws from the ECT subsequently».

Although creativity is a virtue, here we have too much of a good thing. In a paper which addresses the prospects for ECT withdrawal, Tibisay Morgandi and Lorand Bartels recall a basic feature of the law of treaty: it does not provide for interpretative *inter se* agreements²⁷. Indeed, subsequent agreements on treaty interpretation require by definition the unanimity of the parties²⁸. Of course, nothing prevents a party to a treaty (or a group of parties) from issuing a unilateral interpretative declaration in relation to a certain obligation therein. However, the relevance of such a declaration would inevitably be close to zero²⁹. Furthermore, also 'proper' subsequent agreements are not necessarily *conclusive* in interpretative terms and, in any case, they cannot disguise an *amendment* to the treaty³⁰.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ See also L. MAROTTI, *L'Unione Europea e le strategie di «disconnessione» dall'Energy Charter Treaty*, cit.

²⁹ According to the International Law Commission (ILC): «Interpretative declaration» means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State or by an international organization whereby that State or that organization purports to specify or clarify the meaning or scope attributed by the declarant to a treaty or to certain of its provisions». See ILC, *Guide to Practice on Reservations to Treaties 2011 with Commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, Part Two, 2011, p. 26 ff.

³⁰ On the non-conclusive nature of subsequent agreements see Draft Conclusions on Subsequent Agreement and Subsequent Practice in Relation to the Interpretation of Treaties, A/73/10, 2018, para 4. The reason to distinguish between 'authentic means of interpretation' and 'disguised amendments' concerns the question of intertemporal application of the law: amendments – at least as a rule, if the parties do not otherwise agree – have no retroactive value. On the contrary, interpretative means do not modify the 'radius' of the rule but more or less 'forcibly' guide the interpreter in its choice of what is already the law as it is. Hence, so to say, they have 'retroactive' effects – even if talking of 'retroactivity' implicitly betrays a contradictory conception of any interpretative means as disguised amendments. For discussions L. MALINTOPPI, H. HAERI, *The Non-Disputing State Party in In-*

It is undeniable that the distinction between 'interpretative agreements' and 'disguised amendments' is largely a matter of persuasion. However – if the goal is to *eliminate* the risk of the sunset clause – playing with interpretative nuances is certainly not an effective strategy³¹. In this formulation, the Commission's proposal risks being deemed legally irrelevant by arbitral tribunals. By pursuing this course of action, the Commission would not adequately address the problem it purports to solve.

4. The contours of a possible strategy for withdrawal

Although the proposal for coordinated withdrawal is currently formulated in unsatisfactory terms, it contains the core of a possible strategy. A way to eliminate the problem of the sunset clause *at the root* seems to exist, but it cannot be based on the mere reiteration of the position that the ECT «does not apply and has never applied» in intra-EU relations, which the arbitral tribunals have repeatedly shown to ignore³². In other terms, the European Commission should not promote an impracticable interpretative agreement, but rather a 'genuine' *inter se* modification to extinguish Art. 47(3) ECT between the parties to the modified regime. Following such an agreement (provided, as discussed below, its compatibility with the law of treaties), the notification of withdrawal could follow without further consequences. Of course, the sunset clause would continue to operate in the legal relations with states outside the *inter se* agreement.

It should be noted that such an agreement should not *a priori* be concluded only by the EU Member States. On the contrary, it would be rec-

vestment Arbitration in D.D. CARON, S.W. SCHILL, A. COHEN SMUTNY, E.E. TRIANTAFILOU (eds), *Practising Virtue*, Oxford, 2015, p. 565 ff.; K. MAGRAW, *Trends and ISDS Backlash Related to Non-Disputing Treaty Party Submissions* in C. Titi (ed.), *Public Actors in International Investment Law*, Cham, 2021, p. 79 ff.

³¹ And it is also quite clear that most investment tribunals are not 'persuaded' that Art. 26 ECT does not apply to EU intra-EU relations.

³² See among dozens of awards ICSID, award of 27 December 2016, case no. ARB/14/3, *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*; ICSID, award of 26 July 2018, case no. ARB/13/27, *Marfin v. Cyprus*, para. 579-580; ICSID, decision on jurisdiction, 7 February 2020, case no. ARB/15/49, *Adamakopoulos v. Greece*, although with a dissenting opinion (*ibid.*, statement of dissent of Professor Marcelo Kohén); PCA, final award of 11 May 2020, case no. 2017-15, *AMF v. Czech Republic*; ICSID, decision on the *Achmea* issue of 31 August 2018, case no. ARB/12/12, *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (II)*; ICSID, decision on the intra-EU jurisdictional objection of 29 June 2019, case no. ARB/17/14, *Rockhopper v. Italy*; ICSID, decision on respondent request for reconsideration regarding the intra-EU objection and the merits of 1 February 2022, case no. ARB/16/18, *Infracapital F1 S.à r.l. and Infracapital Solar B.V. v. Kingdom of Spain*.

commendable to open it to all available ECT Contracting Parties, irrespective of their eventual choice to withdraw from the treaty. Of course, this is not a risk-free choice, as will be seen in a moment. However, the more the strategy is shared, the more likely it is that the path of withdrawal will lead to the desired outcome.

In practical terms, the ECT parties aiming to ‘safely’ withdraw should notify other contracting states of their ongoing negotiations on an *inter se* agreement to extinguish Art. 47(3) ECT. After a reasonable time expressed in the written notification³³, provided that no party objects, such an *inter se* agreement may be finalised. It should straightforwardly and explicitly abrogate Art. 47(3) ECT. With the entry into force of the modification, the parties to the *inter se* agreement would be able to break their ties with the treaty definitively. Of course, the *sunset clause* would still operate in the relations with all the other ECT parties.

Arguably, the *inter se* abrogation of the ECT could be extended to those states that have already withdrawn from the ECT. Indeed, on the one hand, according to Art. 47(2) ECT, the withdrawal «takes effect» one year after its notification. This means the withdrawing state is no longer a ‘party’ to the treaty. On the other hand, however, with the activation of the sunset clause under Art. 47(3) ECT, the treaty «shall continue to apply». As a result of this rule, the treaty is still binding for the withdrawing state until the expiry of the twenty years prescribed by the norm. Thus, provided that the conditions of Art. 41 VCLT are satisfied, the sunset clause may also be terminated in relations with states against which it is being applied, on the basis of reciprocal consent³⁴. Arguing the contrary would be paradoxical because the purpose of *inter se* agreements is precisely to modify the application of a treaty in relations between certain states³⁵.

At this point, the question is clear: is such a strategy permissible under the law of treaties and, in particular, under Art. 41 VCLT? The following pages aim to answer this question.

³³ Perhaps three months, based on Art. 65 VCLT.

³⁴ This position is supported in N. BRAOUDAKIS, R. CRAVEIA, C. BALDON, *Neutralising the ECT Sunset Clause Inter Se*, in *ICSID Review*, 2024, p. 1 ff. All the above is without prejudice to the issue of the normative conflict between the ECT and EU treaties. Elsewhere – in concurrence with a view that remains minoritarian in international investment law doctrine – a view has been expressed that the ECT should be disapplied in intra-EU disputes, in light of the operation of the primacy of EU law as a conflict rule under Art. 30(2) VCLT. See M. COLLI VIGNARELLI, *Can the European Union Serve Two Masters*, cit.

³⁵ See N. BRAOUDAKIS, R. CRAVEIA, C. BALDON, *Neutralising the ECT Sunset Clause Inter Se*, cit.

5. Art. 41 VCLT as a rule for reasonable flexibility in international law

Art. 41 VCLT regulates the possibility for two or more states party to a multilateral agreement to conclude an *inter se* agreement, i.e. an agreement modifying the general regime as between themselves³⁶. The rule provides that:

«1. Two or more of the parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to modify the treaty as between themselves alone if:

(a) the possibility of such a modification is provided for by the treaty; or

(b) the modification in question is not prohibited by the treaty and:

(i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations;

(ii) does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole.

2. Unless in a case falling under paragraph 1 (a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of the modification to the treaty for which it provides».

On a cursory reading of the provision, it is clear that the two conditions laid down in Art. 41(1)(b) are only relevant if the treaty *does not already regulate* the matter. Indeed, according to Art. 41(1)(a) VCLT, if a treaty specifically addresses modification, only its conditions apply: any other forms of modification become impermissible, even if in line with the conditions provided by Art. 41(1)(b). Hence, Art. 41(1)(a) and (b) are mutually exclusive.

³⁶ For commentaries on Art. 41 VCLT, see M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden, 2009, p. 528; A. RIGAUX, D. SIMON, *Article 41 Convention of 1969*, in O. CORTEN, O. KLEIN (eds) *The Vienna Convention on the Law of Treaties: a Commentary*, Oxford, 2011; K. VON DER DECKEN, *Article 41*, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Berlin, 2018, p. 777 ff. For a doctrinal contribution addressing the application of its conditions to a specific treaty, see N. BOISTER, M. JELSMA, *Inter se Modification of the UN Drug Control Conventions*, in *International Community Law Review*, 2018, p. 456 ff.

An example of a treaty allowing *inter se* modification by its own terms can be found in the UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)³⁷. Art. 311(3) of this treaty states that:

«Two or more States Parties may conclude agreements modifying or suspending the operation of provisions of this Convention, applicable solely to the relations between them, provided that such agreements do not relate to a provision derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of this Convention, and provided further that such agreements shall not affect the application of the basic principles embodied therein, and that the provisions of such agreements do not affect the enjoyment by other States parties of their rights or the performance of their obligation under the Convention».

Except for some slight linguistic variations, this provision reiterates the conditions provided by Art. 41 VCLT, further specifying that the *inter se* agreement shall not «affect the application of the basic principles embodied» in the Convention.

More complex is the subject of *inter se* agreements within the European Union, where the issue of *inter se* modification of EU treaties is often a question of political debate, concerning the so-called differentiated integration³⁸. In essence, the EU legal order allows *inter se* agreements between Member States, provided that they do not relate to a matter of exclusive competence of the Union and they are not incompatible with EU law³⁹.

Under the residual VCLT regime, modification is admissible *unless* prohibited by the treaty, subject to the cumulative conditions provided by lit (i) and (ii) of Art. 41 VCLT. As recalled by Malgosia Fitzmaurice and Panos Merkouris, the International Law Commission was well aware that *inter se* agreements are «an essential technique, and a necessary safety valve, for the adjustment of treaties to the dynamic needs of international

³⁷ United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982.

³⁸ A. MIGLIO, *Integrazione differenziata e principi strutturali dell'ordinamento dell'Unione Europea*, Torino, 2020; A. DIMOPOULOS, *Taming the Conclusion of Inter Se Agreements between EU Member States: The Role of the Duty of Loyalty*, in *Yearbook of European Law*, 2015, p. 286 ff.

³⁹ See A. DIMOPOULOS, *Taming the Conclusion of Inter Se Agreements between EU Member States*, cit.

society»⁴⁰. The drafters of the Convention explained: «The importance of the subject needed no emphasis; it involved reconciling the need to safeguard the stability of treaties with the requirements of peaceful change»⁴¹. The conditions provided by this treaty should be interpreted in light of this objective.

6. Does the ECT prohibit *inter se* modifications?

When examining the legitimacy of an *inter se* agreement to sterilise the sunset clause, the first step is to ask whether the ECT regulates the matter. At first glance, the answer seems quite obvious: the treaty does not provide for the possibility of *inter se* modification, nor does it expressly prohibit it. However, there are at least two argumentative obstacles to this conclusion.

A first objection might be that an *inter se* agreement would constitute a 'circumvention' of the prohibition of reservations pursuant to Art. 46 ECT⁴². In this regard, however, it should simply be recalled that Art. 41(1)(b) CVDT refers only to *explicit* prohibitions⁴³.

The second 'preliminary' objection concerns the relationship between the ECT and the hypothetical *inter se* modification. The interaction between the two agreements may be conceptualised as a special case of succession of agreements on the same subject matter⁴⁴. After the modification, two agreements would be in place, that is, the modified and the un-

⁴⁰ M. FITZMAURICE, P. MERKOURIS, *Treaties in Motion: The Evolution of Treaties from Formation to Termination*, Cambridge, 2020, p. 185.

⁴¹ International Law Commission (ILC), *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I, 1964, p. 144, quoted in M. JELSMA, N. BOISTER, D. BEWLEY-TAYLOR, M. FITZMAURICE, J. WALSH, *Balancing Treaty Stability and Change: Inter Se Modification of the UN Drug Control Conventions to Facilitate Cannabis Regulation*, Policy Report 7, 2018, available at www.tni.org.

⁴² Art. 46 ECT provides that: «No reservations may be made to this Treaty».

⁴³ This was the position of the majority of the Commission delegates during the negotiation of what would become Art. 41(1)(b), shared today by the vast majority of the doctrine. See M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, cit., p. 534; A. RIGAUX, D. SIMON, *Article 41 Convention of 1969*, cit., p. 1001; K. VON DER DECKEN, *Article 41*, cit., p. 782; T. MORGANDI, L. BARTELS, *Exiting the Energy Charter Treaty under the Law of Treaties*, cit., p. 12; M. DE BOEK, *EU Law and International Investment Arbitration: The Compatibility of ISDS in Bilateral Investment Treaties (BITs) and the Energy Charter Treaty (ECT) with the Autonomy of EU Law*, Leiden, 2022, p. 89;

⁴⁴ See G. LAMPO, *The Relationship between Intra-EU Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty and the Lisbon Treaty in Light of Article 41 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in G. PASCALE, S. TONOLO (eds), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: The Role of the Treaty on Treaties in Contemporary International Law*, Napoli, 2022, p. 327.

modified one. This would lead to consider the obstacle of Art. 16 ECT. The provision requires that nothing in the terms of prior or subsequent agreements conflicting with Part III or Part V of the ECT «shall be construed to derogate from any provision of Part III or V of this Treaty or from any right to dispute resolution» when such provisions are more favourable to investors or investments. On this basis, some authors argue that regardless of the conditions of Art. 41 VCLT, Art. 16 ECT would lead to the disapplication of the less favourable regime, which is obviously the special *inter se* regime⁴⁵. Although it seems undeniable that the existence of the sunset clause is ‘more favourable’ to an investor than its absence, this reconstruction is not persuasive.

Indeed, the very purpose of Art. 41 VCLT is to *prevent* normative conflicts, by dictating specific conditions for *inter se* agreements modifying the application of a general regime⁴⁶. Instead, Art. 16 ECT is essentially a *conflict* rule. Should the conditions of Art. 41 VCLT be fulfilled, the ‘modified’ and the ‘unmodified’ treaty would not give rise to a normative conflict and, as a consequence, Art. 16 ECT would be of no relevance⁴⁷. In any case, subject again to Art. 41 VCLT, there is no reason why the ECT parties cannot agree to derogate from Art. 16 ECT itself⁴⁸. Therefore, there is no

⁴⁵ See also T. MORGANDI, L. BARTELS, *Exiting the Energy Charter Treaty under the Law of Treaties*, cit.

⁴⁶ However, the parties to a treaty may also end up concluding an *inter se* agreement which ‘may not conclude’, which should be disappplied in a concrete case. Indeed, as clarified by Art. 30(5) VCLT, the *lex posterior* criterium applies «without prejudice to Article 41», meaning that *only* the conditions of the latter govern the relationship between the unmodified and the modified treaty.

⁴⁷ According to Aust, «the provisions of Article 30 (4) (...) will not apply if an agreement to amend satisfies the conditions in Article 41 (see the saving provision in Article 30 [5])». Cfr. A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2013, p. 274. Even more clearly, Von der Decken explains that «The legitimacy of the modification agreement depends on the criteria set out in Art 41. If a modification agreement meets the criteria, Art. 30, para. 4, is of no relevance. The modification agreement is valid for the States Parties to it, and no international responsibility follows» (K. VON DER DECKEN, *Article 41*, cit., p. 779. Similarly, J.B. MUS, *Conflicts between Treaties in International Law*, in *Netherlands International Law Review*, 1998, p. 226. *Contra*, Villiger argues that Art. 41 implies that «treaty parties modifying a treaty *inter se* cannot rely solely on Art. 30 when determining the relations between the modifying agreement and the original agreement». Cf. M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, cit., p. 537.

⁴⁸ Some authors suggest that a first *inter se* agreement should extinguish Art. 16 ECT (see J. TROPPEL, *An Inter Se Modification of the ECT to Exclude Intra-EU Arbitration – How Can It Work?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 19 June 2023). In the view of this author, however, this would be redundant. Indeed, if the *inter se* termination of the sunset clause is lawful under

convincing argument to limit the possibility of concluding *inter se* agreements under the ECT outside of what is provided for in the Vienna Convention⁴⁹. To guarantee a satisfactory balance between stability and change, the legitimacy of a possible *inter se* agreement should be evaluated based on the conditions established by Art. 41(b) VCLT.

7. Does the *inter se* extinction of the sunset clause affect the rights and obligations of other parties to the ECT?

Thus, going into the merits of the conditions outlined in Art. 41 VCLT, the first doubt is whether the *inter se* agreement «affect[s] the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations». The 1966 ILC Commentary does not extensively clarify how this provision should be interpreted, except that the term 'affect' has to be interpreted as 'negatively affect'. Indeed, the first condition for the legitimacy of an *inter se* agreement is that it does not «prejudice [other parties'] rights or add to their burdens»⁵⁰.

In determining whether this condition is met, a distinction between treaties imposing obligations of a reciprocal nature or obligations owed *erga omnes partes* plays a decisive role⁵¹. The majority of international obligations are reciprocal. Even a multilateral agreement may well give rise to «a bundle of interwoven bilateral relationships dominated by the principle of reciprocity»⁵². Instead, the obligations owed to all the parties to a regime derive from an international regime in the maintenance and implementation of which all the States parties have a common legal interest, such as a disarmament convention or a human rights convention⁵³.

Obligations *erga omnes partes* are therefore characterised by the absence of reciprocity. Their fulfilment is simultaneously owed to all the

Art. 41 VCLT, then art. 16 ECT is irrelevant. If it is not, the unmodified ECT would prevail in a concrete case (irrespective of Art. 16 ECT).

⁴⁹ See also J. KLABBERS, *A Moral Holiday: Withdrawal from the Energy Charter Treaty*, cit.

⁵⁰ ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1966, p. 235.

⁵¹ J. PAUWELYN, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?*, in *American Journal of International Law*, 2001, p. 535 ff.

⁵² L. SICILIANOS, *The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility*, in *European Journal of International Law*, 2002, p. 1133.

⁵³ See ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 2001, p. 118-119. Cf. J. PAUWELYN, *A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?*, in *European Journal of International Law*, 2003, p. 911 ff.

parties to a multilateral treaty collectively considered, entailing a legal interest in the protection of the rights involved⁵⁴.

In the field of international economic law, scholars have from time to time discussed the collective character of the ICSID Convention⁵⁵. The Supreme Court of the United Kingdom, in the *Micula* case, supported this position⁵⁶. It is useful to note, however, that the distinction between reciprocal and collective obligations should not be made by looking at the entirety of the treaty, but by having regard to its individual provisions⁵⁷. Indeed, it is possible to find different legal obligations within the same treaty, so that reciprocal obligations ‘cohabit’ with collective ones. This means that the first condition of Art. 41(b) VCLT may be satisfied if a modification concerns a specific reciprocal obligation and not a collective one. Indeed, in the case of reciprocal obligations, the need for change is accommodated, because the differentiated application of a treaty does not impact the legal sphere of the parties not involved in the modification. Instead, in the case of *erga omnes partes* obligations, this regime ‘fragmentation’ has an impact on their legal interest in the execution of the agreement⁵⁸. Stability cannot but prevail.

⁵⁴ The ICJ first operationalised this notion in ICJ, judgment of 20 July 2012, *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, para. 68. The Court in that case analogised the *structure* of this type of obligation to that of *erga omnes* character, which are instead owed to the international community as a whole, as famously argued by the Court in ICJ, judgment of 5 February 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, para. 33. According to the ICJ in *Belgium v. Senegal*, this ‘common interest’ «implies the entitlement of each State party to [that treaty] to make a claim concerning the cessation of an alleged breach by another State party» (ICJ, *Belgium v. Senegal*, cit., para. 69). The same view was later confirmed in ICJ, Judgement of 22 July 2022, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, paras 106-108 and in ICJ, order of 26 January 2024, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, para. 33.

⁵⁵ A. BROCHES, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, in *Collected Courses*, The Hague, 1972, p. 379-380; C. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A Commentary*, II ed., Cambridge, 2009, p. 1109.

⁵⁶ For discussion, see S. SALUZZO, *La natura erga omnes partes degli obblighi derivanti dalla Convenzione ICSID e il rapporto con il diritto dell’Unione Europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, p. 883 ff.

⁵⁷ See J. PAUWELYN, *A Typology of Multilateral Treaty Obligations*, cit., p. 925.

⁵⁸ S. SALUZZO, *Accordi internazionali degli Stati membri dell’Unione europea e Stati terzi*, Torino, 2018, p. 244.

In our case, Art. 47(3) ECT is not a 'self-standing' obligation. It simply extends for twenty years the application of the standards of protection and dispute settlement mechanisms established by the treaty. Therefore, the first condition of Art. 41(b) VCLT is satisfied if it is established that these substantive provisions are reciprocal. This condition seems to be clearly satisfied. All the ECT standards of treatment are formulated in terms of the relationship between the home state (and its investors) and the host state. Suggesting that all the parties to the ECT have a common legal interest in the protection of the investors and the investment of the home state made in the territory of the host state would be counterintuitive. Suffice it to say that Art. 17 ECT allows «[e]ach Contracting Party (...) to deny the advantages» of Part III, that is, investment protection, to

«(1) a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organised; or

(2) an Investment, if the denying Contracting Party establishes that such Investment is an Investment of an Investor of a third state with or as to which the denying Contracting Party:

(a) does not maintain a diplomatic relationship; or

(b) adopts or maintains measures that:

(i) prohibit transactions with Investors of that state; or

(ii) would be violated or circumvented if the benefits of this Part were accorded to Investors of that state or to their Investments».

This provision certifies the transactional and bilateral logic of the ECT. To be clear, any multilateral treaty presupposes some *collective benefit* explaining its conclusion. This applies to the ECT as well. However, no *common legal interest* is envisaged by the standards of protection provided by this treaty and, as a reflection, by its dispute settlement provisions⁵⁹. A rule such as Art. 17 ECT does not resonate with the idea of 'community interests' underlying, for instance, human rights treaties. Far from it, Part III and Part V ECT appear to establish bilateral obligations⁶⁰. In turn, also the sunset clause is reciprocal. Hence, the first condition of

⁵⁹ The difference between the existence of a common benefit and a collective legal interest is underlined by S. SALUZZO, *La natura erga omnes*, cit., p. 901-902.

⁶⁰ But see G. LAMPO, *The Relationship between Intra-EU Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty and the Lisbon Treaty*, cit., p. 328-336, who seems to assume the collective nature of Art. 26 ECT.

Art. 41(b) is satisfied by a modification excluding its application between certain parties to the ECT.

8. Does the *inter se* extinction of the sunset clause prejudice the effective execution of the object and purpose of the ECT as a whole?

Art. 41(1)(b)(ii) provides that modification shall not «relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole». To determine the fulfilment of this condition, it seems intuitive to start by defining the ‘object and purpose’ of the ECT. This rather speculative exercise⁶¹ is guided by Art. 2 ECT, explicitly titled «purpose of the treaty». This provision states that the treaty «establishes a legal framework in order to promote long-term cooperation in the energy field, based on complementarities and mutual benefits, in accordance with the objectives and principles of the Charter». The latter is the European Energy Charter, adopted in 1991. Analysing this document, the arbitral tribunal in *Vattenfall v. Germany* concluded that «the ECT aims to promote cooperation and the flow of international investment in the energy field to serve the ultimate goal of creating and maintaining a stable and efficient energy market»⁶².

The search for an answer on the fulfilment of the second condition of Art. 41(1)(b) VCLT does not seem to have gone much further up to this point. Unquestionably, Art. 47(3) ECT reflects the ‘stability’ goal of the ECT. However, this could be said in one way or another of any other provision of the treaty. The point here is to ask the right question, which is not whether the sunset clause *contributes* to the object and purpose of the ECT. What is important is whether the derogation from this provision would *prejudice* the effective execution of the object and purpose of the ECT *as a whole*⁶³. This is why the most persuasive way to approach the issue is to read the two conditions in conjunction: if an obligation included in a certain treaty is not owed *erga omnes partes*, its derogation will not affect the spheres of other parties’ rights and obligations and – at least in the majority of the cases – will not have a significant impact on the object

⁶¹ Villiger, for instance, defines it as the «treaty’s aim, its nature and its end». Cf. M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, cit., p. 427.

⁶² See ICSID, decision on the *Achmea* issue of 31 August 2018, case no. ARB/12/12, *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, para. 198.

⁶³ See similarly K. VON DER DECKEN, *Article 41*, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Berlin, 2018, p. 783.

and purpose of the treaty, such as to render its modification *inter se* unlawful⁶⁴.

Hence, the reasoning proposed for the first condition seems once again compelling. Given the reciprocal nature of the ECT obligations, the fact that some of the parties to this treaty may extinguish the *sunset clause* in their relations would not have significant consequences on the fulfilment of the object and purpose of the ECT as a whole. Arguing the opposite would unreasonably frustrate the flexibility element inherent to Art. 41 VCLT and its conditions.

9. Conclusion

The arguments in favour of the lawfulness of an *inter se* modification affecting the *sunset clause* provided appear persuasive from a treaty law perspective. Investment tribunals, of course, may disagree. The *BayWa v. Spain* tribunal discussed in hypothetical terms the argument that EU treaties may be framed as an *inter se* modification of the ECT. The tribunal stated that

«[i]t is very doubtful whether the abrogation *inter se* of the ECT as between EU Member States is compatible 'with the effective execution of the object and purpose of the [ECT] as a whole'. Art. 16 of the ECT suggests that it is not, since it evinces an intent, even as between treaties on the same subject matter, to preserve the rights of investors and investments, which constitute a major plank of that multilateral treaty»⁶⁵.

It is reasonable to expect that Art. 16 could serve as an argumentative lever to deny the lawfulness of any *inter se* modification of the ECT. How-

⁶⁴ *Ibid.* For a more stringent view, see M. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, cit., p. 535. Referring to the ECT, also T. MORGANDI, L. BARTELS, *Exiting the Energy Charter Treaty under the Law of Treaties*, cit., apply a less permissive approach. Jan Klabbbers instead takes the approach also expressed here. He argues: «[T]he states now announcing their withdrawal [from the ECT] could *inter se* decide to deactivate the sunset clause in relations between them: it is precisely the bilateralist assumption underlying the ECT which enables this. The bilateralist assumption relates to this: relations under the ECT (as under many, but not all, multilateral treaties) can often be analyzed in terms of pairs (or dyads) of parties – the multilateral ECT in reality reflects bundles of bilateral relations». See J. KLABBERS, *A Moral Holiday: Withdrawal from the Energy Charter Treaty*, cit.

⁶⁵ See ICSID, decision on jurisdiction, liability and directions on quantum of 2 December 2019, Case No. ARB/15/16, *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Spain*, para. 276.

ever, Art. 41(2) VCLT may be very helpful in dispelling any ambiguity on the intentions of the parties concerning modifications. This rule requires the notification of the negotiation of these types of agreements. Such a procedural obligation provides a clear solution to the question of the legitimacy of the *inter se* agreement. As mentioned above⁶⁶, if the other parties to the ECT do not contest the intention to modify the treaty, the parties to the *inter se* agreement may rely on that silence as acquiescence⁶⁷, and this would represent arguably conclusive evidence of the admissibility of such an agreement before investment tribunals.

Finally, a more fundamental objection may arise in future arbitral proceedings. Indeed, whereas the ECT allows foreign investors to directly sue states for alleged violation of its provisions under its Art. 26, one might doubt that the 'pure' treaty-law approach presented here takes into due consideration investors' expectations of legal stability. Some doctrine suggests that once established, certain conditions set out by an investment agreement cannot be modified by its State parties, as this would affect the 'acquired' or 'vested' rights of investors⁶⁸.

⁶⁶ *Supra* para. 4.

⁶⁷ For an overview of the topic, see D. AZARIA, *State Silence as Acceptance: A Presumption and an Exception*, in *British Yearbook of International Law*, 2024, p. 1 ff.

⁶⁸ The debate on 'acquired rights' in international law was among the elements of the 'battle for international law' during decolonisation. See M. CRAVEN, *Colonial Fragments: Decolonization, Concessions, and Acquired Rights* in J. VON BERNSTORFF, P. DANN (eds) *The Battle for International Law: South-North Perspectives on the Decolonization Era*, Oxford, 2019, p. 101 ff. The category of 'acquired rights' may be understandably invoked regarding third states' (and not individuals') rights under Arts 37(2) and 70 VCLT. See F. BORDIN, *Reasserting Control through Withdrawal from Investment Agreements. What Role for the Law of Treaties?*, in A. KULICK (ed.), *Reassertion of Control over the Investment Treaty Regime*, Cambridge, p. 215-217. Outside the law of treaties, the 'principle of acquired rights' might have some limited relevance only in two situations. First, in the field of human rights. As famously argued by the Human Rights Committee, «[O]nce the people are accorded the protection of the rights under the [International Covenant on the Protection of Civil and Political Rights (ICCPR)], such protection devolves with territory and continues to belong to them» (CCPR General Comment No. 26: Continuity of Obligations, 8 December 1997, CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1). However, state practice shows that human rights can actually be revoked, without prejudice, of course, to customary international law. See e.g. E. KLEIN, *Denunciation of Human Rights Treaties and the Principle of Reciprocity*, in U. FASTERNRATH, R. GEIGER, D.-E. KHAN, A. PAULUS, S. VON SCHORLEMER, C. VEDDER (eds) *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford, 2011, p. 477 ff. Second, 'acquired rights' have been often invoked in the context of employment relations in international organisations (see C.F. AMERASINGHE, *The Law of the International Civil Service: As Applied by International Administrative Tribunals*, Oxford, 1994, p. 402-438; G. ULLRICH, *The Law of the International Civil Service: Institutional Law and Practice in International*

References to «general notions of acquired rights under international law»⁶⁹ or even to the «fundamental principle of acquired rights»⁷⁰ can be sporadically found in the reasoning of arbitral tribunals. Years of costly disputes over the 'post-termination' applicability of the ECT might materialise, irrespectively of the procedure adopted by its parties to 'neutralise' the sunset clause.

However, at least from the prism of international law, the issue of investors' (acquired) rights in itself seems irrelevant. Any juridical position created by the parties to a treaty can *always* be amended and extinguished by its parties. Any individual or non-state actor enjoying or holding these rights does not participate in this process⁷¹. This might be well subjectively perceived as *fair* or *unfair* but represents the rather axiomatic state of international law.

In conclusion, there are good arguments to defend a proper *inter se* modification of the ECT. Such an agreement could abrogate the sunset clause provided in Art. 47(3) ECT and pave the way to a 'safe' withdrawal.

Organisations, Berlin, 2018, p. 202-209) and in relation to the legal positions acquired by investors based on the domestic law of the host state (e.g. *Saudi Arabia v Arabian American Oil Company (Aramco)*, International Law Report, 1963, p. 117 ff.). This means that, if a principle on the protection of 'acquired rights' exists under international law – and this remains of course debated – it relates specifically to contractual rights and not to those eventually conferred by treaties. In other terms, this alleged general principle of law does not affect the law of treaties. See also C. CHINKIN, *Third Parties in International Law*, Oxford, 1993, p. 121-122. For debates, see F. LAVOPA, L.E. BARREIROS, M.V. BRUNO, *How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties*, in *Journal of International Economic Law*, 2013, p. 888 ff.; T. VOON, A. MITCHELL, J. MUNRO, *Partying Ways: The Impact of Mutual Termination of Investment Treaties on Investor Rights*, in *ICSID Review* 2014, p. 451 ff.; L. MAROTTI, *Aspetti problematici dell'accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati Membri dell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2020, p. 853; A. REINISCH, S. MANSOUR FALLAH, *Post-Termination Responsibility of States? – The Impact of Amendment/Modification, Suspension and Termination of Investment Treaties on (Vested) Rights of Investors*, in *ICSID Review*, 2022, p. 101 ff.

⁶⁹ ICSID, decision on termination request and intra-EU objection of 7 May 2019, case no. ARB/15/50, *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, para. 226.

⁷⁰ PCA, final award of 11 May 2020, case no. 2017-15, *A.M.F. Aircraftleasing Meier & Fischer GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, para. 338.

⁷¹ In the words of James Crawford: «[i]t is too often forgotten that the parties to a treaty, that is, the states which are bound by it at the relevant time, own the treaty. It is their treaty. It is not anyone else's treaty. In the context of investment treaty arbitration there is a certain tendency to believe that investors own bilateral investment treaties, not the state parties to them. (...) That is not what international law says». J. CRAWFORD, *A Consensualist Interpretation of Article 31 (3) of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in G. NOLTE (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, 2013, p. 31.

However, the first step to test these arguments, especially in future legal disputes before investment tribunals, would be not questioning the (few) legal categories of the law of treaties that do not generate irresolvable argumentative struggles⁷². These include the idea that a ‘subsequent agreement’ interpreting a multilateral treaty cannot be possibly concluded by certain parties only. In other terms, if the European Commission aims to solve the sunset clause conundrum, it should readjust its exit strategy.

⁷² For reflections on the main conceptual tensions underpinning the law of treaties, see E. CANNIZZARO, *The Law of Treaties through the Interplay of its Different Sources*; in C. TAMS, A. TZANAKOPOULOS, AND A. ZIMMERMANN (eds.) *Research Handbook on the Law of Treaties*, 2014, p. 16 ff.; A. RASULOV, *Theorizing Treaties: The Consequences of the Contractual Analogy* in A. TZANAKOPOULOS, AND A. ZIMMERMANN (eds.) *Research Handbook on the Law of Treaties*, cit., p. 74 ff.

La sentenza sulla 'legge bavaglio' nel quadro della crisi dello stato di diritto in Polonia: tra violazioni del diritto dell'Unione e tentativi di contrasto

SILVIA GIUDICI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I tentativi di contrasto alla crisi dello stato di diritto in Polonia e l'opposizione al principio del primato. – 3. La sentenza della Corte nella causa *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*. – 4. Il (timido) ricorso alla leva finanziaria nel caso polacco. – 5. Gli sviluppi successivi la sentenza *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*. – 6. Conclusioni.

ABSTRACT: Il contributo inserisce l'analisi della pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea del giugno 2023 *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)* nella più ampia vicenda riguardante la crisi dello stato di diritto in Polonia. La sentenza aveva ritenuto incompatibile con il diritto dell'Unione una serie di riforme introdotte attraverso la cosiddetta 'legge bavaglio' per impedire alla magistratura polacca di valutare l'indipendenza dei giudici nazionali. Secondo la Corte, queste modifiche legislative si ponevano in contrasto con gli artt. 19 TUE, 47 della Carta e 267 TFUE, nonché con il principio del primato. Alla luce della recente sentenza, il contributo tenta di ricostruire gli snodi principali della vicenda polacca. In particolare, si pone l'attenzione sui precedenti interventi, già ritenuti in violazione del diritto dell'Unione dalla Corte, con cui il potere politico aveva cercato di impedire ai giudici nazionali di ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale. Successivamente si mette in luce la discrasia esistente tra le ripetute condanne da parte della Corte di giustizia che hanno ribadito come il confine tra potere legislativo e giudiziario in Polonia fosse diventato sempre più poroso, da un lato, e il 'timido' ricorso ai meccanismi di condizionalità del diritto dell'Unione, dall'altro. Infine, si segnalano i recenti cambiamenti intervenuti a seguito delle elezioni politiche dell'autunno 2023 e le conseguenze prodotte sulle relazioni tra Polonia e Unione europea. L'obiettivo del contributo è in-

* Dottoranda di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Torino, silvia.giudici@unito.it.

dividuare profili di interesse che possano informare, sia attualmente che in prospettiva futura, il contrasto alla minaccia di smantellamento dello stato di diritto.

PAROLE CHIAVE: Diritto dell'Unione europea – stato di diritto – indipendenza della magistratura – equo processo – procedura di infrazione – Corte di giustizia dell'Unione europea.

1. Introduzione

Il 5 giugno 2023 la Corte di giustizia ha ritenuto incompatibili con il diritto dell'Unione una serie di riforme introdotte nell'ordinamento polacco nel 2019 che, di fatto, rendevano impossibile per i giudici nazionali mettere in discussione l'indipendenza degli organi giurisdizionali del Paese¹. Dopo solo quattro mesi dalla pronuncia, la coalizione guidata da Donald Tusk ha ottenuto la maggioranza nelle elezioni parlamentari del 15 ottobre 2023, permettendo così all'ex Presidente del Consiglio europeo di diventare il nuovo Presidente del Governo polacco. Nel giro di pochissimo tempo, la Polonia è dunque passata dall'essere un Paese nel quale si riscontrava «una rottura del fondamento valoriale su cui si regge il processo di integrazione europea»², a diventare uno degli Stati membri con un governo a più forte vocazione europeista e determinato a ripristinare la tutela dello stato di diritto.

Questi rapidi sconvolgimenti richiedono di tornare ad analizzare le principali vicende che hanno coinvolto la Polonia sotto una nuova prospettiva, domandandosi cosa sia cambiato ad un anno di distanza dall'ultima pronuncia della Corte di giustizia nella causa *Commissione c.*

¹ CGUE, sentenza del 5 giugno 2013, C-204/21, *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*. Per ulteriori commenti alla sentenza v. L. PECH, *Doing Justice to Poland's Muzzle Law*, in *Verfassungsblog*, 11 giugno 2023; E. SAVOLDELLI, *La 'muzzle law' polacca al vaglio della Corte di giustizia: una prima lettura della sentenza resa nella causa C-204/21, Commissione c. Polonia (vita privata dei giudici)*, in *Eurojus*, 10 luglio 2023; F. CASOLARI, *Corte di giustizia e valori dell'Unione: note a margine della sentenza 5 giugno 2023 sulla riforma della giustizia polacca*, in *Quaderni Costituzionali*, 2023, p. 669 ss.; C. CURTI GIALDINO, *La 'legge bavaglio' polacca viola l'indipendenza, l'imparzialità e la vita privata dei giudici ed è incompatibile con principi fondamentali del diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi*, 12 luglio 2023.

² Questa espressione è usata per indicare una violazione sistemica in F. CASOLARI, *Lo stato di diritto preso sul serio*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020*, Padova, 2021, p. 293.

*Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*³. Senza pretese di esaustività, il presente contributo mira a identificare alcuni dei principali snodi che hanno caratterizzato la vicenda polacca legata alla crisi dello stato di diritto e a esaminare gli accadimenti più recenti.

A tal fine, il lavoro inserisce innanzitutto l'ultima causa del 2023 nel più vasto insieme delle misure prese dalla Polonia per limitare le possibilità per i giudici nazionali di dare seguito agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, nonché delle azioni poste in essere dall'Unione europea per arginare lo smantellamento dello stato di diritto. Si procede poi con un'analisi della più recente pronuncia del 2023, riguardante la cosiddetta 'legge bavaglio', la cui applicazione avrebbe reso pressoché impossibile per i giudici polacchi valutare il rispetto dei requisiti relativi all'indipendenza degli organi giurisdizionali derivanti dagli artt. 19 TUE e 47 della Carta. Successivamente, sono prese in considerazione una serie di ulteriori misure di tipo sanzionatorio o legate al congelamento di fondi europei richieste dalla Commissione al fine di contrastare il mancato adeguamento della Polonia alle sentenze della Corte di giustizia. Infine, si discutono i più recenti sviluppi della questione.

2. I tentativi di contrasto alla crisi dello stato di diritto in Polonia e l'opposizione al principio del primato

Come si è detto, la causa *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)* si inserisce all'interno della più ampia e dibattuta questione del contrasto da parte dell'Unione europea alla crisi dello stato di diritto in alcuni suoi Stati membri, tra cui la Polonia⁴. Dal 2015, la magi-

³ Per una ricostruzione più approfondita della vicenda polacca v. ad es. N. CANZIAN, *Il principio europeo dell'indipendenza dei giudici: il caso polacco*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, p. 465 ss.; A. FESTA, *L'Unione europea e l'erosione dello stato di diritto in Polonia*, in *Freedom Security and Justice: European Legal Studies*, 2020, p. 145 ss.; L. PECH, P. WACHOWIEC, D. MAZUR, *Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021, p. 1 ss. e L. PECH, *7 Years Later: Poland as a Legal Black Hole*, in *Verfassungsblog*, 17 gennaio 2023.

⁴ La dottrina che si è occupata del tema è vastissima. A titoli di esempio v. F. CASOLARI, *Il rispetto della rule of law nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti*, in *DPCE Online*, 2016, p. 135 ss.; R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri (dialogo con Ugo Villani)*, in *Eurojus*, 13 febbraio 2017; B. NASCIBENE, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in *Eurojus*, 24 ottobre 2017; A. ROSANÒ, *The battle of evermore, ovvero considerazioni sui meccanismi attivabili dall'Unione europea per la tutela dello stato di diritto*, in *SIDIBlog*, 19 ottobre 2018; K. LENAERTS, *New Horizons*

struttura polacca è stata oggetto di riforme di stampo illiberale che, di fatto, hanno cercato di eliminare la divisione tra potere esecutivo e giudiziario contravvenendo al principio di indipendenza dei giudici che deriva dall'art. 19 TUE⁵ e che costituisce una delle componenti del valore dello stato di diritto menzionato all'art. 2 TUE.

A seguito dei tentativi infruttuosi di ottenere un cambiamento di approccio da parte del Governo polacco attraverso gli strumenti previsti nell'ambito del nuovo quadro dell'Unione per rafforzare lo Stato di diritto adottato nel 2014⁶, la Commissione ha proposto per la prima volta nel 2017 l'attivazione della procedura preventiva prevista dall'art. 7, par. 1, TUE nei confronti della Polonia⁷. La procedura è rimasta aperta e il Consi-

for the Rule of Law Within the EU, in *German Law Journal*, 2020, p. 29 ss.; U. VILLANI, *Sul controllo dello stato di diritto nell'Unione europea*, in *Freedom Security and Justice: European Legal Studies*, 2020, p. 10 ss.; e L. PECH, *The Rule of Law*, in P. CRAIG, G. DE BURCA (eds), *The Evolution of EU Law*, III ed., Oxford, 2021, p. 307 ss.

⁵ I requisiti derivanti da questo principio sono stati identificati per la prima volta in CGUE, sentenza del 19 settembre 2006, C-506/04, *Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, punto 53 e ribaditi successivamente in CGUE, sentenza del 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, punto 44. V. anche A. MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 421 ss.

⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, dell'11 marzo 2014, Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto, COM(2014) 0158 final. La comunicazione prevedeva che prima di ricorrere alla procedura ex art. 7 TUE la Commissione avrebbe dovuto intraprendere un dialogo strutturato con lo Stato membro in questione ed eventualmente elaborare raccomandazioni. Per un'analisi degli interventi precedenti alla proposta del 2017 v. O. PORCHIA, *Le Conclusioni del Consiglio del 16 dicembre 2014 "Rafforzare lo Stato di diritto": un significativo risultato dalla Presidenza italiana*, in *Eurojus*, 23 febbraio 2015; L.S. ROSSI, *Un nuovo soft instrument per garantire il rispetto della rule of law nell'Unione europea*, in *SIDIBlog*, 11 maggio 2015; C. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto nell'Unione*, in *Federalismi*, 2016, p. 1 ss. e P. MORI, *Il rispetto dello Stato di diritto: "affari interni" o questione europea? I nuovi meccanismi di controllo dell'Unione alla prova della Polonia*, in *Federalismi*, 2016, p. 1 ss.

⁷ Proposta di Decisione del Consiglio, del 20 dicembre 2017, sulla constatazione di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Polonia, COM(2017) 835 final. Per commenti sulla procedura di cui all'art. 7 TUE v. A. CIRCOLO, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, p. 19 ss.; L. PECH, *Article 7 TEU: From 'Nuclear Option' to 'Sisyphian Procedure'?*, in U. BELAVUSAU, A. GLISZCZYNSKA-GRABIAS (eds), *Constitutionalism under Stress: Essays in Honour of Wojciech Sadurski*, Oxford, 2020, p. 157 ss.; R.D. KELEMEN, *Article 7's Place in the EU Rule of Law Toolkit*, in A. SÖDERSTEN, E. HERCOCK (eds), *The Rule of Law in the EU: Crisis and Solutions*, Stockholm, 2023, p. 12 ss.; D. KOCHENOV, *EU Rule of Law Today: Limiting, Excusing, or Abusing Power?*, in A. SÖDERSTEN, E. HERCOCK (eds), *The Rule of Law in the EU*, cit., p. 18 ss.; A. MOBERG,

glio ha organizzato diverse audizioni con lo Stato polacco, non giungendo però a constatare l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave del valore dello stato di diritto contenuto nell'art. 2 TUE.

Dal punto di vista giurisdizionale⁸, il tentativo di contestare la deriva il-liberale del governo polacco è passato attraverso l'utilizzo del sistema del rinvio pregiudiziale, operato sia da giudici di altri Stati membri⁹ sia dagli stessi magistrati polacchi¹⁰. In aggiunta, la Commissione ha promosso una serie di procedure di infrazione nei confronti della Polonia, arrivando fino alla fase contenziosa e richiedendo quindi un intervento da parte della Corte di giustizia. In questo contesto, la Corte ha dapprima censurato la modifica dell'età pensionabile dei giudici polacchi¹¹ e successivamente negato l'indipendenza della sezione disciplinare della magistratura¹².

Dal punto di vista della tenuta dell'ordinamento dell'Unione, la questione più problematica è stata però la messa in discussione di alcuni principi e strumenti cardine del diritto dell'Unione, primi tra tutti il principio del primato e il meccanismo del rinvio pregiudiziale. Per quanto attiene al secondo profilo, diverse istituzioni polacche hanno cercato di limitare il ricorso a tale meccanismo che consente quel dialogo da giudice a

Article 7 TEU: Difficult by Design, in A. SÖDERSTEN, E. HERCOCK (eds), *The Rule of Law in the EU*, cit., p. 24 ss.

⁸ Per alcune riflessioni sul contributo dato dai rimedi giurisdizionali, soprattutto le procedure di infrazione, al problema v. K.L. SCHEPPELE, *Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions*, in C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016, p. 105 ss.; L.W. GORMLEY, *Infringement Proceedings*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, p. 65 ss.; M. SCHMIDT, P. BOGDANOWICZ, *The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis: How to Make Effective Use of Article 258 TFEU*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1061 ss.; M. BONELLI, *Il lato positivo: Commissione c. Polonia e l'inizio di una fase per la tutela dello stato di diritto nell'Unione europea*, in *SIDIBlog*, 5 luglio 2019; M. COLI, *The Judgment of the CJEU in Commission v. Poland II (C-192/18): the resurgence of infringement procedures as a tool to enforce the rule of law?*, in *Diritti Comparati*, 21 novembre 2019.

⁹ Ad es. v. CGUE, sentenza del 25 luglio 2018, C-216/18 PPU, LM.

¹⁰ Ad es. v. CGUE, sentenza del 19 novembre 2019, C-585/18, C-624/18 e C-625/18, A.K. (*Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema*); sentenza del 26 marzo 2020, C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz (Régime disciplinaire concernant les magistrats)*; CGUE, sentenza del 2 marzo 2021, C-824/18, A.B. e a. (*Nomination des juges à la Cour suprême - Recours*).

¹¹ V. CGUE, sentenza del 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte Suprema)* e CGUE, sentenza del 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza dei Tribunali ordinari)*.

¹² CGUE, sentenza del 15 luglio 2021, C-791/19, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Sezione disciplinare)*.

giudice fondamentale per garantire l'efficacia, l'uniformità e l'autonomia del diritto dell'Unione.

Uno snodo particolarmente cruciale di questa vicenda si individua nella pronuncia nel caso *A.K. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema)*, con la quale la Corte di giustizia ha esplicitato i criteri sulla base dei quali un giudice nazionale è tenuto a valutare l'indipendenza e l'imparzialità degli organi giurisdizionali. Il giudice dell'Unione ha indicato inoltre la disapplicazione delle disposizioni del diritto interno contrastanti, nel caso in cui tali requisiti non fossero soddisfatti. La Sezione per il lavoro e la previdenza sociale della Corte suprema, ossia il giudice *a quo* a cui la sentenza lasciava il compito di valutare la sussistenza di questi elementi, ha poi statuito che il Consiglio nazionale della magistratura polacco non rispettasse tali elementi nel caso di specie¹³.

A seguito di questa vicenda sono state introdotte le riforme di cui si dirà meglio di seguito e che nella causa *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)* sono state ritenute volte a dissuadere i magistrati polacchi dall'esaminare l'indipendenza di altri giudici ai sensi del diritto dell'Unione ed eventualmente a disapplicare le norme interne contrastanti. In questo modo, si è tentato di impedire la contestazione delle nomine dei nuovi giudici fortemente legati al potere politico. Emblematico per comprendere la portata negativa della legge è il fatto che la Presidente della Corte suprema polacca, contraria a tale riforma, l'avesse soprannominata in maniera sprezzante «legge bavaglio»¹⁴. Il legame tra le riforme e la causa *A.K. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema)* è evidente anche dalla forte vicinanza temporale tra quest'ultima pronuncia, del 19 novembre 2019, e l'entrata in vigore delle riforme in oggetto, fissata per il 14 febbraio 2020. In sostanza, la legge su cui verte la sentenza del 2023 ha introdotto modifiche finalizzate ad impedire ai giudici polacchi di dare attuazione a quanto precedentemente previsto dalla Corte di giustizia¹⁵.

Nell'ordinamento interno, l'adozione della legge è stata accompagnata da altre due sentenze particolarmente significative. Infatti, un'altra sezione della Corte suprema polacca di recente formazione ha apparentemente accolto le indicazioni del giudice dell'Unione fornite nel caso *A.K.*, conclu-

¹³ Corte suprema polacca, sentenza del 5 dicembre 2019, causa III Po 7/18. Il testo inglese della sentenza è disponibile a www.ruleoflaw.pl

¹⁴ A. FESTA, *L'Unione europea e l'erosione dello stato di diritto in Polonia*, cit., p. 161.

¹⁵ *Ivi*, p. 159 ss.

dendo però che queste non fossero applicabili nel contesto nazionale¹⁶. Similmente, il Tribunale costituzionale polacco, istituzione particolarmente vicina al potere politico in quel momento, ha contestato in una sua pronuncia la possibilità per la Corte suprema di valutare la legittimità di altri organi giudiziari¹⁷.

Preme sottolineare che forme di limitazione delle possibilità per i giudici polacchi di ricorrere al rinvio pregiudiziale erano state adottate anche prima della 'legge bavaglio', seppur la Corte abbia avuto modo di considerarle solamente dopo il caso *A.K.* A questo proposito, nella causa *Miasto Łowicz* è stato fatto notare alla Corte che i giudici che avevano sollevato i quesiti pregiudiziali erano stati poi oggetto di indagine disciplinare. Tuttavia, in quella sede, non ritenendo che le domande poste fossero rilevanti per la procedura nazionale, la Corte si è limitata a ribadire che il diritto dell'Unione preclude l'adozione di norme nazionali in forza delle quali un giudice che sottopone un quesito pregiudiziale sarebbe poi suscettibile di vedersi indirizzato un provvedimento disciplinare¹⁸. Successivamente, nella causa *A.B.*, è stata riscontrata in maniera puntuale l'incompatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa nazionale che vietava il mantenimento o la futura proposizione di quesiti pregiudiziali, con l'effetto di impedire alla Corte di giustizia di pronunciarsi¹⁹. Infine, nella sentenza del 15 luglio 2021 *Commissione c. Polonia (Régime disciplinaire des juges)*, la Corte ha ritenuto incompatibile con il diritto dell'Unione il regime disciplinare applicabile ai giudici polacchi, poiché questi avrebbero potuto essere oggetto di procedimenti disciplinari a causa del contenuto delle proprie decisioni, nonché per la scelta di sottoporre un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di giustizia²⁰. Inoltre, la pronuncia ha dichiarato che la sezione disciplinare della Corte suprema non offriva adeguate garanzie di indipendenza e imparzialità.

Come già menzionato, tale tentativo di frenare i ricorsi al rinvio pregiudiziale è stato accompagnato da una messa in discussione del principio del primato. In particolar modo, in due pronunce del 2021, il Tribunale

¹⁶ V. M. ZIÓŁKOWSKI, *Two Faces of the Polish Supreme Court After "Reforms" of the Judiciary System in Poland: the Question of Judicial Independence and Appointments*, in *European Papers*, 2020, p. 360.

¹⁷ W. ZONTEK, *You Can't Forbid Judges to This*, in *Verfassungblog*, 5 febbraio 2020.

¹⁸ CGUE, *Miasto Łowicz (Régime disciplinaire concernant les magistrats)*, cit., punto 58.

¹⁹ CGUE, *A.B. e a. (Nomination des juges à la Cour suprême – Recours)*, cit., punto 95.

²⁰ CGUE, sentenza del 15 luglio 2021, C-791/19, *Commissione c. Polonia (Régime disciplinaire des juges)*.

costituzionale polacco è giunto a negare che questo principio fosse applicabile nell'ordinamento nazionale, constatando invece il primato delle norme di quest'ultimo sulle disposizioni del diritto dell'Unione²¹. In particolare, l'ultima delle due sentenze è scaturita da un ricorso istituito dal Primo Ministro, con il fine specifico di ottenere una conferma dell'incompatibilità tra diritto dell'Unione e diritto polacco²². A queste sentenze è seguita l'apertura di una procedura di infrazione da parte della Commissione²³, tutt'ora pendente davanti alla Corte di giustizia²⁴. Le pronunce si pongono in stretta relazione con le vicende riguardanti la 'legge bavaglio' e le decisioni del giudice dell'Unione di cui si dirà di seguito.

Si evince quindi come tali tentativi di limitare il dialogo con la Corte di giustizia e di attribuire un significato concreto al primato del diritto dell'Unione attraverso la disapplicazione delle norme contrastanti fossero problematici dalla prospettiva del diritto dell'Unione. Non vanno tuttavia dimenticate le ripercussioni che tali riforme hanno avuto anche dal punto di vista pratico e immediato della lotta allo sradicamento dello stato di diritto in Polonia, limitando le possibilità per i magistrati polacchi di opporsi al potere politico. Infatti, il sistema del rinvio pregiudiziale ha costituito un mezzo utilizzato dai giudici dissidenti per contestare le riforme illiberali²⁵.

3. La sentenza della Corte nella causa *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*

La pronuncia *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)* qui in analisi è il risultato ultimo di una procedura di infrazione iniziata dalla Commissione nell'aprile 2020, nel contesto della quale era stata adi-

²¹ Tribunale costituzionale polacco, sentenza del 14 luglio 2021, P 7/20 e Tribunale costituzionale polacco, sentenza del 7 ottobre 2021, K 3/21. Per alcuni commenti, v. ad es. E. CANNIZZARO, *Sovereign within the Union? The Polish Constitutional Tribunal and the Struggle for European Values*, in *European Papers*, 2021, p. 1117 ss. e G. DI FEDERICO, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca): et nunc quo vadis?*, in *BlogDUE*, 13 ottobre 2021.

²² R. PALLADINO, A. FESTA, *Il primato del diritto dell'Unione europea nei dissoi logoi tra la Corte di giustizia e le Alte Corti ungherese, polacca e rumena. Questioni sullo Stato di diritto*, in *Eurojus*, 2022, p. 67.

²³ Commissione europea, Comunicato stampa IP/23/3134, 15 febbraio 2023, www.ec.europa.eu

²⁴ CGUE, ricorso presentato il 25 luglio 2023, C-448/23, *Commissione c. Polonia*.

²⁵ C.Y. MATTHES, *Judges as Activists: How Polish Judges Mobilise to Defend the Rule of Law*, in *East European Politics*, 2022, p. 474 ss. Il rinvio pregiudiziale è considerato dall'Autrice come uno strumento di «on-bench mobilisation» usata dai giudici polacchi.

ta la Corte di giustizia nell'aprile 2021. Questa sentenza ha ripreso alcune statuizioni della decisione *Commissione c. Polonia (Régime disciplinaire des juges)* e ha messo in luce come ulteriori aspetti del regime applicabile ai giudici polacchi non fossero compatibili con i requisiti previsti dal diritto dell'Unione per garantire il rispetto dello stato di diritto.

A titolo preliminare, la Corte ha ribadito la propria competenza a valutare la compatibilità della cosiddetta 'legge di modifica' polacca con il diritto dell'Unione. Contrariamente a quanto sostenuto dal governo polacco, né il principio di attribuzione né l'art. 4, par. 2, TUE, secondo cui l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri, sono stati ritenuti atti a escludere la giurisdizione della Corte²⁶. La competenza nazionale nel definire il proprio assetto costituzionale trova, infatti, una limitazione nel rispetto degli obblighi di cui agli artt. 2 e 19 TUE. In questo senso, la Corte ha ricollegato il rispetto dei valori di cui all'art. 2 TUE da parte degli Stati membri alla loro appartenenza all'Unione e ne ha riconfermato la natura vincolante²⁷. La Corte di giustizia ha anche utilizzato questa occasione per contrastare la posizione assunta dal Tribunale costituzionale polacco, secondo cui la prima non sarebbe stata competente a valutare l'indipendenza degli organi giurisdizionali nazionali. A questo proposito, il giudice di Kirchberg ha ribadito che il principio del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno richiede anche a una corte nazionale di simile rango di adeguarsi alle decisioni e all'interpretazione delle disposizioni di diritto dell'Unione date dalla Corte di giustizia²⁸.

La prima questione affrontata nella sentenza ha riguardato il potere affidato alla sezione disciplinare della Corte suprema di adottare un'ampia varietà di provvedimenti disciplinari diretti ai giudici polacchi, suscettibili di avere un forte impatto sulla loro vita professionale e privata. Tra le misure contestate rientravano l'apertura di indagini penali nei confronti dei magistrati, la disposizione del loro arresto, la modifica in maniera peggiorativa della loro retribuzione e l'imposizione dell'obbligo a un pensionamento anticipato involontario. Il giudice dell'Unione ha ricordato che, ai sensi dell'art. 19 TUE, è fondamentale evitare che i poteri sanzionatori di cui dispongono i membri della sezione disciplinare siano utilizzati per esercitare forme di influenza e controllo politico sui giudici nazionali. Pertanto, una simile disposizione avrebbe dovuto essere accompagnata da

²⁶ CGUE, *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*, cit., punto 63.

²⁷ Sul punto v. F. CASOLARI, *Corte di giustizia e valori dell'Unione*, cit., p. 672 ss.

²⁸ CGUE, *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*, cit., punto 79.

garanzie atte a evitare un uso indebito del sistema, da cui deriverebbe la necessità di scongiurare il rischio che i provvedimenti disciplinari non siano adottati da un organo indipendente²⁹. Richiamando quanto già statuito circa la mancanza di indipendenza della sezione disciplinare, la Corte ha quindi sancito che tali assicurazioni non erano presenti nel regime disciplinare polacco, il quale si poneva pertanto in violazione dell'art. 19 TUE³⁰.

Il secondo punto sul quale si è concentrata l'attenzione della Corte sono state le norme nazionali che chiedevano di considerare una serie di fattispecie come infrazioni disciplinari a carico dei giudici, con particolare riferimento all'art. 72 della legge sulla Corte suprema. In primo luogo, sarebbero state ritenute tali «atti o omissioni idonei a ostacolare o compromettere seriamente il funzionamento di un'autorità giudiziaria», nonché gli «atti che mettono in discussione l'esistenza del rapporto di lavoro di un giudice, l'efficacia della nomina di un giudice o la legittimazione di un organo costituzionale della Repubblica di Polonia». In secondo luogo, anche una «violazione manifesta e flagrante delle disposizioni di legge» sarebbe stata classificabile come infrazione disciplinare. Quanto alla prima tipologia di infrazioni, l'aspetto che ha destato maggiore preoccupazione nella Corte riguardava la formulazione in termini eccessivamente vaghi di dette condotte. Le disposizioni rilevanti potevano infatti essere interpretate nel senso di considerare che un magistrato polacco avrebbe commesso un'infrazione disciplinare ogni qualvolta avesse dato attuazione agli obblighi derivanti dagli artt. 19 TUE e 47 della Carta. Di contro, queste disposizioni richiederebbero di esaminare se un giudice o un organo giurisdizionale nazionale rispetti i requisiti che consentono di ritenerlo imparziale, indipendente e precostituito per legge³¹. In aggiunta, la sentenza ha individuato anche una violazione dell'art. 267 TFUE da parte delle norme nazionali in parola, dal momento che queste avrebbero permesso di contestare un'infrazione disciplinare in capo a un magistrato polacco nel caso in cui questi avesse sottoposto un quesito pregiudiziale alla Corte di giustizia riguardante l'indipendenza, l'imparzialità dei giudici, nonché la nozione di tribunale precostituito per legge³². Anche in riferimento alle infrazioni disciplinari a seguito di una violazione manifesta di regole di di-

²⁹ *Ivi*, punti 95-100.

³⁰ *Ivi*, punto 102.

³¹ *Ivi*, punto 137.

³² *Ivi*, punto 153.

ritto, la Corte è giunta, di fatto, alla stessa conclusione elaborata relativamente alla prima tipologia di infrazioni.

L'eccessiva vaghezza nella formulazione delle disposizioni della 'legge di modifica' è venuta in rilievo anche quando la Corte ha esaminato la terza questione, strettamente legata alla precedente. La censura della Commissione faceva riferimento al divieto di mettere in discussione la legittimità degli organi costituzionali e giurisdizionali dello Stato, nonché di accertare o valutare la legittimità della nomina di un giudice e dei poteri che ne derivano. Queste disposizioni avrebbero proibito ai magistrati nazionali di dare attuazione all'obbligo, derivante dagli artt. 19 TUE e 47 della Carta, di esaminare se il diritto a un giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge fosse garantito³³. In altri termini, se un giudice polacco avesse dato attuazione all'obbligo derivante da queste disposizioni di diritto dell'Unione, questi avrebbe violato la normativa interna e, di conseguenza, avrebbe rischiato di essere soggetto alle misure disciplinari di cui si è detto sopra. Secondo la Corte, le disposizioni esaminate violavano altresì il principio del primato poiché ostacolavano la disapplicazione da parte dei giudici polacchi delle norme nazionali contrastanti con quelle dell'Unione dotate di effetto diretto, tra le quali rientrano gli artt. 19 TUE e 47 della Carta³⁴.

Il quarto tema su cui è stata interrogata la Corte riguardava l'attribuzione a un'unica sezione della Corte suprema polacca, la cosiddetta sezione straordinaria, della competenza a trattare le richieste di ricusazione di un giudice o di determinazione del tribunale davanti al quale il procedimento avrebbe dovuto svolgersi, anche quando tali questioni fossero motivate da dubbi circa l'indipendenza di tale giudice. Peraltro, la normativa polacca non consentiva nemmeno alla sezione straordinaria di pronunciarsi qualora la determinazione dell'indipendenza di un magistrato avesse richiesto la valutazione della legittimità della sua nomina. In riferimento a tale questione, preme soffermarsi brevemente sulla proposta formulata dall'Avvocato generale Collins nelle sue conclusioni. Questa censura è infatti l'unica nella quale egli proponeva una soluzione opposta a quella sostenuta poi dalla Corte, ritenendo che gli argomenti della Commissione non andassero accolti. Secondo le sue conclusioni, il diritto dell'Unione non vietava che una simile competenza fosse attribuita in via

³³ *Ivi*, punti 226-227.

³⁴ *Ivi*, punti 228-230.

esclusiva a un unico giudice, in quanto ciò non sarebbe in contrasto con il principio di equivalenza e di effettività³⁵. Anche qualora tale organo non fosse stato ritenuto indipendente, il principio del primato avrebbe permesso di risolvere il problema attraverso la disapplicazione delle norme interne³⁶. L'Avvocato generale sosteneva altresì che la normativa polacca non escludesse la possibilità per le corti nazionali di sottoporre rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia³⁷. La Corte ha operato invece una valutazione di più ampio respiro, collegando questa censura a quanto rilevato precedentemente rispetto all'introduzione di nuove proibizioni e divieti, nonché ricordando che l'obiettivo cui tendeva la 'legge di modifica' appariva essere quello di scoraggiare i magistrati nazionali a dare applicazione al diritto dell'Unione. Nella sua sentenza, la Corte ha riscontrato innanzitutto una violazione degli artt. 19 TUE e 47 della Carta poiché le norme nazionali non consentivano a tutti gli organi giurisdizionali di verificare il rispetto delle garanzie richieste da queste disposizioni, bensì limitavano la giurisdizione alla sola sezione straordinaria³⁸. La Corte ha infatti specificato che, ai sensi del diritto dell'Unione, questo obbligo ha natura trasversale e si impone quindi a tutte le corti interne. Questo passaggio è stato ritenuto tra i più innovativi della sentenza³⁹. In aggiunta, la Corte ha riscontrato due ulteriori violazioni. In primo luogo, la normativa polacca è stata ritenuta incompatibile con il principio del primato, poiché non consentiva ad alcun giudice la disapplicazione delle norme interne contrastanti con gli articoli menzionati sopra⁴⁰. In secondo luogo, impedendo o quantomeno scoraggiando tutti gli altri giudici al di fuori dei membri della sezione straordinaria a sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte, la 'legge di modifica' è stata considerata anche in contrasto con l'art. 267 TFUE⁴¹.

Infine, nell'ultima parte della sentenza, la Corte ha esaminato l'obbligo istituito in capo ai giudici polacchi di fornire informazioni circa la propria appartenenza ad associazioni, enti senza scopo di lucro o partiti politici, ai fini di una loro pubblicazione *on-line*. Tale obbligo è stato valutato alla luce del diritto al rispetto della vita privata e familiare e alla protezione dei

³⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Collins del 15 dicembre 2022, C-204/21, *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*, punto 98.

³⁶ *Ivi*, punto 99.

³⁷ *Ivi*, punti 106-107.

³⁸ CGUE, *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*, cit., punti 285-286.

³⁹ L. PECH, *Doing Justice to Poland's Muzzle Law*, cit.

⁴⁰ CGUE, *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*, cit., punto 287.

⁴¹ *Ivi*, punto 290.

dati personali (artt. 6 e 7 della Carta) e di alcune disposizioni del Regolamento generale sulla protezione dei dati, più noto come GDPR⁴². Il governo polacco argomentava che l'obiettivo cui tendeva la modifica della normativa nazionale era tutelare la neutralità politica e l'imparzialità dei giudici e costituiva quindi una finalità di interesse generale idonea a giustificare la limitazione di alcuni diritti⁴³. Ciò nonostante, la Corte ha ritenuto che la misura non fosse né adeguata a raggiungere tale scopo né proporzionata⁴⁴. Nella sentenza è stato infatti sottolineato come questa misura, anziché contribuire allo scopo perseguito, avrebbe potuto incidere negativamente sui diritti dei giudici polacchi⁴⁵ e, pertanto, era da considerarsi una violazione delle summenzionate norme del diritto dell'Unione.

I ragionamenti formulati nella sentenza sono stati ritenuti fortemente prevedibili da alcuni commentatori⁴⁶. Come si è visto, la pronuncia si inserisce infatti in un filone giurisprudenziale più ampio in cui la Corte ha ritenuto che una serie di meccanismi adottati per limitare le possibilità dei giudici nazionali di operare dei rinvii pregiudiziali non siano compatibili con il diritto dell'Unione. Un aspetto particolarmente positivo della sentenza è stata la capacità della Corte di tenere in considerazione il contesto nel quale le riforme sono state adottate, nonché le forme di dissuasione e di influenza politica della normativa contestata. Infatti, a più riprese, la Corte ha esplicitato e tenuto in considerazione nella formulazione dei suoi argomenti che l'obiettivo sotteso all'adozione della 'legge bavaglio' era limitare le possibilità per i giudici polacchi di dare applicazione alla sua giurisprudenza, in particolar modo dissuadendoli dal valutare la legittimità degli organi giurisdizionali secondo quanto previsto dal diritto dell'Unione. Anche questo approccio si pone in linea di continuità con quello seguito nelle precedenti sentenze, nelle quali era stata messa in luce la capacità delle norme interne di influenzare politicamente le decisioni dei giudici polacchi, nonché di dissuaderli dall'applicazione del diritto

⁴² Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

⁴³ CGUE, *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*, cit., punti 356-357.

⁴⁴ *Ivi*, punti 366 e 381.

⁴⁵ *Ivi*, punto 377.

⁴⁶ L. PECH, *Doing Justice to Poland's Muzzle Law*, cit.

dell'Unione⁴⁷. In aggiunta, la sentenza del giugno 2023 ha confermato dal punto di vista teorico anche la tendenza della Corte ad utilizzare il valore dello stato di diritto quale strumento per riaffermare il primato del diritto dell'Unione su quello nazionale⁴⁸.

4. Il (timido) ricorso alla leva finanziaria nel caso polacco

La sentenza della Corte e la procedura da cui essa derivava si inseriscono in un insieme più vasto di azioni intraprese parallelamente dalle istituzioni dell'Unione europea per arginare la deriva illiberale dello stato polacco.

Innanzitutto, nel caso di specie, la Commissione non si era limitata a dare l'avvio alla parte contenziosa della procedura di infrazione conclusasi con la pronuncia appena analizzata, ma aveva anche richiesto alla Corte di imporre alla Polonia una serie di misure cautelari, ai sensi dell'art. 279 TFUE. Questa disposizione, insieme all'art. 260 TFUE, è stata considerata adatta per una «rule-of-law-based enhancing interpretation», nel senso di costituire uno strumento capace di essere utilizzato per contrastare in maniera efficace violazioni dello stato di diritto⁴⁹. La sentenza commentata era quindi stata preceduta da una serie di ordinanze della Corte, che richiedevano di non dare applicazione alla 'legge di modifica'. A seguito di una prima ordinanza del 2021⁵⁰, il Tribunale costituzionale polacco aveva risposto emettendo la dichiarazione del 14 luglio 2021, già menzionata in tema di opposizione al principio del primato, dichiarando che la Corte di giustizia non fosse competente ad adottarla⁵¹. Non essendosi conformata alle misure provvisorie richieste, alcuni mesi dopo, alla Polonia era stato

⁴⁷ V. L. PECH, *Protecting Polish Juusdges from Political Control*, in *Verfassungsblog*, 20 luglio 2021.

⁴⁸ Per una critica a questo approccio v. D. KOCHENOV, *EU Rule of Law Today*, cit., p. 30 ss.

⁴⁹ L. PECH, D. KOCHENOV, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice*, Stockholm, 2021, p. 38. Sulla questione delle misure provvisorie come strumento di contrasto alla crisi dello stato di diritto, v. anche G. GENTILE, D. SARTORI, *Interim Measures as "Weapons of Democracy" in the European Legal Space*, in *European Human Right Law Review*, 2023, p. 18 ss.

⁵⁰ CGUE, ordinanza del 14 luglio 2021, C-204/21 R, *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*. Sul punto, v. L. PECH, *Protecting Polish Juusdges from Political Control*, cit.

⁵¹ V. O. POLAŃSKI, *Poland—Another episode of "rule of law backsliding"—Judgment P 7/20 and a threat to the integrity of the EU legal order*, in *Public Law*, 2022, p. 153 ss. Per la reazione della Commissione, v. Commissione europea, dichiarazione 21/3726, 15 luglio 2021, www.ec.europa.eu

imposto il pagamento di 1 000 000 euro al giorno a titolo sanzionatorio⁵². Infine, ad aprile 2023, con un'ordinanza ritenuta priva di solidi fondamenti fattuali e giuridici⁵³, la Corte aveva rilevato che la Polonia avesse adottato provvedimenti per adeguarsi parzialmente alle misure provvisorie richieste, ottenendo così una riduzione dell'entità della penalità di mora⁵⁴. Queste parziali modifiche, come si vedrà di seguito, erano sembrate in gran parte determinate dalla volontà di avere accesso ai fondi stanziati nell'ambito del Dispositivo per la ripresa e la resilienza, piuttosto che da un genuino tentativo di conformarsi a quanto ordinato dalla Corte. Al contrario, il governo polacco continuava a sostenere l'incompetenza del giudice dell'Unione a pronunciarsi sulla questione dell'indipendenza della magistratura in Polonia⁵⁵.

Se da un lato la Commissione ha fatto ampiamente uso delle procedure di infrazione e della possibilità di richiedere l'adozione di misure provvisorie e sanzionatorie alla Corte di giustizia, dall'altro lato non si è riscontrato lo stesso attivismo per quanto riguarda il ricorso al più recente Regolamento sulla condizionalità legato al rispetto dello stato di diritto⁵⁶. Questo strumento prevede la riduzione, sospensione o revoca dei pagamenti finanziati dal *budget* dell'Unione e destinati a uno Stato membro, qualora vengano appurate violazioni dello stato di diritto suscettibili di pregiudicare «in modo sufficientemente diretto» la corretta gestione del bilancio e gli interessi finanziari dell'Unione⁵⁷. Il Regolamento si applica

⁵² CGUE, ordinanza del 27 ottobre 2021, C-204/21 R, *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*.

⁵³ M. LANOTTE, *Warsaw Does not Fulfil, and Luxembourg Cuts the Sanction in Half. It Doesn't Add Up!*, in *BlogDUE*, 28 luglio 2023.

⁵⁴ CGUE, ordinanza del 21 aprile 2023, C-204/21 R-RAP, *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*.

⁵⁵ A. PTAŃ, *Poland to dissolve judges' Disciplinary Chamber to meet EU demand*, in *Reuters*, 7 agosto 2021.

⁵⁶ Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. Anche in questo caso, la dottrina che si è occupata del tema è estremamente vasta. Per alcuni commenti v. ad es. F. CASOLARI, *Tutela dello stato di diritto e condizionalità finanziaria: much ado about nothing?*, in *EUblog*, 19 maggio 2021; B. NASCIBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in *Eurojus*, 2022, p. 114 ss; J. ALBERTI, *Adelante, presto, con juicio. Prime considerazioni sulle sentenze della Corte di giustizia che sanciscono la legittimità del «Regolamento condizionalità»*, in *Eurojus*, 2022, p. 25 ss. e A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges*, in *German Law Journal*, 2022, p. 131 ss.

⁵⁷ V. soprattutto artt. 3, 4 e 5 del Regolamento 2020/2092.

anche ai fondi volti a finanziare i Piani nazionali di ripresa e resilienza nel quadro del *Next Generation EU*, particolarmente utili ai governi nazionali per uscire dalla crisi causata dalla pandemia e implementare riforme a lungo termine⁵⁸. Ad oggi, le misure previste dal Regolamento sulla condizionalità sono state utilizzate solo nei confronti dell'Ungheria, bloccando i finanziamenti richiesti nel suo Piano nazionale di ripresa e resilienza. La motivazione data riguardava soprattutto la presenza di problemi di corruzione nel Paese⁵⁹. Al contrario, l'approvazione del piano polacco aveva seguito un altro percorso. Infatti, il Regolamento 2020/2092 non è stato applicato⁶⁰. La scelta operata dalla Commissione di non ricorrere ai meccanismi previsti dal Regolamento era dettata anche dalla necessità di riconoscere il supporto dato dalla Polonia all'Ucraina a seguito dell'invasione russa⁶¹. Ciò nonostante, per il tramite di altri meccanismi di condizionalità previsti dal diritto dell'Unione, erano stati comunque bloccati un totale di 110 miliardi di euro di finanziamenti che la Polonia avrebbe dovuto ricevere⁶².

⁵⁸ Non si vuole in questa sede entrare nella discussione riguardante l'obiettivo primario del Regolamento, che la Corte di giustizia ha dichiarato essere quello di tutelare il *budget* dell'Unione (v. CGUE, sentenza del 16 febbraio 2022, C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio* e CGUE, sentenza del 16 febbraio 2022, C-157/21, *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio*). Si parte tuttavia dal presupposto che questo strumento possa essere utilizzato, quantomeno in chiave funzionale, per indurre alcuni Stati membri, soprattutto i percettori netti di fondi europei, ad introdurre cambiamenti volti a ripristinare la tutela dello stato di diritto.

⁵⁹ V. Decisione di esecuzione (UE) 2022/2506 del Consiglio, 15 dicembre 2022, relativa a misure di protezione del bilancio dell'Unione da violazioni dei principi dello Stato di diritto in Ungheria.

⁶⁰ La dottrina ha segnalato come, rispetto alla situazione ungherese caratterizzata da problemi di corruzione, fosse meno evidente come le violazioni dello stato di diritto in Polonia potessero minacciare in modo sufficientemente diretto la gestione del bilancio dell'Unione, soddisfacendo quindi la condizione necessaria per dare applicazione al Regolamento. V. A. BARAGGIA, *La condizionalità a protezione dello Stato di diritto: tra potenzialità costituzionali e limiti applicativi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2023, p. 295. In senso contrario, v. L. PECH, A. WÓJCIK, P. WACHOWIEC, *The Case for Activating the Rule of Law Conditionality Regulation in Respect of Poland*, 2023, Studio commissionato per il gruppo dei Verdi al Parlamento europeo, disponibile a www.greens-efa.eu

⁶¹ V. J. JARACZEWSKI, *Unexpected Complications: The Impact of the Russian Invasion of Ukraine on the Rule of Law Crisis in the EU* in *Verfassungsblog*, 23 dicembre 2022.

⁶² V. K.L. SCHEPPELE, J. MORIJN, *What Price Rule of Law?*, in A. SÖDERSTEN, E. HERCOCK (eds), *The Rule of Law in the EU*, cit., p. 41-44. Più in generale, sull'utilizzo delle clausole di condizionalità in vari fondi come strumento di promozione dei valori dell'Unione, v. M. FISICARO, *Beyond the Rule of Law Conditionality: Exploiting the EU Spending Power to Foster the Union's Values*, in *European Papers*, 2022, p. 697 ss.

Ciò era stato reso possibile, in primo luogo, per effetto della procedura prevista dal Dispositivo per la ripresa e la resilienza. Questa, infatti, associava l'erogazione dei fondi all'approvazione da parte della Commissione di un piano nazionale nel quale venivano dettagliate le modalità con cui lo Stato membro intendeva affrontare le criticità segnalate nelle raccomandazioni specifiche per paese ricevute nell'ambito del Semestre europeo negli anni passati. Nel caso della Polonia, queste includevano anche indicazioni riguardanti il rispetto dell'indipendenza della magistratura⁶³. Con una decisione particolarmente contestata⁶⁴, la Commissione aveva approvato il piano polacco nel giugno 2022, subordinando però l'esborso dei fondi previsti al raggiungimento di alcuni obiettivi, cosiddetti *milestones*, negoziati con il governo⁶⁵. Tra questi obiettivi erano stati inclusi anche quelli legati alla modifica del regime disciplinare dei magistrati, necessari a garantire la compatibilità del diritto polacco con la giurisprudenza della Corte di giustizia. A seguito degli scambi intercorsi con la Commissione, nonostante la Polonia avesse approvato una serie di riforme, queste erano state ritenute modifiche meramente di facciata e aventi come unico scopo ottenere l'accesso al sostegno finanziario richiesto⁶⁶. Pertanto, non erano state considerate sufficienti per procedere all'erogazione dei finanziamenti previsti.

In secondo luogo, la Commissione aveva bloccato anche altre risorse destinate alla Polonia che avrebbero dovuto essere erogate tramite diversi fondi finanziati con il *budget* dell'Unione. La possibilità di congelamento di questi finanziamenti è prevista nel Regolamento sulle disposizioni comuni, il quale definisce le regole applicabili all'attuazione di una serie di

⁶³ Raccomandazione della Commissione di Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 della Polonia e che formula un parere del Consiglio sul programma di convergenza 2020 della Polonia, COM(2020) 521 final, p. 10.

⁶⁴ V. A. ALEMANNI, *Censuring Von der Leyen's Capitulation on the Rule of Law*, in *Verfassungsblog*, 8 giugno 2022; J. LIBOREIRO, *Fair Deal or Cave In? Brussels' Green Light of Poland's Recovery Plan Reveals Loopholes*, in *Euronews*, 3 giugno 2022 e L. PECH, *Covering Up and Rewarding the Destruction of the Rule of Law One Milestone at a Time*, in *Verfassungsblog*, 21 giugno 2022. V. anche la Proposta di risoluzione del Parlamento europeo, 8 giugno 2022, sullo Stato di diritto e la potenziale approvazione del piano nazionale di ripresa (PNR) polacco, (2022/2703(RSP)).

⁶⁵ Commissione europea, comunicato stampa IP/22/3375, 1 giugno 2022, www.ec.europa.eu

⁶⁶ Ad es. v. J. JARACZEWSKI, *Just a Feint? President Duda's Bill on the Polish Supreme Court and the Brussels-Warsaw Deal on the Rule of Law*, in *Verfassungsblog*, 1 giugno 2022.

fondi stanziati nel contesto dal diritto dell'Unione⁶⁷. In particolare, il Regolamento prevede una serie di principi orizzontali legati alla tutela dei diritti fondamentali, alla parità di genere e all'adozione di misure di contrasto a varie forme di discriminazione che devono essere rispettati per permettere l'erogazione delle risorse previste nel quadro dei diversi fondi⁶⁸. Dal momento che, per stessa ammissione del Governo polacco, tali condizioni non erano rispettate, l'esborso dei fondi non era stato consentito⁶⁹.

A questo proposito, si è potuto notare una discrasia tra decisioni della Corte e approccio della Commissione. La prima, nelle sue pronunce aveva già ribadito a più riprese l'incompatibilità con il diritto dell'Unione delle misure prese dalla Polonia per limitare l'indipendenza dei magistrati. La sentenza qui commentata costituisce infatti solo l'ultima di una serie di pronunce in cui il mancato rispetto del valore dello stato di diritto in Polonia è stato evidenziato. La Commissione, invece, non ha dato seguito a tali sentenze non richiedendo, nemmeno dopo la sentenza del giugno 2023, l'applicazione del Regolamento sulla condizionalità legata allo stato di diritto⁷⁰. Si potrebbe argomentare che l'approccio adottato abbia permesso comunque di realizzare l'effetto sperato, ossia bloccare i finanziamenti destinati alla Polonia. Al contempo, non sono state però sfruttate appieno le potenzialità persuasive di quel meccanismo creato *ad hoc* per mettere in relazione la tutela del budget dell'Unione con il rispetto dello stato di diritto.

5. Gli sviluppi successivi la sentenza *Commissione c. Polonia (Indépendance et vie privée des juges)*

In linea con una postura mantenuta già in precedenza, immediatamente dopo la pronuncia della Corte di giustizia, le autorità polacche hanno co-

⁶⁷ Regolamento (UE) 2021/1060 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 giugno 2021, recante le disposizioni comuni applicabili al Fondo europeo di sviluppo regionale, al Fondo sociale europeo Plus, al Fondo di coesione, al Fondo per una transizione giusta, al Fondo europeo per gli affari marittimi, la pesca e l'acquacoltura, e le regole finanziarie applicabili a tali fondi e al Fondo Asilo, migrazione e integrazione, al Fondo Sicurezza interna e allo Strumento di sostegno finanziario per la gestione delle frontiere e la politica dei visti.

⁶⁸ V. art. 9 del Regolamento (UE) 2021/1060, cit.

⁶⁹ European Commission, *Q&A Rule of Law and EU Funds for Poland*, www.ec.europa.eu

⁷⁰ Preme ricordare in questa sede che la mancanza di indipendenza della magistratura è considerata come un segnale del mancato rispetto dello stato di diritto ai sensi dell'art. 3, lett. a, del Regolamento 2020/2092, cit.

municato la propria intenzione di non conformarsi alla sentenza⁷¹. Dal canto suo, invece, la Commissione ha aperto una nuova procedura di infrazione pochi giorni dopo lamentando la violazione di una serie di valori e di disposizioni del diritto dell'Unione a seguito della creazione, a maggio 2023, di un comitato per la valutazione dell'influenza russa nella sicurezza interna della Polonia, che rischiava di avere importanti ricadute sull'assetto democratico dello Stato⁷². Tra le disposizioni del diritto dell'Unione che la Commissione considerava violate vi erano anche lo stesso principio democratico contenuto nell'art. 2 TUE. L'instaurazione del comitato era percepita come particolarmente problematica poiché avveniva nei mesi immediatamente precedenti alle elezioni politiche e si temeva che potesse influenzare in maniera illegittima e negativa anche la candidatura dell'ex Presidente Donald Tusk, da cui il soprannome di *Lex Tusk*⁷³.

Ciò nonostante, i risvolti elettorali dell'autunno 2023 hanno lasciato sperare in una possibile risoluzione della vicenda polacca. A questo proposito, sebbene il nuovo governo guidato da Tusk sia motivato a ristabilire la tutela dello stato di diritto, forti limitazioni a dare concreta attuazione alla sua volontà derivano dal fatto che il Presidente della Repubblica Duda rimarrà in carica fino al 2025 con il potere di imporre il proprio veto ad ogni iniziativa del Parlamento⁷⁴.

Diversi scambi intercorsi tra il nuovo governo e la Commissione hanno avuto luogo, segnando un forte cambio di atteggiamento. Il primo passo in avanti fatto fino ad ora è stata la presentazione di un piano d'azione per il ripristino dello stato di diritto in Polonia nel febbraio 2024. Il documento elenca una serie di riforme destinate a ristabilire l'indipendenza della magistratura e ad assicurare il rispetto delle decisioni della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti umani. In particolar modo, le riforme proposte si prefiggono di eliminare le influenze politiche sul Consiglio nazionale della magistratura, modificare le disposizioni relative al Tribunale costituzionale e alla sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte suprema che non sono ritenuti organi indipendenti,

⁷¹ L. PECH, *Doing Justice to Poland's Muzzle Law*, cit.

⁷² Commissione europea, comunicato stampa IP/23/3134, 8 giugno 2023, www.ec.europa.eu

⁷³ Sulla procedura di infrazione, v. G. PICCIRILLI, *Una nuova procedura di infrazione nei confronti della Polonia: la problematica vicenda della c.d. «Lex Tusk»*, in *Quaderni costituzionali*, 2023, p. 659 ss.

⁷⁴ S. WALKER, *New Polish Justice Minister Will Seek 'Any Niche' to Undo Rule of Law Breaches*, in *The Guardian*, 21 dicembre 2023.

separare le funzioni del Procuratore generale e quelle del Ministro della giustizia nonché di aderire alla Procura europea⁷⁵.

La principale conseguenza concreta che si è verificata per effetto dell'adozione del piano è stata l'erogazione ad aprile 2024 della prima *tranche* dei finanziamenti destinati alla Polonia che, come si è detto sopra, erano rimasti fino ad ora bloccati⁷⁶. La Commissione ha infatti considerato che anche gli obiettivi definiti nel contesto del *Next Generation EU* fossero stati soddisfatti, così come il rispetto per i diritti fondamentali previsti dal Regolamento sulle disposizioni comuni⁷⁷. Particolarmente rilevante ai fini della scelta è stata la riforma del regime disciplinare dei giudici polacchi, nonché la volontà di assicurare il rispetto della sentenza della Corte sopra commentata attraverso la disapplicazione delle norme della 'legge bavaglio' in contrasto con il diritto dell'Unione.

Il secondo sviluppo che si è verificato riguarda la procedura *ex art. 7 TUE*. Il 29 maggio 2024, infatti, la Commissione ha comunicato la scelta di porre fine alla procedura in questione, dal momento che considera evaporato il rischio evidente di seria minaccia al valore dello stato di diritto in Polonia⁷⁸. Anche su questo fronte vi sono state delle evoluzioni rilevanti, benché più di natura simbolica che pratica. Infatti, sebbene alla proposta della Commissione di aprire la procedura prevista dall'art. 7 TUE non sia seguita alcuna constatazione di una evidente minaccia allo stato di diritto da parte del Consiglio, questa connotava comunque la permanenza della Polonia nell'Unione con un persistente stigma volto a ricordare che la situazione del Paese fosse sotto osservazione⁷⁹.

6. Conclusioni

Questo lavoro ha cercato di tratteggiare i principali sviluppi della vicenda polacca legata alla crisi dello stato di diritto, nella quale il potere politico ha cercato di assoggettare l'apparato giudiziario alla propria volontà e di eliminare così la separazione tra i due poteri. Quanto alla situazione attuale, la speranza è che il governo Tusk possa ristabilire il rispetto dei valori

⁷⁵ Una sintesi del piano è disponibile sul sito del governo polacco, www.gov.pl

⁷⁶ J. LIBOREIRO, *Poland Ends Long Wait and Gets First Payment of EU Recovery Funds: €6.3 billion*, in *Euronews*, 15 aprile 2024.

⁷⁷ Commissione europea, comunicato stampa IP/24/1222, 29 febbraio 2024, www.ec.europa.eu

⁷⁸ Commissione europea, *Daily News 29/05/2024*, 29 maggio 2024, www.ec.europa.eu

⁷⁹ R.D. KELEMEN, *Article 7's Place in the EU Rule of Law Toolkit*, cit., p. 25-26.

di cui all'art. 2 TUE in Polonia durante il proprio mandato. Ciò nonostante, analizzare in retrospettiva la vicenda polacca consente di individuare alcuni spunti di riflessione che possono essere rilevanti per informare in termini più generali la lotta al fenomeno cosiddetto della *rule of law backsliding*.

In prima battuta, la pronuncia commentata conferma che la Corte stia raffinando il proprio approccio nel valutare possibili violazioni dei valori di cui all'art. 2 TUE, come emerge dalla capacità di leggere il contesto generale in cui le varie disposizioni nazionali sono inserite, le relazioni che intercorrono tra di esse e i reali obiettivi perseguiti dal legislatore. In questo modo, la Corte ha ribadito che il diritto dell'Unione non ammette tentativi di 'imbavagliare' i giudici nazionali privandoli della capacità di valutare l'indipendenza dei propri colleghi, eventualmente anche sottoponendo quesiti pregiudiziali, e dando così attuazione al diritto dell'Unione in conformità con il principio del primato.

In secondo luogo, la mancata applicazione del nuovo Regolamento sulla condizionalità ha reso evidente come la discrezionalità politica possa giocare un ruolo di prim'ordine nelle scelte legate al suo utilizzo⁸⁰. Al contrario, le pronunce della Corte di giustizia che segnalano ripetuti tentativi di minaccia all'indipendenza della magistratura dovrebbero essere accompagnate dal ricorso al Regolamento sulla condizionalità di cui l'Unione si è dotata e che può contribuire alla promozione del rispetto dei valori di cui all'art. 2 TUE. Questo permetterebbe di aumentare la coerenza delle azioni della Commissione. Non si vuole in questa sede condurre una valutazione dei concreti risultati ottenuti attraverso l'approccio adottato fino ad ora. Si può però notare che le modeste modifiche apportate in Polonia per conformarsi a quanto deciso dalla Corte di giustizia, pur non risolutive, dimostrano la pressante necessità, soprattutto per alcuni Stati membri, di avere accesso ai fondi europei⁸¹. Ciò nonostante, nel caso polacco, le potenzialità derivanti dal Regolamento sulla condizionalità rimangono ad oggi pressoché inesplorate.

⁸⁰ Sul punto, v. A. GRIMALDI, G. GIOIA, *Il senso dello Stato di diritto per l'Unione: l'approvazione del PNRR polacco nelle urgenze della Guerra*, in *Diritti comparati*, 29 giugno 2022.

⁸¹ Alcuni Autori hanno sostenuto che ricorrere alla leva finanziaria sia l'unica soluzione per arginare la crisi dello stato di diritto in corso. Ad es., v. K.L. SCHEPPELE, J. MORIJN, *Frozen. How the EU is Blocking Funds to Hungary and Poland Using a Multitude of Conditionalities*, in *Verfassungsblog*, 4 aprile 2023.

Da ultimo, preme sottolineare come in Polonia l'avvenimento che davvero ha permesso una inversione di tendenza sul fronte dello stato di diritto è stato il cambiamento della *leadership* politica del Paese. La strada da fare per ristabilire e assicurare la completa indipendenza della magistratura dal potere politico è ancora lunga e irta di ostacoli, tra cui figurano innanzitutto quelli relativi alle procedure per l'adozione di atti interni. Questo rende evidente, da un lato, che la volontà del singolo Stato membro è ovviamente un fattore determinante per assicurare la compatibilità con lo stato di diritto. Dall'altro lato, la sfida per l'Unione è ancora aperta, soprattutto in riferimento ad altri contesti nazionali. Particolarmente positivo è il fatto che questa si sia arricchita negli ultimi anni di una serie di strumenti e abbia esplorato diverse modalità di indurre al rispetto di questo valore. Per evitare che questi rimangano lettera morta⁸², è però fondamentale che siano utilizzati in maniera il più possibile sistematica, coerente ed efficace.

⁸² Questo rischio è stato paventato in L. PECH, *The Rule of Law*, cit., p. 337 ss.

La responsabilità per la diffusione *online* di informazioni tra *Artificial Intelligence Act* e DSA

GIANPAOLO MARIA RUOTOLO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il regime di responsabilità dei fornitori nel regime pre-AIA. – 3. Cenni sulla struttura dell'AIA. – 4. Alcune considerazioni sul combinato disposto di AIA e DSA in merito alla responsabilità dei fornitori. – 5. Fornitori o... utenti?

ABSTRACT: Il lavoro mira a chiarire gli effetti prodotti sul regime di diritto dell'Unione europea della responsabilità dei fornitori di condivisione di informazioni online dal combinato disposto di alcune norme dell'approvando regolamento sull'intelligenza artificiale e del *Digital Services Act*.

PAROLE CHIAVE: Intelligenza artificiale – *Digital Services Act* – responsabilità – fornitori di servizi – esenzione – utenti.

1. Premessa

Ci siamo già occupati, su Quaderni di SIDIBlog, della responsabilità dei fornitori di servizi di condivisione online di informazioni caricate dagli utenti¹.

Il quadro giuridico approntato dal *Digital Services Act* (DSA), che avevamo analizzato allora, merita un ulteriore approfondimento dal momento che rischia di esser complicato da alcune previsioni dell'emanando regolamento sull'intelligenza artificiale (*Artificial Intelligence Act*, AIA).

Queste, disciplinando l'uso di strumenti di intelligenza artificiale (IA), già da tempo sfruttati dai fornitori di servizi per filtrare e moderare lo *user generated content*, potrebbero, infatti, comportare l'inapplicabilità dell'esenzione dalla responsabilità dei medesimi fornitori per i contenuti caricati dagli utenti.

* Professore ordinario di diritto internazionale, Università degli Studi di Foggia, gianpaolo.ruotolo@unifg.it.

¹ G.M. RUOTOLO, *Digital Services Act e Digital Markets Act tra responsabilità dei fornitori e rischi di bis* in idem, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2021, p. 221 ss.

Ciò, se per un verso aggraverebbe la loro posizione di garanzia per quanto concerne il rispetto di alcuni diritti (libertà di espressione, diritti della personalità), per altro potrebbe però lasciar loro ampi margini di manovra, e di impatto negativo, su altre posizioni giuridiche, parimenti rilevanti.

Il regime della proposta di AIA attribuisce, infatti, scarsa responsabilità ai cosiddetti 'utenti' di meccanismi di intelligenza artificiale che, in diversi casi, potrebbero però, come vedremo, coincidere proprio con i 'fornitori' di servizi online (i c.d. *providers*).

La situazione descritta, lo diciamo immediatamente, è conseguenza dell'improvvido, a nostro parere, uso dei medesimi termini – ma con portata giuridica diversa – nei due strumenti normativi. Il DSA, infatti, utilizza l'espressione 'fornitore' con riguardo al soggetto che offre servizi di connettività, che per l'AIA è invece un 'utente', mentre il DSA utilizza quest'ultima espressione con riguardo a chi beneficia del servizio di connessione. Per l'AIA, invece, è 'fornitore' colui il quale progetta un sistema di IA.

Un *conundrum* difficile da sbrogliare.

2. Il regime di responsabilità dei fornitori nel regime pre-AIA

Ricordiamo che, come noto, la direttiva sul commercio elettronico², agli articoli 14 e 15, con riferimento ai contenuti caricati dagli utenti sulle piattaforme online, prevedeva che il fornitore del servizio non fosse responsabile delle informazioni così archiviate: l'esenzione in questione non si applicava solo qualora questi, non limitandosi al mero trattamento tecnico e automatico dei dati forniti dal cliente, avesse svolto, sui medesimi, un ruolo attivo e di merito, fornendogli assistenza, ad esempio mirata all'ottimizzazione della presentazione dei contenuti, nonché qualora il fornitore, pur in presenza di forme neutrali del servizio, fosse altrimenti venuto a conoscenza di fatti e circostanze tali da renderlo consapevole dell'illegittimità dell'attività o delle informazioni condivise.

È pure il caso di ricordare, per avere un quadro giuridico più completo, che la direttiva sul diritto d'autore nel mercato unico digitale³, adottata

² Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»).

³ Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

successivamente a quella sul commercio elettronico ma prima del DSA, all'art. 17, par. 3, prevede espressamente che la limitazione di responsabilità di cui abbiamo detto non si applichi nel caso di violazione di diritti di proprietà intellettuale, per il quale, quindi, costui è sempre responsabile, tranne qualora non sorvegli attivamente i contenuti caricati dagli utenti per prevenire la messa in rete di materiali protetti.

Con riguardo a quest'ultima previsione, la Corte di giustizia, con la sentenza del 26 aprile 2022, causa C-401/19, *Polonia/Parlamento e Consiglio*, ha respinto un ricorso della Polonia che era volto a ottenerne l'annullamento per violazione della libertà di espressione e d'informazione garantita dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴.

La stessa Corte, peraltro, si era già pronunciata in più occasioni sulle condizioni di esonero dalla responsabilità dei fornitori, chiarendo come la stessa dovesse applicarsi a coloro che non avessero svolto un ruolo attivo, che gli consentisse di conoscere il contenuto materiale o assumere il controllo dei dati memorizzati; inoltre, la Corte, pur affermando l'inesistenza di un obbligo generalizzato di controllo dei contenuti, aveva pure chiarito che l'esenzione in questione si applicava anche ai responsabili che non giocassero alcun ruolo attivo tale avere conoscenza o controllo sui dati conservati.

Il DSA, recependo la prassi e la normativa pregresse, all'art. 6 («Memorizzazione di informazioni») prevede oggi che il fornitore del servizio non sia responsabile delle informazioni memorizzate su richiesta di un destinatario del servizio medesimo, a condizione che: *a)* non sia effettivamente a conoscenza delle attività o dei contenuti illegali e, per quanto attiene a domande risarcitorie, non sia consapevole di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dei contenuti; oppure *b)* non appena venga a conoscenza di tali attività o contenuti illegali, o divenga consapevole di tali fatti o circostanze, agisca immediatamente per rimuovere i contenuti illegali o per disabilitare l'accesso agli stessi.

L'esenzione in parola non si applica se l'utente del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del fornitore e con riguardo alla responsabilità

⁴ Sulla libertà d'espressione online si vedano P. DE SENA, M. CASTELLANETA, *La libertà di espressione e le norme internazionali, ed europee, prese sul serio: sempre su CasaPound c. Facebook*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2020, p. 391 ss., nonché G.M. RUOTOLO, *A Little Hate, Worldwide! Di libertà d'opinione e discorsi politici d'odio on-line nel diritto internazionale ed europeo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, p. 549 ss.

prevista dalla normativa in materia di protezione dei consumatori per le piattaforme online che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali, a determinate condizioni.

Il successivo art. 7 («Indagini volontarie promosse di propria iniziativa e rispetto degli obblighi normativi»), poi, sancisce che l'esenzione dalla responsabilità non è esclusa neppure quando il fornitore svolga, in buona fede e in modo diligente, indagini volontarie o ponga in essere altre misure volte a individuare, identificare e rimuovere contenuti illegali o a disabilitare l'accesso agli stessi, e l'art. 8 («Assenza di obblighi generali di sorveglianza o di accertamento attivo dei fatti») ci ricorda che ai fornitori di servizi intermediari non è imposto alcun obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano, né di accertare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illegali.

L'esclusione... dell'esclusione della responsabilità di cui all'art. 17, par. 3 della direttiva sul diritto d'autore nel mercato digitale è quindi da leggersi oggi come eccezione alle norme del DSA.

Come pure abbiamo accennato e vedremo meglio subito, però, potrebbe non trattarsi dell'unica eccezione all'esenzione da responsabilità dei prestatori, contemplata dal diritto UE: qualora la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale dovesse essere approvata nel testo attualmente diffuso, infatti, l'uso di strumenti di IA per filtrare i contenuti da parte dei fornitori di servizi online può, infatti, comportare l'inapplicabilità dell'esenzione di responsabilità per i contenuti caricati da terzi.

3. Cenni sulla struttura dell'AIA

L'idea che ispira la proposta di AIA avanzata dalla Commissione è di mitigare i rischi derivanti nell'UE dall'utilizzo dell'IA e, per far ciò, graduarne la disciplina alla luce dei medesimi.

A tal fine la proposta distingue i prodotti di IA che implicano un rischio totale per i diritti fondamentali – quali quelli che utilizzano tecniche subliminali che agiscono senza che una persona ne sia consapevole al fine di distorcere il comportamento in un modo tale da provocare un danno fisico o psicologico, quelli che per i medesimi fini sfruttano le vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età o alla disabilità fisica o mentale, quelli che mirano al *social scoring* per fini 'pubblicitici' e quelli di identificazione biometrica remota in tempo reale in spazi accessibili al pubblico a fini di attività di contrasto, a meno che e nella misura in cui tale uso sia strettamente necessario – i quali sono assolutamente vietati (di cui

al Titolo II), da quelli ad alto rischio (disciplinati dal Titolo III) – i quali sono soggetti a un regime di certificazione e controllo dettagliato, ma non sono ritenuti così pericolosi da dover essere del tutto vietati – a quelli con impatti più contenuti, che la proposta di AIA definisce residualmente ('altri', ai quali si applica il Titolo IV).

È l'art. 6 della proposta che contiene le regole per la classificazione dei sistemi ad alto rischio.

Tra questi, ai sensi dell'Allegato II-A, rientrano i sistemi di IA destinati a essere utilizzati come componenti di sicurezza di un prodotto al quale è applicabile il *New Legislative Framework*⁵ adottato già nel 2008 per migliorare la vigilanza sul mercato interno e potenziare la qualità delle valutazioni di conformità (rientrano in questa categoria, ad esempio, specifici macchinari, giocattoli, dispositivi medici) e, ai sensi dell'allegato II-B, altre categorie di beni regolati da norme UE (come imbarcazioni, veicoli a motore, aeromobili, ecc.). In questo caso, quindi, il diritto UE identifica indirettamente i sistemi di IA ad alto rischio, attraverso l'ambito di applicazione di un quadro giuridico armonizzato ad essi preesistente.

L'Allegato III alla proposta, poi, contempla un elenco tassativo (ma modificabile dalla Commissione mediante atto delegato) di otto nuovi sistemi di IA ritenuti ad alto rischio: quelli applicabili a infrastrutture critiche (si pensi al settore dei trasporti) che potrebbero mettere a rischio la vita e la salute dei cittadini; i sistemi di identificazione biometrica; i sistemi di IA applicati alla formazione scolastica e professionale, idonei a determinare l'accesso degli individui all'istruzione (si pensi al caso di un sistema per il calcolo della votazione a un esame); quelli relativi a occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo (come nel caso di *software* di valutazione dei curricula per fini assunzionali); i sistemi IA applicati a servizi pubblici e privati essenziali (sistemi automatizzati di prestazioni previdenziali; sistemi di *credit scoring* nel settore bancario); sistemi di IA per l'applicazione di norme giuridiche idonei a impattare sui diritti fondamentali delle persone (come nel caso di un calcolo automatizzato del rischio per la concessione del rilascio su cauzione o i c.d. *pre-crime software*); sistemi di gestione della migrazione, dell'asilo e del con-

⁵ Essi si compone del regolamento (CE) 765/2008 che stabilisce i requisiti per l'accreditamento e la vigilanza sul mercato di determinati, della decisione 768/2008 su un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti, che costituisce il modello per la futura legislazione sull'armonizzazione dei prodotti, e del regolamento (UE) 2019/1020 sulla vigilanza del mercato e sulla conformità dei prodotti.

trollo delle frontiere (es. verifica dell'autenticità dei documenti di viaggio; trattamento dei visti); sistemi di IA per l'amministrazione della giustizia e altri processi democratici (ad esempio l'assistenza automatizzata alla redazione delle sentenze). Il Parlamento europeo propone di aggiungere a questo elenco i sistemi di identificazione biometrica remota 'in tempo reale' in spazi accessibili al pubblico e quelli 'post' (ad eccezione di quelli utilizzati dalle forze dell'ordine per il perseguimento di reati gravi e solo previa autorizzazione giudiziaria); i sistemi di classificazione biometrica che utilizzano caratteristiche sensibili (come il genere, l'etnia) e i sistemi di polizia predittiva basati sulla profilazione nonché quelli di riconoscimento delle emozioni nelle forze dell'ordine, nella gestione delle frontiere, sul posto di lavoro e nelle istituzioni educative e, ancora, quelli che implicano l'acquisizione indiscriminata di dati biometrici dai social media o da filmati per creare database di riconoscimento facciale.

4. Alcune considerazioni sul combinato disposto di AIA e DSA in merito alla responsabilità dei fornitori

Con riguardo ai sistemi ad alto rischio (ma, come vedremo, la classificazione è utilizzata anche per gli altri) la proposta IA identifica due categorie di soggetti: i 'fornitori' e gli 'utenti', attribuendo loro oneri e responsabilità ben differenti.

L'art. 3 definisce «fornitore» ogni persona fisica o giuridica, autorità pubblica, agenzia o altro organismo che sviluppi o faccia sviluppare un sistema di IA al fine di immetterlo sul mercato o di metterlo in servizio con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito.

Come si vede, la categoria dei 'fornitori' raggruppa sviluppatori e distributori di sistemi IA, siano essi pubblici o privati – e la tendenziale equiparazione delle due situazioni è caratteristica che accomuna spesso le norme di diritto internazionale e UE applicabili al settore digitale – indipendentemente dal fatto che la fornitura avvenga a titolo oneroso o gratuito.

A questa categoria soggettiva, l'art. 16 del *draft* AIA impone di garantire che i loro sistemi di IA ad alto rischio siano conformi a una serie di standard – la previsione di un sistema di gestione del rischio, di opportuna governance dei dati, la fornitura della necessaria documentazione tecnica, conservare dei registri, il rispetto del principio di trasparenza e la fornitura, quindi, delle necessarie informazioni agli utenti, di garantirne la supervisione umana e accuratezza, robustezza e sicurezza informatica – e di informare le autorità competenti degli Stati membri in cui hanno reso

disponibile o messo in servizio il sistema di IA della sua eventuale non conformità con siffatti standard e di eventuali azioni correttive adottate e, su richiesta delle medesime autorità, di dimostrare la conformità del sistema di IA ad alto rischio con i requisiti imposti dal diritto UE.

Si tratta, quindi, della categoria di soggetti alla quale la proposta assegna la maggior parte del carico di responsabilità della gestione dei sistemi di IA ad alto rischio.

Ma è la categoria di coloro che la bozza AIA definisce ‘utenti’ che, con riguardo alla questione della responsabilità dei ‘fornitori’ di servizi di condivisione delle informazioni online, potrebbe giocare un ruolo chiave: l’art. 3 della proposta, infatti, definisce «utente» di un sistema di IA qualsiasi persona fisica o giuridica, autorità pubblica, agenzia o altro organismo che utilizzi tale sistema sotto la sua autorità, ad esclusione del caso in cui il sistema di IA sia sfruttato nel corso di un’attività personale, non professionale.

Si tratta di una categoria che raggruppa un numero di soggetti molto più ampio della precedente: vi rientreranno tutti quelli che, per la loro attività professionale, utilizzeranno sistemi di IA ad alto rischio come, ad esempio, datori di lavoro, banche, assicurazioni, supermercati, Stati e, anche... i ‘prestatori di servizi intermediari’ nel senso del DSA, qualora le loro attività dovessero rientrare tra quelle considerate ad alto rischio.

Ma fino ad oggi l’attenzione sulle loro responsabilità non è stata particolarmente elevata.

La bozza AIA approntata dalla Commissione regola gli obblighi degli utenti all’art. 29, prevedendo che costoro sono tenuti ad utilizzare il sistema nel rispetto delle ‘istruzioni per l’uso’ del fornitore, monitorarlo e garantire un corretto trattamento dei dati, ma non sono tenuti ad adottare ulteriori misure di analisi dell’impatto del sistema IA che utilizzano sui diritti fondamentali o altri beni giuridici, né ad adottare misure attive per limitare i danni connessi.

Insomma, pare proprio che il *draft* AIA ponga una grande attenzione sulla fase di progettazione dei sistemi di IA (quella di cui sono responsabili i «fornitori») e sottovaluti, al contempo, il contesto in cui essi vengono utilizzati, di competenza, invece, dei suoi ‘utenti’. Sebbene gli obblighi imposti ai fornitori, infatti, potrebbero condurre all’eliminazione di eventuali carenze tecniche, i medesimi appaiono, a nostro giudizio, meno idonei a identificare i rischi ‘applicativi’ dei sistemi, i quali possono esser meglio valutati solo dai loro ‘utenti’.

5. Fornitori o... utenti?

Se poi, i servizi di fornitura di condivisione *online* di informazioni non dovessero rientrare, come a noi pare pure possibile, tra quelli ad alto rischio, sarebbero loro applicabili le norme di cui al Titolo IV dell'AIA.

L'art. 52 («Obblighi di trasparenza per determinati sistemi di IA»), infatti, prevede che «i fornitori garantiscono che i sistemi di IA destinati a interagire con le persone fisiche siano progettati e sviluppati in modo tale che le persone fisiche siano informate del fatto di stare interagendo con un sistema di IA, a meno che ciò non risulti evidente dalle circostanze e dal contesto di utilizzo», contemplando oneri specifici di trasparenza in merito al funzionamento a carico degli 'utenti' solo con riguardo ai sistemi di riconoscimento delle emozioni, di categorizzazione biometrica, e a quelli che generano o manipolano immagini o contenuti audio o video che assomigliano notevolmente a persone, oggetti, luoghi o altre entità o eventi esistenti e che potrebbero apparire falsamente autentici o veritieri, i c.d. *deep fake*. È il caso di chiarire, però, che, ai sensi del par. 4 del medesimo art. 52, anche a tali sistemi si applicano i requisiti e gli obblighi di cui al Titolo III, che abbiamo visto essere applicabili ai sistemi ad altro rischio.

In questo contesto normativo, quindi, un fornitore di servizi di condivisione che utilizzi l'IA per filtrare i contenuti – ad esempio un *social network* come Facebook, che già oggi fa ampio uso dell'intelligenza artificiale – potrebbe rientrare nella categoria degli 'utenti' ai sensi dell'AIA con la conseguenza di vedersi aggravata la posizione di garanzia per la violazione dei diritti di terzi da parte dei suoi utenti, dal momento che, con ogni probabilità non potrebbe invocare l'esenzione dalla responsabilità di cui al DSA in quanto ignaro del contenuto delle informazioni caricate sulle sue piattaforme proprio in quanti filtrate da strumenti di intelligenza artificiale.

Tuttavia, se ci si sposta nel contesto del regime delineato dal *draft* AIA, una posizione di minore responsabilità è ivi contemplata proprio per gli 'utenti' dei meccanismi di intelligenza artificiale – i quali potrebbero coincidere proprio con i 'fornitori DSA' che non siano produttori in proprio dei sistemi di IA che utilizzano, caso in cui rientrerebbero nella categoria dei 'fornitori AIA' – rispetto alle violazioni di altri diritti fondamentali. E non è un caso che il progresso della procedura legislativa per l'AIA abbia incrementato l'attività di lobbying degli operatori di IA: un rapporto pubblicato

il 23 febbraio 2023 dal *Corporate Europe Observatory*⁶ ha mostrato come diverse aziende tecnologiche si siano attivate per influenzare il legislatore europeo nel senso di alleggerire il carico di oneri gravante sugli utenti, ad esempio, spostando l'approccio da forme di etero a forme di autovalutazione. Il Parlamento europeo, dal canto suo, ha proposto modifiche nel senso di richiedere proprio agli utenti di sistemi ad alto rischio di condurre almeno una valutazione d'impatto delle specifiche forme di IA utilizzate sui diritti fondamentali, proprio al fine di rafforzarne la posizione di garanzia.

⁶ Corporate Europe Observatory, *The Lobbying Ghost in the Machine – Big Tech's covert defanging of Europe's AI Act*, February 2023.

La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra Stati membri: un quadro d'insieme in vista dei possibili sviluppi nella sua adozione

DILETTA DANIELI*

SOMMARIO: 1. Introduzione: il contesto legislativo e giurisprudenziale di rilievo in materia di filiazione *cross-border*. – 2. I principali profili della disciplina contenuta nella proposta di regolamento. – 3. *Segue*. Il certificato europeo di filiazione. – 4. Considerazioni conclusive: alcuni rilievi critici e uno sguardo alla prosecuzione dell'*iter* legislativo.

ABSTRACT: Il contributo fornisce un quadro della disciplina contenuta nella proposta di regolamento, adottata dalla Commissione europea in data 7 dicembre 2022, volta ad introdurre un regime uniforme di diritto internazionale privato per il riconoscimento della filiazione all'interno dell'Unione. Dopo aver introdotto gli elementi di contesto, a livello legislativo e giurisprudenziale, in cui tale proposta si inserisce, sono esaminate le principali previsioni in materia di giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento di decisioni e atti pubblici, nonché quelle dedicate al certificato europeo di filiazione. Lo scritto si conclude con osservazioni critiche rispetto ad alcune scelte legislative compiute nella proposta, dando altresì atto della prosecuzione del negoziato per la sua adozione.

PAROLE CHIAVE: filiazione – proposta di regolamento europeo – riconoscimento – *status* personali e familiari – libera circolazione – diritti fondamentali.

1. Introduzione: il contesto legislativo e giurisprudenziale di rilievo in materia di filiazione *cross-border*

La continuità degli *status* personali e familiari in situazioni transfrontaliere solleva questioni giuridiche complesse e in costante evoluzione, la cui risoluzione richiede di tutelare, primariamente, i diritti fondamentali degli individui coinvolti e, al contempo, di operare un necessario bilanciamento con i valori e principi costitutivi di ciascun ordinamento nazionale. Se declinata all'interno dello spazio giudiziario europeo, tale tematica si pone

altresì al crocevia tra competenze dell'Unione e settori riservati alla sovranità degli Stati membri¹.

Nel quadro di questa più ampia prospettiva, l'attenzione si concentra in particolare sullo *status filiationis* in quanto oggetto di una proposta di regolamento² (in seguito, proposta), presentata dalla Commissione europea il 7 dicembre 2022, volta ad introdurre un regime uniforme in materia di giurisdizione e legge applicabile alla filiazione caratterizzata da elementi di estraneità, nonché di riconoscimento delle decisioni e di accettazione degli atti pubblici in tale ambito, cui si aggiunge la creazione di un certificato europeo di filiazione, a carattere facoltativo. La proposta è stata

* Professoressa associata di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Verona, diletta.danieli@univr.it.

¹ In generale sull'argomento si rinvia, *ex multis*, a R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, in *Recueil des cours*, 2011, p. 253 ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 49 ss.; F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, in *Recueil des cours*, 2019, p. 9 ss.; F. BUONOMENNA, *Riflessioni sull'evoluzione degli status familiari tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e quella della Corte di giustizia*, in A. DI STASI, L.S. ROSSI (a cura di), *Lo spazio di libertà sicurezza e giustizia. A vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere*, Napoli, 2020, p. 257 ss.; F. DEANA, *Rapporti e status familiari nel diritto dell'Unione europea. Tra mutuo riconoscimento e salvaguardia dei particolarismi nazionali*, Torino, 2020; S. MARINO, *L'identità personale alla prova delle libertà di circolazione*, in *Eurojus*, 2020, p. 173 ss.; M.C. BARUFFI, *Cittadinanza dell'Unione e maternità surrogata nella prospettiva del mercato interno alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in F. PESCE (a cura di), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, 2022, p. 13 ss.; M.C. BARUFFI, *La circolazione degli status familiari e l'acquisto della cittadinanza nazionale nel rispetto del diritto dell'Unione europea*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023, p. 347 ss.; nonché allo studio di A. TRYFONIDOU, R. WINTEMUTE, *Obstacles to the Free Movement of Rainbow Families in the EU*, PE 671.505, March 2021.

² Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, COM(2022)695 final, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu. Per alcune riflessioni a prima lettura, v. L. CARPANETO, *Filiazione, circolazione degli status e diritto internazionale privato: la nuova proposta di regolamento UE e orizzonti di sviluppo*, in *Aldricus*, 9 gennaio 2023; H. LUKU, *European Commission Proposal for a Regulation on Private International Law Rules Relating to Parenthood*, in *Conflict-of-Laws.net*, 16 December 2022; per un'analisi più estesa, cfr. M.C. BARUFFI, *La proposta di Regolamento UE sulla filiazione: un superamento dei diritti derivanti dalla libera circolazione*, in *Famiglia e diritto*, 2023, p. 535 ss.; E.M. MAGRONE, *Un nuovo tassello verso il mutuo riconoscimento delle situazioni familiari: la proposta di regolamento UE in materia di filiazione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2023, p. 101 ss.; A. TRYFONIDOU, *Cross-Border Legal Recognition of Parenthood in the EU*, PE 746.632, April 2023.

preceduta da ampi lavori preparatori³ e si prefigge il principale obiettivo di garantire effettività alla tutela dei diritti fondamentali e degli altri diritti dei figli, che possono essere pregiudicati in caso di mancato (o parziale) riconoscimento della filiazione tra Stati membri, nonché, ulteriormente, di assicurare certezza e prevedibilità della normativa applicabile e di ridurre gli oneri finanziari e giuridici che insorgono nei procedimenti di riconoscimento.

La misura legislativa proposta, annunciata nel discorso sullo stato dell'Unione del 2020⁴ e poi inclusa tra le priorità della strategia dell'UE per l'uguaglianza LGBTIQ, dello stesso anno⁵, e di quella sui diritti dei minori del 2021⁶, si inserisce su un piano di continuità nel quadro delle iniziative politiche, anche di altre istituzioni europee, che, già in tempi più risalenti, hanno evidenziato l'opportunità di un intervento finalizzato al riconoscimento, tra gli Stati membri dell'Unione, degli effetti connessi agli atti di stato civile, tra cui quelli relativi alla nascita, alla filiazione e all'adozione⁷.

Fino a questo momento, tuttavia, la materia della filiazione, quale aspetto rientrante nell'ambito dello stato civile che rimane di competenza degli Stati membri con il limite del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento europeo⁸, è stata esclusa dai rispettivi campi di applicazione degli strumenti di cooperazione giudiziaria adottati nel settore del

³ Consultabili nella pagina dedicata all'iniziativa legislativa nel sito www.ec.europa.eu; si vedano anche gli esiti delle riflessioni condotte dall'*Expert Group on the recognition of parenthood between Member States*, istituito dalla Commissione nel 2021, reperibili sul sito www.ec.europa.eu.

⁴ Discorso sullo stato dell'Unione 2020 pronunciato dalla Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen il 16 settembre 2020 dinanzi al Parlamento europeo riunito in sessione plenaria, reperibile sul sito www.state-of-the-union.ec.europa.eu

⁵ Comunicazione della Commissione, Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025, COM(2020)698 final, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu

⁶ Comunicazione della Commissione, Strategia dell'UE sui diritti dei minori, COM(2021)142 final, reperibile sul sito www.eur-lex.europa.eu

⁷ Cfr., ancora nel 2010, il programma di Stoccolma del Consiglio europeo, Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, e relativo piano d'azione della Commissione, COM(2010)171 def., nonché il libro verde dal titolo *Meno adempimenti amministrativi per i cittadini*, COM(2010)747 def., entrambi reperibili sul sito www.eur-lex.europa.eu; nel 2017, la risoluzione del Parlamento europeo recante raccomandazioni alla Commissione sugli aspetti transfrontalieri delle adozioni, 2015/2086(INL), reperibile sul sito www.europarl.europa.eu

⁸ Secondo il consolidato orientamento della Corte di giustizia: cfr., tra le altre, CGUE, sentenze del 1° aprile 2008, C-267/06, *Tadao Maruko*; del 12 maggio 2011, C-391/09, *Vardyn*; dell'8 giugno 2017, C-541/15, *Freitag*.

diritto di famiglia transnazionale sulla base giuridica dell'art. 81, par. 3, TFUE. Sotto altro aspetto, invece, il regolamento (UE) 2016/1191⁹ ha previsto una semplificazione delle formalità amministrative per la circolazione, tra gli Stati membri dell'Unione, di alcuni documenti pubblici e relative copie autentiche, tra cui sono compresi quelli concernenti la nascita, la filiazione e l'adozione, fondandosi sulla diversa base giuridica dell'art. 21, par. 2, TFUE e intervenendo limitatamente al profilo dell'autenticità degli stessi, non degli effetti delle situazioni giuridiche in essi attestati¹⁰.

La nuova proposta di regolamento intende integrare la legislazione dell'Unione attualmente esistente introducendo, in forza del già citato art. 81, par. 3, TFUE, una normativa internazionalprivatistica a carattere completo, che stabilisca norme comuni sulla competenza e legge applicabile per l'accertamento, in uno Stato membro, della filiazione in situazioni transfrontaliere, e sul riconoscimento e/o accettazione, tra Stati membri, delle decisioni giudiziarie e degli atti pubblici in materia di filiazione, istituendo altresì il certificato europeo di filiazione (così l'art. 1 della proposta, che ne definisce l'oggetto). In questo modo, da un lato, il futuro atto potrebbe affiancarsi ai regolamenti di cooperazione giudiziaria negli ambiti del diritto di famiglia e delle successioni con disposizioni che disciplinano la filiazione quale questione preliminare rispetto a tali materie (v. considerando 29 della proposta) e, dall'altro lato, permetterebbe la circolazione degli atti pubblici relativi alla filiazione anche per quanto riguarda il riconoscimento dei relativi effetti, senza pregiudicare il regolamento sui documenti pubblici sopra citato il quale continuerebbe ad applicarsi per i soli aspetti da esso governati (v. art. 2, par. 2 della proposta e considerando 15, che fa in particolare riferimento alla presentazione di copie auten-

⁹ Regolamento (UE) 2016/1191 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012. Per un'analisi più ampia dello strumento, anche in connessione con i diritti di libera circolazione e soggiorno nell'UE e con i regolamenti adottati nel settore della cooperazione giudiziaria civile, si rinvia ai contributi apparsi in *Papers di diritto europeo*, 2023, numero speciale.

¹⁰ Come stabilisce l'art. 2, par. 4 del regolamento 2016/1191. Sull'ambito di applicazione di tale atto, cfr. A. VETTOREL, *La circolazione dei documenti pubblici stranieri dopo il regolamento (UE) n. 2016/1191*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 1060 ss., spec. p. 1067-1070; sia consentito un rinvio anche a D. DANIELI, C. PERARO, *L'applicazione del regolamento UE sui documenti pubblici e i suoi possibili sviluppi futuri*, in *Papers di diritto europeo*, 2022, n. 2, p. 57 ss.

tiche e il ricorso, da parte delle autorità degli Stati membri, al sistema di informazione del mercato interno – IMI).

A livello giurisprudenziale, la questione del riconoscimento del rapporto di filiazione (legalmente) accertato in uno Stato membro UE è già stata affrontata dalla Corte di giustizia nel noto caso *V.M.A.*¹¹ (conosciuta anche come *Pancharevo*), nella diversa prospettiva dell'esercizio dei diritti conferiti dalla cittadinanza europea, in particolare quello di libera circolazione e soggiorno all'interno dell'Unione.

In questo ambito, la Corte si è peraltro mossa nel solco di una precedente giurisprudenza elaborata con riferimento alle conseguenze, derivanti dalla cittadinanza dell'Unione, sulla circolazione degli *status* personali e familiari¹², attraverso cui è stata progressivamente garantita effettività alle posizioni giuridiche nascenti dagli artt. 20-21 TFUE e dalla direttiva 2004/38/CE¹³. Nel caso *V.M.A.*, però, la Corte è stata per la prima volta chiamata a pronunciarsi su una fattispecie concernente lo *status filiationis* di una minore, nata in Spagna da una coppia omogenitoriale (una cittadina britannica e una cittadina bulgara) mediante fecondazione eterologa consentita secondo la legislazione nazionale. L'atto di nascita della minore, formato dalle autorità spagnole attestando la maternità di entrambe le donne, non era stato riconosciuto in Bulgaria al fine di registrare la nascita della minore quale cittadina di quello Stato membro, e al fine

¹¹ CGUE, sentenza del 14 dicembre 2021, C-490/20, *V.M.A.* Per un'analisi più approfondita della decisione, si rinvia a M.C. BARUFFI, *Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso e la libera circolazione delle persone nell'Unione europea*, in *Famiglia e diritto*, 2022, p. 1093 ss.; O. FERACI, *Il riconoscimento «funzionalmente orientato» dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 564 ss.; M. GRASSI, *Riconoscimento del rapporto di filiazione omogenitoriale e libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, p. 591 ss.; F. MAOLI, *La sentenza Pancharevo della Corte di giustizia UE sul riconoscimento del rapporto di filiazione e diritti connessi alla cittadinanza europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 555 ss.; A. TRYFONIDOU, *The ECJ Recognises the Right of Rainbow Families to Move Freely Between EU Member States: The VMA Ruling*, in *European Law Review*, 2022, p. 534 ss.

¹² Limitando il richiamo ad alcune tra le pronunce più recenti e rilevanti per il tema in esame, cfr. CGUE, sentenze del 5 giugno 2018, C-673/16, *Coman*; e del 26 marzo 2019, C-129/18, *SM*.

¹³ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

di rilasciare un documento di identità, necessario per il successivo esercizio della circolazione e soggiorno nell'Unione. Argomentando, più precisamente, sulla base dei principi già espressi nella decisione *Coman*, riguardante la diversa ipotesi di un matrimonio *same-sex* di cui è stato imposto il riconoscimento, seppur trattandosi di un istituto non previsto nell'ordinamento dello Stato membro del foro, per permettere il rispetto dei diritti discendenti dalla cittadinanza europea¹⁴, il giudice dell'Unione ha ritenuto sussistente l'obbligo, tanto per lo Stato membro di cittadinanza della minore quanto per ogni altro paese UE, di riconoscere il rapporto di filiazione come attestato nell'atto di nascita emesso dalle autorità di uno Stato membro ai (soli) fini di consentire al minore di circolare e soggiornare liberamente, con ciascun genitore, nel territorio europeo ai sensi dall'art. 21, par. 1, TFUE, e di esercitare gli ulteriori diritti connessi. L'obbligo così affermato in forza della sentenza *V.M.A.* (definito in dottrina come «funzionalmente orientato»)¹⁵ non impone, invece, agli Stati membri il riconoscimento dello *status* familiare a fini diversi dall'esercizio del diritto di circolazione e soggiorno (quali, ad esempio, con specifico riferimento ad un minore, le questioni riguardanti l'affidamento, o, più in generale, le questioni relative ad obbligazioni alimentari, successioni, sicurezza e previdenza sociale), né, tantomeno, richiede alcuna modifica della normativa nazionale in materia di diritto di famiglia e di stato civile¹⁶.

Anche rispetto alla giurisprudenza appena richiamata in sintesi, la proposta di regolamento si pone, sotto un primo profilo, in una posizione di non interferenza, chiarita dall'art. 2, par. 1, quanto al godimento dei diritti in materia di libera circolazione e soggiorno conferiti dall'ordinamento UE a soggetti legati da un rapporto di filiazione. Per

¹⁴ Con riferimento a tale profilo della sentenza *Coman*, v. *amplius* G. ROSSOLILLO, *Corte di giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso Coman*, in *SIDIBlog*, 8 luglio 2018; M. GRASSI, *Sul riconoscimento dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso: il caso Coman*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, p. 739 ss., spec. p. 755-761; D. KOCHENOV, U. BELAVUSAU, *Same-Sex Spouses: More free movement, but what about marriage? Coman*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 227 ss., spec. p. 233-236.

¹⁵ Così O. FERACI, *Il riconoscimento «funzionalmente orientato» dello status di un minore*, cit., p. 571; analogamente, J. MEEUSEN, *Functional recognition of same-sex parenthood for the benefit of mobile Union citizens – Brief comments on the CJEU's Pancharevo judgment*, in *GEDIP/EGPIL*.

¹⁶ Lo stesso approccio è stato seguito in un successivo caso avente elementi fattuali non dissimili dal precedente *V.M.A.*: cfr. CGUE, sentenza del 24 giugno 2022, C-2/21, *Rzecznicz Praw Obywatelskich*.

l'esercizio di tali diritti, infatti, la prova dell'esistenza del rapporto può essere prodotta con qualsiasi mezzo e non è richiesta l'esibizione degli attestati che accompagnano le decisioni giudiziarie o gli atti pubblici in materia¹⁷, né del certificato europeo di filiazione¹⁸, pur essendo comunque possibile in via facoltativa, a scelta del richiedente (così il considerando 14). Sotto un secondo profilo, si può cogliere l'aspetto diverso su cui la proposta è, invece, in grado di incidere, vale a dire la circolazione «a tutti gli effetti» dello *status filiationis* all'interno dell'Unione (come evidenziano i considerando 10-11), permettendo così ai figli (e ai genitori) di esercitare pienamente i diritti derivanti dalla filiazione, accertata in uno Stato membro, ai sensi del diritto nazionale¹⁹.

A conclusione di tale premessa, è altresì opportuno un cenno al progetto *Parentage/Surrogacy*²⁰ della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato (HCCH), avviato già nel 2010, che ha vissuto una fase di lavori maggiormente intensi a partire dal 2015 con l'istituzione di un *Experts' Group* fino alla pubblicazione, a novembre 2022, del *Final Report: The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage*²¹. In esso, sono confluite le proposte dell'*Experts' Group* quanto alle possibili opzioni legislative per la creazione di due distinti strumenti a carattere vincolante: il primo volto ad introdurre una disciplina di diritto internazionale privato in materia di filiazione, in generale, e il secondo (nella forma di un protocollo separato) relativo alla filiazione costituita tramite accordi internazionali di maternità surrogata. Il documento finale è stato presentato alla riunione del *Council on General Affairs and Policy* dell'HCCH tenutasi a marzo 2023, che ha dato mandato di istituire un *Working Group* sui profili internazionalprivatistici inerenti alla filiazione in generale²², con il compito di valutare la possibilità di elaborare, in pri-

¹⁷ Cfr. le intestazioni degli allegati da I a III della proposta.

¹⁸ Cfr. l'intestazione dell'allegato V della proposta.

¹⁹ Sulle connessioni tra la proposta di regolamento e l'esercizio dei diritti di libera circolazione nell'Unione, cfr. S. MARINAI, *La proposta di regolamento in materia di filiazione e la sua incidenza sulla libertà di circolazione delle persone nell'Unione europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, p. 26-45.

²⁰ Su cui v. la pagina dedicata nel sito www.hcch.net. In dottrina, v. L. CARPANETO, *The Hague Conference of Private International Law's "parentage/surrogacy" project*, in *The European Legal Forum*, 2024, p. 34-39.

²¹ Reperibile sul sito www.assets.hcch.net.

²² In questo senso, cfr. *Council on General Affairs and Policy, Conclusions & Decisions*, March 2023, parr. 3-8, reperibile sul sito www.assets.hcch.net.

ma battuta, un unico strumento giuridico in questo ambito²³. Tale progetto condivide con la proposta di regolamento UE i medesimi obiettivi di garantire certezza e continuità ai rapporti di filiazione in situazioni transfrontaliere; tuttavia, essendo collocato nel diverso contesto della Conferenza dell'Aja, istituita con il precipuo fine di realizzare una progressiva unificazione delle norme di diritto internazionale privato, appare più complesso il bilanciamento con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti a cui, come detto, è invece attribuita centralità nell'atto proposto a livello europeo. In ogni caso, sarà interessante seguire anche in prospettiva 'parallela' i futuri sviluppi delle due iniziative legislative.

2. I principali profili della disciplina contenuta nella proposta di regolamento

Analizzando, in via preliminare, l'ambito di applicazione della proposta in esame, l'art. 3 include la «materia civile della filiazione in situazioni transfrontaliere», come anticipato, ed esclude, invece, una serie di materie che trovano la relativa disciplina in altre fonti del diritto dell'Unione (ad esempio, la responsabilità genitoriale, le obbligazioni alimentari, le successioni) o del diritto internazionale (come l'adozione internazionale, regolata dalla Convenzione dell'Aja del 1993²⁴), o, ancora, che rimangono di competenza degli Stati membri (tra cui le questioni inerenti all'esistenza, validità e riconoscimento del matrimonio, la capacità giuridica delle persone fisiche, l'emancipazione, la cittadinanza, l'iscrizione della filiazione nei registri nazionali). Quanto al profilo territoriale, si precisa che il regolamento proposto non riguarda il riconoscimento delle decisioni giudiziarie o degli atti pubblici di accertamento della filiazione emessi in uno Stato terzo, né l'accettazione degli atti pubblici aventi efficacia probatoria della filiazione redatti o registrati in uno Stato terzo²⁵. In questi casi, trova ap-

²³ Il neo-costituito *Working Group* ha sinora tenuto due riunioni, rispettivamente a novembre 2023 (report reperibile sul sito www.assets.hcch.net) e ad aprile 2024 (report reperibile sul sito www.assets.hcch.net), discutendo i possibili contenuti delle norme finalizzate al riconoscimento della filiazione accertata tramite decisioni giudiziarie e atti pubblici, e di clausole di salvaguardia.

²⁴ Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption, elaborata in seno alla Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato.

²⁵ Art. 3, par. 3, della proposta. In merito, emergono tuttavia possibili profili di criticità illustrati *infra*, par. 4. Per una trattazione più ampia dei profili di rilevanza, ai fini

plicazione il diritto nazionale di ciascuno Stato membro, come ricordato dal considerando 32.

Per assicurare uniformità interpretativa alle disposizioni della proposta, come accade di frequente negli atti di diritto derivato, l'art. 4 aggiunge un elenco di definizioni, tra cui appare interessante richiamare quelle specificamente collegate all'oggetto dell'atto, come la nozione di «filiazione» quale rapporto intercorrente per legge tra genitore e figlio, quella di «figlio» inteso come qualunque persona, a prescindere dall'età, di cui debba essere accertata, riconosciuta o provata la filiazione, e quella di «accertamento della filiazione» con cui si fa riferimento alla determinazione per legge del rapporto tra figlio e genitore (compreso il caso di contestazione di una filiazione già accertata). Alla luce di queste norme generali, si evince che, ai fini dell'applicazione della proposta di regolamento, i rapporti tra genitori e figli possono essere di filiazione biologica, genetica, adottiva (legittimante e non legittimante) o per effetto di legge, a condizione che sia accertata in uno Stato membro, e indipendentemente (i) dalle modalità in cui il figlio è stato concepito o è nato (ivi incluse, quindi, le ipotesi di fecondazione assistita e di surrogazione di maternità), (ii) dalla situazione personale del genitore (che può essere un genitore – legale o intenzionale – singolo, oppure in una coppia di fatto, registrata o sposata), (iii) dall'età del figlio (minore o adulto, anche deceduto o non ancora nato) e (iv) dalla cittadinanza del/dei genitore/i e del figlio²⁶. La filiazione così intesa dal futuro regolamento risulta pertanto definita in termini sostanzialmente 'neutri' con riguardo tanto al concepimento del figlio quanto al modello di famiglia da cui egli proviene, in forza della scelta politica compiuta dalla Commissione²⁷. Ciò si discosta chiaramente da quanto verificatosi in altri strumenti di cooperazione giudiziaria civile in materia familiare – in par-

dell'applicazione del futuro regolamento, di elementi di collegamento che il rapporto di filiazione può presentare con Stati terzi, sia consentito il rinvio a D. DANIELI, *"Third-State connections" in the proposal for an EU regulation on parenthood: more than a regime of circulation of the status between Member States?*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, p. 1387 ss.; v. anche T. EL HAJ, *I rapporti tra la disciplina contenuta nella proposta di regolamento in materia di filiazione e gli ordinamenti dei paesi terzi*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 2, p. 163-175.

²⁶ Su tutti gli aspetti menzionati, si vedano i chiarimenti forniti dai considerando 21, 24 e 26 della proposta.

²⁷ Cfr. relazione alla proposta, p. 3.

ticolare il regolamento (UE) 2019/1111²⁸ e il regolamento (UE) 1259/2010²⁹ – che, non disciplinando le nozioni di «matrimonio» e di «coniuge», hanno dato luogo ad incertezze interpretative oscillanti tra l'individuazione di una definizione autonoma e il rinvio ai corrispondenti istituti delineati dagli ordinamenti interni degli Stati membri, con conseguente applicabilità variabile delle fonti di diritto dell'Unione³⁰.

Per quanto riguarda i profili propriamente internazionalprivatistici, in punto di competenza sull'accertamento della filiazione a carattere transfrontaliero³¹ la proposta contiene, innanzitutto, una serie di titoli generali di giurisdizione, tra loro alternativi e ispirati al comune principio di prossimità tra l'autorità giurisdizionale e il figlio di cui si tratta, che fanno riferimento allo Stato membro di residenza abituale o di cittadinanza del figlio o dei genitori, nonché di residenza abituale del convenuto o di nascita del figlio (art. 6). Seguono ulteriori criteri che vengono in rilievo laddove non siano applicabili quelli generali, i quali risultano variamente tratti dalle disposizioni di altri strumenti di cooperazione giudiziaria in materia di famiglia: la competenza fondata sulla presenza del figlio (art. 7), che può venire in gioco in particolare per i cittadini di paesi terzi, la competenza residua determinata dal diritto nazionale (art. 8), entrambe già presenti nella disciplina della responsabilità genitoriale del regolamento 2019/1111, e, infine, il *forum necessitatis* (art. 9). Quest'ultimo titolo sarebbe chiamato a operare nel caso in cui sia impossibile la trattazione di un procedimento in uno Stato terzo con cui la controversia sulla filiazione sia strettamente connessa. È, inoltre, significativo notare come la proposta di regolamento si conformi all'*acquis* del regolamento 2019/1111 riaffermando, in relazione all'accertamento della filiazione, il diritto del figlio,

²⁸ Regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione).

²⁹ Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale.

³⁰ In argomento v., più ampiamente, F. PESCE, *La nozione di «matrimonio»: diritto internazionale privato e diritto materiale a confronto*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, p. 777 ss.

³¹ Sulle regole di giurisdizione contenute nella proposta di regolamento, si vedano anche F. MARONGIU BUONAIUTI, *La disciplina della giurisdizione nella proposta di regolamento europeo in materia di filiazione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, p. 46-68; I. QUEIROLO, *The Proposed EU Regulation on Parenthood: A critical Overview of the Rules on Jurisdiction*, in *The European Legal Forum*, 2024, p. 1-5.

minore di diciotto anni e capace di discernimento, di esprimere la propria opinione e il corrispondente obbligo dell'autorità giurisdizionale competente di tenere tale posizione in debito conto (art. 15).

Rispetto alla legge applicabile³², l'art. 17 della proposta valorizza, in via principale, il criterio di collegamento della residenza abituale di colei che partorisce, da stabilire al momento della nascita, che dovrebbe permettere l'individuazione del diritto sostanziale rilevante nella maggior parte dei casi, anche laddove si tratti della filiazione di un soggetto la cui residenza abituale potrebbe risultare difficile da determinare³³. Solo qualora non sia possibile stabilire la residenza abituale della madre, è previsto il ricorso alla legge dello Stato di nascita del figlio. In via ulteriormente eccezionale, laddove la legge così individuata conduca all'accertamento della filiazione nei confronti di un solo genitore, il par. 2 dell'art. 17 introduce due norme di conflitto sussidiarie (che portano all'applicazione, alternativamente, della legge dello Stato di cittadinanza di uno dei genitori o della legge dello Stato di nascita del figlio) al fine di accertare il rapporto di filiazione anche in capo al secondo genitore (ipotesi che può avere particolare rilevanza con riferimento al genitore non genetico in una coppia *same-sex*). Quanto all'eventuale modifica della legge applicabile quale conseguenza di mutamenti incidenti sui criteri di collegamento, si precisa che essa non è tale da inficiare la filiazione già accertata in uno Stato membro sulla base del (futuro) regolamento (art. 19). L'ambito della legge applicabile è invece chiarito dall'art. 18 della proposta come comprendente non solo le procedure di accertamento o contestazione della filiazione, la relativa legittimazione ad agire e i termini, ma anche «gli effetti giuridici vincolanti e/o l'efficacia probatoria degli atti pubblici» in materia, al fine di facilitarne il riconoscimento e/o l'accettazione.

Anche in questo contesto, sono poi riproposte norme di tenore simile a quelle precedentemente adottate in altri regolamenti nel settore della cooperazione giudiziaria civile per quanto riguarda, ad esempio, il carattere universale della legge designata come applicabile (art. 16), l'esclusione del rinvio (art. 21) e la possibilità di invocare l'eccezione di

³² In merito alla quale, cfr. altresì C. GRIECO, *La disciplina della legge applicabile nella proposta di regolamento in materia di filiazione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, p. 69-93; F. PESCE, *The Law Applicable to Parenthood in the European Commission's Regulation Proposal*, in *The European Legal Forum*, 2024, p. 6-10.

³³ Ad esempio, nel caso di un neonato, come specificato dal considerando 51 della proposta.

ordine pubblico per giustificare la disapplicazione di determinate disposizioni della legge straniera, sempre nel rispetto dei diritti e principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 22). A differenza delle scelte frequentemente operate negli strumenti adottati sulla base giuridica dell'art. 81 TFUE, si può tuttavia rilevare come non risulti perseguita, in via prioritaria, la tendenziale ricerca della coincidenza tra *forum* e *ius*. Il regime delineato dalla proposta è infatti strutturato, per quanto riguarda la legge applicabile, sul criterio di collegamento principale della residenza abituale di colei che partorisce e che, almeno nelle situazioni più tipiche, dovrebbe essere lo Stato di nascita, il quale, declinato in materia di giurisdizione, è invece solo uno dei titoli alternativi che concorre con gli altri elencati all'art. 6 al fine di agevolare l'accesso alla giustizia in uno Stato membro.

La questione del riconoscimento del rapporto di filiazione, che costituisce l'aspetto forse più rilevante dell'operatività concreta della proposta di regolamento, è disciplinata distinguendo tre regimi applicabili, rispettivamente, alle decisioni giudiziarie, agli atti pubblici produttivi di effetti giuridici vincolanti e agli atti pubblici privi di efficacia vincolante³⁴. In via preliminare, è utile richiamare la nozione autonoma di «atto pubblico» di cui all'art. 4 della proposta, che individua un documento redatto o registrato come tale in uno Stato membro e la cui autenticità riguardi la firma e il contenuto dell'atto e sia attestata da un'autorità pubblica, o altra autorizzata dallo Stato membro di origine. L'eterogeneità di sistemi e legislazioni, esistenti a livello nazionale, in materia di filiazione ha comportato l'individuazione delle suddette categorie di atti pubblici, a seconda che accertino la filiazione con efficacia vincolante nello Stato membro di origine, come nel caso di un atto notarile di adozione o una decisione amministrativa di accertamento del rapporto a seguito del riconoscimento della paternità (v. considerando 59 della proposta), oppure che comprovino soltanto la filiazione già accertata, come è il caso di un certificato di nascita o di filiazione, o un estratto dell'atto di nascita del registro dello stato civile, o, ancora, che si comprovino altri fatti, come può accadere per un atto notarile o amministrativo che attesta il consenso della madre o del figlio

³⁴ Sull'argomento, per ulteriori approfondimenti si rinvia a G. BIAGIONI, *La circolazione delle decisioni e degli atti pubblici nella proposta di regolamento in materia di filiazione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, p. 94-116; S. DOMINELLI, *Recognition of Decisions and Acceptance of Authentic Instruments in Matters of Parenthood under the Commission's 2022 Proposal*, in *The European Legal Forum*, 2024, p. 11-25.

all'accertamento della filiazione, o il consenso del coniuge al ricorso a tecniche di riproduzione assistita (così il considerando 68). Ciò ha inciso sul diverso trattamento, in sede di riconoscimento, riservato alla sola categoria degli atti pubblici aventi effetti giuridici vincolanti che è stato mutuato, in sostanza, da quello applicabile alle decisioni giudiziarie. Al contrario, per gli atti pubblici aventi solo efficacia probatoria nello Stato membro di origine è previsto il diverso concetto di «accettazione»³⁵, già introdotto nel regolamento n. 650/2012³⁶ in materia successoria e poi riproposto nei due regolamenti (UE) 2016/1103³⁷ e 2016/1104³⁸ sui regimi patrimoniali tra coniugi e sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate.

In sintesi, il riconoscimento, tra Stati membri, delle decisioni giudiziarie e degli atti pubblici che accertano la filiazione con efficacia vincolante (i quali devono essere formati in uno Stato membro che sia competente ai sensi del regolamento, stante la loro equiparazione ai provvedimenti emanati dalle autorità giurisdizionali) è ispirato al principio della fiducia reciproca ed è regolato su base automatica, senza che sia necessario il ricorso a procedure particolari nemmeno per quanto riguarda l'aggiornamento dei registri di stato civile (artt. 24 e 36 della proposta). Anche le ulteriori disposizioni rispecchiano, in larga parte, l'*acquis* degli strumenti di diritto internazionale privato dell'UE adottati in materia di diritto di famiglia e delle successioni, stabilendo tra l'altro: l'elenco tassativo di motivi di diniego del riconoscimento (adattati alla fattispecie della filiazione: v. artt. 31 e 39) e il relativo procedimento di non riconoscimento (art. 32 ss.); la circolazione facilitata dal rilascio di un attestato, che accompagna la decisione o l'atto pubblico, redatto sul modello uniforme di cui, rispettivamente, agli allegati I e II alla proposta; i divieti di riesame della competenza dello Stato membro di origine e del merito (artt. 40-41).

³⁵ Sul punto, per approfondimenti si rinvia ad A. ZANOBETTI, *La circolazione degli atti pubblici nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, p. 20 ss., spec. p. 30.

³⁶ Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo.

³⁷ Regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi.

³⁸ Regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Per quanto riguarda la seconda categoria di atti pubblici, l'art. 45 della proposta sancisce che essi conservino, in un altro Stato membro, l'efficacia probatoria conferita nello Stato membro di origine, o comunque producano gli effetti più comparabili, e che la loro accettazione possa essere rifiutata solo per motivi di ordine pubblico, nuovamente da interpretarsi in conformità ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta UE. L'attestato (facoltativo) relativo a questa tipologia di atti pubblici, di cui all'allegato III alla proposta, contiene una serie di indicazioni specifiche volte a determinare quali siano gli effetti probatori che essi spiegano nello Stato membro di origine e a chiarire se essi siano oggetto di contestazione, in tale Stato, con riferimento alla loro autenticità o ai negozi/rapporti giuridici in essi registrati (non potendo, in questi casi, avere efficacia probatoria in altri Stati membri finché tali procedimenti siano pendenti).

Quale motivo comune che può fondare il rifiuto del riconoscimento o, a seconda dei casi, dell'accettazione di decisioni giudiziarie o atti pubblici in materia di filiazione, si pone quindi la manifesta contrarietà all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto, che deve essere modulato sulla base «dell'interesse dei figli» e la cui invocabilità è subordinata alla sussistenza di «circostanze eccezionali» come specifica il considerando 75 della proposta. Quest'ultima previsione ribadisce altresì che il diniego sulla base del motivo in esame non possa condurre ad una violazione della Carta dei diritti fondamentali, il cui richiamo sottende la necessità di tenere conto anche dei corrispondenti diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo come interpretati dalla pertinente giurisprudenza della Corte di Strasburgo³⁹ che impone un bilanciamento degli interessi in gioco e non un'automatica prevalenza delle esigenze di tutela del figlio minore. Ulteriori indicazioni sull'operatività dell'eccezione di ordine pubblico sono rinvenibili nella relazione alla proposta, che pone in correlazione il riferimento all'interesse dei figli con le finalità di protezione dei loro diritti, ivi compresa la salvaguardia di «legami familiari autentici» con i genitori, e chiarisce come il ricorso a tale clausola richieda un accertamento concreto delle specificità di ciascun caso, affinché le eventualità di mancato riconoscimento dello *status filiationis* siano limitate in ragione di circostanze quali la violazione dei diritti fondamentali «in fase di concepimento, nascita o adozione del figlio oppure di accertamento della filia-

³⁹ Ciò, come è noto, alla luce della disposizione generale di cui all'art. 52, par. 3, della Carta UE, in merito alla quale si rinvia anche alle relative spiegazioni disponibili su www.eurlex.europa.eu

zione»⁴⁰. Dal complesso delle disposizioni appena richiamate sembra così emergere la particolare rilevanza, ma non in termini assoluti, attribuita all'interesse dei figli nella ponderazione con altri valori concorrenti che parimenti informano il contenuto dell'eccezione in parola⁴¹. Inoltre, tale bilanciamento non dovrebbe essere effettuato in virtù di una valutazione generale ed astratta che giunga a negare il riconoscimento, ad esempio, nelle ipotesi in cui si tratti di genitorialità di coppie dello stesso sesso, risultando ciò in contrasto con il principio di non discriminazione sancito dall'art. 21 della Carta UE.

3. *Segue. Il certificato europeo di filiazione*

Una menzione separata è dedicata al certificato europeo di filiazione, che rappresenta un modello standard uniforme a carattere transfrontaliero i cui contenuti riflettono l'armonizzazione di tutte le questioni internazionali-privatistiche, appena illustrate, che la proposta intende regolare e il cui riferimento normativo è naturalmente fornito dal certificato successorio europeo istituito dal regolamento n. 650/2012⁴². Sebbene facoltativo, po-

⁴⁰ Si vedano, in particolare, p. 16-17 della relazione alla proposta.

⁴¹ Un significativo riferimento, in proposito, può derivare dalla risoluzione *Human Rights and Private International Law* adottata dall'*Institut de droit international* il 4 settembre 2021 (*Rapporteur*: prof. Fausto Pocar), nello specifico dal suo art. 14 ai sensi del quale «[i]n view of the recognition of a parentage relationship established in a foreign State, the best interests of the child should be taken into particular account in the assessment of the public policy of the State where recognition is sought». Per un'analisi della disposizione, v. O. FERACI, *Art. 14 della risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: la circolazione transfrontaliera del rapporto di filiazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 585 ss.; più in generale, per la tematica della continuità transfrontaliera degli status personali, rilevano altresì gli artt. 10 e 12 della risoluzione in parola, su cui si vedano, rispettivamente, G. ROSSOLILLO, *Art. 10 della risoluzione dell'Institut de droit international su Human Rights and Private International Law: la continuità degli status come garanzia del rispetto della vita privata e familiare*, *ivi*, p. 531 ss.; G.M. RUOTOLO, *Art. 12 della Risoluzione dell'Institut de droit international su Human Rights and Private International Law: il diritto alla registrazione alla nascita e alla documentazione dell'identità*, *ivi*, p. 555 ss.

⁴² Per un inquadramento dello strumento a fini successori, v. *amplius*, tra gli altri, P. WAUTELET, F. PADOVINI, *Istituzione di un certificato successorio europeo*, in A. BONOMI, P. WAUTELET (a cura di), *Il regolamento europeo sulle successioni*, Milano, 2015, p. 635 ss.; F. MAOLI, *Il certificato successorio europeo tra regolamento (UE) n. 650/2012 e diritto interno*, Napoli, 2021; C.A. MARCOZ, *The European Certificate of Succession: creation, purpose, contents, and effects*, in S. BARIATTI, I. VIARENGO, F.C. VILLATA (a cura di), *EU Cross-Border Succession Law*, Cheltenham-Northampton, 2022, p. 307 ss. Per un'analisi del certificato di filiazione in connessione con il certificato successorio, v. F. MAOLI, *The European Certificate of Paren-*

tendo essere richiesto solo dal figlio o da un suo rappresentante legale, il certificato di cui alla proposta presenta il valore aggiunto di avere il medesimo oggetto ed effetti in tutti gli Stati membri, essendo rilasciato nel paese UE in cui è accertata la filiazione sulla base delle norme sulla competenza previste dal futuro regolamento⁴³, e avendo efficacia probatoria quanto agli elementi accertati in forza della legge applicabile designata dallo stesso⁴⁴. Rimane impregiudicata la possibilità di contestazione dell'esistenza del rapporto di filiazione, come attestato dal certificato europeo, in sede giudiziale dinanzi ad un'autorità giurisdizionale individuata secondo i criteri di competenza sanciti dal (futuro) regolamento, o eventualmente anche in via incidentale nel corso di un procedimento da parte del giudice di uno Stato membro investito di tale questione⁴⁵.

Rispetto ai certificati nazionali di nascita o di filiazione i cui contenuti ed effetti probatori possono differire a seconda del paese membro di emissione (che pure, come si è visto, possono essere accettati in un altro Stato UE, eventualmente corredati dal relativo attestato, con il solo motivo ostativo della manifesta contrarietà all'ordine pubblico), il certificato europeo permette quindi una circolazione facilitata dello *status filiationis* all'interno dell'Unione, beneficiando di una procedura di rilascio uniforme e di un modello disponibile in tutte le lingue ufficiali, e, soprattutto, spiegando i suoi effetti ai sensi dell'art. 53 della proposta⁴⁶ senza che l'autorità che lo riceve possa richiedere la presentazione di una decisione giudiziaria o di un atto pubblico in luogo del certificato⁴⁷. Come già per il prece-

thood in the European Commission's Regulation Proposal: on the 'Legacy' of the European Certificate of Succession and Open Issues, in *The European Legal Forum*, 2024, p. 26-33.

⁴³ Cfr. art. 48 e considerando 79 della proposta, nonché il punto 4 dell'allegato V alla stessa, che contiene il modello uniforme di certificato europeo.

⁴⁴ Sul punto, cfr. art. 53 e considerando 80 della proposta, nonché i punti 6.1.7 e 6.2.7 del citato allegato V.

⁴⁵ Cfr. G. BIAGIONI, *Il parere motivato del Senato italiano sulla proposta di regolamento UE in tema di filiazione*, in questo volume dei *Quaderni di SIDIBlog*, p. 454.

⁴⁶ In senso critico sull'effettiva utilità del certificato europeo di filiazione si è espresso il *Marburg Group*, un comitato di lavoro di giuristi tedeschi esperti in materia di diritto internazionale privato, che ha elaborato i propri *Comments on the European Commission's Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood*, reperibili sul sito www.marburg-group.de, in particolare proponendone l'eliminazione o, comunque, una sostanziale revisione delle relative previsioni (parr. 176-215 del documento).

⁴⁷ Spetterà, eventualmente, al soggetto richiedente scegliere di avvalersi di una decisione giudiziaria o di un atto pubblico in sede di domanda di riconoscimento.

dente in materia successoria, anche per il certificato di filiazione è prevista la possibilità di rettifica, modifica, sospensione o revoca, nonché di contestazione delle relative decisioni adottate dall'autorità di rilascio (artt. 55-57).

Si segnala, infine, che la proposta contiene anche norme in materia di comunicazioni digitali tra le persone fisiche e le autorità competenti negli Stati membri, da effettuarsi attraverso gli strumenti istituiti sul portale europeo della giustizia elettronica⁴⁸, le quali possono riguardare, tra l'altro, la domanda e il rilascio del certificato europeo di filiazione, nonché i procedimenti ad esso connessi (art. 58, par. 1, lett. b)⁴⁹.

4. Considerazioni conclusive: alcuni rilievi critici e uno sguardo alla prosecuzione dell'*iter* legislativo

Alla luce di questa breve illustrazione della proposta, possono essere formulate alcune osservazioni, meramente preliminari, in primo luogo riferite all'ampio novero di rapporti di filiazione potenzialmente rientranti nell'ambito di applicazione del futuro regolamento. Se, come detto, si deve trattare di una filiazione accertata in uno Stato membro, sulla base di decisioni giudiziarie o atti pubblici ivi rilasciati, la circolazione di tale *status* prescinde da ulteriori condizioni legate alle modalità di concepimento o nascita del figlio, alla tipologia di famiglia di provenienza, alla cittadinanza dei genitori e del figlio o al luogo di nascita di quest'ultimo, con la finalità dichiarata di garantire il godimento di uguali diritti. Ciò può rivestire particolare rilevanza per le forme di genitorialità non fondate sul paradigma del matrimonio eterosessuale dei genitori e della filiazione biologica, variamente ammesse e disciplinate negli ordinamenti dei paesi UE, le quali non beneficiano attualmente di un quadro giuridico che permetta, nelle

⁴⁸ Consultabile sul sito www.e-justice.europa.eu.

⁴⁹ Al riguardo, si specifica che il futuro regolamento dovrà operare un coordinamento con le previsioni di un altro atto di diritto derivato, di portata trasversale, nel frattempo adottato nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, commerciale e penale: si tratta del regolamento (UE) 2023/2844 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2023, sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria e dell'accesso alla giustizia in materia civile, commerciale e penale a livello transfrontaliero e che modifica taluni atti nel settore della cooperazione giudiziaria. In dottrina, per ulteriori riflessioni sull'impatto della digitalizzazione con riferimento alla cooperazione giudiziaria civile, cfr. C.E. TUO, *Digitalizzazione e Unione europea a 27: gli effetti sulla cooperazione giudiziaria civile*, in AA.VV., *Quaderno AISDUE serie speciale – Atti del convegno "L'Unione europea dopo la pandemia" Bologna 4-5 novembre 2021*, Napoli, 2022, p. 229 ss.

situazioni transfrontaliere, una tutela effettiva di diritti fondamentali quali il diritto all'identità, alla non discriminazione e al rispetto della vita privata e familiare, specie laddove non vi siano legami genetici tra i soggetti coinvolti.

In questi casi, il ricorso alla clausola di ordine pubblico, che, come detto, nella proposta è disciplinata, oltre che nelle previsioni sulla legge applicabile, come motivo 'trasversale' per rifiutare il riconoscimento di decisioni giudiziarie o l'accettazione di atti pubblici, risulta limitato in ragione del necessario bilanciamento con le esigenze di salvaguardia dell'interesse dei figli, alla luce delle circostanze concrete del caso di specie, e del rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta UE⁵⁰. A tale ultimo riguardo, tuttavia, in considerazione dell'esclusivo richiamo all'art. 21 sul principio di non discriminazione potrebbe essere possibile inferire una sorta di 'gerarchia' nell'obiettivo dichiarato di tutela dei suddetti diritti⁵¹, come è stato sottolineato nel parere motivato formulato, nel marzo 2023, dal Senato francese⁵² nell'esercizio del controllo previsto dal protocollo n. 2 allegato ai Trattati UE sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. Soprattutto laddove il rapporto di filiazione fosse costituito in forza di un accordo di maternità surrogata, da ciò si potrebbe

⁵⁰ Per una trattazione più ampia dell'operatività di tale clausola nel sistema del futuro regolamento, v. O. FERACI, *Lo spazio di operatività dell'ordine pubblico nella proposta di regolamento in materia di filiazione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, n. 2, pp. 117-137; S. DE VIDO, *Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022: oltre Pancharevo verso un ordine pubblico 'rafforzato' dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 2023, p. 35 ss.

⁵¹ Sulle criticità di tale formulazione, cfr. più in dettaglio O. FERACI, *Lo spazio di operatività dell'ordine pubblico*, cit., pp. 126-128.

⁵² Sénat, *Résolution européenne portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation*, COM(2022) 695 final, 22 mars 2023, par. 37, reperibile sul sito www.senat.fr. Di poco precedente (14 marzo 2023) è il parere motivato formulato dalla Commissione Politiche dell'Unione europea del Senato italiano (risoluzione approvata dalla 4^a Commissione permanente sul progetto di atto legislativo dell'Unione europea n. COM(2022) 695 definitivo (Doc. XVIII-bis, n. 2) sui profili di conformità ai principi di sussidiarietà e proporzionalità, disponibile sul sito www.senato.it), in cui si specifica che esso costituisce anche un atto di indirizzo al Governo secondo le previsioni dell'art. 7 della legge 31 dicembre 2012, n. 234 (recante "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea"), potendo così influenzare la posizione della rappresentanza italiana nel corso del negoziato in Consiglio. Sul parere motivato italiano si vedano le ulteriori riflessioni di G. BIAGIONI, *Il parere motivato del Senato italiano*, cit., p. 446-455; M.C. BARUFFI, *La proposta di Regolamento UE sulla filiazione*, cit., p. 537-538.

conseguentemente dedurre una minore rilevanza di diritti fondamentali concorrenti, e altrettanto rilevanti, quali la dignità umana (art. 1 della Carta), il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro (art. 3, par. 2, della Carta), e i diritti dei minori (art. 24 della Carta)⁵³.

Riflettendo ancora sull'approccio 'inclusivo' che la Commissione ha inteso seguire nell'elaborazione della proposta non sembrano, invece, potersi ricavare indicazioni sulla questione, di non poco conto, della circolazione nell'Unione di un certificato di nascita formato dalle autorità di uno Stato terzo e successivamente riconosciuto in un paese membro⁵⁴. Qualora tale ultimo Stato consenta, in una simile ipotesi, di stabilire la filiazione in base al proprio diritto nazionale, lo *status* così attestato in un certificato o estratto dei registri di stato civile dovrebbe poter circolare nell'Unione secondo il regime applicabile agli atti pubblici privi di effetti vincolanti. Tuttavia, questo caso implicherebbe che l'atto di nascita formato in uno Stato terzo sia, dapprima, soggetto al riconoscimento in base alle norme di diritto internazionale privato dello Stato membro richiesto, che possono essere diverse dalle disposizioni uniformi previste dalla proposta, e, successivamente, che possa beneficiare del regime di accettazione del futuro regolamento destinato ad applicarsi tra gli Stati membri. Di tale problematica, peraltro, si era occupato anche l'*Expert Group* nominato dalla Commissione europea avanzando l'ipotesi di inserimento, nell'attestato che dovrebbe accompagnare l'atto pubblico rilasciato dallo Stato membro, di una specificazione concernente il previo riconoscimento, sulla base del

⁵³ Considerazioni analoghe, seppure riferite alla clausola dell'ordine pubblico come limite all'applicazione di una legge straniera designata in forza del futuro regolamento ai sensi dell'art. 22 dello stesso, sono state formulate dal GEDIP/EGPIL (*Groupe européen de droit international privé – European Group for Private International Law*), nelle sue *Observations on the Proposal for a Council Regulation in matters of Parenthood* (discusse nella riunione di settembre 2023 e adottate il 6 dicembre 2023, reperibile sul sito www.gedip-egpil.eu), sottolineando come il riferimento al solo principio di non discriminazione risulti «too narrow, since fundamental rights must be considered as a whole and the various rights guaranteed in the [EU] Charter must be balanced» (par. 15 del documento).

⁵⁴ Segnalata, in dottrina, anche da O. FERACI, *Il riconoscimento «funzionalmente orientato» dello status di un minore*, cit., p. 576; F. MAOLI, *La sentenza Panharevo della Corte di giustizia UE*, cit., p. 565; S. DE VIDO, *Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione*, cit., pp. 48-49. In relazione a tale problematica, v. anche GEDIP/EGPIL, *Observations on the Proposal for a Council Regulation in matters of Parenthood*, cit., par. 5, in cui si evidenzia la necessità di riconsiderare l'ambito di applicazione territoriale della proposta, come attualmente risultante dalla formulazione dell'art. 3, par. 3, già richiamato.

proprio diritto internazionale privato, del certificato emesso nello Stato terzo⁵⁵.

Sulla stessa linea argomentativa, possono essere svolte alcune osservazioni sulle potenzialità applicative del futuro regolamento con riguardo ad una diversa fattispecie, più specifica ma altrettanto significativa, concernente il riconoscimento giuridico del legame di fatto instauratosi tra il figlio nato da maternità surrogata, validamente realizzata all'estero, e il genitore intenzionale, partner dello stesso sesso del genitore biologico. La necessità che gli Stati membri garantiscano una forma di riconoscimento per la suddetta relazione genitore-figlio deriva dagli obblighi discendenti dall'art. 8 CEDU come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁵⁶. Con riferimento, ad esempio, all'ordinamento italiano, secondo l'orientamento della Corte di cassazione progressivamente consolidatosi⁵⁷, tale rapporto genitoriale sarebbe riconosciuto attraverso una sentenza del competente tribunale per i minorenni che disponga l'adozione del minore ai sensi dell'art. 44, c. 1, lett. d), della legge n. 184/1983⁵⁸. Rimanendo, in ogni caso, fermo il divieto di surrogazione di maternità nell'ordinamento italiano come principio di ordine pubblico, la Cassazione ha affermato, da un lato, l'esclusione di qualunque automatismo dato dal riconoscimento del provvedimento giudiziario straniero e

⁵⁵ Cfr. *Minutes of the 6th meeting of the Expert Group*, 9 February 2022, par. 3, reperibile sul sito www.ec.europa.eu.

⁵⁶ Nel consolidato filone giurisprudenziale della Corte EDU relativo all'interpretazione dell'art. 8 CEDU in casi di riconoscimento dello *status filiationis* derivante da surrogazione di maternità, cfr., più recentemente, la sentenza del 31 agosto 2023, ric. n. 47196/21, *C. c. Italia*. In dottrina, si rinvia, tra gli altri, a I. QUEIROLO, F. PESCE, *La surrogazione di maternità innanzi alla Corte di Strasburgo*, in *La cittadinanza europea*, 2021, p. 223 ss.; F. PESCE, *Gestazione per altri e discrezionalità nazionale 'depotenziata' nella prospettiva della CEDU*, in F. PESCE (a cura di), *La surrogazione di maternità*, cit., p. 155 ss.

⁵⁷ Cass. civ., sez. unite, sentenza del 30 dicembre 2022, n. 38162; un'analisi della pronuncia e delle sue molteplici implicazioni è offerta nei contributi di M. SESTA, G. RECINTO, M. DOGLIOTTI, A. SPADAFORA, in *Famiglia e diritto*, 2023, p. 430 ss. Con riguardo alla posizione delle corti italiane in tema di filiazione derivante da maternità surrogata, anche a confronto con quella della Corte EDU, v. M.C. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di cassazione italiana e di altre corti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2020, p. 299 ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI, *The evolution of the position of Italian case law concerning public policy in transnational family matters, in view of some recent judgment of the Italian Court of Cassation and Constitutional Court*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, p. 998 ss.; S. ARMELLINI, B. BAREL, *La proposta di regolamento europeo in materia di filiazione e il problema del riconoscimento dello status filiationis in situazioni transfrontaliere*, in *Papers di diritto europeo*, 2023, p. 1 ss., spec. p. 14-27.

⁵⁸ Legge 4 maggio 1983, n. 184, recante "Diritto del minore ad una famiglia".

dalla trascrizione dell'atto di nascita che indichino il genitore intenzionale come genitore del minore nato mediante questa tecnica procreativa e, dall'altro lato, l'idoneità dell'adozione in casi particolari a dare continuità al rapporto affettivo di tipo familiare creatosi tra l'adottante e il minore⁵⁹, attraverso una valutazione in concreto della realizzazione dell'interesse superiore di quest'ultimo. In una simile ipotesi, trattandosi di una filiazione stabilita tramite adozione nazionale cui si applicano le disposizioni in materia di riconoscimento del futuro regolamento⁶⁰, si potrebbe pertanto immaginare che il regime automatico, di cui all'art. 24 ss. della proposta come attualmente previsto, possa rilevare ai fini della circolazione all'interno dell'Unione dello *status* così accertato in forza di tale provvedimento. Quanto all'eventuale diniego del riconoscimento in un altro Stato membro, non dovrebbe essere possibile invocare utilmente la manifesta contrarietà con l'ordine pubblico per il solo motivo che si tratti di filiazione omogenitoriale, laddove essa risulti stabilita nell'interesse del figlio tramite un istituto giuridico idoneo a tal fine, entro il margine di apprezzamento di cui gode ciascun ordinamento nazionale in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Su un piano più generale, emerge comunque il non facile adattamento di talune scelte legislative, sebbene già proprie dell'*acquis* degli strumenti di cooperazione giudiziaria civile nel settore del diritto di famiglia e delle successioni, rispetto ad una materia come la filiazione che risulta intimamente connessa alle specificità degli ordinamenti giuridici nazionali nella relativa regolamentazione. A questo proposito, si può richiamare la disciplina proposta quanto all'accettazione degli atti pubblici privi di efficacia vincolante⁶¹, la quale si applica a documenti, rilasciati in uno Stato membro, destinati a circolare con particolare frequenza nelle fattispecie tran-

⁵⁹ Come è noto, a seguito della sentenza della Corte costituzionale del 28 marzo 2022, n. 79, tale istituto fa nascere relazioni di parentela con i familiari dell'adottante, così superando una delle principali carenze di tutela riscontrate dalla stessa Corte nella precedente pronuncia del 9 marzo 2021, n. 33.

⁶⁰ Cfr. considerando 25 della proposta.

⁶¹ Al riguardo, è interessante menzionare che la Conferenza dei Notariati dell'Unione europea (*Council of the Notariats of the European Union* – CNUE) ha adottato un *position paper* sulla proposta di regolamento, nel quale suggerisce di abbandonare la distinzione tra le due categorie di atti pubblici, a seconda che siano muniti o privi di efficacia vincolante, in quanto non ne rifletterebbe gli effettivi contenuti, a favore della terminologia unica di «authentic instruments which establish parenthood» (CNUE, *The European Commission's proposal for a Council Regulation on Parenthood*, Position Paper 29 January 2024, par. 3, reperibile sul sito www.notariesofeurope.eu).

sfrontaliere, potendo comprovare il rapporto di filiazione pur nella diversità degli effetti che producono nel paese di origine⁶². In questi casi, appare pertanto ancora più rilevante il ricorso al certificato europeo di filiazione, dotato di efficacia probatoria uniforme, al fine di garantire un riconoscimento rapido ed efficace dello *status* accertato in uno Stato membro⁶³.

Alcune delle menzionate considerazioni sono peraltro state affrontate nel prosieguo dell'*iter* di approvazione della proposta, che ha visto il Parlamento europeo adottare la propria risoluzione legislativa⁶⁴, prevista dalla procedura di consultazione *ex art.* 81, par. 3, TFUE, in data 14 dicembre 2023⁶⁵. Approvando la proposta di regolamento con emendamenti, il Parlamento ha focalizzato il proprio intervento, tra l'altro, su taluni passaggi volti ad enfatizzare la posizione di preminenza dell'interesse del minore

⁶² Per un approfondito studio comparato, v. S. GÖSSL, M. MELCHER, *Recognition of a status acquired abroad in the EU – A challenge for national laws from evolving traditional methods to new forms of acceptance and bypassing alternatives*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, p. 1012 ss.

⁶³ Sottolinea, in proposito, G. BIAGIONI, *Il parere motivato del Senato italiano*, cit., p. 455, come il certificato possa tradursi in uno strumento il cui rilascio «consentirà di fatto la dimostrazione dello status di figlio», permettendo anche di «superare eventuali resistenze degli ufficiali di stato civile» al momento del riconoscimento della filiazione accertata in un altro Stato membro.

⁶⁴ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 14 dicembre 2023 sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione (COM(2022)0695 – C9-0002/2023 – 2022/0402(CNS)), reperibile sul sito www.europarl.europa.eu.

⁶⁵ Altri rilievi precedentemente illustrati, invece, sono stati discussi solo in seno alle commissioni che si sono espresse nel corso dei lavori parlamentari. In particolare, la questione relativa all'ambito di applicazione territoriale del futuro regolamento, e la conseguente problematica della circolazione di un rapporto di filiazione accertato in uno Stato terzo a seguito del suo riconoscimento in un paese UE, è stata affrontata dalla commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) con l'indicazione di eliminare l'art. 3, par. 3, della proposta come formulata dalla Commissione (parere della commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni destinato alla commissione giuridica, LIBE_AD(2023)750249, 10 ottobre 2023, reperibile sul sito www.europarl.europa.eu), poi non confluita nella relazione della commissione giuridica (JURI), competente per il merito, nella cui motivazione si specifica, tuttavia, che «[g]li Stati membri non avranno l'obbligo di riconoscere la filiazione accertata in un paese non UE anche se altri Stati membri la riconoscono» (relazione sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione (COM(2022)0695 – C9-0002/2023 – 2022/0402(CNS)), A9-0368/2023, 20 novembre 2023, p. 46, reperibile sul sito www.europarl.europa.eu).

(in luogo dell'interesse «dei figli» che compare nella versione della Commissione⁶⁶) che deve essere riconosciuta nell'applicazione del limite dell'ordine pubblico, riformulando le pertinenti disposizioni relative alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e degli atti pubblici aventi effetti giuridici vincolanti. A tale ultimo riguardo, un ulteriore emendamento mira a specificare che, in caso di invocazione della clausola in parola come motivo di non riconoscimento della filiazione stabilita in un altro Stato membro, la decisione di accertamento dello *status* rimanga valida fino al momento in cui non siano esauriti i mezzi di ricorso a livello nazionale e dell'Unione, e non sia emessa una pronuncia definitiva sull'eccezione di ordine pubblico.

Inoltre, attraverso alcuni emendamenti ai considerando della proposta della Commissione, il Parlamento europeo ha inteso, da un lato, porre l'accento sulla finalità del futuro regolamento di garantire la continuità transfrontaliera dello *status filiationis* indipendentemente dalla situazione familiare in cui il rapporto si è venuto a creare e senza discriminazioni, ma, dall'altro, ribadire che non sarebbe in alcun modo inficiata la competenza esclusiva degli Stati membri di disciplinare le norme sostanziali in materia di diritto di famiglia (ciò, in particolare, per quanto concerne la pratica della maternità surrogata, espressamente citata nel considerando 18 come emendato).

Allo stato attuale, risulta comunque difficile ipotizzare gli sviluppi della proposta di regolamento nel corso della procedura legislativa⁶⁷, che, come è noto, richiede l'unanimità in seno al Consiglio. In caso di mancato raggiungimento di tale requisito, potrebbe essere valutata l'opzione di istituire una cooperazione rafforzata, con esiti, tuttavia, che si prefigurano non soddisfacenti quanto al perseguimento del principale obiettivo di impedire trattamenti differenziati e la formazione di situazioni giuridiche c.d. claudicanti in conseguenza della circolazione del rapporto di filiazione tra uno Stato membro e l'altro.

⁶⁶ Formulazione già ritenuta non convincente da una parte della dottrina: cfr. G. BIAGIONI, *Il parere motivato del Senato italiano*, cit., p. 453.

⁶⁷ Nella perdurante assenza, almeno attualmente, di una disciplina europea uniforme, per un'analisi del possibile ruolo che il diritto dell'Unione può comunque rivestire nella circolazione della filiazione omogenitoriale, v. I. MARCHIORO, *L'influenza del diritto dell'Unione europea nella formazione e nel riconoscimento degli atti di nascita dei figli di coppie omogenitoriali, tra punti fermi e questioni aperte*, in *Quaderni AISDUE*, 2024, p. 1 ss.

Il parere motivato del Senato italiano sulla proposta di regolamento UE in tema di filiazione

GIACOMO BIAGIONI*

SOMMARIO: 1. La proposta di regolamento UE in materia di filiazione e il rischio della sua 'politicizzazione'. – 2. Il parere motivato del Senato italiano. – 3. I profili esaminati dal Senato italiano nel suo parere e la loro rilevanza rispetto al principio di sussidiarietà. – 4. Conclusioni.

ABSTRACT: Il contributo esamina il parere motivato adottato nel marzo 2023 dalla Commissione politiche europee del Senato italiano, nel contesto della procedura di controllo del rispetto del principio di sussidiarietà, con riferimento alla proposta della Commissione europea di un regolamento del Consiglio in materia di giurisdizione, legge applicabile ed efficacia delle decisioni in materia di filiazione. In particolare, il contributo descrive brevemente il contesto in cui il parere è stato approvato e analizza le considerazioni svolte dal Senato per ritenere la proposta di regolamento contraria al principio di sussidiarietà.

PAROLE CHIAVE: filiazione – proposta di regolamento UE – maternità surrogata – sussidiarietà – ordine pubblico – certificato europeo di filiazione.

1. La proposta di regolamento UE in materia di filiazione e il rischio della sua 'politicizzazione'

Com'è noto, nel dicembre 2022 la Commissione europea ha presentato una proposta¹ di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato eu-

* Professore associato di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Cagliari, biagioni@unica.it. Il presente contributo costituisce frutto della ricerca svolta nell'ambito del progetto PRIN 2022 «Fluidity in family structures – International and EU law challenges on parentage matters» (prot. n. 2022FR5NNJ), finanziato dal Ministero italiano dell'Università e della Ricerca e dall'Unione europea – Next Generation EU.

¹ COM(2022) 695 final del 7 dicembre 2022.

ropeo di filiazione². Si tratta di settore al momento non coperto dalla cooperazione giudiziaria civile dell'Unione³, rispetto al quale è stata dunque prospettata l'adozione di uno strumento conforme alla struttura ormai tradizionale dei più recenti strumenti dell'Unione in questo ambito e dunque comprendente disposizioni dedicate alla determinazione della giurisdizione, alla designazione della legge applicabile, alla circolazione di decisioni e atti pubblici, nonché all'istituzione del certificato europeo di filiazione.

Peraltro, contrariamente a quanto accaduto sino ad oggi per altri strumenti dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria civile, che sono stati adottati senza destare particolare attenzione se non per gli studiosi della materia e gli operatori del diritto, la recente proposta della Commissione europea di un regolamento in tema di filiazione sembra aver attratto immediatamente un'ampia copertura mediatica.

Tale peculiare situazione si giustifica probabilmente anche in ragione della particolare enfasi posta dalla stessa Presidente della Commissione von der Leyen sull'importanza politica dell'iniziativa legislativa in questione⁴: questo indirizzo politico ha trovato successivamente riscontro nella chiara presa di posizione contenuta nella proposta stessa rispetto agli obiettivi che essa si prefigge e che hanno indotto la Commissione europea a inserirla all'interno della strategia dell'Unione per l'uguaglianza LGBTQI+⁵.

In tal senso, la proposta sembra dunque essersi posta in un'ottica piuttosto diversa da quella dei precedenti atti dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria civile, che spesso si sono imposti proprio grazie alla loro neutralità rispetto alle sensibilità dei singoli Stati membri, com'è di-

² Sulla proposta, v., tra gli altri, D. DANIELI, *La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra Stati membri: un quadro d'insieme in vista dei possibili sviluppi nella sua adozione*, in questo volume dei *Quaderni di SIDIBlog*; L. VÁLKOVÁ, *The Commission Proposal for a Regulation on the Recognition of Parenthood and Other Legislative Trends Affecting Legal Parenthood*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, p. 854 ss. Con specifico riferimento alla disciplina della circolazione di decisioni e atti pubblici, v. S. DE VIDO, *Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022: oltre Pancharevo verso un ordine pubblico "rafforzato" dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 2023, p. 35 ss.

³ Per un'ampia illustrazione del contesto normativo e giurisprudenziale in cui la proposta si colloca, si rinvia a L. VÁLKOVÁ, *The Commission Proposal for a Regulation*, cit., p. 857 ss.

⁴ Un riferimento alla stessa si trovava già nel discorso sullo stato dell'Unione del 16 settembre 2020, reperibile al sito www.ec.europa.eu/commission.

⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Unione dell'uguaglianza: strategia per l'uguaglianza LGBTQI+ 2020-2025*, dell'11 dicembre 2020, COM(2020) 698 final, par. 3.2.

mostrato dall'approccio del regolamento CE n. 2201/2003⁶ in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale rispetto ai matrimoni *same-sex*⁷. Tale approccio appare, d'altronde, maggiormente coerente con la suddivisione di competenze tra Unione e Stati membri, i quali continuano a detenere la potestà legislativa in materia di diritto materiale della famiglia e non dovrebbero dunque essere condizionati da indirizzi politici impropriamente manifestati in sede di adozione di strumenti internazionalprivatistici.

Di contro, nel caso di specie la proposta ha suscitato proprio in Italia particolare attenzione, che si è concentrata essenzialmente sui possibili effetti del futuro atto rispetto al riconoscimento del rapporto di filiazione da maternità surrogata o comunque in relazione a coppie *same-sex*, e ciò anche in combinazione con taluni sviluppi pressoché contemporanei dell'ordinamento interno. In particolare, con la sentenza 30 dicembre 2022, n. 38162, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno confermato, con riferimento alla decisione emessa in uno Stato extra-UE, la non trascrivibilità di una sentenza straniera attestante il rapporto di filiazione, se il minore è nato da maternità surrogata⁸. A tale pronuncia hanno fatto seguito la circolare n. 3/2023 del Ministero dell'Interno⁹ e quella succes-

⁶ Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000.

⁷ Nel rapporto elaborato per conto della Commissione in vista della revisione del regolamento stesso si rileva che quest'ultimo può lasciare spazio alle diverse opzioni degli Stati membri in materia, consentendo a quelli che riconoscono i matrimoni *same-sex* di considerarli ricompresi nel suo ambito di applicazione e agli altri di escluderli: cfr. *Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and the policy options for its amendment*, reperibile al sito www.op.europa.eu, p. 6. Coerentemente con tale premessa, l'approccio non è cambiato nel successivo regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori (rifusione). V. anche, in senso analogo, l'art. 22 del regolamento CE n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari; nonché il 17° considerando del regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, e del regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

⁸ In *Rivista di diritto internazionale*, 2023, p. 274.

⁹ Reperibile al sito www.dait.interno.gov.it/

siva del Prefetto di Milano, che ha ordinato al Comune di non rilasciare certificati anagrafici recanti l'indicazione di genitori dello stesso sesso¹⁰.

Ora, se è certamente una buona notizia che la società civile sia coinvolta in modo più attivo rispetto a proposte di atti legislativi che sono destinati a esercitare una significativa influenza sulla vita quotidiana e sulla sfera personale dei cittadini, il pericolo di una politicizzazione della tematica desta molte perplessità, specialmente in questo stadio della costruzione di un sistema di cooperazione giudiziaria civile dell'Unione europea.

Infatti, per un verso, si rischia per questa via di determinare una eccessiva semplificazione delle tematiche pertinenti, comportando di fatto un'incomprensione della reale natura dello strumento e dei suoi obiettivi e metodi, che appaiono certamente suscettibili di essere largamente perfezionati, ma anche dell'*iter*, appena avviato, per la sua approvazione. Per altro verso, ciò conduce a trascurare la circostanza che la proposta di regolamento non costituisce un'iniziativa isolata della Commissione europea, ma si situa nel contesto di un sistema ormai molto articolato di cooperazione giudiziaria civile, nel quale taluni approdi e talune dinamiche possono dirsi consolidati e con il regolamento proposto verrebbero dunque estesi, con gli opportuni adattamenti, ad una nuova materia. Per un ulteriore verso, non si può dimenticare che, ai sensi dell'art. 81, par. 3, TFUE, gli atti in materia di diritto di famiglia richiedono l'approvazione del Consiglio all'unanimità: l'attribuzione di un accentuato significato politico alla proposta non sembra neppure facilitare il raggiungimento delle soluzioni di compromesso che un simile metodo di votazione inevitabilmente richiede.

2. Il parere motivato del Senato italiano

L'esistenza di tutti questi rischi ha trovato conferma nella risoluzione adottata nella seduta del 14 marzo 2023 dalla Commissione politiche europee del Senato italiano¹¹, che ha evocato la possibile contrarietà della proposta al principio di sussidiarietà per le ragioni che subito si vedranno.

È questa, come noto, una facoltà oggi riconosciuta ai Parlamenti nazionali (e attribuita dal regolamento del Senato proprio a detta Commis-

¹⁰ V. anche, su tale circolare, Risoluzione del Parlamento europeo del 30 marzo 2023 sullo Stato di diritto 2022 - La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea (2022/2898(RSP)), punto 10.

¹¹ Reperibile al sito www.senato.it

sione permanente) dal Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato al Trattato di Lisbona, che autorizza i Parlamenti nazionali a esprimere pareri motivati, in presenza di un numero rilevante dei quali si impone alla Commissione europea di riconsiderare la proposta. Oltretutto, il *quorum* previsto risulta più ridotto in materie ricomprese nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, in quanto ritenute più 'sensibili'¹².

Tale potere risulta finalizzato ad assicurare una partecipazione attiva dei Parlamenti nazionali al processo legislativo dell'Unione, ha fin qui registrato una prassi tutto sommato circoscritta e ha anzi mostrato negli ultimi anni una certa disaffezione (tanto che nel 2019, anche in concomitanza con una limitata attività di iniziativa legislativa, non è stato espresso alcun parere motivato)¹³.

Tuttavia, l'espressione di pareri motivati da parte dei Parlamenti nazionali contribuisce in modo significativo, nel sistema di *checks and balances* interno all'ordinamento dell'Unione come disegnato dal Trattato di Lisbona, all'applicazione del principio di sussidiarietà. D'altronde, la prassi dimostra che per questa via i Parlamenti possono anche segnalare elementi delle proposte di atti legislativi, che, pur non riferendosi esplicitamente al rispetto del principio di sussidiarietà, essi ritengano meritevoli di riflessione, così sollecitando un possibile riesame da parte delle istituzioni UE¹⁴.

Alla luce di queste considerazioni, la risoluzione approvata dal Senato italiano rappresenta sicuramente uno sviluppo interessante, tanto più che rispetto alla medesima proposta anche il Senato francese ha approvato un parere motivato¹⁵, sollevando dubbi sulle valutazioni di impatto acquisite dalla Commissione europea, sulla possibile invasione delle competenze degli Stati membri, sul rischio di stravolgimento dell'equilibrio raggiunto nell'ordinamento francese a seguito del parere consultivo della Corte eu-

¹² Sul ruolo dei Parlamenti nazionali nel controllo del principio di sussidiarietà, v. K. GRANAT, *The Principle of Subsidiarity and its Enforcement in the EU Legal Order. The Role of National Parliaments in the Early Warning System*, Oxford, 2018.

¹³ Su questa tematica, v. L. CECCHETTI, *Il controllo dei Parlamenti nazionali sul rispetto del principio di sussidiarietà*, in G. DI FEDERICO (a cura di), *Alla (ri)scoperta del Parlamento europeo*, Torino, 2021, p. 181.

¹⁴ T. JAROSZYŃSKI, *National Parliaments' Scrutiny of the Principle of Subsidiarity: Reasoned Opinions 2014–2019*, in *European Constitutional Law Review*, 2020, p. 91 ss., in specie p. 113 ss.

¹⁵ Il parere è reperibile al sito www.senat.fr.

ropea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019 in materia di maternità surrogata¹⁶ e sulla delega di atti di attuazione alla Commissione.

Naturalmente, trattandosi, nel caso di specie, di due soli pareri motivati, la Commissione europea non ha dovuto assumere alcuna iniziativa in relazione alla proposta, la quale ha dunque proseguito il suo *iter* con l'adozione del parere del Parlamento europeo nell'ambito della procedura di consultazione¹⁷.

Non può peraltro dimenticarsi che la risoluzione del Senato costituisce anche un atto di indirizzo al Governo ai sensi dell'art. 7 della l. 234/2012 e dunque potrebbe influenzare la posizione che verrà assunta dal Governo in sede di Consiglio. Appare dunque senz'altro utile analizzarne più approfonditamente il contenuto, tanto più che essa si è concentrata proprio su aspetti strettamente internazionalprivatistici della proposta.

3. I profili esaminati dal Senato italiano nel suo parere e la loro rilevanza rispetto al principio di sussidiarietà

Va premesso che il parere motivato del Senato italiano non paventa che la misura sia estranea all'ambito di competenza dell'Unione, e ciò neppure in relazione alla circostanza che, accanto alle consuete disposizioni in materia di giurisdizione, legge applicabile ed efficacia delle decisioni, essa contiene la previsione di un certificato europeo di filiazione¹⁸.

In effetti, non sembra che possano sorgere dubbi sotto tale profilo: va infatti considerato che anche precedenti misure adottate ai sensi dell'art. 81, par. 3, TFUE hanno prodotto effetti di limitata armonizzazione materiale in tema di diritto di famiglia¹⁹. Ma soprattutto il certificato europeo

¹⁶ Sul quale v., tra gli altri, I. ANRÒ, *Il primo parere reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU: il nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato tema della maternità surrogata*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2019, p. 112 ss.; A. DI BLASE *Il riconoscimento della genitorialità a favore del genitore non biologico nel parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019*, in *Quaderni di SIDIBlog*, p. 125 ss.; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, p. 1 ss.

¹⁷ V. il parere adottato il 14 dicembre 2023, P9_TA(2023)0481.

¹⁸ Il certificato è disciplinato dagli artt. 46-57 della proposta, sui quali v. THE MARBURG GROUP, *Comments on the European Commission's Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood*, reperibile al sito www.marburg-group.de, p. 75 ss.

¹⁹ V., ad esempio, le disposizioni in materia di sottrazione internazionale di minori nel regolamento 2019/1111/UE, sulle quali sia permesso rinviare a G. BIAGIONI, *Il nuovo regola-*

di filiazione, non diretto a sostituirsi ai certificati rilasciati dalle autorità nazionali, di carattere opzionale e comunque destinato a essere rilasciato per essere utilizzato a fini meramente probatori in un altro Stato membro ai sensi dell'art. 53 della proposta, appare piuttosto costituire, in analogia con il già esistente certificato successorio europeo²⁰, un istituto inquadrabile come misura funzionale a facilitare la libera circolazione delle persone. Sotto questo punto di vista, il futuro regolamento avrebbe l'effetto di integrare ulteriormente la garanzia dei diritti di circolazione e soggiorno assicurati ai minori cittadini europei, anche figli di genitori dello stesso sesso, sulla base degli articoli 20 e 21 TFUE e della direttiva 2004/38/CE²¹, come riconosciuti dalla Corte di giustizia nella nota sentenza *Pancharevo*²², i cui principi l'art. 1, par. 2, della proposta di regolamento fa espressamente salvi.

Pertanto, la risoluzione della Commissione parlamentare non prospetta neppure che la proposta sia complessivamente contraria al principio di sussidiarietà; e non potrebbe essere diversamente ove si consideri che essa segue numerosi altri regolamenti già adottati in tema di cooperazione giudiziaria civile, che hanno coperto svariate materie anche del diritto di famiglia. Anzi, potrebbe semmai dubitarsi dell'efficacia della misura sotto l'opposto profilo, e precisamente per il fatto che, per raggiungere pienamente gli obiettivi perseguiti in questa materia, sarebbe necessario uno strumento di portata globale, come quello prefigurato in seno alla Confe-

mento 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e di sottrazione di minori, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 1169 ss.

²⁰ Si tratta del certificato previsto dal regolamento UE n. 650/2012, sul quale v. F. MAOLI, *Il certificato successorio europeo tra regolamento (UE) n. 650/2012 e diritto interno*, Napoli, 2021.

²¹ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

²² CGUE, sentenza del 14 dicembre 2021, causa C-490/20. Per commenti a tale pronuncia, cfr. O. FERACI, *Il riconoscimento "funzionalmente orientato" dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionaleprivatistica della sentenza Pancharevo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 564 ss.; F. MAOLI, *Il riconoscimento del rapporto di filiazione costituitosi all'estero: la sentenza Pancharevo della Corte di giustizia UE tra i diritti umani e il diritto internazionale privato*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2022, p. 403 ss.; F. MAOLI, *La sentenza Pancharevo della Corte di giustizia UE sul riconoscimento del rapporto di filiazione e diritti connessi alla cittadinanza europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 555 ss.

renza dell'Aja sul diritto internazionale privato²³, in grado di favorire una cooperazione anche con Paesi extra-UE. Ad esempio, il futuro regolamento potrebbe non risolvere il problema dei minori migranti provenienti da Stati terzi, i quali rischiano oggi di trovarsi in una situazione claudicante quanto al riconoscimento della filiazione così come accertata nel loro Stato di origine²⁴, in quanto la proposta non prevede, naturalmente, alcun meccanismo né per il riconoscimento delle decisioni né per la circolazione di atti pubblici provenienti da Stati terzi²⁵.

Di contro, la Commissione politiche europee del Senato ha individuato i rischi di una violazione del principio di sussidiarietà sotto tre distinti profili: a) il fatto che la proposta di regolamento preveda, ad avviso della Commissione stessa, un obbligo di riconoscimento del rapporto di filiazione costituito in un altro Stato membro, anche se derivante da maternità surrogata, potendosi far ricorso al limite dell'ordine pubblico solo in via eccezionale e sulla base di una valutazione caso per caso; b) la previsione di un certificato europeo di filiazione, avverso il quale non sarebbe ammesso un controllo di ordine pubblico; c) la designazione della legge applicabile con richiamo alla legge dello Stato di residenza abituale di colei che partorisce al momento della nascita anziché alla «residenza abituale pregressa, debitamente accertata, a tutela di entrambe le parti del rapporto coniugale per esempio in caso di separazione di fatto con sottrazione del minore a uno dei genitori»²⁶.

Si tratta di rilievi che solo in senso molto lato possono qualificarsi come attinenti al rispetto del principio di sussidiarietà e con i quali la Commissione parlamentare ha evidentemente voluto in effetti sottintendere una sostanziale posizione sfavorevole alla strategia politica chiaramente perseguita dalla Commissione europea.

Ma, come si è anticipato, proprio perché muove da finalità essenzialmente politiche, la risoluzione tradisce una insufficiente analisi dei meccanismi di funzionamento della cooperazione giudiziaria civile in seno all'Unione europea, specialmente con riferimento alle questioni sollevate

²³ Sul c.d. *Parentage/Surrogacy Project v.*, ancora, L. VÁLKOVÁ, *The Commission Proposal for a Regulation*, cit., p. 869 ss.

²⁴ V. O. LOPES PEGNA, *Tutela dei minori migranti e status filiationis*, in *Eurojus*, 2020, p. 296 ss.

²⁵ In senso apparentemente diverso, S. DE VIDO, *Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione*, cit., p. 48 s.

²⁶ Sulla disciplina contenuta nella proposta riguardo alla legge applicabile, v. L. VÁLKOVÁ, *The Commission Proposal for a Regulation on the Recognition of Parenthood*, cit., p. 892 ss.

in ordine al limite dell'ordine pubblico. Rispetto a quest'ultimo, infatti, la proposta di regolamento non si discosta²⁷ dalla consueta impostazione che lo configura come una nozione propria di ciascun ordinamento nazionale²⁸, riconducibile all'insieme delle norme giuridiche ivi considerate essenziali e dei diritti riconosciuti come fondamentali in tale ordinamento²⁹.

In questo contesto, la sussidiarietà deve senz'altro ritenersi rispettata in quanto sarebbe astrattamente ammissibile che l'ordinamento nazionale conservasse una propria specifica sensibilità rispetto a determinati valori e principi in materia di filiazione, purché ritenuti di importanza fondamentale in detto ordinamento³⁰: la proposta sembra anzi prevedere, *a contrario*, una simile possibilità, laddove chiarisce, nel citato art. 1, par. 2, che l'ordine pubblico non potrebbe comunque essere invocato per pregiudicare i diritti di circolazione e soggiorno spettanti al minore cittadino europeo ai sensi degli articoli 20 e 21 TFUE, con implicito riferimento ai principi emersi, da ultimo, dalla sentenza della Corte di giustizia nel citato caso *Pancharevo*.

Ora, la risoluzione approvata vorrebbe rendere il limite dell'ordine pubblico invocabile «in via generale su tutti i casi di filiazione per maternità surrogata» (e dunque, apparentemente, sia quando la legge straniera applicabile dinanzi al giudice italiano preveda tale istituto, sia quando debba essere riconosciuto un provvedimento straniero che stabilisce la filiazione nei confronti dei genitori intenzionali) e opponibile anche ad un certificato europeo di filiazione. In tal senso, essa auspica che all'ordinamento italiano sia consentito, anche in vigenza del futuro regolamento, di applicare in queste ipotesi l'istituto dell'adozione in casi parti-

²⁷ Anche se in dottrina sono stati individuati all'interno della proposta taluni meccanismi che potrebbero attenuare la portata dell'ordine pubblico così come tradizionalmente concepito: v. O. FERACI, *I «controlimiti» al funzionamento del limite dell'ordine pubblico nella proposta di regolamento europeo in tema di filiazione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, p. 779 ss.

²⁸ Cfr. O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 228 ss.

²⁹ V., ad esempio, CGUE, sentenza del 16 luglio 2015, C-681/13, *Diageo Brands*, punto 42; CGUE, sentenza del 7 settembre 2023, C-590/21, *Charles Taylor Adjusting Ltd.*, punto 33.

³⁰ Nella opposta logica di ridurre lo spazio lasciato agli Stati membri, v. l'emendamento n. 8 contenuto nel parere del Parlamento europeo, che modificherebbe il 56° considerando rilevando che «è fondamentale che gli Stati membri provvedano affinché il presente regolamento sia attuato correttamente, non sia fatto ricorso all'ordine pubblico per aggirare gli obblighi previsti dal presente regolamento e il presente regolamento sia interpretato in modo conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea».

colari secondo l'orientamento assunto dalle Sezioni Unite nella citata sentenza n. 38162/2022³¹.

Ma una simile ricostruzione non sembra facilmente conciliabile con il tradizionale funzionamento del limite dell'ordine pubblico sia nell'ordinamento interno, sia per come descritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

In primo luogo, il carattere eccezionale di tale limite era stato già affermato rispetto alla Convenzione di Bruxelles del 1968, poiché, trattandosi di un ostacolo alla circolazione delle decisioni, esso doveva essere interpretato in modo restrittivo³²: appare dunque difficile immaginare che esso possa trasformarsi ora in una clausola generale, utilizzabile quasi meccanicamente a fronte di determinate modalità di costituzione del rapporto di filiazione.

Altrettanto dubbia appare l'affermazione che possa essere esclusa dalla proposta di regolamento la necessità di una valutazione caso per caso dell'eventuale contrarietà della decisione o atto straniero ovvero della legge straniera con l'ordine pubblico. Ciò non tanto perché la modalità di funzionamento dell'ordine pubblico in forza delle norme dell'Unione europea richieda di per sé un esame degli 'effetti' della decisione o della legge straniera (come accade in forza degli articoli 16 e 64 della l. 218/1995³³) e neppure perché non sia configurabile la possibilità di un rifiuto in astratto di determinati istituti per contrasto con l'ordine pubblico (si pensi al divieto di applicare leggi che non prevedono pari condizioni di accesso al divorzio, come previsto dall'art. 10 del regolamento UE n. 1259/2010³⁴).

L'ostacolo deriverebbe semmai da due fattori di natura diversa, intrinseci alla proposta di regolamento e alla sua impostazione generale. Da un

³¹Sulla quale, v., tra gli altri, G. FERRANDO, *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I "piccoli passi" delle Sezioni Unite*, in *Nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2023, p. 377 ss.

³²V., in tal senso, già CGUE, sentenza del 4 febbraio 1988, C-145/86, *Hoffmann*, punto 21; sentenza del 28 marzo 2000, C-7/98, *Krombach*, punto 21.

³³Come sottolineato già da S. BARIATTI, *Artt. 64-68*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1995, p. 1225 ss., in specie p. 1230.

³⁴Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Sulla portata di tale disposizione, v. A. LEANDRO, *Art. 10*, in P. FRANZINA (a cura di), *Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2011, p. 1503 ss.

lato, vi è il fatto che le decisioni in materia di filiazione hanno spesso riguardo alla posizione di un minore e dunque si impone il richiamo al paradigma dell'interesse superiore di quest'ultimo (anche se gli articoli 31 e 39 della proposta menzionano, meno condivisibilmente, l'interesse «dei figli», così di fatto richiedendo di tener conto anche della posizione di un adulto che agisca per il riconoscimento della filiazione, magari solo a fini ereditari), che esige espressamente una valutazione specifica delle circostanze di ciascun caso e mal si concilia con il presunto potere del giudice di invocare l'ordine pubblico in modo pressoché meccanico³⁵. Dall'altro, occorre considerare che il richiamo generalizzato all'ordine pubblico in tutti i casi di maternità surrogata potrebbe porsi in contrasto con il principio di non discriminazione tra i minori, in quanto determinerebbe una disparità di trattamento esclusivamente legata alle modalità con cui avviene la nascita e dunque potenzialmente vietata dall'art. 21 della Carta. D'altra parte, la valutazione su base casistica costituisce la normale modalità di funzionamento del limite dell'ordine pubblico anche nell'ordinamento italiano secondo la giurisprudenza della stessa Corte di cassazione³⁶.

Meno incongruo appare, se collocato nel giusto contesto, il riferimento alla possibilità di transitare, ai fini del riconoscimento di un rapporto di filiazione conseguente alla surrogazione di maternità, dall'uso di strumenti alternativi (come l'adozione in casi particolari) rispetto alla mera trascrizione, che è ammesso anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in questa materia³⁷. È pur vero che, rispetto al riconoscimento di una decisione o di un atto straniero (che è l'evenienza statisticamente più frequente rispetto ai minori nati da maternità surrogata) l'attivazione del limite dell'ordine pubblico comporta soltanto l'impossibilità di far entrare tale decisione o atto nel nostro ordinamento e non sembrerebbe potersi tradurre nella riconfigurazione del rapporto di filiazione secondo uno schema diverso da quello ivi contenuto. Pertanto, anche se il ricorso all'adozione in casi particolari al fine di attribuire effi-

³⁵ Sul tema, cfr. L. CARPANETO, *La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore "in astratto" e "in concreto" nella riforma del regolamento Bruxelles II-bis*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 944 ss.; O. LOPES PEGNA, *L'interesse superiore del minore nel regolamento n. 2201/2003*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, p. 357 ss.

³⁶ Cass. civ., sezioni unite, sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 1225 ss.

³⁷ V., ad esempio, Corte EDU, sentenza del 16 luglio 2020, ric. n. 11288/18, *D. c. Francia*.

cazia al rapporto di filiazione nell'ordinamento italiano non potrebbe mai essere espressamente previsto dal futuro regolamento, quest'ultimo potrebbe contenere regole che facciano salvo il margine di apprezzamento degli Stati membri riguardo alle concrete modalità attuative del riconoscimento dello status di figlio rispetto a ipotesi sulle quali non può dirsi formato un consenso unanime, come appunto la maternità surrogata³⁸.

Sempre con riferimento al limite dell'ordine pubblico, la risoluzione del Senato pone l'accento sull'apparente inutilizzabilità dello stesso rispetto al certificato europeo di filiazione. Tuttavia, anche questa conclusione appare raggiunta in termini eccessivamente sbrigativi.

Per un verso, il certificato, pur andando oltre la semplice circolazione degli atti pubblici nazionali prevista dal regolamento UE 2016/1191³⁹, ha finalità esclusivamente probatorie⁴⁰ e fa sorgere soltanto la presunzione che il rapporto di filiazione dallo stesso descritto sia conforme alla legge applicabile e alla situazione di fatto⁴¹. Non si può dunque escludere che l'esistenza di tale rapporto possa essere contestata in sede giudiziale dinanzi al giudice italiano (se munito di competenza giurisdizionale sulla base di uno dei numerosi titoli previsti dalla proposta), con conseguente possibilità di invocare il limite dell'ordine pubblico contro un'eventuale legge straniera contrastante con i principi fondamentali dell'ordinamento. Allo stesso modo, la questione potrebbe essere sollevata dinanzi al giudice (anche) italiano in relazione alla avvenuta produzione del certificato in

³⁸ Le modalità previste dalle Sezioni Unite sono state considerate dalla Corte EDU compatibili con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo in alcune pronunce di poco successive: v. sentenza del 31 agosto 2023, ric. n. 47196/21, *C. c. Italia*, parr. 69-78; decisione sull'ammissibilità del 23 giugno 2023, ric. n. 10810/20, 29038/20 e 2738/21, *Bonzano e altri c. Italia*; decisione sull'ammissibilità del 30 maggio 2023, ric. n. 59054/19, 12109/20 e 45426/21, *Modanese e altri c. Italia*.

³⁹ Regolamento (UE) 2016/1191 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, che promuove la libera circolazione dei cittadini semplificando i requisiti per la presentazione di alcuni documenti pubblici nell'Unione europea e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012. Su tale atto, v. M. FONTI MAS, *La libera circolazione degli atti pubblici in materia civile: un passo avanti nello spazio giudiziario europeo*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2017, p. 117 ss.

⁴⁰ Cfr. anche l'80° considerando della proposta, secondo cui il certificato europeo di filiazione «dovrebbe avere efficacia probatoria e si dovrebbe presumere che dimostri con esattezza gli elementi accertati in forza della legge applicabile all'accertamento della filiazione designata dal presente regolamento».

⁴¹ Sulla possibilità, peraltro apparentemente non corroborata dal testo della proposta e dal parallelismo con il regolamento n. 650/2012, che il certificato possa far sorgere una presunzione assoluta, v., invece, O. FERACI, *I «controlimiti» al funzionamento del limite dell'ordine pubblico*, cit., p. 792 ss.

giudizio avente un oggetto connesso (ad es. in materia di obbligazioni alimentari) e/o alla necessità di un riconoscimento in via incidentale della decisione o dell'atto pubblico con effetti vincolanti sulla cui base è stato emesso il certificato.

Per altro verso, la stessa proposta prevede procedure di rettifica, revoca o modifica del certificato, attivabili anche d'ufficio dall'autorità di rilascio, ove sia stato accertato che il certificato o suoi singoli elementi non corrispondano al vero, e ciò ancora una volta sotto il controllo del giudice.

Anche in questo caso sembra dunque che, al di là di quanto effettivamente indicato nel parere motivato, ciò che veramente ha suscitato l'opposizione della Commissione parlamentare sia un elemento che rimane 'sottinteso', e cioè che nella maggior parte dei casi il rilascio del certificato faciliterà il riconoscimento della filiazione e consentirà di fatto la dimostrazione dello status di figlio. Infatti, da un lato, in taluni casi il certificato in sé potrebbe anche non far emergere che la filiazione consegue a una maternità surrogata (si pensi alle ipotesi delle coppie di sesso opposto o al genitore singolo); dall'altro, è probabile che esso, almeno indirettamente, possa costituire la base per consentire di superare eventuali resistenze degli ufficiali di stato civile, rendendo marginali le ipotesi di contestazione in sede giudiziaria.

4. Conclusioni

Alla luce di quanto sopra si è detto, è chiaro che l'approccio adottato dalla Commissione Politiche europee del Senato sui punti sopra indicati appare difficilmente conciliabile con la stessa strategia politica sottesa alla proposta di regolamento posta a tutela dei minori (ma ovviamente anche idonea ad avvantaggiare i loro genitori e il loro interesse all'affermazione del rapporto pieno di filiazione), poiché discende da un sostanziale rifiuto della necessità di riconoscere qualunque rapporto di filiazione costituito in un altro Stato membro a prescindere dalle modalità della sua costituzione.

In particolare, la risoluzione mostra una chiara contrarietà verso la surrogazione di maternità: tali dubbi, specialmente in presenza della forma commerciale di tale istituto, non possono essere considerati in sé incompatibili coi principi della stessa Unione europea in materia di tutela dei diritti fondamentali, dovendosi effettivamente qualificare l'istituto come una pratica che offende la dignità della donna gestante e che prefigura una sostanziale mercificazione del bambino prima della sua nasci-

ta⁴². Ma è del tutto evidente che una politica dissuasiva basata esclusivamente sul disconoscimento della filiazione e dunque dei diritti del minore (già) nato da maternità surrogata si infrange contro altri, non meno fondamentali principi.

Sotto questo profilo, la proposta di regolamento UE ha il suo principale (ma inevitabile) elemento di debolezza nel fatto che lo strumento si concentra esclusivamente sul profilo del riconoscimento e non può sviluppare un quadro normativo adeguato per la surrogazione di maternità, rispetto alla quale una posizione puramente 'proibizionista' a livello nazionale non sembra in grado di produrre gli effetti voluti. Sarebbe dunque certamente preferibile una spinta verso uno strumento globale che, al pari di quanto avvenuto per l'adozione trent'anni fa (con la conclusione della Convenzione dell'Aja del 12 maggio 1993 sulla protezione dei minori e la cooperazione riguardo all'adozione internazionale), istituzionalizzi, coinvolgendo anche gli Stati destinatari del c.d. turismo procreativo, la surrogazione di maternità, prevedendo le necessarie condizioni (ad esempio, in termini di valutazione della idoneità dei genitori intenzionali, di non mercificazione del bambino, di qualificazione degli intermediari, di tutela dei diritti della donna gestante) per consentire il riconoscimento del rapporto di filiazione anche in ordinamenti diversi da quello di origine ed evitando di rimettere la soluzione del problema esclusivamente alle norme di diritto internazionale privato⁴³.

Un simile progetto è stato, d'altronde, come detto, parzialmente prefigurato nei recenti lavori della Conferenza dell'Aja⁴⁴, che suggeriscono condivisibilmente la possibile conclusione di una convenzione recante norme generali in materia di filiazione e di un separato protocollo relativo alla maternità surrogata: rispetto alla futura negoziazione di tali strumenti l'esistenza della proposta di regolamento potrà consentire all'Unione

⁴² In tal senso, v. Cass. civ., sezioni unite., sentenza dell'8 maggio 2019, n. 12193, cit., nonché Corte cost., sentenza del 9 marzo 2021, n. 33, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2021, p. 321 ss.

⁴³ Sul punto, v. G. BIAGIONI, *International Surrogacy and International Parentage: Hopes for a Global Solution*, in P. BEAUMONT, J. HALLIDAY (eds.), *A Guide to Global Private International Law*, London, 2022, p. 567 ss., in specie p. 579.

⁴⁴ Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, *Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project, Final Report: The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage*, Prel. Doc. No 1 of November 2022, reperibile al sito www.hcch.net

europea di giocare un ruolo significativo, ma l'indirizzo che essa assumerà in proposito non può dirsi ad oggi definito.

In attesa di tali sviluppi, si tratta a questo punto di capire quale posizione intenderà assumere il Governo in sede di Consiglio rispetto alla proposta di regolamento UE e in quale misura esso farà proprie le preoccupazioni espresse. Peraltro, ove tale approccio fosse condiviso dall'esecutivo e venisse successivamente accolto da parte del Consiglio, esso potrebbe addirittura essere considerato come uno snaturamento della proposta e degli obiettivi politici che questa si prefigge, inducendo la Commissione europea a ritirarla⁴⁵. Per contro, ove il Consiglio ritenesse di allinearsi alla posizione della Commissione europea stessa, l'adozione dell'atto all'unanimità potrebbe sicuramente rendere meno stridenti eventuali 'forzature' della base giuridica in termini di sussidiarietà o di proporzionalità, ma disconoscerebbe la posizione chiaramente assunta dai Parlamenti di due Stati membri fondatori. Appare dunque chiaro che i tempi per l'approvazione della proposta di regolamento non si profilano brevi e che le probabilità di un'adozione dello strumento sotto forma di cooperazione rafforzata (senza la partecipazione dell'Italia?) rimangono assai elevate.

⁴⁵ CGUE, sentenza del 14 aprile 2015, C-409/13, *Commissione c. Consiglio*, sulla quale v., in particolare, D. RITLENG, *Does the European Court of Justice take democracy seriously? Some thoughts about the Macro-Financial Assistance case*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 11 ss.

Sezione Speciale

***Global South*, diritto internazionale, diritto
dell'Unione europea**

Introduzione alla Sezione speciale

**COMITATO ORGANIZZATORE DELLA XX EDIZIONE DELL'INCONTRO DEI
GIOVANI CULTORI DELLE DISCIPLINE INTERNAZIONALISTICHE***

Una delle tesi di *The Gentle Civilizer of Nations* di Martti Koskenniemi vuole che le regole della vita di relazione internazionale abbiano disegnato i rapporti all'interno della comunità internazionale secondo le categorie dell'inclusione e dell'esclusione. Questo schema concettuale evoca le categorie del centro e della periferia, rispecchiando la tensione fra un Occidente sviluppato e un Sud globale che rappresenta in qualche modo il suo 'altro', se non per certi versi il suo contrario. Gli autori che si riconoscono nei cd. *Third World Approaches to International Law* (TWAIL) denunciano la natura strumentale delle regole imposte dalle potenze europee al resto del mondo rispetto al perseguimento di politiche colonialiste e di disegni imperialisti. Si tratta di affermazioni che fanno discutere, presentate da alcuni come bisognose di una rivisitazione alla luce dell'influenza che alcuni Stati che rientrano nella più o meno eterogenea galassia del *Global South* – nozione parzialmente controversa e non univocamente condivisa – appaiono oggi capaci di esercitare a livello sistemico, in un quadro di rapida (e oggi solo in parte decifrabile) ricomposizione degli equilibri geopolitici. Da qui l'opportunità di riflettere, alla luce degli sviluppi normativi e delle applicazioni ed interpretazioni più recenti delle norme esistenti, sul ruolo del *Global South* – inteso nella sua dimensione economica, politica e culturale – nella formazione, nel rinnovamento e nella esperienza pratica delle regole della vita di relazione internazionale.

Proprio questa prospettiva è stata al centro della XX edizione dell'incontro dei giovani cultori delle discipline internazionalistiche, svoltasi presso la sede milanese dell'Università Cattolica del Sacro Cuore il 1° dicembre scorso, in una data che sulla carta non si prospettava proprio felicissima, complici la preoccupante allerta meteo diramata alla vigilia del convegno, il massiccio sciopero dei trasporti indetto per quella data, nonché, infine, i comuni malanni di stagione tipici del periodo tardo-autunnale che hanno interessato diversi partecipanti ai lavori e membri

* Mariangela La Manna, Matteo Ceolotto, Luca Lionello, Matteo Manfredi, Omar Vanin, Università Cattolica del Sacro Cuore.

dell'organizzazione. Tuttavia, nessuno dei fattori citati si è rivelato tale da compromettere l'esito della giornata di studio, che è risultata partecipata, ricca di momenti di confronto scientifico e, infine, non priva di parentesi conviviali e rilassate.

La domanda che ha animato l'intera iniziativa si concentrava precisamente sui rapporti tra il *Global South* e le regole che disciplinano le relazioni tra enti sovrani, organizzazioni internazionali e attori non statali, come pure tra privati, se a carattere transnazionale, e coglieva in tale rapporto un'oscillazione fra due opposte spinte: la spinta all'adesione (che postula l'attiva partecipazione del *Global South* al consolidamento delle regole esistenti della vita di relazione internazionale e alle iniziative tese ad assicurarne l'osservanza), e la spinta alla contestazione (che implica invece la critica delle regole esistenti e la prospettazione di sensibilità e soluzioni nuove). Tale tensione appare in maniera ancora più chiara se si considera che le sfide che interessano la comunità internazionale (tutela dell'ambiente, fenomeno migratorio, *governance* delle relazioni economiche e finanziarie) sono intrinsecamente globali e non interessano necessariamente in modo specifico il *Global South*. Su questo sfondo si è scelto di invitare i partecipanti a domandarsi se e in che modo il Sud del mondo (o il confronto con il Sud del mondo, la considerazione del suo specifico) concorra allo sviluppo delle regole della vita di relazione internazionale.

Il fatto che l'invito sia stato accolto con entusiasmo dalla comunità dei giovani studiosi di diritto internazionale (pubblico e privato) e di diritto dell'Unione europea, traducendosi nella presentazione di ben 54 proposte, ha consentito l'organizzazione di un percorso di avvicinamento al convegno in modalità *webinar*, spalmato sulle settimane che hanno preceduto l'incontro, nonché della fitta e intensa giornata di studio del 1° dicembre, nell'ambito della quale, sulla scorta dell'intrigante *keynote speech* di Luis Eslava, che illustrava in una prospettiva interdisciplinare le tensioni e le convergenze fra i diversi punti di vista sulla vita di relazione internazionale nello studio, nell'insegnamento e nella pratica del diritto internazionale, anche oltre lo Stato, inteso come unità di misura del mondo, si è inserita la riflessione dei partecipanti, organizzata intorno a tre principali assi, ossia: *i*) la contestazione e il rinnovamento delle regole, *ii*) le relazioni economiche, *iii*) l'ambiente e i cambiamenti climatici.

Le stesse aree che hanno consentito di strutturare l'incontro in tre sessioni sono alla base del riparto in sottosezioni della presente Sezione speciale. La prima è intitolata «Il Global South e le regole della vita di relazione internazionale, tra contestazione e rinnovamento» e annovera scrit-

ti che esaminano entrambe le tendenze, singolarmente oppure in maniera combinata. Confluiscono in questa sezione lo scritto di Irene Miano, dedicato al rapporto ambivalente tra CIG e Sud globale, che mette l'accento sulla mutevole sensibilità delle Corti rispetto alle istanze di quest'ultimo e conclude individuando gli obblighi *erga omnes partes* quale veicolo della crescente attenzione che si registra nella prassi recente della Corte, il lavoro di Bernardo Mageste Castelar Campos, che riflette sul ruolo del Comitato giuridico interamericano, un organo istituito in seno all'Organizzazione degli Stati americani con lo scopo statutario di codificare il diritto consuetudinario e promuoverne lo sviluppo progressivo, che non entra in competizione con la Commissione del diritto internazionale, ma percepisce il proprio ruolo come complementare a quello di quest'ultima, poiché votato a rappresentare la prospettiva regionale, il contributo di Rachele Marconi, che prende in considerazione l'asserita inadeguatezza delle regole sulla responsabilità degli Stati a riparare agli abusi coloniali e conclude valorizzando la soddisfazione quale forma di riparazione, quello di Edoardo Rossi, che affronta il problema del contributo del *Global South* ai processi di unificazione del diritto privato e del diritto internazionale privato attraverso l'osservazione e l'analisi dei lavori dell'OHADA, nonché quello di Valeria Casillo, che considera un caso specifico in cui la *querelle* sulla restituzione di resti umani con valore storico, sottratti da una potenza coloniale, chiama in causa sia l'applicazione del diritto dei beni culturali che del diritto internazionale dei diritti umani.

La seconda si intitola «Le istanze del Global South nei rapporti economici internazionali: commercio, risorse, investimenti» ed è coerentemente incentrata sul ruolo svolto dagli Stati del Sud del mondo nello sviluppo e nell'applicazione delle regole sulle relazioni economiche e finanziarie internazionali. Lo scritto di Ilaria Castagna introduce la sezione indagando il contributo del *Global South* allo sviluppo del diritto internazionale degli investimenti, in particolare attraverso le proposte di ripensamento del contenuto della clausola del cd. *fair and equitable treatment* (FET). Seguono poi due contributi che indagano la tensione tra sviluppo economico e protezione di valori non economici. Si tratta dello scritto di Magdalena Greco sulla disciplina dei brevetti farmaceutici tra emergenze sanitarie e tutela della proprietà intellettuale, ricco di riferimenti alla più attuale prassi negoziale in seno all'Organizzazione mondiale della Sanità, e di quello di Antonio Attolico, che riflette sulla sovranità permanente sulle risorse naturali alla luce di una discussa vicenda arbitrata in materia di concessioni, che chiama in causa problemi di qualificazione e, conseguente-

mente, di diritto applicabile, interno o internazionale. Analogamente, anche lo scritto di Gabriele Redigonda, che chiude la sezione, discute la gestione di una particolare risorsa, ossia lo spettro elettromagnetico, nel diritto internazionale delle telecomunicazioni.

La terza, infine, intitolata «Tensioni e prospettive dal Global South in materia di ambiente e cambiamenti climatici», è interamente dedicata alla *governance* ambientale anche nella relazione tra gli Stati del Sud del mondo e l'Unione europea e comprende il contributo di Virginia Remondino sui problemi applicativi sollevati dalla recente normativa relativa al *Carbon Border Adjustment Mechanism* (CBAM), lo scritto di Francesca Neyroz sulle relazioni esterne in materia ambientale e le implicazioni socio-politiche dei cd. *Voluntary Partnership Agreements*, l'analisi di Giorgia Pane sulla categoria dei principi generali del diritto e il possibile superamento della nozione *ex art. 38* Statuto CIG nel particolare ambito tematico del contrasto al cambiamento climatico e, infine, il contributo di Anna Iermano sulla particolare vulnerabilità delle donne del *Global South* agli effetti del cambiamento climatico e sul ruolo attivo che queste possono essere chiamate a svolgere nel contrastare il fenomeno.

Le conclusioni pronunciate al termine della giornata di studi del 1° dicembre scorso da Lorenzo Gradoni, che ringraziamo per il generoso impegno, confluiscono in forma ampliata e sviluppata, ma sempre con il medesimo approccio scientificamente problematizzante e stilisticamente caustico, anche nella presente Sezione speciale.

Ora che il progetto «Global South, diritto internazionale, diritto dell'Unione europea» è giunto al termine, ci preme ringraziare tutti coloro che ne hanno reso possibile la realizzazione. Desideriamo ringraziare, in particolare, Pietro Franzina e l'Istituto di Studi internazionali dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, così come Damiano Palano e il Dipartimento di Scienze Politiche, per l'incessante sostegno all'iniziativa, nonché Gabriele Della Morte, Andrea Santini, Francesco Bestagno, Francesca De Vittor e Monica Spatti, che hanno letto e commentato la nostra *call for papers*, spingendoci a fare sempre meglio e ad affinare la prospettiva. Monica Spatti, inoltre, ha anche contribuito al percorso di avvicinamento all'incontro nelle vesti di *discussant*, insieme con Andrea Caligiuri ed Eliana Cusato, ai quali pure siamo molto grati. Sentiamo il bisogno, poi, di esprimere la nostra gratitudine a tutti coloro che si sono generosamente prestati a fare da presidenti di sessione o *discussant* in occasione dell'incontro, animando e stimolando la riflessione individuale e collettiva. Ci si riferisce qui a Giulio Bartolini, Giovanna Adinolfi e GianPaolo Ruo-

tolo, che hanno presieduto, rispettivamente, la prima, la seconda e la terza sessione, nonché a Luigi Crema, Simone Vezzani e Angelica Bonfanti, che nelle stesse sessioni sono intervenuti come *discussant*. Un ringraziamento speciale a Luis Eslava per il suo apprezzato *keynote speech*, che ha dato il tono all'intera conversazione.

Doveroso è ringraziare tutti gli anonimi *referees*, che hanno letto le prime stesure degli scritti qui pubblicati e hanno generosamente condiviso suggerimenti e indicazioni per migliorarli, così come esprimere la nostra riconoscenza alla direzione dei Quaderni e agli ottimi curatori di questo numero, con i quali abbiamo lavorato proficuamente e in costante contatto. Infine, un ringraziamento particolarmente sentito a tutti gli autori e le autrici che, nel decidere di partecipare a questa iniziativa, hanno accettato di mettersi alla prova con temi e prospettive metodologiche non scontate e non abituali nelle comuni esperienze di formazione alla ricerca e si sono sforzati di indossare i panni 'dell'altro', tentando di assumerne il punto di vista, per meglio comprenderlo e discuterlo.

Parte I

**Il *Global South* e le regole di vita di relazione internazionale,
tra contestazione e rinnovamento**

La Corte internazionale di giustizia e il *Global South*: *odi et amo*?

IRENE MIANO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Brevi cenni metodologici e di definizione. – 3. I *common concerns* del Sud globale nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia. – 3.1 *Zooming out*: una linea temporale sul lavoro della CIG in relazione ai *common concerns*. – 3.2 *Zooming in*: i *common concerns* e l'approccio della CIG. – 4. Struttura e limiti alla competenza della CIG: ostacolo insuperabile? – 5. Tra istanze di adesione e istanze di resistenza: la fiducia del Sud globale nella Corte. – 6. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: La Corte internazionale di giustizia (CIG) ha il compito di risolvere dispute e fornire pareri consultivi basati sul diritto internazionale. Sebbene la sua funzione sembri limitata a queste attività, la CIG è vista anche come garante della legalità internazionale e promotrice di pace e giustizia. Tuttavia, il suo ruolo imparziale e indipendente è spesso contestato, in particolare da alcune correnti del movimento TWAIL (*Third World Approaches to International Law*), che accusano la CIG di favorire il Nord globale e applicare norme orientate verso l'Occidente. Questo contributo esamina la relazione tra la CIG e il Sud globale, concentrandosi su tre aspetti principali: la giurisprudenza della CIG, la sua struttura e i limiti della sua competenza, le motivazioni per cui paesi del Sud globale ricorrono alla Corte. Analizzando casi rilevanti per il Sud globale e discutendo aspetti controversi, si esaminerà se la CIG possa effettivamente agire come guardiana della legalità internazionale. Verrà valutata, inoltre, l'efficacia degli strumenti giurisdizionali della CIG e si rifletterà sulle motivazioni dei paesi del Sud globale nel presentarsi davanti alla Corte, prendendo in considerazione le tensioni tra adesione e resistenza al diritto internazionale. In conclusione, l'analisi della giurisprudenza e l'approccio critico offriranno una prospettiva sulla validità delle osservazioni avanzate da parte del movimento TWAIL, contribuendo a illustrare meglio il ruolo della CIG nel panorama internazionale.

* Dottoranda in diritto internazionale presso il Geneva Graduate Institute e Lecturer in diritto internazionale e diritto dell'Unione europea presso l'Università di Tilburg, irene.miano@graduateinstitute.ch.

PAROLE CHIAVE: Corte internazionale di giustizia – *Global South* – funzione giudiziaria – tradizioni giuridiche – TWAIL – politica giudiziaria.

1. Introduzione

Il ruolo della Corte internazionale di giustizia è quello di risolvere controversie o fornire pareri consultivi basati sul diritto internazionale. Sebbene la sua funzione giuridica sia limitata a queste due attività, essendo l'organo giudiziario principale delle Nazioni Unite, la CIG avrebbe anche una serie di responsabilità sociali aggiuntive. La CIG è stata descritta, infatti, come la 'guardiana' della legalità internazionale, la 'protettrice' della comunità internazionale, l'organo incaricato di portare pace e giustizia¹. Tuttavia, il suo ruolo quale organo giudiziario imparziale, neutrale e indipendente è stato spesso messo in discussione, in particolare da alcune scuole di pensiero nel campo del diritto internazionale, come il movimento TWAIL (*Third World Approaches to International Law*)². Secondo queste critiche – sebbene con differenti sfumature – non solo la CIG sarebbe un organo di parte a favore del Nord globale³, ma applicherebbe anche un insieme di norme intrinsecamente e strutturalmente orientate verso l'occidente⁴. In buona sostanza, non solo la CIG non costituirebbe un garante della legalità come idealmente descritto nella narrativa dominante, ma

¹ Su queste prospettive, si veda G. HERNANDEZ, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford, 2014, p. 42 ss.; sulla concezione *community-oriented* della funzione giudiziaria, v. A. BOGDANDY, I. VENZKE, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, 2014, p. 28 ss.

² La storia, le fasi e le argomentazioni TWAIL sono sintetizzate da A. ANGHIE, *Rethinking International Law: A TWAIL Retrospective*, in *European Journal of International Law*, 2023, p. 7 ss., al quale si rimanda per le precisazioni sulle diverse correnti che si sono storicamente sviluppate all'interno del TWAIL, ciò, in particolare, in relazione ai diversi approcci all'uso del diritto internazionale. Si veda anche M. MUTUA, A. ANGHIE, *What is TWAIL*, in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 2000, p. 31 ss.

³ Iconica, in tal senso, la definizione riportata da T.O. ELIAS, *Africa and the Development of International Law*, Leiden, 1988, p. 75 che parla della CIG come della «West European Court of Justice».

⁴ Ciò sarebbe evidente già dalla formulazione dell'art. 38 dello Statuto della CIG, che si riferisce ai principi riconosciuti dalle «civilized nations». Si veda, tra gli altri, J.T. GATHII, *The Promise of International Law: A Third World View*, in *American University International Law Review*, 2021, p. 377 ss.

mancherebbe di alcune caratteristiche che dovrebbero essere proprie di un organo giudiziale, quali l'indipendenza e l'imparzialità⁵.

Con l'obiettivo di testare queste considerazioni esposte da alcuni filoni TWAIL, questo contributo vuole analizzare la relazione tra la CIG e il Sud globale, riflettendo su tre diversi aspetti. Si concentra innanzitutto sulla giurisprudenza, ricapitolando le traiettorie dei casi in cui il Sud globale è stato parte, ma anche di quelli in cui la Corte ha affrontato temi cari al Sud globale, quali, ad esempio, il colonialismo o le armi nucleari e i loro effetti. Successivamente, si sofferma su come la struttura e i limiti della competenza giurisdizionale della CIG possano ostacolare la possibilità per la Corte di agire come 'guardiana' della legalità nella comunità internazionale. Infine, si interroga sul perché, anche se la Corte è spesso 'accusata' di essere di parte e incapace di soddisfare le richieste di giustizia del Sud globale, i paesi di questo gruppo rappresentano le parti che appaiono più frequentemente davanti alla Corte. Questo ultimo aspetto verrà affrontato riflettendo sulla tensione interna tra istanze di adesione e istanze di resistenza che ha sempre caratterizzato gli approcci del Sud globale al diritto internazionale⁶. In questo senso, il contributo ricollega i due temi, la giurisprudenza da un lato e le limitazioni strutturali dall'altro. La percezione e la visione del Sud globale, infatti, risulterebbero poco chiare se non poste in relazione con l'azione e la struttura della Corte. In conclusione, si cercherà di ricostruire la relazione tra la CIG e il Sud globale, non solo indagando la giurisprudenza, ma presentando anche il rapporto fra diritto e politica⁷. Mettere in discussione il ruolo rispettivo della CIG e del Sud globale nell'ambito della giurisdizione internazionale aiuta, in definitiva, a riflettere su quanto la tesi avanzata dal TWAIL possa ancora (o abbia mai potuto) essere valida.

⁵ L. OBREGÓN, *The Third World Judges: Neutrality, Bias or Activism at the Permanent Court of International Justice and International Court of Justice?* in W.A. SCHABAS, S. MURPHY (a cura di), *Research Handbook on International Courts and Tribunals*, Cheltenham, 2017, p. 200 ss.

⁶ L. ESLAVA, S. PAHUJA, *Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law*, in *Trade, Law and Development*, 2011, p. 114.

⁷ Ad es. M. KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law*, Oxford, 2011 p. V: «the relationship between international law and politics is not the one of two entities colliding against each other but one of identity. International law is an expression of politics much like Christianity constitutes one type of expression of religious spirituality».

2. Brevi cenni metodologici e di definizione

Prima di procedere ulteriormente, è bene specificare tre diversi aspetti che definiscono la prospettiva adottata. In primo luogo, è opportuno precisare quale sia la definizione di Sud globale che intendiamo assumere così da delimitare l'ambito di ricerca. Dal momento che non c'è una definizione condivisa e univoca di tale concetto, ricondotto, negli anni, alternativamente o congiuntamente, allo status post-coloniale⁸, alla situazione economica (spesso, ricollegandola agli indici OCSE)⁹ o a considerazioni geografiche¹⁰, verrà adottato il criterio del cd. *commonality of concerns*¹¹. In tale prospettiva, al di là delle divisioni storiche e politiche, ad essere considerate saranno le preoccupazioni che accomunano questi diversi paesi e, ancor più i popoli¹². Si tratta di preoccupazioni che derivano da una asimmetria di carattere storico¹³ e che possono essere sintetizzate in questioni di diseguaglianza (economica e di possibilità), di sfruttamento (ad es., territoriale, di risorse), nella generale sensibilità verso temi legati alla fase post-coloniale, nel timore che la forza del potere prevalga su quella della giustizia. Sebbene, come si vedrà anche in seguito, alcune di queste preoccupazioni appartengano, più o meno genuinamente, anche a Stati del cd. *Global North*, la posizione storica e culturale degli Stati del Sud globale li rende particolarmente sensibili a questi temi.

In secondo luogo, è importante sottolineare che si intende qui adottare la prospettiva del diritto come politica, concepita non quale 'gioco di

⁸ C. FOCARELLI, *International Law as Social Construct. The Struggle for Global Justice*, Oxford, 2012, p. 129: «the term "Third World", far from being anachronistic, is meant by TWAIL to refer to all countries of Asia, Africa, and Latin America sharing a common history of subjection to colonialism and still underdeveloped and marginalized, beyond their differences and the plurality of their possible practices of collective resistance to hegemonic policies».

⁹ M. BENNOUNA, *Droit international du développement. Tiers monde et interpellation du droit international*, Boulogne-Billancourt, 1983, p. 57 ss.

¹⁰ Finendo con il generare critiche di gruppi o paesi che non si sono sentiti inclusi. Si veda sul punto A: BHATIA, *The South of the North: Building on Critical Approaches to International Law with Lessons from the Fourth World* in *Oregon Review of International Law*, 2012, p. 131 ss.

¹¹ L. ESLAVA, S. PAHUJA, *Between Resistance and Reform*, cit., p.104, J.T. GATHIL, *TWAIL: A Brief History of Its Origins, Its Decentralized Network, and Tentative Bibliography*, in *Trade, Law and Development*, 2011, p. 27.

¹² È bene sottolineare che, inevitabilmente, tali 'preoccupazioni' sono ivi presentate dall'angolo visuale delle diverse correnti TWAIL e, dunque, sulla base della lettura che questa prospettiva accademica, nelle sue diverse sfaccettature, ne propone.

¹³ L. ESLAVA, S. PAHUJA, *Beyond the (Post) Colonial: TWAIL and the Everyday Life of International Law*, in *Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 2012, p. 198.

potere', ma come possibilità di scelta.¹⁴ In tale prospettiva, il diritto internazionale è visto come un linguaggio¹⁵ a disposizione degli attori presenti nel panorama internazionale, CIG inclusa, per arrivare a conclusioni che possono essere prodotte dal sistema stesso, in quanto tendente verso certe soluzioni piuttosto che verso altre¹⁶, oppure dalla comunità in cui l'attore in questione opera¹⁷, o invece liberamente possibili.

In terzo ed ultimo luogo, preme evidenziare che questo contributo prende come punto di partenza da testare un'angolazione proposta da alcuni correnti all'interno di una scuola di pensiero, quella del TWAIL, che ha assunto, non senza critiche¹⁸, il compito di dare voce ai *common concerns* del Sud globale. Questa scelta limita inevitabilmente l'obiettivo del lavoro, che non intende fornire una panoramica esaustiva delle posizioni di tutti i paesi del Sud globale nei confronti dell'attività della Corte, ma si propone di mettere alla prova la prospettiva TWAIL e contestualizzarla nell'ambito della storia, dell'operato e della struttura della CIG.

3. I *common concerns* del Sud globale nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia

Il paragrafo si occuperà di analizzare la giurisprudenza della CIG in relazione ai *common concerns* del Sud globale, offrendo prima di tutto una prospettiva di tipo cronologico, in quanto necessaria per poter meglio contestualizzare l'approccio della Corte ai temi che sono stati presentati dalle correnti interne al movimento TWAIL come più cari al Sud globale. Dopo aver tracciato, dunque, fondamentali distinzioni temporali e contestuali, nell'impossibilità di trattare in maniera dettagliata in questa sede tutti i casi che hanno visto coinvolti *common concerns* del Sud globale, la rimanente parte del paragrafo si occuperà di delineare alcuni dei temi centrali (le regole del gioco; sovranità, colonialismo e territorio; armi nucleari; *public interest litigation* e obblighi *erga omnes*) e, in tali ambiti, ten-

¹⁴ M. KOSKENNIEMI, *Introduction*, in H. LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, Oxford, 2011, par. VII.

¹⁵ M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, 2005, p. 568.

¹⁶ *Ivi*, p. 570, Koskenniemi ne parla come «structural bias».

¹⁷ E. JOUANNET, *Koskenniemi: a critical introduction*, in: M. KOSKENNIEMI (a cura di), *The Politics of International Law*, cit., p. 1 ss, p. 15.

¹⁸ A. BECKER LORCA, *After TWAIL's Success, What Next? Afterword to the Foreword by Antony Anghie*, in *European Journal of International Law*, 2023, p. 779 ss.

terà di sottolineare alcuni elementi di sentenze e pareri consultivi che possono aver inciso sul rapporto tra *Global South* e CIG.

3.1 *Zooming out*: una linea temporale sul lavoro della Corte internazionale di giustizia in relazione ai *common concerns*

Quando nel 1966 la Corte si è pronunciata nel caso del *South West Africa*¹⁹ con una sentenza passata alla storia come ‘un disastro’²⁰, in molti²¹ hanno pensato che quel momento avrebbe marcato la fine di una relazione, quella tra la CIG e il *Global South*, che aveva appena e, a fatica, iniziato a prendere forma²².

Con la sentenza del 1966, infatti, la Corte, ribaltando la sentenza sulle obiezioni preliminari del 1962 pronunciata nello stesso caso²³, ha deciso che l’Etiopia e la Liberia, che avevano presentato un ricorso contro il Sudafrica in merito a violazioni da esso compiute nell’ambito del mandato della Società delle Nazioni nel territorio dell’Africa del Sud-Ovest, non avevano alcun interesse di natura giuridica in merito alle questioni controverse²⁴. Una scelta²⁵ con la quale la CIG ha evitato di pronunciarsi su temi di cruciale rilievo per il Sud globale, quali l’introduzione del sistema dell’apartheid, generando, allo stesso tempo, una profonda crisi di fiducia nell’imparzialità del suo operato²⁶.

¹⁹ CIG, sentenza del 18 luglio 1966, *South West Africa Cases (Liberia v. South Africa; Ethiopia v. South Africa)*, Second Phase.

²⁰ E. McWHINNEY, *The International Court of Justice and the Western Tradition of International Law: the Paul Martin Lectures in International Relations and Law*, Dordrecht, 1987, p. 69.

²¹ I. VENZKE, *The International Court of Justice During the Battle for International Law (1955-1975). Colonial Imprints and Possibilities for Change*, in J. VON BERNSTORFF, P. DANN (a cura di), *The Battle for International Law: South-North Perspectives on the Decolonization Era*, Oxford, 2019, p. 240 ss.

²² G.M. ABI-SAAB, *The newly independent states and the rules of international law: an outline* in *Howard Law Journal*, 1962, p. 110 ss.

²³ CIG, sentenza del 21 dicembre 1962, *South West Africa Cases (Liberia v. South Africa; Ethiopia v. South Africa)*, Preliminary Objections.

²⁴ CIG, *South West Africa, Second Phase*, cit., par. 44.

²⁵ La stessa sentenza del 1962 aveva dimostrato che una diversa scelta era possibile e, come sottolineato da I. VENZKE, *The International Court of Justice during the battle for International Law*, cit., p. 246 ss., la CIG non si è occupata di spiegare nel dettaglio perché ha scelto una diversa strada.

²⁶ *Ivi*, p. 248 ss., vengono riportate le reazioni del gruppo africano e di alcuni Stati europei.

La sentenza si inserisce in un contesto già abbastanza compromesso. Infatti, già prima del 1966, vi erano stati casi considerati problematici²⁷. Ne è esempio il parere consultivo del 1950, *International Status of South West Africa*²⁸, anch'esso incentrato sul tema dell'amministrazione dell'Africa del Sud-Ovest, nella quale la Corte, adottando in maniera estensiva il linguaggio della civilizzazione presente nell'art. 22 del Patto della Società delle Nazioni²⁹, ha concluso che il mandato del Sudafrica sull'Africa del Sud-Ovest era ancora valido.

Seppur tale affermazione sia stata criticata³⁰, in particolare in quanto il parere non contiene alcuna considerazione in merito al fatto che l'Africa del Sud-Ovest potesse diventare uno Stato indipendente o meno³¹, è stato anche ritenuto che la Corte abbia agito in un'ottica di protezione, al fine di non liberare il Sudafrica dagli obblighi imposti dal mandato e mantenere una supervisione sul rispetto di tali obblighi da parte della Assemblea generale delle Nazioni Unite³².

Esempi ancor più rilevanti appaiono quelli nei quali la Corte ha fondato la propria decisione – che aveva effetti su Stati che da poco avevano ottenuto l'indipendenza – su trattati conclusi dalle potenze coloniali, su dichiarazioni di accettazione della giurisdizione obbligatoria della Corte, o,

²⁷ Si veda R.P. ANAND, *Attitude of the 'new' Asian African countries toward the International Court of Justice*, in F.E. SNYEDER, S. SATHIRATHAI (a cura di), *Third World Attitudes toward international law*, Dordrecht, 1987, p. 169 ss.

²⁸ CIG, parere consultivo dell'11 luglio 1950, *International Status of South West Africa*, p. 132-133, p. 136.

²⁹ Seguendo quanto argomentato da molti Stati che avevano presentato osservazioni davanti alla Corte e contrariamente alla prospettiva sudafricana, come sottolineato da N. TZOUVALA, *Capitalism as Civilisation: A History of International Law*, Cambridge, 2020, p. 114: «South Africa focused on the language of Article 22 in an effort to render the Namibian people invisible».

³⁰ Si veda A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, 2004, p. 147 ss.

³¹ *Ivi*, p. 144. Si veda anche CIG, parere consultivo dell'11 luglio 1950, *International Status of South West Africa, Dissenting Opinion* del giudice Kyrlov, p. 191, che indica questa come l'unica interpretazione coerente con lo spirito della Carta delle Nazioni Unite. Potrebbe tuttavia argomentarsi che l'indipendenza della regione non era al centro delle domande poste dall'Assemblea generale alla Corte, domande che inevitabilmente hanno guidato i confini del parere reso dalla CIG e ne hanno indirizzato il linguaggio e il tono.

³² In tal senso, N. TZOUVALA, *Capitalism as Civilisation*, cit., p. 143 sottolinea come anche chi voleva favorire la liberazione dei territori in questione abbia usato il linguaggio della 'civilizzazione' di cui all'art. 22, proprio in quanto era l'unico possibile in quel contesto e fase storica.

infine, su clausole compromissorie sottoscritte dalle potenze coloniali, senza accertare il consenso dei nuovi Stati³³.

Allo stesso modo, talvolta la Corte non ha tenuto conto di alcuni argomenti, ad es. classificandoli quali argomenti di natura storica e culturale nel caso *Temple of Preah Vihear*, mostrandosi così ancora una volta lontana dallo stile e dalle tradizioni giuridiche dei paesi del *Global South*³⁴.

I silenzi della Corte, dunque, hanno portato il *Global South* a percepire la CIG quale molto distante dalle sue preoccupazioni³⁵. Non è un caso, dunque, che, proprio in questo contesto, nel 1960, quando Liberia ed Etiopia hanno presentato ricorso contro il Sudafrica dinanzi alla CIG abbiano comunque deciso di costruire i loro argomenti usando un linguaggio non pienamente in linea con le convinzioni del *Global South*, ma profondamente radicato nel diritto internazionale: quello della civilizzazione. Presentando i comportamenti del Sudafrica come condotte in violazione della *sacred trust of civilization*³⁶, Liberia ed Etiopia intendevano parlare con il linguaggio del diritto internazionale dell'epoca.

A questo, significativamente, aggiungevano il riferimento alla nascita di una norma o standard di non discriminazione a livello internazionale, che non è stato accolto ed analizzato in sentenza³⁷.

Tuttavia, risulta impossibile valutare fino a che punto tale strategia avrebbe funzionato, in quanto, nel 1966, come sopra ricordato, il caso è stato bloccato per motivi di legittimazione processuale³⁸. Che la Corte

³³ V., ad es., CIG, sentenze del 26 novembre 1957 e del 12 aprile 1960, *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*.

³⁴ CIG, sentenza del 15 giugno 1962, *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, p. 15: «the Parties have also relied on other arguments of physical, historical, religious, and archaeological character, but the Court is unable to regard them as legally decisive».

³⁵ Si veda I.VENZKE, *The International Court of Justice during the battle for International Law*, cit, p.248 ss.

³⁶ N. TZOUVALA, *Capitalism as Civilisation*, cit, p. 154: «overall, the memorial stroke a peculiar balance between embracing and pushing back the logic of “civilization”».

³⁷ Si veda, tuttavia, CIG, *South West Africa Cases, Second Phase*, cit., *Dissenting Opinion* del giudice Tanaka, p. 250 ss.

³⁸ La Corte, inoltre, non ha mancato di usare argomenti e linguaggio che hanno posto ulteriore distanza con il Sud globale. A tal proposito, v. CIG, *South West Africa Cases, Second Phase*, cit., par. 49: «The Court must now turn to certain questions of a wider character. Throughout this case it has been suggested, directly or indirectly, that humanitarian considerations are sufficient in themselves to generate legal rights and obligations, and that the Court can and should proceed accordingly. The Court does not think so. It is a court of law, and can take account of moral principles only in so far as these are given a sufficient expression in legal form. Law exists, it is said, to serve a social need; but precisely for that

avrebbe potuto decidere diversamente sul punto è dimostrato non solo dalla diversa direzione da essa data al caso nel 1962, ma anche dalle numerose opinioni dissenzienti che si sono soffermate sull'interpretazione, considerata eccessivamente restrittiva, operata dalla CIG in quelle circostanze³⁹.

In considerazione del contesto appena descritto, dunque, non è difficile comprendere come il Sud globale abbia percepito la scelta compiuta dalla CIG nel 1966 quale ulteriore dimostrazione dell'inadeguatezza di questa a rappresentare il forum ove far valere le proprie istanze⁴⁰.

Dopo il 1966, coerentemente con questa percezione e per venti lunghi anni, raramente i paesi del *Global South* sono tornati davanti alla Corte in casi contenziosi, con la significativa eccezione dei casi *Continental Shelf* tra Libia e Tunisia e tra Libia e Malta, rispettivamente nel 1982 e nel 1985⁴¹. Le istanze del Sud globale, tuttavia, non sono completamente uscite di scena, grazie a pareri consultivi e ad alcuni casi contenziosi, che, pur avendo quali protagonisti paesi generalmente non considerati appartenenti al Sud globale, hanno generato alcuni segnali contrastanti per quest'ultimo gruppo di Stati.

La Corte, infatti, ha provato a ristabilire un rapporto di fiducia con il *Global South* e, più in generale, il suo uditorio. Ciò è avvenuto dapprima con la sentenza nel caso *Barcelona Traction*⁴² e poi con il parere consulti-

reason it can do so only through and within the limits of its own discipline. Otherwise, it is not a legal service that would be rendered».

³⁹ Si veda, ad es., CIG, *South West Africa Cases, Second Phase, Dissenting opinion* del giudice Tanaka, cit., p. 253: «each member of a human society is interest in the realization of social justice and humanitarian ideas. The State which belongs as a member to an international organization incorporating such ideas must necessarily be interests. So far as the interest in this case affects the rights and obligations a State, it may be called legal interest. The State may become the subject or holder of a legal interest regarding social justice and humanitarian matters, but this interest includes its profound concern with the attitude of other States, particularly member States belonging to the same treaty or organization. In short, each State may possess a legal interest in the observance of the obligations by other States».

⁴⁰ Reazioni in tal senso sono riportate da T.O. ELIAS, *Africa and the Development of International Law*, cit., p. 75.

⁴¹ CIG, sentenza del 24 febbraio 1982, *Continental Shelf (Tunisia/ Lybian Arab Jamahiriya)* e sentenza del 3 giugno 1985, *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*.

⁴²CIG, sentenza del 5 febbraio 1970, *Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*.

vo *Legal Consequences for States of Continued Presence of South Africa in Namibia*⁴³.

Se con la prima la Corte ha cercato di porre rimedio al 'disastro' del 1966 attraverso il celebre *obiter dictum* sugli obblighi *erga omnes*⁴⁴, nel secondo la CIG si è pronunciata definitivamente sulla situazione della Namibia non solo accertando finalmente l'illegalità della presenza del Sudafrica in quel territorio, ma compiendo alcune scelte significative per il *Global South*.

In primo luogo, la Corte si è distaccata in maniera netta dal linguaggio usato nella sentenza *South West Africa* del 1966, sostituendo al linguaggio della civilizzazione quello dei diritti umani⁴⁵. Inoltre, per la prima volta nella giurisprudenza della Corte, si afferma, seppure incidentalmente, l'esistenza del principio di autodeterminazione dei popoli⁴⁶.

Se questi, dunque, rappresentano segnali positivi per il Sud globale, nello stesso periodo dalla Corte arrivano anche alcuni segnali meno entusiasmanti. In tal senso, si vedano i casi *Nuclear Tests*⁴⁷ e il parere consultivo *Western Sahara*⁴⁸.

Nel primo caso, la Corte ha, al fine di evitare di pronunciarsi sul tema del nucleare, riformulando le richieste delle parti, arrivando a dichiarare il caso privo di oggetto⁴⁹. Nel secondo, la Corte si è soffermata sul riconoscimento del diritto all'autodeterminazione dei popoli. Ciò, tuttavia, è avvenuto usando un concetto sul quale il Sud globale è da sempre stato critico (*terra nullius*)⁵⁰, anche a causa del linguaggio usato nella domanda ad essa rivolta⁵¹.

⁴³ CIG, parere consultivo del 21 giugno 1971, *Legal Consequences for States of Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*.

⁴⁴ CIG, *Barcelona Traction*, cit., par. 32.

⁴⁵ Ad es., v. CIG, *Legal Consequences for States of Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, cit., par. 131.

⁴⁶ *Ivi*, par. 52.

⁴⁷ CIG, sentenze del 20 dicembre 1974, *Nuclear Tests (New Zealand v. France) (Australia v. France)*.

⁴⁸ CIG, parere consultivo del 16 ottobre 1975, *Western Sahara*.

⁴⁹ CIG, *Nuclear Tests*, cit., par. 29 ss.

⁵⁰ Si vedano sul punto il discorso di Bayona-Ba-Meya per lo Zaire e di Bedjaoui per l'Algeria in sede di discussione orale durante il procedimento in oggetto.

⁵¹ In tal senso, appare evidente, in questo come nel caso di ogni parere consultivo, il ruolo chiave che riveste la domanda posta alla Corte, in termini di guida e direzione, aspetto, che, dunque, in parte, rappresenta esso stesso un limite esterno per l'operato della CIG. Si veda

È, tuttavia, il caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*⁵² a segnare, per i più⁵³, un cambio di passo, rappresentando il segnale che anche gli Stati più potenti potevano essere chiamati a rispondere delle proprie condotte. Non sarebbe un caso che tale sentenza abbia marcato il ritiro da parte degli Stati Uniti della clausola opzionale della CIG, in linea con le accuse rivolte da molti paesi del Nord globale alla Corte di non restare nei limiti della sua giurisdizione ma di andare oltre, in ambiti pertinenti solo alla politica (cd. teoria della giustiziabilità)⁵⁴.

Nel caso *Nicaragua*, infatti, l'aspetto sicuramente più significativo è stato il fatto che si sono sostenute le ragioni di un piccolo Stato nella lotta contro gli Stati Uniti, ma guardando ai dettagli si può notare come la Corte sia rimasta cauta su alcune questioni, quali il riconoscimento – sostenuto, invece, da entrambe le parti – del carattere di *jus cogens* al divieto dell'uso della forza⁵⁵, la piena integrazione nell'analisi di alcune tradizioni giuridiche⁵⁶ e gli interessi della comunità internazionale⁵⁷.

anche I. VENZKE, *The International Court of Justice during the battle for International Law*, cit., p. 255; CIG, parere consultivo del 16 ottobre 1975, *Western Sahara, Separate Opinion* del giudice Ammoun e *Separate Opinion* del giudice Forster, che criticano fortemente l'approccio della Corte in merito al concetto di *terra nullius*. Dell'opinione del giudice Forster si veda p.103, e, in particolare, le seguenti considerazioni: «here I can no longer agree, for this conclusion goes too far in minimizing the exceptional importance of the geographical, social and temporal context of the problem. It is Western Sahara which is in question, at the time of Spanish colonization, that is to say around 1884. It is Africa of former times which is in question, as to which it cannot arbitrarily be required that its institutions should be a carbon copy of European institutions, for on that basis almost the entire African continent would have to be declared terra nullius. It is also Morocco and the Mauritanian entity which are in question, with their specific structures and traditional systems. It is from this viewpoint that the "legal ties" recognized in the Opinion should be confronted with the classic notions conveyed by the expression "State" and "sovereignty"». Si vedano anche A. ANGHIE, *Finding the Peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law*, in *Harvard International Law Journal*, 1999, p. 1 ss.; M. MUTUA, *Why Redraw the Map of Africa: A Moral and Legal Inquiry*, in *Michigan Journal of International Law*, 1995, p. 1113 ss.

⁵² CIG, sentenza del 27 giugno 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*.

⁵³ *Ex multis*, A. BOGDANDY, I. VENZKE, *In whose name?*, cit., p. 59.

⁵⁴ E. McWHINNEY, *Judicial Settlement of International Disputes. Jurisdiction, Justiciability and Judicial Law-Making on the Contemporary International Court*, Leiden, 1991, p. 91 ss.

⁵⁵ CIG, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., *Separate opinion* del giudice Nagendra Singh, parr. 190-191.

⁵⁶ *Ivi*, p. 191 ss.

⁵⁷ CIG, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, cit., par. 113 ss. Sul punto si veda anche G. HERNANDEZ, *The International Court of Justice*, cit., p. 213.

Seppur, come si vedrà a breve, il cambiamento non è stato radicale⁵⁸, il caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* ha oggettivamente segnato una svolta. Da quel momento in poi, infatti, il numero di casi presentati davanti alla Corte è cresciuto in maniera esponenziale e, con esso, il numero di casi che hanno visto coinvolti Stati del *Global South* sia quali parti sia in ragione della natura degli interessi in gioco.

3.2 Zooming in: i common concerns e l'approccio della Corte Internazionale di Giustizia

Una volta offerte le necessarie precisazioni di carattere storico e cronologico, è ora possibile affrontare l'analisi della giurisprudenza della Corte seguendo un approccio per temi.

In tale prospettiva, un primo ambito da considerare è sicuramente quello del sistema delle fonti, intese come le cd. regole del gioco, ovvero le norme di diritto internazionale che disciplinano diritti ed obblighi all'interno della comunità internazionale⁵⁹. I paesi del Sud globale vivevano con difficoltà l'accettazione di regole consuetudinarie create dalla prassi e *opinio iuris* degli Stati occidentali⁶⁰, e l'automatica applicazione, alla luce delle norme sulla successione, di trattati firmati in passato dalle potenze coloniali. Riguardo all'accertamento dell'esistenza delle consuetudini o di principi generali del diritto, non solo spesso gli Stati del Sud globale si sono trovati di fronte all'applicazione di norme fondate su una *opinio juris* e pratica non inclusiva, ma anche ad una metodologia applicativa molto sbrigativa adoperata dalla Corte, tendente più alla affermazione delle regole che all'accertamento della loro esistenza⁶¹. Raramente, infatti, la Corte si è fermata ad elencare liste di Stati e, ancor più raramente l'ha

⁵⁸ I. VENZKE, *The International Court of Justice during the battle for International Law*, cit., p. 236.

⁵⁹ Proprio per questo, il *Global South* tende spesso a rimarcare il proprio contributo allo sviluppo del diritto internazionale nella giurisprudenza della Corte. Si veda, ad es., P. WOJCIKIEWICZ ALMEDIA, J. SOREL, *Latin America and The International Court of Justice*, London, 2017.

⁶⁰ B.S. CHIMNI, *Customary International Law: A Third World Perspective*, in *American Journal of International Law*, 2018, p. 13 ss.

⁶¹ S. TALMON, *Determining Customary International Law: the ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion*, in *European Journal of International Law*, 2015, p. 417 ss. Si veda anche CIG, sentenza del 13 luglio 2023, *Question of the Delimitation of Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, *Dissenting Opinion* della giudice Charlesworth.

fatto integrando una rosa pienamente rappresentativa⁶². Se, in alcuni casi, delle consuetudini hanno finito con il rispecchiare le esigenze del Sud globale, in altri l'affermare alcune regole, seppur non applicandole, ha portato a ritenere che la Corte stesse facendo, ancora una volta, il gioco dei potenti⁶³.

Altro tema molto importante è quello che lega sovranità, passato coloniale e territorio, ambito fondamentale, in particolare se si considera il territorio quale uno degli elementi tramite il quale un popolo costituisce la propria identità⁶⁴. Tali aspetti sono stati oggetto dell'analisi della Corte, causando spesso reazioni negative da parte degli Stati coinvolti⁶⁵. Non è un caso che, per far fronte allo squilibrio delle norme, si sia spesso invocato l'uso di un maggiore senso di equità da parte della Corte, appello non accolto da quest'ultima⁶⁶.

In tema di delimitazioni territoriali, non solo rileva il senso di oppressione ed imposizione percepito nel dover accettare dei confini decisi da altri, ma anche la percezione del rischio di sfruttamento e abuso⁶⁷, considerato che molti dei territori in questione erano (e sono) ricchi di preziose risorse naturali⁶⁸. In tal senso, gli Stati del Sud globale si sarebbero aspettati che la Corte li proteggesse da prevaricazioni degli Stati considerati più potenti, operando un giusto bilanciamento di interessi. Ciò, però, non sempre è avvenuto, come viene affermato, ad esempio, riguardo il caso della Penisola del Bakassi⁶⁹. Nel caso *Land and Maritime Boundary*

⁶² Si veda, ad es., CIG, sentenza del 30 novembre 2010, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Separate Opinion* del giudice Cançado Trindade.

⁶³ B.S. CHIMNI, *Customary International Law*, cit., p. 13.

⁶⁴ G.M. ABI-SAAB, *The newly independent states and the rules of international law: an outline*, in *Howard Law Journal*, 1962, p. 110.

⁶⁵ R.P. ANAND, *International Courts and Contemporary Conflicts*, Dehli, 1974, p. 320.

⁶⁶ M. BEDJAOUÏ, *L'opportunité dans les décisions de la Cour internationale de Justice*, in L. BOISSON DE CHAZOURNES, V. GOWLLAND-DEBBAS (a cura di) *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, The Hague, 2001, p. 553 ss.

⁶⁷ Sul punto, però, la Corte ha affermato di non tenere conto di considerazioni economiche: CIG, sentenza del 24 febbraio 1982, *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, par. 107.

⁶⁸ M.L. BURGIS, *Boundaries of Discourse in the International Court of Justice. Mapping Arguments in Arab Territorial Disputes*, Leiden, 2009.

⁶⁹ Molte prospettive (di malcontento) sul punto sono riportate in E. EGEDE, M. IGIEHON, *The Bakassi Dispute and the International Court of Justice. Continuing Challenges*, New York, 2018. Si veda anche CIG, sentenza del 10 ottobre 2002, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*. Un altro

between Cameroon and Nigeria, infatti, la Corte, chiamata non solo a delimitare i confini tra i due Stati, ma anche la responsabilità della Nigeria, si è soffermata ancora una volta⁷⁰ su delimitazioni territoriali stabilite nel passato coloniale⁷¹, adottando, secondo alcuni, un eccessivo formalismo⁷², in un contesto che, per la sua storia, avrebbe richiesto una maggiore considerazione dei variegati interessi in gioco⁷³.

In tema di sovranità territoriale, un elemento di rilievo è sicuramente quello dell'uso del principio *uti possidetis*⁷⁴, regola originata nel diritto romano, applicata in America Latina durante il periodo della decolonizzazione e poi usata allo stesso scopo in Africa. Tale principio è stato applicato nella giurisprudenza della Corte⁷⁵, seppur non senza contestazioni e con l'invito ad una maggiore equità nella sua applicazione⁷⁶. In maniera significativa, questa stessa regola ha poi giocato un ruolo centrale anche in contesti di origine non coloniale⁷⁷.

Altro tema che lega strettamente sovranità, passato coloniale e territorio è quello dell'autodeterminazione dei popoli, tema affrontato dalla CIG in diverse sentenze e pareri consultivi, come già anticipato. In merito, si segnala il parere consultivo *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*⁷⁸, celebrato come l'occasione nella quale la Corte ha offerto preziosi chiarimenti sul diritto

esempio è rappresentato da CIG, sentenza del 3 febbraio 1994, *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*.

⁷⁰ M.L. SARIN, *The Asian-African States and the Development of International Law*, in F.E. SNYDER, S. SATHIRATHAI (a cura di), *Third World Attitudes Toward International Law: An Introduction*, Dordrecht, 1987, p. 33 ss; M.L. BURGIS, *Boundaries*, cit., p. 133.

⁷¹ CIG, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, cit., p. 347 ss.

⁷² CIG, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, cit., par. 31; *ivi*, *Declaration* del giudice Oda.

⁷³ CIG, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, cit., *Dissenting Opinion* del giudice Ajibola, p. 541: «in a case of this nature, the proper course for the Court to follow is not only one of mere legal formalism in favour of one party. It must weigh and balance the legal titles of both parties and take also into consideration the situation on the ground, particularly in Lake Chad and the Bakassi Peninsula».

⁷⁴ G. NESI, *Uti possidetis Doctrine*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2018.

⁷⁵ *Ex multis*, CIG, sentenza del 22 dicembre 1986, *Frontier Dispute Case (Burkina Faso/Republic of Mali)*.

⁷⁶ *Ivi*, *Separate Opinion* del giudice Abi-Saab, in cui invoca l'applicazione di una forma di equità *infra legem*.

⁷⁷ J. DUGARD, *Abdul Koroma, Territorial Integrity and the Kosovo Opinion*, in C. CHERNORD, O. ELIAS (a cura di), *Shielding Humanity*, Leiden, 2015, p. 50 ss.

⁷⁸ CIG, parere consultivo del 25 febbraio 2019, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*.

all'autodeterminazione dei popoli e la sua origine nel tempo⁷⁹, pur non qualificando espressamente tale diritto quale *jus cogens*⁸⁰.

Un ulteriore tema, sopra accennato, è quello delle armi nucleari. Si tratta di un filone che presenta una costante strategia di elusione da parte della Corte, che ha strategicamente evitato di pronunciarsi sul tema in tutte le occasioni (*Nuclear Tests*⁸¹, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*⁸², *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*⁸³) nelle quali ne avrebbe avuto l'opportunità e, per tale motivo, viene indicato come il più chiaro esempio della prevalenza, ancora oggi, del potere sulla giustizia⁸⁴. Significativo in tal senso è che il caso *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament* abbia ricordato ad alcuni il caso *South West Africa*⁸⁵, ciò non solo sulla base del fatto che il caso è stato deciso tramite il voto del Presidente, ma anche alla luce della scelta della Corte di far prevalere gli interessi di pochi sugli interessi di molti⁸⁶, mediante l'uso di un formalismo giudicato eccessivo⁸⁷.

Ultimo tema che si analizzerà in questa sede è quello degli interessi della comunità internazionale. Tale tema potrebbe trovare la sua origine, in senso lato, già nel caso *Corfu Channel* ove la Corte ha invocato, nel valu-

⁷⁹ D.M. AMANN, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, in *American Journal of International Law*, 2019, p. 784 ss.

⁸⁰ CIG, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, cit., *Joint Declaration* dei giudici Cançado Trindade e Robinson, p. 260.

⁸¹ CIG, *Nuclear Tests*, cit., p. 253 ss.

⁸² CIG, parere consultivo dell'8 luglio 1996, *Advisory Opinion on the Legality of Threat or the Use of Nuclear Weapons*, qualificato come una pronuncia di 'quasi' *non liquet*.

⁸³ CIG, sentenza del 5 ottobre 2016, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*.

⁸⁴ A. ANGHIE, *Politic, Cautious, and Meticulous: An Introduction to the Symposium on the Marshall Island Case*, in *American Journal of International Law Unbound*, 2017, p. 62 ss.

⁸⁵ I. VENZKE, *Public Interests in the International Court of Justice – A Comparison between Nuclear Arms Race (2016) and South West Africa (1966)*, in *American Journal of International Law Unbound*, 2016, p. 68 ss.

⁸⁶ *Ivi*, p. 74: «the 1966 and 2016 judgments should be remembered not as aberrations but for what they are: Simultaneous testimonies to the influence of power over justice and of the possibility that it could have been the other way around».

⁸⁷ V. PROULX, *The World Court's Jurisdictional Formalism and its Lost Market Share: The Marshall Islands Decisions and the Quest for a Suitable Dispute Settlement Forum for Multilateral Disputes*, in *Leiden Journal of International Law*, 2017, p. 925 ss. e B. BONAFÈ, *Establishing the existence of a dispute before the International Court of Justice: Drawbacks and implications*, in *Questions of International Law*, 2017, p. 3 ss.

tare la responsabilità dell'Albania, «elementary considerations of humanity»⁸⁸. Tuttavia, nella giurisprudenza successiva, il concetto di umanità, di interessi della comunità o di comunità internazionale non ha trovato un coerente sviluppo. Come prima sottolineato, il concetto di interessi, non limitato all'interesse del singolo Stato, ha giocato un diverso ruolo nel caso *South West Africa*, ove è servito per bloccare il caso, nonché in *Barcelona Traction*, ove è stato usato per mandare un segnale di cambiamento dalla Corte e, infine, nel caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*. Successivamente, il tema è tornato nella giurisprudenza. Nel caso *East Timor*, ad esempio, la Corte ha usato un approccio strettamente incentrato sul consenso degli Stati, riconoscendo la valenza degli obblighi *erga omnes*, ma sottolineando che questi non potevano creare un interesse giuridico capace di superare l'assenza di una manifestazione di consenso a sottoporsi alla giurisdizione della CIG⁸⁹. Rilevante è poi il parere consultivo *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, che, a prima vista, sembra aver riconosciuto i principali obblighi del diritto internazionale umanitario come norme fondamentali per la comunità internazionale. Tuttavia, è bene notare che ogni sensibilità di questo tipo è temperata da un linguaggio che esprime una concezione della funzione della Corte saldamente positivista e centrata sul consenso degli Stati⁹⁰. Due punti specifici meritano menzione⁹¹: la natura giuridica del mandato palestinese e il trattamento degli obblighi *erga omnes*. Riguardo al primo punto, colpisce che la CIG non abbia parlato di un interesse collettivo⁹². Sul secondo, pur riconoscendo l'esistenza di alcuni obblighi di natura *erga omnes*, si sottolinea come la Corte abbia evitato di soffermarsi sulle conseguenze di queste violazioni, in particolare se compiute da organi delle Nazioni Unite⁹³.

⁸⁸ CIG, sentenza del 9 aprile 1949, *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, p. 22.

⁸⁹ CIG, sentenza del 30 giugno 1995, *East Timor (Portugal v. Australia)*, p. 101 ss.; C. TAMS, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, Cambridge, 2005, p. 118.

⁹⁰ CIG, parere consultivo del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *Separate Opinion* della giudice Higgins, p. 207: «[m]y regrets are rather about what it has chosen not to write». *Ivi*, p. 217, si individuano le implicazioni per la comunità internazionale.

⁹¹ G. HERNANDEZ, *The International Court of Justice*, cit., p. 215.

⁹² CIG, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, cit., p. 165 ss.

⁹³ *Ivi*, p. 177 ss.

In tema di obblighi *erga omnes*, si segnala anche il più recente parere consultivo su *Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*⁹⁴, ove la Corte ha ancora una volta e in maniera significativa indicato il carattere *erga omnes* di alcuni obblighi, usando però tuttavia un linguaggio poco chiaro sulla loro identificazione e sulle conseguenze della loro violazione, in particolare in relazione alle responsabilità di Stati terzi.⁹⁵

Più di recente, tuttavia, sono stati proprio i casi relativi agli interessi della comunità (cd. *public interest litigation*)⁹⁶ a creare una rinnovata fiducia tra il *Global South* e la CIG, facendo percepire che le preoccupazioni del primo sono condivise non solo dalla comunità internazionale, ma anche dalla Corte. In merito, è opportuno sottolineare la fiorente giurisprudenza in tema di obblighi *erga omnes (partes)*, nella quale la Corte, a partire dal caso *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, facendo leva su una concezione di *legal interest* ormai distante da quella usata nel caso del *South West Africa* ed usando quale precedente la qualificazione operata, in un diverso contesto, nel parere consultivo *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*⁹⁷, ha affermato che alcuni obblighi derivanti da trattati devono essere considerati, per la loro natura e per gli interessi protetti, quali di interesse per tutti gli Stati parte di quel trattato. Conseguentemente, ciascuno Stato, avendo interesse al rispetto di questi obblighi, può far valere in giudizio la loro violazione. Questa apertura ha rappresentato una scelta importante da parte della Corte, che ha consentito la presentazione di numerosi casi sulla base del filone giurisprudenziale in esame⁹⁸. Tuttavia, alcuni hanno sottolineato la mancanza di dettaglio e analisi da parte della CIG sul punto, che ha ricevuto alcune critiche per aver limitato la legitti-

⁹⁴ CIG, parere consultivo del 19 luglio 2024, *Legal Consequences Arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*, par. 274 ss.

⁹⁵ E. CARLI, *Obligations Erga Omnes, Norms of Jus Cogens and Legal Consequences for "Other States" in the ICJ Palestine Advisory Opinion*, in *EJIL:Talk!*, 26 agosto 2024.

⁹⁶ X. MAO, *Public-Interest Litigation before the International Court of Justice: Comment on The Gambia v. Myanmar Case*, in *Chinese Journal of International Law*, 2022, p. 589 ss. e C. ROSE, *Introduction to the symposium: Public Interest Litigation at the International Court of Justice*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2023, p. 229 ss.

⁹⁷ CIG, parere consultivo del 28 maggio 1951, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, p. 23.

⁹⁸Ad es., *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*.

mazione processuale a circostanze derivanti da violazioni di trattati (*erga omnes partes*) e non, più in generale, ad obblighi *erga omnes*⁹⁹.

Come esposto tramite l'uso di numerosi esempi e mappando diverse aree tematiche della giurisprudenza della Corte, la CIG ha mostrato un atteggiamento non sempre lineare, specialmente durante la prima fase del suo operato. Messa di fronte alla possibilità di scelta, la Corte ha a volte optato per strategie di elusione, silenzio o opzioni non in linea con le aspettative del *Global South*. Ciò non solo nei casi che hanno visto Stati appartenenti a quest'ultimo contrapporsi a Stati del *Global North*, ma anche nell'ambito di controversie tra Stati appartenenti alla stessa area geografica, a causa della ripetizione di determinate strutture del diritto intrinsecamente sfavorevoli al *Global South*. Tuttavia, tale possibilità di scelta non sarebbe stata sempre libera, derivando spesso da caratteristiche dell'ordinamento, ma anche dal 'pregiudizio strutturale' individuato in dottrina¹⁰⁰ che caratterizzerebbe la CIG stessa. In tale prospettiva, è bene sottolineare che non si vuole qui argomentare che la Corte debba sempre decidere a favore dei paesi del Sud globale. In tal senso, dunque, il presente paragrafo si è occupato di sottolineare non solo le circostanze nelle quali la Corte avrebbe potuto optare per una diversa soluzione e ha scelto di non farlo¹⁰¹, ma anche di rilevare più in generale l'atteggiamento della Corte, le sue scelte in termini di linguaggio, stile, motivazioni. D'altra parte, questa ha mostrato a più riprese di essere consapevole delle problematiche presentate dagli Stati del Sud globale, come si vedrà di seguito.

4. Struttura e limiti alla competenza della CIG: ostacolo insuperabile?

Presentare la giurisprudenza della Corte senza dare conto dei limiti strutturali e giurisdizionali che ne restringono le possibilità di azione signifi-

⁹⁹ *Ex multis*, si veda l'analisi di P. URS, *Obligations erga omnes and the question of standing before the International Court of Justice*, in *Leiden Journal of International Law*, 2021, p. 505 ss.

¹⁰⁰ A. BIANCHI, *Choice and (the awareness of it) its consequences: the ICJ's "structural bias" strikes again in the Marshall Islands case*, in *American Journal of International Law Unbound*, 2017, p. 84. In quest'ottica, si vedano anche G. HERNANDEZ, *The International Court of Justice*, cit., p. 139 e S.M. SCHWEBEL, *National Judges and Judges ad hoc of the International Court of Justice*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, p. 143, che afferma che i giudici «are all prisoners of our own experience. Such measure of objectivity as may be humanly possible may come more easily to some than others, depending in part on that experience, in which the legal and political culture that conditioned it is important».

¹⁰¹ I. VENZKE, *What If? Counterfactual (Hi)Stories of International Law*, in *Asian Journal of International Law*, 2018, p. 403 ss.

cherebbe dare una visione solo parziale del contesto in cui la Corte opera e di quanto può realmente fare per rispondere alle esigenze di imparzialità e rispetto delle istanze di tutta la comunità internazionale.

Se è pur vero, infatti, che, come esposto nella precedente sezione di questo contributo, essa si è a volte mostrata poco sensibile rispetto ai *common concerns* del Sud globale, è anche vero che alcuni dei 'peccati' dei quali viene accusata sono da dover ricondurre al modo in cui è stata pensata, alle scelte fatte dagli Stati, ai precedenti che ne caratterizzano l'operato. Si potrebbero menzionare in tale prospettiva il fatto che la Corte cita costantemente la giurisprudenza del suo predecessore, la Corte Permanente di Giustizia Internazionale, molto contestata dal Sud globale per composizione ed operato, ma anche il fatto che principi e conclusioni non motivati in maniera convincente sono spesso citati come precedente¹⁰². Sebbene questa possa apparire come una scelta, essa rappresenta allo stesso tempo una caratteristica strutturale dell'attività della Corte, che, agendo in continuità con la CPGI, ne abbraccia le scelte in punto di diritto.

La Corte, inoltre, pur rappresentando un organo di giurisdizione dotato di competenza *ratione materiae* universale («any question of international law» ai sensi dell'art. 36 dello Statuto della CIG), può pronunciarsi solo se e quando gli Stati si rivolgono ad essa o quando, nell'ambito della sua funzione consultiva, organi, organismi ed organizzazioni internazionali le affidano una questione su cui esporre il proprio parere (art. 65 dello Statuto della CIG). A ciò si aggiunga che non tutti gli Stati possono apparire davanti alla Corte, ma solo quelli che hanno depositato una dichiarazione di accettazione della giurisdizione (che può essere, a sua volta, sottoposta a restrizioni ed eccezioni), quelli che hanno sottoscritto, all'interno di un trattato, una clausola compromissoria, quelli che ne accettano, in base al principio del *forum prorogatum*, la giurisdizione per un singolo caso (art. 36 dello Statuto della CIG) o che hanno concluso un compromesso.

Tale sistema è conseguenza della centralità, sempre attuale, del principio consensualistico nel diritto internazionale, principio che la Corte ha sempre posto al cuore del suo operato¹⁰³. Seppur coerenti con la struttura

¹⁰² Un esempio è menzionato da R. HIGGINS, *Themes and Theories. Selected Essays, Speeches, and Writings in International Law*, Oxford, 2009, p. 1074.

¹⁰³ Si veda, ad esempio, CIG, sentenza del 26 giugno 1992, *Case Concerning Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, p. 259: «the fundamental principle that the jurisdiction of the Court derives solely from the consent of States». Per una panoramica sul

del diritto internazionale e i suoi principi cardine, i limiti alla competenza giurisdizionale della Corte ne restringono profondamente la possibilità di operare e rappresentano, insieme alla mancanza di un meccanismo di esecuzione delle sentenze¹⁰⁴, uno dei principali ostacoli che le hanno a volte impedito di avere un impatto concreto sulle questioni centrali e controverse del panorama internazionale e, dunque, anche sui *common concerns*.

A ciò si aggiunga una considerazione che può sembrare ovvia, ma che, nell'ambito di questa discussione, assume un ruolo centrale: la Corte è fatta di essere umani. La formazione culturale, giuridica e la storia personale degli uomini e delle donne che in essa operano quali giudici influenza inevitabilmente l'operato della CIG, sia in termini di decisioni¹⁰⁵, sia nel modo in cui tali decisioni sono presentate e supportate, nonché in merito alle conclusioni raggiunte¹⁰⁶.

Si può, infatti, ritenere che vi sia circolarità tra la struttura argomentativa dei testi delle sentenze, le autorità citate e gli studiosi a cui si fa riferimento, da un lato, e i giudici che in quella particolare fase storica prestano il loro operato presso la CIG, dall'altro. Ciò è stato, ad esempio, confermato da studi di tipo empirico sulla giurisprudenza della Corte che hanno posto in correlazione il tipo di materiale citato negli anni nelle sentenze, nei pareri consultivi e nelle opinioni individuali dei giudici con la nazionalità e la formazione dei giudici stessi¹⁰⁷. Alla luce di tale analisi, risulta provato che giudici che hanno studiato in Occidente tendono a citare determinati autori studiati e diffusi in quell'area geografica, questo anche perché spesso le fonti selezionate dallo staff della Corte si limitano a quell'area¹⁰⁸.

La sussistenza di tale circolarità è stata compresa, ancor prima che arrivassero dimostrazioni empiriche, dai paesi del Sud globale. Questi hanno capito, in particolare all'indomani della sentenza sull'Africa del Sud-Ovest

punto, si veda T. SPARKS, *Reassessing State Consent to Jurisdiction. The Indispensable Third-Party Principle before the ICJ*, in *Nordic Journal of International Law*, 2022, p. 216 ss.

¹⁰⁴ In tale prospettiva, l'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite lega inevitabilmente la CIG all'operato del Consiglio di Sicurezza.

¹⁰⁵ Sul punto: E.A. POSNER, M.F.P. FIGUERIDO, *Is the International Court of Justice Biased?*, in *The Journal of Legal Studies*, 2005, p. 599 ss.

¹⁰⁶ S.M. SCHWEBEL, *Justice in International Law- Selected writings of Stephen M. Schwebel*, Cambridge, 2011, p. 21.

¹⁰⁷ S. TORP HELMERSEN, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, Cambridge, 2021, p. 98 ss.

¹⁰⁸ *Ivi*, p. 43 ss.

del 1966¹⁰⁹, quanto fosse importante avere, tra i banchi della Corte, persone che potessero, con la loro storia ed esperienza, orientare le scelte della CIG verso una traiettoria più sensibile alle loro istanze¹¹⁰. In tale prospettiva, non è un caso che, spesso, sentenze o pareri consultivi particolarmente rispondenti alle preoccupazioni del Sud globale siano stati viste come il frutto dell'operato di giudici illuminati¹¹¹. Sebbene sia difficile pensare che un solo giudice possa portare ad una rivoluzione o forzare una decisione, è chiaro che il contributo del singolo può incidere – in particolar modo nella costruzione argomentativa – sia se il giudice è coinvolto nella redazione della bozza di sentenza o parere¹¹², sia se utilizza lo strumento delle opinioni individuali per sottolineare la praticabilità di scelte e

¹⁰⁹ Non a caso, la sentenza nel caso *South West Africa* è stata indicata come fortemente influenzata dall'elemento umano, come confermerebbero i cambiamenti nella composizione della Corte tra il 1962 e il 1966 e il ruolo giocato dal Presidente della Corte all'epoca, Sir Percy Spender, sia nell'aver spinto il giudice Zhafrulla Khan a non partecipare alla deliberazione, sia nell'esercizio del voto determinante. Si veda la ricostruzione offerta da K. KNOP, *Diversity and Self-determination in International Law*, Cambridge, 2002, p. 114.

¹¹⁰ Sul punto: E. MCWHINNEY, *The World Court and the Contemporary International Law-Making Process*, Groningen, 1979, p. 6, che afferma: «[t]he new Third World majority in the United Nations General Assembly has only now, and most belatedly, begun to discover the potentialities of the World Court as an international law-making, policy-making arena; for it is only since the politically controversial, 8 to 7 majority decision of the Court in the *South West Africa Case* in 1966, that the Third World countries have in any conscious way tried to use their voting power in the General Assembly, (and to a rather less extent, of course, in the Security Council), to elect judges who might be expected to be disposed to create new law, as distinct from logically developing or re-stating the old». Si veda anche: I. VENZKE, *The International Court of Justice During the Battle for International Law*, cit., p. 250. Un esempio concreto si è poi avuto nel caso *Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)*, come riportato da R. HIGGINS, *Themes and Theories*, cit., p.1079.

¹¹¹ K. ZOBEL, *Judge Alejandro Alvarez at the International Court of Justice (1946-1955): His Theory of a 'New International Law' and Judicial Lawmaking*, in *Leiden Journal of International Law*, 2006, p. 1017 ss.; A. ANGHIE, *C.G. Weeramantry at the International Court of Justice*, in *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 829 ss.; P. ROBINSON, D. B. GARRIDO ALVES, *The legacy of Antonio Augusto Cançado Trindade to Contemporary International Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2023, p. 445 ss.; V. KATTAN, *Decolonizing the International of Justice: the Experience of Judge Sir Muhammad Zafrulla Khan in the South West Africa Cases*, in *Asian Journal of International Law*, 2014, p. 310 ss.; P. AMARASINGHE, *Evaluating the jurisprudential wisdom of Judge C. G. Weeramantry at the International Court of Justice as the echoing voice of Global South*, in *Musamus Law Review*, 2020, p. 66 ss.

¹¹² Su procedura e ruolo del giudice in tal senso, si veda il discorso del giudice Shi Jiuyong davanti alla sesta commissione della Assemblea generale delle Nazioni Unite del 28 ottobre 2005. Si veda anche H. THIRLWAY, *The Drafting of ICJ Decisions: Some Personal Recollections and Observations*, in *Chinese Journal of International Law*, 2006, p. 15 ss.

di risposte a determinate necessità, diverse da quelle che la Corte, nel caso specifico, ha finito con il valorizzare¹¹³.

Arrivati a questo punto, è chiaro che molte delle direzioni che la Corte può o meno decidere di prendere dipendono dagli Stati, siano esse scelte consapevoli (la volontà di favorire determinate visioni del diritto o evitare di pronunciarsi su tematiche controverse) o inconsapevoli (frutto di una tendenza insita nella persona del giudice, che porta a favorire certe argomentazioni o risultati: tipicamente quelli che il sistema dove il soggetto si è formato ed è cresciuto giuridicamente ha sempre favorito). Tali direzioni dipendono dagli Stati, in quanto sono gli Stati ad avere un ruolo chiave nell'elezione dei giudici e, dunque, nella creazione di una determinata cultura di lavoro e tradizione giuridica.

Tuttavia, ci sono alcune cose che la Corte può ancora fare (e, in parte, sta già facendo) per guadagnare e mantenere la fiducia dei paesi del Sud globale, a prescindere dalla volontà degli Stati. Come sottolineato nel paragrafo precedente, parte di questi sforzi si ritrovano nella giurisprudenza della Corte, che sembra attualmente essere più aperta a rispondere alle istanze del Sud globale, come, ad esempio, dimostrato dai recenti casi riconducibili al filone del cd. *public interest litigation*¹¹⁴ ma anche nella nuova prassi di partecipazione posta in essere dalla CIG¹¹⁵.

Si segnalano poi azioni di carattere extra giudiziale, legate all'immagine della Corte, come, ad esempio, il più recente appello mosso dalla Presidente Joan E. Donoghue affinché lo Statuto della Corte possa essere riformato e i riferimenti alla sottesa distinzione tra nazioni *civilized* e *uncivilized* rimossi¹¹⁶. Chiaramente si tratta di azioni limitate, che si pongono in un contesto, come sottolineato, di generale difficoltà. Fin quando, infatti, la Corte presenterà tutti gli elementi di pregiudizio strutturale che

¹¹³ R. HIGGINS, *Themes and Theories*, cit., p.1073.

¹¹⁴ C. ROSE, *Introduction to the symposium*, cit., p. 229.

¹¹⁵ Sul punto, D.B. GARRIDO ALVES, *The Concept of International Organization in the Practice of the International Court of Justice*, in *EJIL:Talk!*, 27 Giugno 2023. Si veda anche C.A. CRUZ CARRILLO, *Due Regard to the interests of Coastal Communities in Maritime Delimitation Cases: towards participation, persuasion and equity*, in *CIL/NSU Blog*, 6 ottobre 2023.

¹¹⁶ Discorso della Presidente Joan Donoghue davanti alla Sesta Commissione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, 25 Ottobre 2023: «[f]inally, I call attention on two categories of amendments that seem essential if the Court is to deserve its nickname of the 'World Court'. First, the Statute needs to be stripped of verbiage that suggests that some States are 'civilized' while others are not, as it implied by the current wording of Article 38». Su come il linguaggio dell'art. 9 dello Statuto era percepito, si veda N. SINGH, *The Role and Record of the International Court of Justice*, Dodrecht, 1989, p. 237 ss.

l'hanno caratterizzata negli anni, sarà difficile non considerare quali semplici eccezioni quelle decisioni che il Sud globale ha identificato come meritevoli. Inoltre, seppur più aperta all'elezione di giudici del Sud globale, la cultura istituzionale della Corte è ancora fortemente orientata verso il Nord globale, per il fatto che molti giudici, sebbene originari del Sud globale, si sono formati in Occidente e che i paesi più piccoli, per cercare di massimizzare le proprie *chances* in sede contenziosa, non usano pienamente l'opportunità di una possibile nomina di giudici *ad hoc*¹¹⁷. Analogamente, nella maggior parte delle occasioni, i paesi del Sud globale vengono rappresentati davanti alla Corte da uomini (e, in minor misura, donne) del Nord globale¹¹⁸, perdendo così la possibilità di aprire a una ulteriore circolarità di strutture argomentative. D'altra parte, è opportuno sottolineare che, anche fra gli Stati, si manifesta una diversa e crescente sensibilità per le questioni affrontate come, ad esempio, dimostra la diversa narrativa adottata negli anni in riferimento al tema della civilizzazione¹¹⁹, il crescente uso del meccanismo dell'intervento in giudizio quale strumento di supporto per cause del Sud globale¹²⁰, il sostegno pubblico per pareri consultivi nati da iniziative di quest'ultimo¹²¹.

Sta, dunque, alla Corte sfruttare questi passi in avanti fatti dagli Stati per lo sviluppo di un rapporto di fiducia con il Sud globale. Le occasioni in cui è possibile pronunciarsi con un parere consultivo sono fondamentali in quanto la Corte potrebbe agire qui con una minore pressione a motivo della natura non vincolante di tali atti, ma tenendo comunque conto della

¹¹⁷ P. PALCHETTI, *Judges Ad Hoc at the International Court of Justice: A Means for Enhancing Regional and Legal Systemic Diversity in the Composition of the Court*, in F. BAETENS (a cura di), *Identity and Diversity on the International Bench*, Oxford, 2020, p. 86 ss.

¹¹⁸ J. THUO GATHII, *The Promise of International Law: A Third World View*, *Grotius Lecture Presented at the 2020 Virtual Annual Meeting of the American Society of International Law*, 2020, p. 1 ss., p. 3-16. Sulle scelte del Nicaragua in punto di composizione del collegio difensivo negli anni '80 nel caso contro gli Stati Uniti, si veda A. PELLET, *Introduction from the Podium*, in E. SOBENES OBREGON, B. SAMSON (a cura di), *Nicaragua Before the International Court of Justice: Impacts on International Law*, The Hague, 2017, p. 15 ss.

¹¹⁹ N. TZOUVALA, *Capitalism as Civilisation*, cit., p. 138; L. LO GIACCO, *Confronting the Court with its Past: Winds of Change over the Old Specter of 'Civilization*, in *OpinioJuris*, 16 ottobre 2023.

¹²⁰ B. MCGARRY, *Obligations Erga Omnes (Partes) and the Participation of Third States in Inter-State Litigation*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2023, p. 273 ss.

¹²¹ Si veda, ad esempio, la richiesta di parere consultivo nel caso *Obligations of States in Respect of Climate Change*.

loro essenziale influenza nel panorama internazionale¹²². Si tratta di occasioni che la Corte non deve sprecare, al contrario di quanto a volte fatto in passato.

5. Tra istanze di adesione ed istanze di resistenza: la fiducia del Sud globale nella Corte internazionale di giustizia

Il quadro delineato può apparire desolante. Tuttavia, guardando ai numeri relativi alla partecipazione alla giurisdizione della CIG, il *Global South* sembra essere ancora un attore protagonista. La domanda, dunque, sorge spontanea. Come mai, nonostante tutto? Se, alcune volte, sono le contingenze ad aver determinato la scelta di affidarsi in maniera costante alla CIG¹²³, le tendenze e i numeri sottolineati al par. 2 di questo contributo portano piuttosto a ritenere che questo sia un fenomeno più diffuso, che si pone oltre le scelte di singoli Stati o di singoli individui aventi ruoli di governo in quelle comunità¹²⁴. Significativo è, ad esempio, che, tra i 74 Stati che attualmente hanno accettato la giurisdizione della Corte tramite la clausola facoltativa¹²⁵, la maggioranza sia composta da membri del *Global South*¹²⁶. Se ciò può essere dovuto al fatto che essi rappresentano la maggioranza del numero attuale degli Stati nel panorama globale, è importante sottolineare che l'accettare o meno la giurisdizione obbligatoria della Corte è una scelta politica libera di ciascuno Stato e che rappresenta un segnale di fiducia, una scelta spesso operata (a differenza dei paesi del Nord globale) senza porre eccessive restrizioni, e in un contesto nel quale gli Stati hanno a disposizione diversi sistemi e meccanismi per risolvere le proprie controversie. Inoltre, gli Stati del Sud globale aderiscono di frequente a trattati che presentano clausole compromissorie in favore della

¹²² J.A. HOFBAUER, *Not Just a Participation Trophy? Advancing Public Interests through Advisory Opinions at the International Court of Justice*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2023, p. 234 ss.

¹²³ M. BEDJAOU, *Introduction from the Bench. The Fourteen Journeys of Nicaragua to The Hague*, in E. SOBENES OBREGON, B. SAMSON (a cura di), *Nicaragua Before the International Court of Justice*, cit., p. 3 ss.

¹²⁴ I.F.I. SHIHATA, *The Attitude of New States Toward the International Court of Justice*, in *International Organization*, 1965, p. 203 ss.

¹²⁵ L'elenco è disponibile al sito www.icj-cij.org

¹²⁶ Si vedano, tuttavia, alcune precisazioni in merito all'Asia in S. CHESTERMAN, *Asia's Ambivalence about International Law and Institutions: Past, Present and Futures*, in *European Journal of International Law*, 2016, p. 945 ss.

Corte¹²⁷. Altro elemento da considerare è quello del rispetto delle decisioni della Corte. Analisi hanno dimostrato che gli Stati del Sud globale generalmente rispettano, in alta percentuale, sia le decisioni della Corte, sia le ordinanze che adottano misure cautelari.¹²⁸

Le contestazioni verso la Corte da parte di alcuni Stati del Sud globale (si veda, ad es., l'attuale posizione del Venezuela¹²⁹) sembrano rappresentare atti politici relativi a circostanze specifiche o a specifici cambiamenti di regime politico, che non inducono a pensare ad una inversione della tendenza sopra identificata.

La scelta di rivolgersi alla CIG, dunque, può essere posta in un contesto più ampio di rapporto di *odi et amo* con il diritto internazionale¹³⁰. Da un lato le delusioni ricevute negli anni dalla Corte e le sue limitazioni strutturali, avrebbero potuto portare il Sud globale a non rivolgersi più alla CIG, dall'altro tali Paesi continuano a farvi affidamento¹³¹. Tale relazione ambivalente, anche alla luce degli elementi analizzati nei precedenti paragrafi, può essere spiegata guardando a diverse prospettive.

In primo luogo, si potrebbe sottolineare che il maggiore coinvolgimento di Stati del Nord globale che si sono fatti promotori, anche davanti alla CIG, di istanze tradizionalmente viste come proprie del *Global South*¹³² e la maggiore consapevolezza della Corte riguardo ai suoi problemi di mancanza di inclusività¹³³ potrebbero aver portato ad una crescente fiducia nell'operato della Corte e ad una decrescente percezione di parzialità.

Inoltre, più in generale, si potrebbe argomentare che il diritto internazionale rappresenta per gli Stati del Sud globale uno strumento essenziale, spesso l'unico in un contesto nel quale lo squilibrio di potere non consen-

¹²⁷ L'elenco degli strumenti è accessibile all'indirizzo www.icj-cij.org. Si segnala, in particolare, il Patto di Bogotà che ha rappresentato un atto di fiducia dell'America Latina nella risoluzione pacifica delle controversie avanti la CIG, ed è frequentemente invocato come base della giurisdizione della Corte.

¹²⁸ C. SCHULTE, *Compliance with Decisions of the International Court of Justice*, Oxford, 2004, p. 403 ss. e M. ALEXIANU, *Provisional but Not (Always) Pointless: Compliance with ICJ Provisional Measures*, in *EJIL:Talk!*, 3 Novembre 2023.

¹²⁹ Tale posizione è stata ben rappresentata durante le udienze nel caso *Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela)*, le cui trascrizioni sono disponibili all'indirizzo www.icj-cij.org

¹³⁰ B.S. CHIMNI, *Customary International Law*, cit., p. 4.

¹³¹ Su questa ambivalenza si veda A. BIANCHI, *International Law Theories*, 2016, Oxford, p. 211.

¹³² Si veda *Application of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Canada and the Netherlands v. Syrian Arab Republic)*.

¹³³ Sui quali si rimanda al paragrafo precedente di questo scritto.

te agli Stati meno forti di intraprendere discussioni esclusivamente politiche¹³⁴. Se è, dunque, ‘grazie’ al diritto internazionale che tali Stati sarebbero stati sfruttati e posti ai margini,¹³⁵ è grazie allo stesso diritto internazionale ed è usando il linguaggio del diritto che questi Stati possono promuovere una nuova visione del mondo¹³⁶. La Corte, dunque, rappresenta un forum cruciale per lo sviluppo del diritto internazionale. Per questo è essenziale e strategico per tali Stati far sentire la propria voce in questa sede, proponendo una diversa visione del diritto internazionale, ove necessario¹³⁷, ma anche facendo leva, nelle loro argomentazioni, non solo sulle loro tradizioni, ma anche sulla storia del diritto internazionale, su come si è formato e sviluppato, in modo da promuovere consapevolezza e generare riflessioni in merito¹³⁸. Portando la Corte a dover affrontare certi temi e a doversi confrontare con certi stili argomentativi, la partecipazione del Sud globale quale attore chiave nella giurisdizione della CIG può contribuire a plasmare una nuova visione del diritto internazionale¹³⁹ e una nuova comunità internazionale, più inclusiva, ove i confini del linguaggio e del discorso accettato ed accettabile sono spinti oltre la tradizionale visione. Se infatti il diritto è linguaggio plasmato dalla comunità e possibilità di scelta¹⁴⁰, anche il Sud globale si è trovato e si trova di fronte ad un bivio: conformarsi (si veda l’esempio delle scelte in merito ai rap-

¹³⁴ I. VENZKE, *The International Court of Justice during the battle for international law*, cit., p. 239.

¹³⁵ A. ANGHIE, *Rethinking International Law*, cit., p. 63.

¹³⁶ *Ivi*, p. 7 ss. Più di recente, tuttavia, parte della scuola di pensiero TWAIL ha contestato l’idea del diritto internazionale come possibile strumento di promozione degli interessi del Sud globale alla luce, si argomenta, degli esiti deludenti di tale esperimento. Si veda, in tal senso, A. BECKER LORCA, *After TWAIL’s Success, What Next? Afterword to the Foreword by Antony Anghie*, cit., p. 779 ss.

¹³⁷ Come fatto, ad esempio, negli anni, dai giudici Álvarez, Koroma e Cançado Trindade. V., ad es., CIG, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, cit., *Separate Opinion* del giudice Cançado Trindade.

¹³⁸ Ad esempio, argomenti presentati durante l’udienza del 29 maggio 2000 nel caso *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*.

¹³⁹ A.A. YUSUF, *Interview*, in *Max Planck Yearbook of United Nations*, 2023, p. 6: «Today, both Latin American countries and Asian-African countries feel more comfortable with the Court. The difficulties they had with the Court in the past were not primarily due to the institution itself, although the composition of the Court also mattered to them; the main challenge was the applicable law at the time. However, they appear to feel more at ease at present with the applicable law, since they have influenced its development, and they feel more comfortable with the diversity and universalist outlook of the Court».

¹⁴⁰ M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia*, cit., p. 568 ss.

presentanti e i giudici *ad hoc*¹⁴¹) oppure usare il linguaggio del diritto stesso per dimostrare che una diversa traiettoria è possibile.

6. Considerazioni conclusive

La CIG non è la ‘guardiana della legalità internazionale’: questa l’affermazione, presentata da alcune correnti interne alla scuola di pensiero TWAIL, che ha rappresentato il punto di partenza di questo contributo. Per meglio comprendere il potenziale impatto di questa affermazione, soffermandosi sulle scelte in termini di costruzione, diritto e linguaggio da parte della CIG e, dunque, sulla ‘politica’ come possibilità di scelta, ma anche sulle limitazioni strutturali e di contesto della CIG, lo scritto si è occupato di riflettere sulle diverse sfaccettature del controverso rapporto tra il Sud globale e la Corte.

Da questa analisi, è emerso come la Corte non ha ricoperto il ruolo di ‘protettrice’ non sempre per esplicita mancanza di imparzialità, ma piuttosto a causa delle limitazioni strutturali sue proprie, ma anche del diritto internazionale in sé, nonché a causa di quelle tendenze, insite nella struttura dell’ordinamento internazionale e nei diversi ruoli che ciascuna istituzione ricopre, che possono aver reso alcune delle sue scelte obbligate. Ciò nonostante, negli anni la Corte sembra aver riconosciuto i cambiamenti nella composizione della comunità internazionale, promuovendo con maggiore costanza l’attenzione al Sud globale. Tale attitudine ha portato ad una rinnovata fiducia da parte di questo nella CIG. Sebbene in reazione ad alcune decisioni o silenzi della Corte tale fiducia sia sembrata venir meno, ora sembra essere più forte e rinnovata¹⁴², seppur in un contesto che resta, comunque, di fragilità.

«We are calling out to you, International Court of Justice»¹⁴³. Facciamo appello a te, Corte Internazionale di Giustizia. Queste le parole che si ripetono più volte nella canzone prodotta dalla coalizione promossa da Vanuatu per l’elaborazione di una richiesta di parere consultivo alla CIG¹⁴⁴.

¹⁴¹ Si veda, ad esempio, quanto sottolineato in CIG, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, cit., *Declaration* del giudice Rezek, p. 190: «the Applicant itself, paradoxically required by the circumstances to espouse some particularly unacceptable propositions of colonialist discourse».

¹⁴² A.A. YUSUF, *Interview*, cit., p.4.

¹⁴³ Vanuatu ICJ coalition, *Climate Change ICJ Theme Song*, 17 novembre 2022, <https://sites.google.com/view/vanuatuicj/resolution/sing>.

¹⁴⁴ La richiesta si è poi concretizzata quando l’Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato per consensus una risoluzione con la quale ha richiesto alla CIG di adottare un

Si tratta di un appello alla Corte affinché si pronunci su temi delicati, quali il cambiamento climatico e il suo rapporto con la violazione dei diritti umani, frutto di un'iniziativa nata da un piccolo paese del *Global South*, che ha riposto, insieme ad altri 132 Stati, la propria fiducia nell'operato della Corte e in un suo autorevole pronunciamento su questi temi. Quello di Vanuatu non è l'ultimo atto di fiducia che la Corte ha ricevuto da parte di un paese del *Global South*. Se si guarda agli ultimi mesi, a partire dal dicembre 2023, tutti i nuovi casi arrivati sulla scrivania dei giudici dell'Aia includono, quanto meno come attore, almeno uno Stato del *Global South*. Fra questi, spiccano sicuramente il caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip*, che vede il ritorno del Sudafrica davanti alla Corte, questa volta quale attore contro Israele, e il caso *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory* promosso dal Nicaragua contro la Germania. Entrambi i ricorsi si fondano, non a caso, proprio sulla giurisprudenza relativa agli obblighi *erga omnes partes* e rappresentano atti di fiducia, che si spera suscitino un'adeguata attenzione.

parere consultivo sul tema del cambiamento climatico. Si veda Assemblea generale, *Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the obligations of States in respect of climate change*, risoluzione del 29 marzo 2023, UN Doc. A/RES/77/276.

La contestazione delle norme in materia di responsabilità degli Stati rispetto agli abusi coloniali: le proposte del Sud del mondo

RACHELE MARCONI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Questioni giuridiche controverse in tema di responsabilità degli Stati per abusi coloniali. – 3. Questioni relative al principio di intertemporalità. – 3.1. Rilievi sul primo caposaldo del principio di intertemporalità. – 3.2. Rilievi sul secondo caposaldo del principio di intertemporalità. – 4. Questioni relative alla scelta della (eventuale) forma di riparazione. – 5. Conclusioni: verso una riconcettualizzazione delle norme in tema di responsabilità degli Stati in ipotesi di abusi coloniali?

ABSTRACT: Negli ultimi decenni, le cause legali intentate dalle ex colonie contro le loro ex potenze coloniali hanno evidenziato le profonde e rilevanti implicazioni del colonialismo sul diritto internazionale. Ad oggi, si rinviene una certa tensione tra la riluttanza delle ex potenze coloniali a riconoscere e affrontare le ingiustizie coloniali, da un lato, e la volontà di riconciliarsi con il passato coloniale, dall'altro, che genera frustrazione nelle ex colonie per l'impossibilità di ottenere giustizia attraverso gli strumenti giuridici esistenti. In tale contesto, il contributo si propone di esaminare la contestazione del Sud del mondo delle norme internazionali vigenti in tema di responsabilità degli Stati per abusi coloniali. La disamina si concentrerà in particolare sulle critiche mosse dal Sud del mondo rispetto all'interpretazione e all'applicazione del principio di intertemporalità, alla scelta dell'(ipotetica) forma di riparazione per abusi coloniali e ai metodi per quantificare l'ammontare del risarcimento dovuto in ipotesi di crimini storici. S'intende in tal modo rilevare il potenziale impatto che le prospettive del Sud del mondo possono avere sulle categorie e sui principi giuridici del regime della responsabilità degli Stati, al fine di verificare se, ed eventualmente in che misura, si possa configurare uno spazio per una riconcettualizzazione delle norme sulla riparazione per i crimini coloniali.

* Assegnista di ricerca in diritto internazionale, Università degli Studi di Cagliari, rachele.marconi@unica.it.

PAROLE CHIAVE: responsabilità degli Stati – crimini storici – riparazione – principio di intertemporalità – Sud del mondo – colonialismo.

1. Introduzione

By its nature, the law is a conservative tool when deployed in the struggle for social change, and courts are naturally cautious and skeptical of the property claims of the poor and marginalized, especially where such claims have the potential to upset legal precedent and reorder society¹.

Il colonialismo continua ad avere profonde e durevoli implicazioni sul diritto internazionale. Ciò appare in tutta evidenza nei crescenti tentativi di fare i conti con le ingiustizie coloniali ad es. attraverso azioni legali intentate dinanzi a tribunali nazionali e internazionali da parte di rappresentanti degli Stati che in passato erano sotto il dominio coloniale o di singole comunità tradizionali². La pretesa di questi ultimi è quella secondo la quale le ex potenze coloniali sarebbero internazionalmente responsabili delle atrocità³ commesse in epoca coloniale e, dunque, su di queste graverebbe un obbligo alla riparazione. Viceversa, gli Stati europei, nel riconoscere, eventualmente, solo una responsabilità storica e morale per gli atti compiuti, negano che qualsiasi riparazione sia dovuta alle loro ex colonie⁴.

Il recente dinamismo storiografico relativo al periodo coloniale⁵, fondato sulla sempre maggiore disponibilità di dati e documentazioni sulle atrocità perpetrate, stenta a porre le basi per una rilettura dei fatti storici

¹ M. MUTUA, *Reparations for Slavery: A Productive Strategy?*, in J. BHABHA, M. MATACHE, C. ELKINS (a cura di), *Time for Reparations. A Global Perspective*, Philadelphia, 2021, p. 19 ss., p. 30.

² Si vedano, tra gli altri, E. BARKAN, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*, New York, 2000; A. BUSER, *Colonial Injustices and the Law of State Responsibility: The CARICOM Claim to Compensate Slavery and (Native) Genocide*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2017, p. 409 ss.

³ I termini 'atrocità', 'abuso' o 'ingiustizia' si riferiscono in questo contributo ad atti oggi qualificabili come crimini internazionali e/o violazioni di norme internazionali di *ius cogens*, commessi prima della Seconda guerra mondiale e considerati perlopiù leciti al tempo della loro commissione.

⁴ Per una panoramica delle scuse ufficiali offerte dagli Stati per le atrocità perpetrate in contesti di regime coloniale si faccia riferimento al database presente all'indirizzo: www.politicalapologies.com

⁵ O.O. TÁÍWÒ, *Reconsidering Reparations*, New York, 2022.

sul piano del diritto internazionale. Invero, ad un sempre più diffuso «climate of credibility with respect to claims of reparations for past wrongs»⁶, riflesso in particolare nella elaborazione di misure adottate dalle ex potenze coloniali per riconciliarsi con il passato coloniale⁷, non sembra corrispondere un'accresciuta convinzione che le condotte statali volte alla riconciliazione sottendano l'esistenza di un obbligo giuridico⁸. Tale riluttanza a un inquadramento giuridico delle questioni poste dal colonialismo ha generato nelle ex colonie una certa frustrazione, che risiede nell'attuale impossibilità di rimediare con gli strumenti giuridici finora contemplati alle ingiustizie coloniali subite e alle conseguenze che queste continuano a generare nel tempo.

In tale contesto, il contributo intende esaminare la contestazione del Sud del mondo delle norme internazionali vigenti in materia di responsabilità degli Stati rispetto agli abusi coloniali. Dopo una disamina delle critiche mosse rispetto alla visione eurocentrica nell'applicazione delle norme in questione, l'analisi si concentrerà sul potenziale impatto che le prospettive del Sud del mondo possono avere sulle categorie e sui principi giuridici del regime della responsabilità degli Stati, al fine di verificare se, ed eventualmente in che misura, possa esserci spazio per una riconcettualizzazione delle norme sulla riparazione per gli abusi coloniali. In particolare, si intende rilevare se le critiche del Sud del mondo permettano già di individuare possibili criteri alternativi per la determinazione dei danni ri-

⁶ R. FALK, *Reparations, International Law, and Global Justice*, in P. DE GREIFF (a cura di), *The Handbook of Reparations*, New York, 2006, p. 478 ss., p. 497.

⁷ Per un'analisi della prassi degli Stati nell'affrontare questioni derivanti dal colonialismo, si permetta di rinviare a R. MARCONI, *States before their colonial past: Practice in addressing responsibility*, in *QIL, Zoom-out*, 2024, p. 25 ss.

⁸ Per un recente esempio di sforzo di riconciliazione non accompagnato da un riconoscimento della responsabilità giuridica per gli abusi coloniali v., su tutti, Repubblica federale della Germania, Repubblica di Namibia, Dichiarazione congiunta *United in remembrance of our colonial past, united in our will to reconcile, united in our vision of the future*, 28 maggio 2021, www.parliament.na. Per una critica dell'accordo, C.S. NAMAKULA, *Reparations without reparation: A critique of the Germany-Namibia Accord on colonial genocide*, in *African Yearbook on International Humanitarian Law*, 2021, p. 46 ss. Per un riepilogo della posizione della Germania circa la non applicabilità delle norme di diritto internazionale convenzionali e consuetudinarie sul genocidio all'epoca dei fatti, si consulti la relazione dei Servizi scientifici del Bundestag su *Der Aufstand der Volksgruppen der Herero und Nama in Deutsch-Südwestafrika (1904-1908) Völkerrechtliche Implikationen und haftungsrechtliche Konsequenzen*, 27 settembre 2016, disponibile sul sito ufficiale del Bundestag www.bundestag.de

sarcibili, per la scelta della forma di riparazione e per l'ammontare del risarcimento dovuto in ipotesi di crimini storici.

Prima di procedere, si permettano due premesse. Appare in primo luogo utile chiarire chi siano gli attori della contestazione a cui si farà riferimento nel presente contributo. Come ben noto infatti, gli approcci terzomondisti al diritto internazionale, generalmente conosciuti con l'acronimo inglese di TWAIL (*Third World Approaches to International Law*)⁹, sono parte di quella *critical scholarship* che nell'ultimo decennio del secolo scorso «began to enliven and provoke impassioned debates about the proper relation between theory and practice in international law»¹⁰ e che, come suggerisce il termine 'approcci', costituiscono «hardly a homogeneous group of like-minded intellectuals»¹¹. Posta dunque la difficoltà di inquadrare entro una categoria unica personalità intellettuali di poliformità culturale e scientifica, sarebbe in realtà ardito anche voler ricostruire in questa sede una sintesi del pensiero dei TWAIL, incredibilmente dinamico e articolato. Appare tuttavia utile tentare di rilevare i caratteri forse maggiormente riconoscibili (e riconosciuti) degli esponenti del movimento¹². Muovendo dalla premessa secondo la quale l'ordinamento giuridico internazionale sarebbe parziale per la sua origine occidentale, gli internazionalisti dei TWAIL sostengono che molti principi che regolano il diritto internazionale giustificerebbero, con la loro pretesa di universalità, l'oppressione e la soggezione dei paesi del terzo mon-

⁹ Tra i contributi più rappresentativi, v. B.S. CHIMNI, *International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches*, New York, 1993; A. ANGHIE, B.S. CHIMNI, *Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts*, in *Chinese Journal of International Law*, 2003, p. 77 ss.; A. ANGHIE, *Towards a Postcolonial International Law*, in P. SINGH, B. MAYER (a cura di), *Critical International Law: Postrealism, Postcolonialism and Transnationalism*, Oxford, 2014, p. 123; N. TZOUVALA, *Capitalism As Civilisation: A History of International Law*, Cambridge, 2020.

¹⁰ A. ORFORD, F. HOFFMAN, *Introduction: Theorizing International Law*, in A. ORFORD, F. HOFFMANN (a cura di), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, 2016, p. 8 ss.

¹¹ A. BIANCHI, *Theories of International Law*, Oxford, 2016, p. 205.

¹² Sulla autoqualificazione da parte degli esponenti dei TWAIL come un movimento, si vedano, tra gli altri, A.F. SUNTER, *TWAIL as Naturalized Epistemological Inquiry*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2007, p. 481; V. SRIPATI, *The United Nation's Role in Post-Conflict Constitution-Making Processes: TWAIL Insights*, in *International Community Law Review*, 2008, p. 416; O. OKAFOR, *Praxis and the International (Human Rights) Law Scholar: Toward the Intensification of TWAILian Dramaturgy*, in *Windsor Yearbook on Access to Justice*, 2016, p. 1 ss.; A.M. STONE, *Introduction to Third World Approaches to International Law (TWAIL Singapore)*, in *Oregon Review of International Law*, 2019, p. 333; M. AL ATTAR, *TWAIL: A Paradox within a Paradox*, in *International Community Law Review*, 2020, p. 170.

do¹³. La tendenza demistificatoria degli approcci terzomondisti si manifesta nell'attenzione riservata a categorie, istituti e valori talmente invalsi nel sistema giuridico internazionale da restare normalmente indiscussi e accettati pressoché come realtà naturali. In tal senso, la contestazione delle norme sulla responsabilità internazionale degli Stati appare uno dei tentativi di smascherare la natura e la logica contingenti del diritto internazionale. In particolare, talune norme in materia di responsabilità internazionale degli Stati, o meglio l'interpretazione e l'applicazione che delle stesse vengono solitamente date, non farebbero che favorire l'impunità delle ex potenze coloniali (occidentali) rispetto agli abusi commessi in epoca coloniale.

Ebbene, se si assume che il fine principale degli approcci terzomondisti sia «to understand, deconstruct, and unpack the uses of international law as a medium for the creation and perpetuation of a racialized hierarchy of international norms and institutions that subordinate non-Europeans to Europeans»¹⁴, è possibile ricomprendere in questo movimento anche commentatori appartenenti al mondo occidentale e, viceversa, escludere studiosi provenienti dal Sud del mondo che non utilizzano una lente critica terzomondista. Si farà pertanto riferimento a contestazioni delle norme in materia di responsabilità degli Stati formulate da coloro che hanno assunto un approccio terzomondista, siano questi provenienti o meno dal Sud del mondo.

In secondo luogo, bisogna sottolineare che, in via generale, queste contestazioni tendono a provenire maggiormente da commentatori e/o gruppi di studiosi piuttosto che dagli Stati del Sud del mondo. Le critiche al regime della responsabilità internazionale di seguito delineate non corrispondono spesso alle posizioni assunte dagli Stati sui cui territori insistevano le ex colonie¹⁵.

¹³ Con riferimento agli approcci terzomondisti v., tra gli altri, M. BEDJAOU, *Towards a new international economic order*, New York, 1979.

¹⁴ M. MUTUA, *What is TWAIL?*, in *ASIL Proceedings of the ASIL Ann. Meeting*, 2000, p. 31.

¹⁵ Si possono qui citare due casi di evidente scollamento tra la posizione delle comunità tradizionali o delle vittime e quella del governo dello Stato di cittadinanza delle stesse. Nel caso delle 'donne di conforto' sudcoreane, vittime del sistema giapponese di schiavitù sessuale prima e nel corso della Seconda guerra mondiale, la soluzione negoziale del 2015 tra il governo giapponese e sudcoreano in punto di riparazioni delle vittime ha trovato una forte opposizione da parte delle ex 'donne di conforto', espressa anche per vie giudiziali (v. Corte Costituzionale coreana, sentenza del 27 dicembre 2019, 2016Hun-Ma253, *Announcement of Agreement on the "Comfort Women" Issue*, all'indirizzo www.english.court.go.kr/site/eng/main.do, nonché Corte Distrettuale Centrale di Seoul,

2. Questioni giuridiche controverse in tema di responsabilità degli Stati per abusi coloniali

Quando ci si approccia al tema del colonialismo da una prospettiva di diritto internazionale, diverse spiegazioni, variamente fondate su argomentazioni giuridiche, sono impiegate per precludere qualsiasi questione relativa ai rimedi per i crimini coloniali¹⁶. Si pensi, ad es., alla prescrizione dei crimini coloniali¹⁷, al principio di intertemporalità¹⁸, al problema della legittimazione soggettiva attiva ad invocare la responsabilità internazionale per avanzare pretese risarcitorie nei confronti della ex potenza coloniale, alla difficoltà di valutare analiticamente il pregiudizio subito e, di conseguenza, l'ammontare del risarcimento dovuto dalle ex potenze coloniali¹⁹.

Nel presente contributo si farà particolare riferimento alle critiche mosse dal Sud del mondo rispetto all'interpretazione e all'applicazione del principio di intertemporalità, alla scelta della (ipotetica) forma di ripara-

sentenza dell'8 gennaio 2021, 2016 Ga-Hap 505092, *Kwak Ye-Nam et. al. v. Japan*). Allo stesso modo, la Dichiarazione congiunta *United in remembrance of our colonial past, united in our will to reconcile, united in our vision of the future* del 2021 con cui i governi della Germania e della Namibia intendevano risolvere le questioni derivanti dalla dominazione coloniale tedesca in Africa sudoccidentale non è stata accolta favorevolmente dalle comunità Herero e Nama, principali vittime delle operazioni tedesche di sterminio nel periodo compreso tra il 1904 e il 1908. I rappresentanti legali di talune associazioni delle due comunità hanno presentato un'istanza alla Corte Suprema della Namibia (numero del caso: HC-MD-CIV-MOT-REV-2023/00023) per sollevare una questione di legittimità della Dichiarazione.

¹⁶ Per una panoramica sui principali argomenti giuridici utilizzati per escludere le riparazioni per abusi coloniali, v., tra gli altri, J.F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO, *La réparation des crimes de l'histoire: Etat et perspectives du droit international public contemporain*, in L. BOISSON DE CHAZOURNES, J.F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO (a cura di), *Crimes de l'histoire et réparations: les réponses du droit et de la justice*, Bruxelles, 2004, p. 39; D.L. SHELTON, *Reparations for Historical Injustices*, in D.L. SHELTON (a cura di), *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, 2006, p. 428.

¹⁷ Per i casi in cui le ex potenze coloniali hanno addotto l'istituto della prescrizione per respingere le pretese dei discendenti delle vittime coloniali, si vedano Assemblea generale, *Contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and racial intolerance Note by the Secretary-General*, UN Doc. A/74/321 del 21 agosto 2019, parr. 48-49; e Assemblea generale, *Promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence Note by the Secretary-General*, UN Doc. A/76/180 del 19 luglio 2021, parr. 23, 27-29.

¹⁸ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries with commentaries*, in *Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001)*, UN Doc. A/56/10, art. 13.

¹⁹ Sul tema di veda, D. BUTT, *Rectifying International Injustice: Principles of Compensation and Restitution between Nations*, Oxford, 2009.

zione per abusi coloniali e ai metodi per quantificare l'ammontare del risarcimento dovuto.

3. Questioni relative al principio di intertemporalità

Il primo ostacolo giuridico all'applicazione delle norme sulla responsabilità internazionale degli Stati con riferimento agli abusi commessi in epoca coloniale consiste nel fatto che le condotte poste in essere dalle ex potenze coloniali non costituivano una violazione di un obbligo internazionale in capo allo Stato ai sensi delle norme internazionali allora vigenti²⁰. Al centro dell'analisi giuridica del diritto applicabile a cavallo tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo²¹ vi è l'applicazione e l'interpretazione della dottrina del diritto intertemporale. Riconducibile al principio generale di diritto *tempus regit actum*²², la dottrina dell'intertemporalità è strettamente connessa al principio di non retroattività dei trattati internazionali²³ e al principio *nulla poena sine lege*²⁴. Conviene dunque fornire preliminarmente una breve analisi dei due capisaldi del principio di intertemporalità, per poi soffermarsi sulle argomentazioni addotte dagli studiosi di diritto che contestano l'interpretazione di tale principio in un'ottica TWAIL.

La formulazione della dottrina dell'intertemporalità si fa discendere dalla sentenza arbitrale del 1928 nel caso dell'*Isola di Palmas*, relativo a una disputa territoriale tra i Paesi Bassi e gli Stati Uniti, dove il noto *dictum* dell'arbitro unico e membro della Corte permanente di arbitrato, Max Huber, distingue due elementi potenzialmente in tensione tra loro. Il primo elemento richiede che «[a] juridical fact must be appreciated in the light of the law contemporary with it, and not of the law in force at the time when a dispute in regard to it arises or fails to be settled»²⁵. Il secondo elemento aggiunge che «the existence of the right, in other words its continued manifestation, shall follow the conditions required by the evo-

²⁰ L'art. 13 stabilisce: «[a]n act of State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs».

²¹ Particolarmente difficile appare l'applicazione del principio intertemporale rispetto ad abusi commessi in contesti coloniali antecedenti.

²² P. TAVERNIER, *Relevance of the Intertemporal Law*, in J. CRAWFORD, A. PELLET AND S. OLLESON (a cura di), *The Law of International Responsibility*, Oxford, 2010, p. 397.

²³ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, art. 28.

²⁴ Statuto di Roma che istituisce la Corte Penale Internazionale, art. 22.

²⁵ CPA, sentenza del 4 aprile 1928, *Island of Palmas case (Netherlands v. USA)*.

lution of law»²⁶. Mentre il primo elemento, consistente nel giudicare la legalità di un atto in base al diritto in vigore al momento in cui l'atto si verifica, è ormai consolidato in giurisprudenza²⁷ e generalmente accettato in dottrina²⁸, il secondo caposaldo del principio, che impone di tener conto di qualsiasi cambiamento del diritto applicabile nel corso del tempo, risulta alquanto controverso²⁹.

3.1. Rilievi sul primo caposaldo del principio di intertemporalità

I rilievi del Sud del mondo sulla dottrina dell'intertemporalità con riferimento agli abusi di epoca coloniale si sono concentrati sia sul primo che sul secondo caposaldo del principio. Rispetto al primo caposaldo, si registrano numerosi tentativi di ricercare in modo sistematico le fonti del diritto, orali e non, che permetterebbero di ricostruire ulteriori norme in vigore al tempo della commissione dell'atto rispetto a quelle solitamente invocate dalle ex potenze coloniali.

Tale approccio è fondato sulla premessa secondo la quale l'ordine giuridico internazionale a cavallo tra il XIX e il XX secolo aveva ancora un carattere policentrico, mentre il diritto internazionale si sarebbe costituito come sistema giuridico universale solo nel XX secolo³⁰. Su questo presupposto, la ricerca delle fonti del diritto vigenti tra le comunità colonizzate costituirebbe non solo un mero esercizio storiografico, bensì anche una corretta applicazione del diritto intertemporale³¹. In altri termini, riconoscere la coesistenza di più ordinamenti giuridici distinti significa attribuire eguale rilevanza prescrittiva a ciascuno di essi, con la conseguenza che

²⁶ CPA, *Island of Palmas*, cit., p. 845.

²⁷ CIG, sentenza del 17 novembre 1953, *The Minquiers and Ecrehos case (France/United Kingdom)*; CIG, sentenza del 10 ottobre 2002, *Case Concerning the Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, parr. 31-38; CIG, sentenza del 3 febbraio 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*.

²⁸ Institut de Droit International, *The Intertemporal Problem in Public International Law*, in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1975, p. 536, art 1.

²⁹ Si veda, tra gli altri, U. LINDERFALK, *The Application of International Legal Norms Over Time: The Second Branch of Intertemporal Law*, in *Netherlands International Law Review*, 2011, p. 150.

³⁰ M. KOSKENNIEMI, *Histories of International law: Dealing with Eurocentrism*, in *Rechtsgeschichte - Legal History*, 2011, p. 153 ss.; M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge, 2002.

³¹ E. MARTIN, *The Application of the Doctrine of Intertemporality in Contentious Proceedings*, Berlin, 2021.

nel valutare la legittimità degli atti commessi dalle potenze coloniali si debba far riferimento non solo alle norme di diritto internazionale (europeo) in vigore tra gli Stati *civilizzati*, ma anche al diritto vigente tra le comunità colonizzate³².

Questo approccio pone una serie di questioni di ordine storiografico e, conseguentemente, di epistemologia giuridica³³. Ci si può chiedere, tra l'altro, come poter rintracciare le fonti del diritto considerando che nella maggior parte dei casi si tratta di norme non scritte. I tentativi finora espletati di ricostruzione delle norme primarie in vigore nelle e tra le comunità colonizzate hanno avuto risultati promettenti ma piuttosto circoscritti. Si pensi, tra gli altri, agli sforzi di determinazione del diritto vigente in Namibia durante il periodo di dominazione coloniale tedesca in Africa sudoccidentale, condotti attraverso una proposta di rilettura delle lettere dei rappresentanti delle comunità Ovaherero e Nama, come quelle di Hendrik Witbooi o Samuel Maharero³⁴. Tali esperimenti esprimono una volontà apprezzabile di muovere al di fuori dell'idea, alquanto discutibile³⁵, dell'esistenza di un unico ordinamento giuridico in epoca coloniale, dato che «[n]o universally accepted meta-rule entitled European powers to set the terms of international law»³⁶. Si permetta tuttavia di evidenziare in questa sede un possibile rischio insito in tale approccio e di delineare come questo possa conseguire un risultato diametralmente opposto a quello desiderato. Le evidenti difficoltà storiografiche avrebbero infatti notevoli ripercussioni sul piano giuridico. Anziché garantire un apprezzamento giuridico degli abusi coloniali con la conseguente possibile apertura alla questione delle riparazioni, questo metodo può trasformarsi in una ragione di selettività nella qualificazione giuridica delle ingiustizie coloniali, con una conseguente distinzione tra (i discendenti del)le vittime coinvolte³⁷. Sarebbero in effetti considerati crimini coloniali solo quegli abusi per i quali si siano rinvenute fonti giuridiche sufficienti a giustifi-

³² M. HÉBIÉ, *CIL Dialogues: International Law and Reparations for Colonial Harms: What way forward?*, 28 aprile 2023, www.cil.nus.edu.sg

³³ A. ORFORD, *On International Legal Method*, in *London Review of International Law*, 2013, p. 170 ss.

³⁴ Si veda in particolare M. GOLDMANN, *The Ambiguity of Colonial International Law: Three Approaches to the Namibian Genocide*, in *Leiden Journal of International Law*, 2024, p. 1 ss.

³⁵ L. BENTON, *Colonial Law and Cultural Difference: Jurisdictional Politics and the Formation of the Colonial State*, in *Comparative Studies in Society and History*, 1999, p. 563 ss.

³⁶ M. GOLDMANN, *The Ambiguity of Colonial International Law*, cit., p. 3.

³⁷ La questione è stata sollevata anche da L. SALVADEGO, *Which 'reparations' for colonial 'crimes'?*, in *QIL, Zoom-out*, 2024, p. 5 ss.

carne la classificazione entro fattispecie giuridiche già contemplate nell'ordinamento giuridico vigente nel territorio colonizzato. In questa prospettiva, risulterebbero sottratte dall'analisi tutte quelle ingiustizie coloniali commesse in quei territori le cui comunità indigene non siano state in grado di trasmetterci riferimenti normativi che incontrovertibilmente prendevano in considerazione all'epoca dei fatti gli atti subiti dalla popolazione colonizzata. Evidentemente il rischio sarebbe quello di porre in essere un approccio discriminatorio: verrebbero di fatto lasciati irrisolti casi di ingiustizie coloniali per i quali *ratione loci* o *ratione materiae* non sarebbe possibile l'applicazione del diritto allora vigente, o almeno delle norme vigenti di cui si riesca oggi ad avere traccia.

Nel solco di questo sforzo di ricostruzione delle fonti del diritto vigenti durante l'epoca coloniale si inseriscono anche quei commentatori che, anziché 'scomodare' le norme in vigore tra le comunità colonizzate, mirano a una rilettura dell'allora diritto internazionale (europeo) usando un approccio meno positivista, ritenuto questo una prerogativa di un sistema giuridico successivo³⁸. Allo scopo di «breaking with “monolithic” conceptions of law and history», taluni hanno sostenuto un uso dei principi etico-giuridici in forza all'epoca dei fatti per aprire una finestra tra diritto positivo e moralità pubblica³⁹. In particolare, riferimenti etico-giuridici quali 'leggi d'umanità' e 'precetti della pubblica coscienza' – già all'epoca alla base di proteste contro le pratiche crudeli e inumane in atto nei territori colonizzati⁴⁰ e fondamento dei successivi processi di qualificazione delle condotte in questione come illegali – costituirebbero parte dell'allora *lex data*, e sarebbero dunque invocabili al fine di considerare gli abusi coloniali in violazione del diritto. Si tratterebbe dunque di assumere un «less stringent approach to the rules of intertemporality» senza tuttavia violare il principio di irretroattività⁴¹.

³⁸ M. GOLDMANN, „Ich bin Ihr Freund und Kapitän“. Die deutsch-namibische Entschädigungsfrage im Spiegel intertemporaler und interkultureller Völkerrechtskonzepte (*I am Your Friend and Captain'. German-Namibian Reparation Claims and the Intertemporal and Intercultural Dimensions of International Law*), in PH. DANN, I. FEICHTNER, J. VON BERNSTORFF (a cura di), *(Post)Koloniale Rechtswissenschaft*, Tübingen, 2022, p. 499 ss.

³⁹ A. VON ARNAULD, *How to Illegalize Past Injustice: Reinterpreting the Rules of Intertemporality*, in *European Journal of International Law*, 2021, p. 432.

⁴⁰ Diversamente, F. QUÉGUINER, S. VILLALPANDO, *La réparation des crimes de l'histoire*, cit., p. 59, sostengono che le dichiarazioni «courageuses, mais encore isolées» della società civile, già all'epoca contrarie alle pratiche coloniali, non possano esser «assimilables à des règles juridiques interdisant lesdits comportements».

⁴¹ A. VON ARNAULD, *How to Illegalize Past Injustice*, cit., p. 415.

3.2 Rilievi sul secondo caposaldo del principio di intertemporalità

Se i tentativi finora descritti hanno provato a incidere sul primo caposaldo della dottrina dell'intertemporalità, tendenzialmente per allargarne le maglie applicative, altri giuristi internazionalisti con un approccio decoloniale hanno fatto leva sul secondo caposaldo, ritenuto particolarmente rilevante ai fini dell'individuazione delle norme invocabili in ipotesi di narrazioni storiche confliggenti, con conseguente incertezza sul diritto applicabile⁴². Sotteso nei ragionamenti logico-giuridici di almeno due pareri consultivi della Corte internazionale di giustizia, il secondo caposaldo del principio di intertemporalità consiste nel «tak[ing] into consideration the changes which have occurred», cosicché l'interpretazione e applicazione di uno strumento giuridico «cannot remain unaffected by the subsequent development of law» e non può trascurare «the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation»⁴³. Specialmente quando si tratta di ricostruire norme di diritto consuetudinario, la Corte internazionale di giustizia ha riconosciuto di poter «[a]lso rely on legal instruments which *postdate the period in question*, when those instruments confirm or interpret pre-existing rules or principles»⁴⁴.

Il maggior peso attribuito alla contestualizzazione storica nel valutare il diritto applicabile discende dal riconoscimento che, all'epoca dei fatti, era già in atto un periodo di transizione dalla vecchia norma alla nuova norma, cosicché

⁴² E. MARTIN, *The Application of the Doctrine of Intertemporality*, cit., p. 20-21. Secondo il ragionamento logico-giuridico di altri autori ciò sembrerebbe invece sottendere l'invocabilità del secondo caposaldo del principio di intertemporalità in ipotesi di atti aventi carattere continuativo, costituenti violazioni del diritto internazionale non all'epoca dei fatti ma secondo i valori e le norme attualmente riconosciute. In tal senso, M. HÉBÉ, *CIL Dialogues: International Law and Reparations for Colonial Harms*, cit. La CDI ricorda, tuttavia, che «[A]n act does not have a continuing character merely because its effects or consequences extend in time. It must be the wrongful act as such which continues»; v. Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., commentario all'art. 14, p. 60, par. 6.

⁴³ CIG, parere consultivo del 21 giugno 1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, par. 53.

⁴⁴ CIG, parere consultivo del 25 febbraio 2019, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, par. 143.

«after there is consensus that a new rule has crystallised, the ICJ must apply the new rule to any act occurring after the moment of crystallisation, including in the same period (...) [the period after the moment of crystallisation, but before the agreement on the existence of a new general practice accepted as law]. This means that the International Court of Justice can give a different answer as to the applicable law, depending on when it examines the issue»⁴⁵.

Il secondo caposaldo del principio di intertemporalità impone dunque al giurista di valutare, nella determinazione del diritto applicabile ai fatti, se una norma che all'epoca della commissione della condotta era in via di consolidamento si è poi cristallizzata. La norma consuetudinaria eventualmente sopravvenuta si applicherà non solo dal momento della sua cristallizzazione, bensì dalla fase di transizione tra la vecchia e la nuova norma, anche se in quel dato periodo storico sarebbe stata applicata la norma precedente⁴⁶. Tale interpretazione implica che le conclusioni sul diritto applicabile ai fatti possano variare in base al momento in cui si giudicano i fatti stessi.

Con riferimento ai fatti avvenuti in epoca coloniale, si è sostenuto che l'inapplicabilità delle norme internazionali consuetudinarie di guerra, del diritto umanitario e dei principi fondamentali d'umanità alle popolazioni colonizzate sarebbe dovuta al mancato riconoscimento della soggettività giuridica di queste, a sua volta fondato sul presupposto razzista di una distinzione tra nazioni civilizzate e nazioni non civilizzate⁴⁷. Considerando che tale distinzione è venuta meno all'inizio del XX secolo e dunque era già probabilmente in discussione all'epoca dei fatti, il diritto allora vigente dovrebbe esser interpretato e applicato alla luce dell'odierno divieto di razzializzazione e di discriminazione razzista, intesi quali principi fondamentali del diritto internazionale e norme di *ius cogens*⁴⁸. Pertanto, in applicazione del secondo caposaldo del principio di intertemporalità, lo

⁴⁵ S. WHEATLEY, *Revisiting the Doctrine of Intertemporal Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2021, p. 506.

⁴⁶ *Ivi*, p. 505 ss.

⁴⁷ N. TZOUVALA, *The Alibis of History, or How (not) to Do Things with Inter-temporality*, in *CIL Dialogues*, 8 febbraio 2023; S. IMANI, K. THEURER, *The German-Namibian "Reconciliation Agreement"*, in *Zeitgeist*, agosto 2021, www.goethe.de

⁴⁸ K. THEURER, *Minimum Legal Standards in Reparation Processes for Colonial Crimes: The Case of Namibia and Germany*, in *German Law Journal*, 2023, p. 16.

*standard of civilisation*⁴⁹ non potrebbe esser legittimamente invocato dalle ex potenze coloniali per escludere le popolazioni colonizzate dalla protezione giuridica garantita dagli standard minimi d'umanità già allora vigenti.

A ben vedere, le contestazioni che puntano sull'applicazione a maglie larghe del primo caposaldo del principio di intertemporalità appaiono funzionali ai ragionamenti critici formulati impiegando il secondo. Solo attraverso un'accurata ricerca, soprattutto storica, delle fonti del diritto vigenti a cavallo tra il XIX e il XX secolo è infatti possibile riconoscere che in quel dato periodo storico era già in atto una transizione delle norme giuridiche rilevanti per la qualificazione degli atti compiuti dalle ex potenze coloniali, intesa quale premessa essenziale per l'applicazione del secondo caposaldo. In altri termini, attraverso il primo caposaldo del principio dell'intertemporalità si tenta di fornire argomentazioni persuasive circa l'esistenza, in epoca coloniale, di norme giuridiche che vietavano le condotte poste in essere dalle potenze coloniali. In tal senso, si cerca o di reperire documenti utili a determinare il diritto vigente nelle e tra le comunità tradizionali, o di interpretare principi etico-giuridici già allora vigenti nel diritto internazionale (europeo) nel senso di contenere degli obblighi giuridici positivi volti a condannare gli abusi perpetrati ai danni delle colonie. Con il secondo caposaldo invece si interpretano le rilevanti norme internazionali vigenti alla luce dell'attuale inderogabilità del divieto di razzializzazione e di discriminazione razzista.

In generale, oltre ai limiti già evidenziati rispetto alle critiche al primo caposaldo del principio di intertemporalità, si possono rilevare due ulteriori difficoltà nell'affrontare questioni relative alle ingiustizie coloniali usando il principio di intertemporalità. In primo luogo, i tentativi illustrati mirano a una riqualificazione in termini giuridici di fatti avvenuti a cavallo tra il XIX e il XX secolo. Risulterebbe ancor più complesso utilizzare le stesse argomentazioni rispetto a ingiustizie coloniali perpetrate in un periodo antecedente. Ci si può chiedere ad esempio se le fonti storiche possano esser sufficienti a dimostrare sia l'esistenza che il contenuto precettivo di principi etico-giuridici volti a dimostrare la violazione di standard d'umanità con riferimento alla pratica della schiavitù coloniale posta in essere già dal XV secolo. In secondo luogo, pur ammettendo che esistesse-

⁴⁹ N. TZOUVALA, *Capitalism as Civilisation*, cit. La distinzione razzista tra 'nazioni civili' e 'nazioni non civili' di cui all'articolo 38 dello Statuto della CIG rappresenta un lascito anacronistico. In questo senso, A. PELLET, *Article 38*, in A. ZIMMERMANN, C.J. TAMS (a cura di), *Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, 2019, p. 836.

ro norme primarie che proibivano le condotte subite dai popoli colonizzati, permarrebbero ulteriori limiti relativi all'applicazione del principio intertemporale con riferimento alle norme secondarie. Si porrebbe in particolare la questione circa l'identificazione di norme sulla responsabilità dello Stato che imponevano una piena riparazione nel periodo in questione⁵⁰.

4. Questioni relative alla scelta della (eventuale) forma di riparazione

Benché negli ultimi anni alcuni Stati sembrino più disposti ad accettare una responsabilità morale e storica per le ingiustizie coloniali commesse, al momento nessuna ex potenza coloniale ha riconosciuto la propria responsabilità giuridica. Per tale ragione si farà qui riferimento a *eventuali* conseguenze giuridiche.

Una delle conseguenze del fatto illecito internazionale è l'obbligo di riparazione, consistente nel «wipe out [as far as possible] all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed»⁵¹. L'ormai consolidato principio di diritto internazionale consuetudinario è stato tradotto all'art. 31 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato per fatto internazionalmente illecito (ARS) nel modo seguente: «Lo Stato responsabile ha l'obbligo di riparare integralmente il danno causato dall'atto internazionalmente illecito». Sebbene in teoria spetti allo Stato leso decidere quale forma di riparazione richiedere⁵², il diritto internazionale prevede un ordine gerarchico delle forme di riparazione. La Corte permanente di giustizia internazionale ha espresso questa gerarchia nella nota sentenza nel caso *Chorzów Factory*, in cui individua l'obbligo per lo Stato che ha commesso il torto di «restore the undertaking and, if this be not possible, to pay its value at the time of its indemnification, which value is designed to take the place of restitution which has become impossi-

⁵⁰ Per una posizione scettica rispetto all'esistenza di norme secondarie della responsabilità dello Stato già sufficientemente consolidate tra la fine del XV e la fine del XVIII secolo, si veda A. BUSER, *Colonial Injustices and the Law of State Responsibility*, cit., p. 434 ss. Sulla storia della responsabilità internazionale dello Stato, tra gli altri, I. BROWNLIE, *System of the Law of Nations: State Responsibility. Part I*, New York, 1983; J.A. HESSBRUEGGE, *The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2004, p. 265 ss.

⁵¹ CPGI, sentenza del 26 luglio 1927, *Chorzów Factory (Merits)*, p. 47.

⁵² L'elemento della scelta della forma di riparazione in capo allo Stato leso è riflesso all'art. 43, ARS.

ble»⁵³. In questo modo, la Corte classifica la restituzione come forma primaria di riparazione, seguita dal risarcimento. Lo stesso approccio è evidente negli ARS, in cui si afferma che il risarcimento è applicabile solo quando la restituzione sia materialmente impossibile o gravosa in modo sproporzionale⁵⁴, e, analogamente, che la soddisfazione dovrebbe essere fornita quando né la restituzione né il risarcimento sono mezzi di riparazione disponibili⁵⁵.

L'uso di una lente decoloniale porta alla luce nuovi interrogativi sulla gerarchia delle forme di riparazione così come è concepita dal regime sulla responsabilità internazionale dello Stato. Una delle questioni emergenti dagli sforzi di riconciliazione finora avviati tra ex potenze coloniali ed ex colonie è se la gerarchia delle forme di riparazione vigente sia appropriata per riparare gli abusi commessi in epoca coloniale, soprattutto in ipotesi di attuale coinvolgimento dei discendenti delle vittime. Dunque, l'approccio decoloniale può avere un ruolo nel meccanismo di riparazione? In particolare, può essere rilevante e dovrebbe esser tenuto in considerazione nella scelta della forma di riparazione più adeguata, specialmente nei casi che coinvolgono i discendenti delle vittime degli abusi coloniali?

La critica degli studiosi del Sud del mondo rispetto al meccanismo tradizionale di riparazione si fonda principalmente su due motivi: la mancanza di un potenziale trasformativo, e in particolare l'incapacità di affrontare le perduranti disuguaglianze tra il Nord e il Sud del mondo, e l'inadeguatezza di alcune forme di riparazione nel trattare i danni subiti dalle popolazioni colonizzate⁵⁶.

Nell'evidente impossibilità di riparare casi di abusi coloniali nella forma della *restitutio in integrum*, risultano già essere sacrificati i diritti di proprietà delle popolazioni indigene che in epoca precoloniale vivevano nelle terre sottoposte a espropriazione forzata dalla potenza coloniale⁵⁷.

⁵³ CPGI, *Chorzów Factory (Merits)*, cit., p. 48.

⁵⁴ Art. 35 ARS.

⁵⁵ Art. 37, par. 1, ARS.

⁵⁶ CARICOM, *CARICOM ten point plan for reparatory justice*, www.caricom.org

⁵⁷ Per una disamina dei processi di espropriazione e appropriazione delle proprietà delle popolazioni Ovaherero e Nama in quella che la Germania chiamava Africa Sud-Occidentale nel periodo compreso tra il 1890 e il 1910 circa, si veda U.S. District Court for the Southern District of New York, Dichiarazione di Matthias Goldmann del 25 aprile 2018, case Civ. No. 17-0062, *Ovaherero and Nama peoples et al. v. Germany*.

Per quanto riguarda il risarcimento, le misure di compensazione non solo rappresentano la forma di riparazione più comune nella prassi degli Stati⁵⁸, ma costituiscono anche il principale criterio di valutazione del successo dei meccanismi di riparazione. Le pretese di risarcimento provenienti dal Sud del mondo spesso riflettono non solo i danni che gli Stati lamentano di aver subito in epoca coloniale, ma altresì una richiesta di sostegno finanziario per affrontare i problemi socio-economici del paese che in parte discenderebbero dalle ingiustizie storiche. Trattare direttamente i retaggi degli abusi coloniali tentando di migliorare la vita dei discendenti delle vittime di quelle ingiustizie dovrebbe essere dunque inquadrato da una prospettiva di giustizia riparativa:

«Le Groupe Africain soutient la Communauté des Caraïbes dans leurs appels à une justice réparatrice. Nous sommes d'avis que les réparations pour l'esclavage et le colonialisme devrait non seulement comprendre la responsabilité pour les torts historiques, mais aussi l'éradication des cicatrices de l'inégalité raciale, de la subordination et de la discrimination qui ont été construites sous l'esclavage, l'apartheid et le colonialisme, ainsi que la remise de dette. En outre, tant que subsisteront les séquelles de l'esclavage et du colonialisme, notamment la pauvreté, l'accès inéquitable à l'éducation, au logement et à la justice, l'appel à la justice réparatrice restera une priorité des plus critiques pour les personnes d'ascendance africaine»⁵⁹.

Il risarcimento per le ingiustizie coloniali permette di delineare almeno quattro ordini di questioni, che appaiono essere state indagate, almeno finora, in modo sommario dagli studiosi del Sud del mondo. Innanzitutto ci si può chiedere se i problemi socio-economici, le disuguaglianze e il sottosviluppo cronico lamentati possano o meno rientrare nel concetto di 'danno' ai sensi dell'art. 31 ARS. La generalità del concetto di danno appare in tutta evidenza nel commento agli ARS, che esclude dalla nozione solo

⁵⁸ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., commentario all'art. 36, p. 99, par. 2.

⁵⁹ Dichiarazione di Félix-Antoine Tshisekedi Tshilombo, Presidente della Repubblica democratica del Congo a nome dell'Unione africana e della Comunità dei Caraibi in occasione della Riunione plenaria dell'Assemblea generale per commemorare il 20° anniversario dell'adozione della dichiarazione di Durban e del suo programma d'azione sul tema: "Riparazione, giustizia razziale e uguaglianza per le persone di origine africana", 22 settembre 2021, par. 13, www.estatements.unmeetings.org. Nella stessa direzione, Permanent Forum of People of African Descent, *Preliminary conclusions and recommendations on its first session*, Ginevra, 5-8 dicembre 2022, parr. 9, 13 e 21-23.

«abstract concerns or general interests» di uno Stato non direttamente leso dalla violazione⁶⁰. I *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law* (Basic Principles) del 2005 confermano l'adozione di una nozione ampia di danno, laddove si ricomprendono nei danni suscettibili di risarcimento anche le «lost opportunities»⁶¹. Nel sussumere in quest'ultime anche danni per mancato lavoro, educazione e benefici sociali⁶², non sembrerebbero porsi particolari problemi a includere nella nozione di danno anche la serie di svantaggi di tipo economico e sociale reclamati dagli Stati o dalle comunità tradizionali sottoposti a dominio coloniale.

Si pone, in secondo luogo, un problema di causalità⁶³, considerata questa un elemento essenziale sia per aversi responsabilità dello Stato⁶⁴, sia nella ricostruzione dell'obbligo di riparazione e, in particolare, nella valutazione dell'entità del danno⁶⁵. In effetti, sembra alquanto complesso far discendere direttamente i problemi socio-economici degli Stati che in passato erano sotto il dominio coloniale o di singole comunità tradizionali dalle ingiustizie storiche e risulta pressoché impossibile distinguere le diverse cause di tali attuali condizioni di svantaggio nelle generazioni suc-

⁶⁰ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., commentario all'art. 31, p. 92-93, par. 5.

⁶¹ Basic Principles, art. 20(b).

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Sulla delicata questione della causalità nel regime della responsabilità internazionale degli Stati si vedano, tra gli altri, F. RIGAUX, *International Responsibility and the Principle of Causality*, in M. RAGAZZI (a cura di), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Boston, 2005, p. 81 ss.; I. PLAKOKEFALOS, *Causation in the Law of State Responsibility and the Problem of Overdetermination: in Search of Clarity*, in *European Journal of International Law*, 2015, p. 471; T. DEMARIA, *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, Paris, 2021; A. OLLINO, *A 'Missed' Secondary Rule? Causation in the Breach of Preventive and Due Diligence Obligations*, in G. KAJTÁR, B. ÇALI, M. MILANOVIC (a cura di), *Secondary Rules of Primary Importance in International Law: Attribution, Causality, Evidence, and Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunals*, Oxford, 2022, p. 105 ss.

⁶⁴ Art. 31, par. 1, ARS. Per la posizione che ammette la questione della causalità solo con riferimento all'elemento oggettivo del fatto illecito, si veda V. LANOVY, *Causation in the Law of State Responsibility*, in *British Yearbook of International Law*, 2022, mentre per la posizione opposta, che ritiene la causalità rilevante anche sotto il profilo dell'elemento soggettivo, A. OLLINO, G. PUMA, *La causalità e il suo ruolo nella determinazione dell'illecito internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 313 ss.

⁶⁵ Art. 31, par. 2, ARS.

cessive⁶⁶. Tuttavia, almeno un paio di elementi sembrano suggerire un approccio meno restrittivo alla questione della causalità. Innanzitutto, il concetto di causalità manca di specificità nel contesto della responsabilità internazionale dello stato. Tale lacuna non sembra esser colmata dal commentario agli ARS, che precisa unicamente che il nesso causale può variare in relazione al tipo di violazione dell'obbligo internazionale in questione e in ogni caso non deve essere troppo remoto⁶⁷. In tal senso, l'orientamento della giurisprudenza della CIG verso uno *standard* di causalità identificato in un «sufficiently direct and certain causal nexus»⁶⁸ sembrerebbe permettere, nella pratica, di ricomprendere anche un danno che non si sia verificato in un momento immediatamente successivo al termine dell'illecito.

In terzo luogo, ammettendo che sussista un nesso di causalità diretta tra le ingiustizie coloniali e i problemi di sottosviluppo dell'ex colonia, spetterebbe allo Stato leso declinare le misure previste in modo da poter non solo affrontare i danni subiti dai suoi cittadini, ma anche tenere conto delle eventuali implicazioni ad es. sull'ineguaglianza razziale nella fase di attuazione. In altri termini, compete al programma di riparazione amministrativa nazionale progettare, adottare e attuare misure che affrontino le discriminazioni razziali e/o le persistenti disuguaglianze delle popolazioni indigene⁶⁹.

Infine, arduo appare stimare l'importo del risarcimento che, conviene ricordare, include «any financially assessable damage»⁷⁰, dunque in via generale ricomprende sia i danni materiali che i danni morali causati da

⁶⁶ A.I. COHEN, *Compensation for Historic Injustices: Completing the Boxill and Sher Argument*, in *Philosophy and Public Affairs*, 2009, p. 81 ss.

⁶⁷ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., commentario all'art. 31, p. 93, par. 10.

⁶⁸ CIG, sentenza del 26 febbraio 2007, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro) (Merits)*, par. 462.

⁶⁹ In ogni caso, sembra necessario sottolineare che anche il campo di responsabilità del governo che progetta programmi nazionali di riparazione è limitato. Un programma di riparazione non ha le stesse finalità e capacità di sviluppo di altri tipi di programmi, come i piani sociali o di sviluppo. P. DE GREIFF, *Justice and Reparations*, in P. DE GREIFF (a cura di), *The Handbook*, cit., p. 451 ss., p. 470-471, afferma, infatti: «I am skeptical of the effort to turn a program of reparations into the means of solving structural problems of poverty and inequality» e sottolinea che «it is worth distinguishing between reparations in their strict sense, and the reparative effects of other programs».

⁷⁰ Art. 36, par. 2, ARS.

una violazione dei diritti associati a danni effettivi a persone⁷¹. L'attribuzione dei danni materiali e non materiali risulta essere particolarmente rilevante nei casi in cui siano coinvolte intere comunità indigene e i discendenti delle vittime⁷². Mentre l'approccio dominante si concentra sui danni fisici individualizzati e quantificabili, i commentatori TWAIL fanno leva sull'istituto giuridico dell'ingiustificato arricchimento (*unjust enrichment*)⁷³ per proporre un modello di determinazione del danno e di quantificazione del risarcimento dovuto che tenga conto dei benefici percepiti dalle ex potenze coloniali dallo sfruttamento e dalla vittimizzazione delle popolazioni colonizzate⁷⁴. Tuttavia, l'applicazione di questo principio nel contesto dei danni derivanti da abusi coloniali richiederebbe probabilmente l'adozione di uno *standard* di causalità particolarmente tenue, che la recente giurisprudenza internazionale non sembra aver accolto⁷⁵. A tal proposito, sarebbe forse più convincente perseguire quel filone giurisprudenziale che individua nella *global sum* l'approccio da perseguire nell'individuazione della somma risarcitoria, laddove, come nei casi di abusi coloniali, sussistano difficoltà relative all'identificazione e alla quantificazione del danno, poiché derivante quest'ultimo da una serie di fatti complessi e avvenuti a una considerevole distanza temporale rispetto al

⁷¹ Il Commentario pare infatti escludere dal risarcimento solo «the affront or injury caused by a violation of rights not associated with actual damage to property or persons», che sono invece oggetto di soddisfazione, v. Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., commentario all'art. 36, p. 99, par. 1.

⁷² Tentativi in tal senso sono stati recentemente espletati. Si pensi ad esempio al rapporto sulla quantificazione in dollari dei danni della schiavitù transatlantica preparato dal Brattle Group, una società di consulenza con sede negli Stati Uniti specializzata in questioni economiche e finanziarie, per un simposio sul risarcimento nel 2023, v. C. BAZELON, A. VARGAS, R. JANAKIRAMAN, M.M. OLSON, *Quantification of Reparations for Transatlantic Chattel Slavery*, The Brattle Group, 8 giugno 2023, www.brattle.com

⁷³ Il Tribunale per le controversie Iran-Stati Uniti ha riassunto le caratteristiche dell'arricchimento senza causa come segue: «There must have been an enrichment of one party to the detriment of the other, and both must arise as a consequence of the same act or event. There must be no justification for the enrichment, and no contractual or other remedy available to the injured party whereby he might seek compensation from the party enriched», v. Tribunale per le controversie Iran-Stati Uniti, sentenza del 22 giugno 1984, n. 135-33-1, *Sea-Land Service, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, Ports and Shipping Organization*, par. 62.

⁷⁴ J. CASTELLINO, *Calibrating Colonial Crime. Reparations and The Crime of Unjust Enrichment*, Bristol, 2024; V. NESIAH, *German colonialism, reparations and international law*, in *Völkerrechtsblog*, 21 novembre 2019.

⁷⁵ CIG, sentenza del 9 febbraio 2022, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*.

momento della sua determinazione⁷⁶. Tale approccio può essere utile quando le prove non lasciano dubbi sul fatto che un atto illecito internazionale abbia causato un pregiudizio, ma non consentono di valutare con precisione la portata o l'entità di tale pregiudizio, specialmente se si sviluppano nel lungo periodo e sono solitamente il risultato di una molteplicità di fattori concomitanti.

A ben vedere, a dispetto del valore spesso attribuito dagli attori statali al risarcimento e al *quantum* dei finanziamenti, i discendenti delle vittime chiedono innanzitutto un riconoscimento della responsabilità giuridica da parte della ex potenza coloniale e scuse ufficiali⁷⁷, con conseguente rigetto delle somme stanziare *ex gratia* a titolo di 'ricostruzione', 'riconciliazione', 'aiuti finanziari'⁷⁸.

La soddisfazione, in quanto forma simbolica di riparazione, è considerata l'ultima risorsa, da prevedere quando la restituzione e il risarcimento non sono realizzabili. Il ruolo di sussidiarietà della soddisfazione – chiaramente espresso dall'articolo 37 par. 1 ARS – è confermato nel commento all'art. 49 ARS, laddove si ammette la possibilità di indirizzare le contromisure anche per garantire la riparazione, ma non per assicurare il rispetto del solo obbligo di soddisfazione⁷⁹.

Il riconoscimento da parte delle ex potenze coloniali delle diffuse e sistematiche violazioni dei diritti fondamentali commesse in passato non è affatto scontato⁸⁰. Ciò fa sì che la soddisfazione abbia in questi casi un significato maggiore di quello solitamente attribuitole, sia da un punto di vista normativo sia da una prospettiva decoloniale, soprattutto quando sono coinvolte le popolazioni indigene. A determinate condizioni, la soddisfazione può effettivamente gratificare le aspettative delle vittime e superare alcuni dei limiti sopra citati della restituzione e del risarcimento.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ J. SARKIN, *Colonial Genocide and Reparations Claims in the 21st Century: The Socio-Legal Context of Claims under International Law by the Herero against Germany for Genocide in Namibia*, Westport, 2009, p. 131, riconosce: «Offering an apology for historical wrongs is a vital starting point to achieving long-lasting reconciliation between the perpetrators and the victims. Over the years, a variety of groups and individuals has demanded apologies, official or not for harm caused to them».

⁷⁸ Si veda, tra gli altri, Repubblica federale della Germania, Repubblica di Namibia, Dichiarazione congiunta *United in remembrance of our colonial past, united in our will to reconcile, united in our vision of the future*, cit.

⁷⁹ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., commento all'art. 49, p. 286, par. 8.

⁸⁰ Si veda il caso delle donne di conforto.

Lungi dal riguardare solo pregiudizi immateriali, in particolare allo Stato, a cui possano essere attribuiti «un valore monetario solo in maniera molto approssimativa e fittizia»⁸¹, la soddisfazione, soprattutto in termini di scuse ufficiali, sembra costituire la premessa fondamentale per una riconciliazione tra le ex potenze coloniali e le ex colonie.

In altri termini, mentre il regime della responsabilità internazionale degli Stati concepisce la soddisfazione come rimedio per «injuries, not financially assessable, which amount to an affront to the State»⁸², gli approcci decoloniali vedono nelle forme di riparazione simbolica, come il riconoscimento⁸³ e le scuse ufficiali, un mezzo di riabilitazione della dignità delle vittime, negata dal colonialismo e dal razzismo che ne è succeduto, nonché uno strumento per onorare l'intera storia di un popolo o di una comunità.

L'analisi precedente esplora la rilevanza di ciascuna forma di riparazione per gli abusi posti in essere in epoca coloniale. In definitiva, sembra che nessuna delle forme di riparazione descritte possa fornire, singolarmente, una piena riparazione. I limiti delle forme di riparazione appaiono, a prima vista, il segno di come il sistema concepito dal regime della responsabilità degli Stati possa consolidare preesistenti questioni di ingiustizia sociale e discriminazioni. In altre parole, i meccanismi dedicati alla riparazione non sono stati concepiti per affrontare le ingiustizie coloniali. Ciò è particolarmente evidente nella gerarchia prevalente delle forme di riparazione, che privilegia la restituzione e il risarcimento, presupponendo che il ritorno allo *status quo ante* e il pagamento monetario siano le forme migliori di riparazione per le vittime, sebbene le carenze di questi strumenti siano facilmente visibili in un'ottica decoloniale.

In questo contesto, le forme di riparazione simbolica, generalmente sottovalutate nella gerarchia delle forme di riparazione, potrebbero assumere un ruolo di primo piano nel raggiungimento di un ristoro più adeguato per (i discendenti del)le vittime. Mentre la rilevanza della soddisfazione, e in particolare delle scuse pubbliche, è generalmente limitata, un approccio decoloniale alla scelta della forma di riparazione può elevare le

⁸¹ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., commentario all'art. 36, p. 99, par. 4.

⁸² Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, cit., commentario all'art. 37, p. 106, par. 3.

⁸³ Sul ruolo del riconoscimento per le ingiustizie storiche, si veda E. TOURME-JOUANNET, *Reparations for Historical Wrongs: the lessons of Durban*, in *What is a Fair International Society? International Law Between Development and Recognition*, Londra, 2014, p. 187 ss.

scuse ufficiali a strumento importante per la riconciliazione tra Stati e la giustizia riparativa per (i discendenti del)le vittime.

Tuttavia, le scuse ufficiali non dovrebbero essere sopravvalutate. Da sole, non sembrano permettere una riparazione completa per le ex colonie e per i discendenti delle vittime. Per essere efficaci, dovrebbero far parte di un processo di riparazione più ampio, che comprenda diverse forme di soddisfazione e risarcimento⁸⁴. Specialmente quando sono coinvolti i discendenti delle vittime, le scuse possono avere un effetto normativo e simbolico efficace solo se le circostanze in cui vengono pronunciate, la loro formulazione, il loro contenuto e la loro tempistica assumono una prospettiva decoloniale. L'integrazione di tale prospettiva può portare a rivalutare la gerarchia delle forme di riparazione così come è concepita nel diritto della responsabilità dello Stato, in modo che non sia sempre la soddisfazione a integrare il risarcimento, ma il risarcimento a integrare la soddisfazione.

5. Conclusioni: verso una riconcettualizzazione delle norme in tema di responsabilità degli Stati in ipotesi di abusi coloniali?

La dottrina tradizionale deve tenere in considerazione un mutato contesto internazionale. In generale, il proscenio di matrice europea/occidentale non sembra più esaurire la riflessione giuridica. Non è dato sapere se le argomentazioni dei TWAIL siano destinate a imporsi nel dibattito contemporaneo e futuro; quel che appare evidente è che le domande sottese a tali riflessioni costituiscono una considerevole sfida ai capisaldi del regime della responsabilità internazionale dello Stato. In particolare, sottesa agli sforzi di inquadramento della questione delle riparazioni per le atrocità coloniali entro il regime della responsabilità internazionale dello Stato vi è l'idea che

«[i]nternational law cannot be conceptualised today (if ever it could have been) simply in terms of a restricted body of norms, or situated only

⁸⁴ «Apologies should be accompanied, as appropriate, by reparative measures designed to assist those who have been affected by past harms. They may include accepting legal liability, commitment to provide monetary compensation, restoration of the rights of victims and/or appropriate commemorations or acts of memorialization. Reparative measures may also include a commitment to fulsomely and effectively pursue justice, truth and information recovery», *Assemblea generale, Report of the Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence*, UN Doc. A/74/147 del 12 luglio 2019, par. 58.

in bureaucratic and institutional environments beyond daily life. Instead, international law should be understood as a field of material practice. [...] Our methodological turn would thus push us further into a consideration of how the 'tying' of heterogeneous phenomena by international law is effected, especially questioning how, where and to whom such tying occurs on an everyday level. To follow such a line of interrogation, it is important to place a special emphasis on the *material life* of international law, and not only to study international law as an ideological project. In doing this we become able to examine the practices within, and beyond, international law's traditional historical confines, modes of self-representation, and sites of enactment and performance»⁸⁵.

Per il momento le riflessioni TWAIL analizzate non sembrano aver condotto a una riconcettualizzazione delle norme in tema di responsabilità internazionale degli Stati in ipotesi di abusi coloniali. Tale affermazione appare tanto più vera se si considera che taluni commentatori TWAIL parlano, in generale, di una «unfulfilled promise» dei TWAIL⁸⁶ e suggeriscono di rinunciare a considerare il diritto quale strumento per riparare gli abusi coloniali, proponendo di concentrarsi su «restorative justice processes as a way to achieve reconciliatory justice for colonial injustices»⁸⁷. D'altra parte, il contributo dei TWAIL non va trascurato, specialmente considerando che la 'vita materiale' del diritto internazionale ne è stata certamente influenzata. Ciò è ben evidente nella prassi di un numero sempre maggiore di Stati che tentano in varie forme di rimediare al proprio passato coloniale, attraverso l'istituzione di commissioni di verità⁸⁸, riconoscimenti unilaterali delle condotte poste in essere in epoca coloniale⁸⁹, o ne-

⁸⁵ L. ESLAVA, S. PAHUJA, *Beyond the (Post)Colonial: TWAIL and the Everyday Life of International Law*, in *Verfassung in Recht und Übersee*, 2012, p. 217.

⁸⁶ N.C. MODIRZADEH, "Let us all agree to die a little": *Twail's unfulfilled promise*, in *Harvard International Law Journal*, 2024, p. 79 ss.

⁸⁷ J.B. NAKUTA, *The law as a (limited) means to address colonial injustice*, in *Völkerrechtsblog*, 15 novembre 2019.

⁸⁸ Per il momento ci sono due recenti esempi di commissioni di verità: la *Commission spéciale chargée d'examiner l'État indépendant du Congo (1885-1908) et le passé colonial de la Belgique au Congo (1908-1960) au Rwanda et au Burundi (1919-1962), ses conséquences et les suites qu'il convient d'y réserver*, istituita in Belgio nel 2020 e la Commissione indipendente congiunta di storici francesi e algerini per lavorare sulla storia dell'Algeria contemporanea, istituita nel 2022.

⁸⁹ Si veda, tra gli altri, l'espressione di «greatest sorrow and deepest regret» che il re Carlo III del Regno Unito ha pronunciato il 31 ottobre 2023 per le atrocità subite dai kenioti durante la lotta per l'indipendenza dal dominio coloniale britannico. Per il video del discorso, si veda www.reuters.com

goziati bilaterali volti all'assunzione finale di obblighi giuridici in capo all'ex potenza coloniale⁹⁰.

Oltretutto, talune questioni sembrano destinate a non essere più prerogativa esclusiva dei TWAIL. Si pensi ad esempio al possibile ruolo del secondo elemento del principio di intertemporalità, o al rapporto – e alla potenziale sinergia – tra risarcimento e riparazioni simboliche, nonché alla questione se la compensazione monetaria sia destinata ad aggiungere un peso puramente simbolico alle scuse o debba avere un potere trasformativo. Si consideri, infine, la questione circa la necessità di adattare le forme di riparazione in relazione alla tipologia dell'atto illecito internazionale e all'interesse collettivo delle vittime.

⁹⁰ Esempi in tal senso sono: la Dichiarazione congiunta tra Giappone e Repubblica di Corea conclusa nel 2015 per affrontare la questione delle poche ex 'donne di conforto' sopravvissute e la più recente Dichiarazione congiunta della Repubblica Federale di Germania e della Repubblica di Namibia *United in Remembrance of Our Colonial Past*, cit.

Scheletri nell'armadio: il problema dei resti umani di epoca coloniale tra il diritto internazionale dei beni culturali e i diritti umani

VALERIA CASILLO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Due rapporti, due visioni. – 3. Sull'applicabilità del diritto internazionale dei beni culturali. – 4. Diritto di accesso alla cultura. – 5. Conclusioni e questioni aperte.

ABSTRACT: L'obiettivo della presente ricerca consiste in un'analisi dell'ancora attuale problema delle restituzioni di beni culturali sottratti in epoca coloniale attraverso una ricostruzione degli strumenti, convenzionali e di *soft law*, rilevanti in materia. Per indagare gli aspetti internazionalistici di tale fenomeno si prenderà in esame un caso studio, quello della restituzione dei teschi algerini: in particolare, si tenterà di elaborare una possibile risposta alla questione del rimpatrio dei resti umani, tenendo in considerazione le peculiarità del caso di specie. Tale proposta, naturalmente, non pretende di essere risolutiva, ma prova ad offrire una soluzione alternativa a quella fornita dal sistema del diritto internazionale dei beni culturali. In particolare, nel caso che ci occupa, la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007 offre una feconda prospettiva attraverso cui leggere i diritti legati alla restituzione del patrimonio culturale, che le comunità indigene possono invocare. Prendendo a pretesto il caso dei teschi algerini, dunque, il presente contributo si propone di riflettere sull'influenza che la tutela internazionale dei diritti umani può esercitare sul problema in esame, prendendo in considerazione l'esistenza di un vero e proprio diritto alla restituzione in favore dei popoli indigeni, inteso come riparazione per la sottrazione del proprio patrimonio culturale, risalente all'epoca coloniale.

PAROLE CHIAVE: Beni culturali, restituzione, diritti umani, colonialismo, diritto alla cultura, resti umani

1. Introduzione

A distanza di cinquant'anni dall'adozione della prima risoluzione in tema di *colonial takings* dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite¹, l'incessante dibattito riguardante la restituzione di beni culturali sottratti da territori sottoposti a regimi coloniali sembra essere entrato in una nuova fase. Nel 2017, infatti, il Presidente francese Emmanuel Macron ha dichiarato di voler procedere al rimpatrio dei beni ottenuti dalla Francia in epoca coloniale, nonostante l'ostacolo posto dalla legge francese². Il codice nazionale dei beni culturali, in effetti, stabilisce l'inalienabilità dei beni presenti in collezioni pubbliche; un principio derogabile solo tramite l'emanazione di una legge *ad hoc*³.

* Dottoranda di ricerca in diritto internazionale, Università Federico II di Napoli, valeria.casillo2@unina.it

¹ L'Assemblea generale, come verrà successivamente ricordato nel corso della trattazione, aveva infatti riconosciuto la sottrazione di beni culturali come pratica figlia dell'epoca coloniale, invitando per tanto gli Stati membri ad attuare una «prompt restitution to a country of its *objets d'art*, monuments, museum pieces, manuscripts and documents by another country», una «special obligation[s] [for] those countries which had access to those valuable objects only as a result of colonial and foreign occupation». V. Assemblea generale, *Restitution of works of art to countries victims of expropriation*, UN Doc. A/RES/3187 del 18 dicembre 1973.

² Esplicita dichiarazione in tal senso è ricavabile dal suo discorso tenuto presso l'Università di Ougadougou, in cui il Presidente francese delinea tre proposte, definite «remèdes», allo scopo di ricostruire «un imaginaire commun» tra l'ex potenza coloniale e le ex colonie. Di nostro interesse è la prima proposta: «Le premier remède c'est la culture, dans ce domaine, je ne peux pas accepter qu'une large part du patrimoine culturel de plusieurs pays africains soit en France. Il y a des explications historiques à cela mais il n'y a pas de justification valable, durable et inconditionnelle, le patrimoine africain ne peut pas être uniquement dans des collections privées et des musées européens. Le patrimoine africain doit être mis en valeur à Paris mais aussi à Dakar, à Lagos, à Cotonou, ce sera une de mes priorités. Je veux que d'ici cinq ans les conditions soient réunies pour des restitutions temporaires ou définitives du patrimoine africain en Afrique» (corsivo aggiunto). Il discorso integrale è reperibile sul sito www.elysee.fr

³ La proposta sopra evidenziata si è inserita nell'ambito di un progetto di legge dell'Assemblea nazionale francese (n. 398 del 2 novembre 2022) intitolato «Progetto di legge per autorizzare la Francia a restituire i teschi algerini», presentato da 84 deputati. Esso è composto da tre articoli, il primo dei quali stabilisce che: «A partire dalla data di entrata in vigore della presente legge e in deroga al principio di inalienabilità delle riserve pubbliche francesi di cui all'articolo L. 451-5 del codice dei beni culturali, i tredici teschi algerini conservati nelle riserve nazionali affidate al Museo di Storia Naturale - Musée de l'Homme, cessano di far parte di queste riserve». L'articolo 2, inoltre, stabilisce che: «l'autorità amministrativa dispone, a partire dalla stessa data (entrata in vigore della legge), un termine massimo di un mese per consegnare questi (crani) alle autorità della Repubblica Democratica popolare di Algeria». Il testo è repe-

A questo proposito, è interessante notare come proprio il Presidente francese, nell'ambito di un discorso da lui tenuto, abbia fatto riferimento al diritto del popolo africano di «accedere al proprio patrimonio culturale» custodito nei musei europei e alla conseguente necessità di formulare una politica organica in materia di restituzioni⁴.

Preme sottolineare come, in verità, la nozione stessa di 'restituzione' sia ormai risalente: a confermarlo sono infatti i divieti previsti dalla Convenzione dell'Aia del 1899 rispetto alla distruzione e saccheggio di beni culturali in tempo di guerra⁵, ulteriormente rafforzati nella successiva Convenzione UNESCO del 1954 che stabilisce, in seguito alle gravi spoliazioni di opere d'arte avvenute durante la Seconda Guerra Mondiale, l'obbligo di restituzione degli artefatti sottratti⁶; esso riecheggia nelle risoluzioni dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite adottate a partire dagli anni '70, periodo spartiacque per quanto riguarda la tutela dei beni culturali⁷, in cui venivano riconosciuti «gli obblighi speciali degli Stati che

ribile sul sito www.echoroukonline.com. Per i successivi – mancati – sviluppi sulla discussione in parola, si veda www.echoroukonline.com

⁴ Facendo seguito a quanto sopra riportato, «pour sauvegarder ces œuvres c'est de tout faire pour qu'elles reviennent. C'est de tout faire aussi pour qu'il y ait la sécurité, le soin qui soit mis en Afrique pour protéger ces œuvres. Donc ces partenariats prendront aussi toutes les précautions pour qu'il y ait des conservateurs bien formés, pour qu'il y ait des engagements académiques et pour qu'il y ait des engagements d'Etat à l'Etat pour protéger ces œuvres d'art, c'est-à-dire votre histoire, votre patrimoine et, si vous m'y autorisez, *le nôtre*» (corsivo aggiunto). Reperibile sul sito indicato in nota 2.

⁵ Leggi ed usi della guerra terrestre, Regolamento (II), L'Aja, 29 luglio 1899; in particolare il riferimento va agli articoli 46, 47 e 56, reperibili all'indirizzo www.ihl-databases.icrc.org

⁶ IV Convenzione concernente le leggi e gli usi della guerra terrestre e regolamento annesso, L'Aja, 18 ottobre 1907, il cui testo è reperibile sul sito www.ihl-databases.icrc.org. Per un'analisi dell'evoluzione normativa, si veda E. CAMPFENS, *Restitution of Looted Art: What About Access to Justice?*, in *Santander Art and Culture Review*, 2022, p. 187 ss.

⁷ In tal senso spicca la Convenzione UNESCO del 1970 sulla circolazione dei beni, che sarà oggetto d'attenzione nei prossimi paragrafi del presente lavoro. Per il momento, vale la pena ricordare quanto previsto all'articolo 13(b), rubricato «Cooperazione per una restituzione il più possibile rapida», stante il quale «States Parties have undertaken, consistent with laws of each State, to ensure that their competent services cooperate in facilitating the earliest possible restitution of illicitly exported cultural property to its *rightful owner*» (corsivo aggiunto). Rileva sin da ora segnalare l'esistenza della *Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation* (ICPRCP), meccanismo che mira alla risoluzione di controversie «in cases where neither the 1970 UNESCO Convention nor any bilateral or multilateral agreement can be applied». Quest'ultima sarà presa in analisi nelle conclusioni del presente contributo. Si vedano le Operation-

hanno avuto accesso a beni di valore soltanto a seguito di occupazione coloniale» – un cambiamento significativo rispetto alle precedenti richieste di ‘ritorno’, che non erano considerate legalmente dovute.⁸ Tuttavia, come appena ricordato, un simile progetto si scontra con il dato normativo interno.

A fronte di un tema così complesso, pare opportuno delimitare l’oggetto della trattazione. Va innanzitutto premesso che, ai fini del presente studio, la restituzione non è da intendersi come obbligo di riparazione di una condotta illecita⁹, data la difficoltà di qualificare le condotte del periodo coloniale quali illeciti internazionali¹⁰: ci si proporrà, dunque, di configurarla come diritto umano, inteso come diritto di accedere all’oggetto avente un particolare valore culturale per una certa categoria di individui.

Viene inoltre in rilievo, nel discorso riguardante la disciplina applica-

al Guidelines for the Implementation of the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (UNESCO, Parigi, 1970), parr. 95 e 104, consultabile all’indirizzo www.unesco.org

⁸ Più precisamente, la distinzione tra le due nozioni riposa sull’avvenuta violazione: la restituzione dovrebbe essere garantita al proprietario di un bene culturale rubato, mentre il ritorno dovrebbe essere richiesto nel caso di oggetti esportati illegalmente dallo Stato espropriato. Nel primo caso, quindi, il legittimo proprietario viene espropriato e chiede il ripristino del proprio diritto, mentre nel secondo caso il responsabile dell’esportazione potrebbe essere, in alcuni casi, il legittimo proprietario. In questo senso, una precisa distinzione tra le due definizioni è rintracciabile nell’articolo 1 della Convenzione UNIDROIT del 1995, che stabilisce: «This Convention applies to claims of an international character for: (a) the restitution of stolen cultural objects; (b) the return of cultural objects removed from the territory of a Contracting State contrary to its law regulating the export of cultural objects for the purpose of protecting its cultural heritage (hereinafter “illegally exported cultural objects”)». In questo senso, si veda M. FRIGO, *Methods of dispute settlement, post-colonial restitutions and the increasing importance of due diligence in the international art trade*, in O. PORCHIA, M. VELLANO (a cura di), *Il diritto internazionale per la pace e nella guerra: sviluppi recenti e prospettive future: Liber Amicorum in onore di Edoardo Greppi*, Torino, 2023, p. 109-110.

⁹ Com’è noto, il Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato del 2001, formulato dalla Commissione del diritto internazionale, elenca all’articolo 34, possibili forme di riparazione, tra cui ricomprende la restituzione. In particolare, secondo il successivo articolo 35, «Lo Stato responsabile di un atto internazionalmente illecito ha l’obbligo di procedere alla restituzione, cioè a ristabilire la situazione che esisteva prima che l’illecito fosse commesso se e nella misura in cui: a) non sia materialmente impossibile; b) non comporti un onere sproporzionato rispetto al beneficio a paragone di quello che deriverebbe dal risarcimento». V. Assemblea generale, Responsibility of States for internationally wrongful acts, UN Doc. A/RES/56/83 del 28 gennaio 2002.

¹⁰ Da un’analisi del Progetto poc’anzi citato, rileva per il nostro discorso anche l’articolo 13, secondo il quale: «Un atto di uno Stato non costituisce una violazione di un obbligo internazionale a meno che lo Stato non sia vincolato dall’obbligo in questione al momento in cui l’atto è compiuto».

bile ai casi di restituzione, il problema dell'intertemporalità, per cui una questione giuridica deve essere valutata sulla base delle leggi in vigore all'epoca dei fatti: l'applicazione di questo principio, pertanto, rende impossibile valutare sulla base di standard odierni saccheggi avvenuti in epoca coloniale¹¹. Pur nella consapevolezza delle critiche mosse, proprio dai paesi del Sud globale, al concetto di intertemporalità¹², si prenderà atto della sua esistenza per poi elaborare, come poc'anzi anticipato, nuove strategie per garantire la restituzione dei beni sottratti.

In sostanza, piuttosto che concentrarsi sull'illegalità dell'acquisizione avvenuta in passato, si cercherà di inquadrare la sottrazione dei resti umani come violazione, continuata e quindi attuale, di un diritto umano – ovvero, di vedersi negato l'accesso a un bene culturale.

2. Due rapporti due visioni

Riprendendo le fila del nostro discorso, al fine di facilitare l'*iter* per le re-

¹¹ T. O. ELIAS, *The Doctrine of Intertemporal Law*, in *The American Journal of International Law*, 1980, p. 285 ss.; M. KOTZUR, *Intertemporal Law*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, Oxford, 2023.

¹² In tal senso, pare utile richiamare una recente dichiarazione della Repubblica della Sierra Leone, che discutendo circa il concetto di crimine contro l'umanità, ricorda ai restanti membri dell'Assemblea Generale che: «To the extent that the intertemporal principle is understood to bar reparations for colonialism and slavery, States must recognize that the very same international law that provides for the intertemporal principle has a long history of service to both slavery and colonialism. As mentioned above, international law itself played an important role in consolidating the structures of racial discrimination and subordination throughout the colonial period, including through customary international law, which was co-constitutive with colonialism (...) [T]he intertemporal principle is subject to exception, including when (a) an act is ongoing and continues into a time when international law considered the act a violation, or (b) the wrongful act's direct ongoing consequences extend into a time when the act and its consequences are considered internationally wrongful. That means that racial discrimination rooted in or caused by colonialism and slavery that occurred after each had been outlawed cannot be subject to the intertemporal bar», v. Assemblea generale, *Statement by Dr. Michael Imran Kanu, Ambassador and Deputy Permanent Representative Resumed Session of the Sixth Committee of the United Nations General Assembly Agenda Item 78: "Crimes Against Humanity"*, A/77/416 del 13 aprile 2023. Tuttavia, quanto suggerito non può ritenersi pacificamente accettato; la nostra analisi, pertanto, prescindere da queste considerazioni, esulando le presenti riflessioni dall'oggetto specifico del presente contributo. Per alcune delucidazioni sul punto, A. BUSER, *Colonial Injustices and the Law of State Responsibility: The CARICOM Claim to Compensate Slavery and (Native) Genocide*, in *Heidelberg Journal of International Law*, 2016, p. 427 ss.

stituzioni il Presidente Macron ha commissionato un primo rapporto¹³, dal quale emerge una chiara indicazione in favore del rimpatrio definitivo degli oggetti saccheggiati durante il periodo della «violenza coloniale» per avviare «un percorso verso l'instaurazione di nuove relazioni culturali» con gli Stati del *Global South*¹⁴.

Lo spirito di questo documento viene però largamente disatteso da una successiva relazione redatta, sempre su richiesta del Presidente francese, da Jean-Luc Martinez, ex direttore del Museo del Louvre¹⁵. La nuova proposta, la quale costituirà la base per future leggi quadro in materia, sembra essere ispirata a principi antitetici rispetto a quelli del precedente rapporto¹⁶: in essa, infatti, criteri particolarmente stringenti per l'accettazione di richieste di restituzione vengono giustificati da un approccio mirante a sottolineare l'esistenza di un «patrimonio comune», in-

¹³ F. SARR, B. SAVOY, *The Restitution of African Cultural Heritage: Toward a New Relational Ethics*, novembre 2018, disponibile sul sito www.restitutionreport2018.com. L'approccio suggerito dal presente report può essere efficacemente sintetizzato nel seguente passaggio a p. 29: «To openly speak of restitutions is to speak of justice, or a re-balancing, recognition, of restoration and reparation, but above all: it's a way to open a pathway toward establishing new cultural relations based on a newly reflected upon ethical relation».

¹⁴ Il rapporto è stato tuttavia criticato per la sua presa di posizione prettamente politica rispetto al problema, proponendo una riparazione memoriale o morale (in originale *réparation mémorielle*), invece di statuire obblighi legali. Per alcuni rilievi critici, si veda X. PERROT, *Colonial Booty and Its Restitution – Current Developments and New Perspectives for French Legislation in This Field*, in *Santander Art and Culture Law Review*, 2022, p. 297.

¹⁵ J.L. MARTINEZ, *Patrimoine partagé: universalité, restitutions et circulation des oeuvres d'art – Vers une législation et une doctrine françaises sur les “critères de restituabilité” pour les biens culturels*, 2023, reperibile sul sito www.culture.gouv.fr. È importante sottolineare come in questo rapporto si faccia esplicito riferimento al problema posto dai resti umani presenti in diverse istituzioni culturali francesi, tra cui risalta il Museo di Storia Naturale di Parigi: a questo proposito, la vicenda dei teschi algerini viene esplicitamente menzionata, e si assicura che le indicazioni fornite nel documento potranno assicurare una rapida soddisfazione alle richieste dell'Algeria. (p. 58-61). I criteri per la restituzione, tuttavia, risultano essere particolarmente stringenti: in particolare bisognerebbe dimostrare che il metodo di esposizione prescelto per i resti leda la dignità dell'essere umano. Ancora, in nome dell'esistenza di un «patrimonio condiviso» (vedi nota successiva) piuttosto che di restituzioni definite si incentivano prestiti a lungo termine. Ulteriori rilievi sul sito www.modernghana.com

¹⁶ Ciò traspare in maniera evidente già dal titolo, inneggiante a un «patrimonio condiviso» dell'umanità. Nelle parole del suo redattore: «il s'agit de dépasser la question de la propriété juridique pour envisager la question sous l'angle de l'accessibilité des œuvres en autorisant une forme de dépôt à long terme impliquant l'écriture commune d'une histoire partagée des objets». J. L. MARTINEZ, *Patrimoine partagé: universalité, restitutions et circulation des oeuvres d'art*, cit., p. 4 ss. Per approfondire, si veda P. GERSTENBLITH, *Cultural Objects and Reparative Justice: A Legal and Historical Analysis*, Oxford, 2023, p. 256 ss.

teso come eredità culturale dell'umanità tutta. L'insistenza su concetti quali l'universalità dell'esperienza umana, tuttavia, pare una risposta un po' troppo semplicistica e forse inadeguata a rispondere alle pressanti e complesse questioni connesse all'eredità coloniale, come dimostra la vicenda, oggetto del presente contributo, relativa alla domanda di restituzione, presentata dalle autorità algerine, di tredici teschi appartenenti a guerrieri nazionali, attualmente discussa dal Parlamento francese¹⁷.

I teschi, conservati nel Museo di Storia Naturale di Parigi, sono stati richiesti dalle autorità algerine per poterne ottenere la custodia e dare loro degna sepoltura, come già accaduto per altri ventiquattro teschi precedentemente rimpatriati¹⁸. Eppure, proprio a causa della mancanza di una legge atta a disciplinare casi analoghi, anche questi ultimi risultano in realtà oggetto di un prestito a tempo determinato. In altre parole, una tale lacuna legislativa potrebbe contribuire a compromettere il già precario equilibrio su cui si reggono i rapporti tra l'ex potenza coloniale e l'ex colonia¹⁹.

3. Sull'applicabilità del diritto internazionale dei beni culturali

Tale stato di incertezza potrebbe essere apparentemente superato attingendo dal sistema di tutela internazionale dei beni culturali, branca del diritto internazionale incentrata sulla protezione del patrimonio culturale: tuttavia, occorre individuare strumenti applicabili al caso di specie, riguardante la restituzione di beni culturali sottratti da territori sottoposti a regimi coloniali²⁰. Proprio il riferimento al contesto coloniale, infatti, impedisce l'applicazione di strumenti convenzionali di tutela dei beni culturali nell'ambito dei conflitti armati, quale la Convenzione dell'Aia del 1954, per i motivi già accennati in apertura del presente lavoro²¹.

¹⁷ Per una descrizione dettagliata della vicenda, si veda www.nytimes.com

¹⁸ Un precedente che si è rivelato tuttavia non essere particolarmente virtuoso, in quanto solo una minima parte dei crani restituiti sembra essere appartenuta a combattenti algerini, la restante essendo di origine incerta: www.lemonde.fr

¹⁹ In ragione delle tematiche particolarmente sensibili sottese ai rapporti diplomatici tra i due Stati, è stata recentemente istituita una commissione mista di storici francesi e algerini «pour travailler sur l'histoire de l'Algérie contemporaine, pour mieux se comprendre et réconcilier les mémoires blessées»: obiettivo principale della commissione è quello di redarre un archivio comune che raccolga testimonianze del periodo coloniale. Si veda www.elysee.fr

²⁰ L. LIXINSKI, *International Heritage Law for Communities. Exclusion and Re-Imagination*, Oxford, 2019, p. 126.

²¹ Il problema posto dall'inapplicabilità di strumenti successivi al periodo coloniale è stato affrontato tramite l'elaborazione di diverse strategie oltre a quella oggetto della presente

È a partire dall'adozione della Convenzione UNESCO del 1970 sulla circolazione dei beni che il discorso relativo alla restituzione si è esteso ai beni culturali saccheggianti in tempo di pace. In relazione a questo strumento pattizio, è interessante notare come la definizione stessa di 'bene' protetto si sia evoluta dalla menzionata Convenzione del 1954: rispetto a quest'ultima, che sottolinea l'importanza della tutela dei beni culturali affinché tutta l'umanità possa goderne, la Convenzione UNESCO del 1970 ricorre significativamente al termine «cultural property»²², intesa come proprietà dello Stato, per identificare il bene oggetto della tutela²³. Addirittura, stando all'articolo 1 della Convenzione, spetterebbe agli Stati designare i beni che, «per motivi religiosi o secolari», sarebbero meritevoli di protezione; approccio soltanto parzialmente mitigato nella successiva Convenzione UNIDROIT del 1995, la quale introduce, al proprio articolo 5²⁴, un meccanismo azionabile dagli Stati per ottenere la restituzione di

trattazione; vale la pena di ricordare, tra tutte, la soluzione fornita dal principio di autodeterminazione dei popoli, un modello che tuttavia finisce non solo per inglobare in se stesso i diritti culturali, piuttosto che garantire il loro rispetto, ma fallisce nell'intento di superare il principio di irretroattività (*supra*, nota 8). In questo senso, S.E. ESTERLING, *Under the Umbrella: The Remedial Penumbra of Self-Determination, Retroactivity and the Restitution of Cultural Property to Indigenous Peoples*, in A. XANTHAKI, S. VALKONEN, L. HEINAMAKI, P. NUORGAM (a cura di), *Indigenous Peoples' Cultural Heritage: Rights, Debates and Challenges*, Brill, 2017, p. 308 ss.; favorevoli a ricorrere al principio in parola, invece, A. JAKUBOWSKI, *State Succession in Cultural Property*, Oxford, 2015; M. MONTEIRO DE MATOS, *Cultural Identity and Self-Determination as Key Concepts in Concurring Legal Frameworks for the International Protection of the Rights of Indigenous Peoples*, in E. LAGRANGE, S. OETER, R. UERPMANN-WITZACK (a cura di), *Cultural Heritage and International Law. Objects, Means and Ends of International Protection*, Cham, 2018, p. 273 ss.

²² Stante l'articolo 1 della citata Convenzione, infatti: «For the purposes of this Convention, the term "cultural property" means property which, on religious or secular grounds, is specifically designated by each State as being of importance» (corsivo aggiunto). La traduzione in lingua italiana dell'intera Convenzione è consultabile sul sito: www.unesco.cultura.gov.it

²³ Significative in questo senso le riflessioni di E. CAMPFENS, la quale sottolinea la duplice natura dei beni culturali, «either as "cultural property" or as "cultural heritage". Similarly, disputes over lost cultural objects can be approached as a matter of stolen property or as lost heritage: this activates different norms». Si veda E. CAMPFENS, *Whose Cultural Objects? Introducing Heritage Title for Cross-Border Cultural Property Claims*, in *Netherlands International Law Review*, 2020, p. 260.

²⁴ Il testo dell'articolo 5 summenzionato riporta: «The court or other competent authority of the State addressed shall order the return of an illegally exported *cultural object* if the requesting State establishes that [...] the object is of significant cultural importance for the requesting State» (corsivo aggiunto).

beni aventi «una significativa importanza culturale» per il proprio paese²⁵.

Alla luce dello sforzo definitorio appena tracciato, e prima di proseguire oltre nella trattazione, bisogna interrogarsi sull'opportunità di includere i resti umani tra i beni meritevoli delle tutele convenzionali finora illustrate²⁶. Sebbene né la Convenzione UNESCO del 1970 né la Convenzione UNIDROIT del 1995 trattino esplicitamente dei resti umani, esse proteggono un'ampia gamma di oggetti; in particolare, i resti umani potrebbero rientrare tanto nella categoria di «prodotti di scavi archeologici» che in quella di «oggetti di interesse etnologico»²⁷. Rileva inoltre segnalare la formulazione, sia da parte dell'Assemblea generale che del Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite, di risoluzioni in materia di rimpatrio di resti umani: nello specifico, in esse si incoraggia lo sviluppo di meccanismi equi, trasparenti ed efficaci per l'accesso e il rimpatrio dei resti²⁸.

Eppure, nonostante lo scenario appena delineato sembri confortare l'idea di una possibile protezione dei resti umani basata sul sistema di tutela internazionale dei beni culturali, l'irretroattività²⁹ di entrambi i trat-

²⁵ Il passaggio, nel discorso giuridico, dalla 'proprietà' al 'patrimonio', indica l'inizio di una nuova concezione di tutela dei beni culturali: essa va oltre la protezione dei singoli siti, degli oggetti e dei manufatti, poiché oggetto di tutela è piuttosto la relazione tra questi siti, oggetti e manufatti e gli esseri umani. Questa riflessione, centrale per l'argomento che ci occupa, verrà ripresa nel successivo paragrafo del presente lavoro. In questo senso, si veda L. LIXINSKI, *International Heritage Law for Communities*, cit., p. 52 ss.

²⁶ P. GERSTENBLITH, *Cultural Objects and Reparative Justice*, cit., p. 174 ss.

²⁷ C. FRERKIN, H. GILL-FRERKIN, *Human remains as heritage: categorization, legislation and protection*, in *Art, Antiquity and Law*, 2017, p. 6 ss.

²⁸ Tra tutti, per economia di spazio, è possibile richiamare il seguente passaggio: «States must recognize that indigenous peoples have their own concerns about human remains, ceremonial objects and cultural heritage and, when making claims for protection or repatriation, consider not only national interests but indigenous peoples' own rights. Terms like "cultural property", "cultural objects" and "cultural heritage" must be understood to include the ceremonial objects, human remains, spiritual and other properties of indigenous peoples», Assemblea generale, *Repatriation of ceremonial objects, human remains and intangible cultural heritage under the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Report of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples*, UN Doc. A/HRC/45/35 del 21 luglio 2020. Oltre al riconoscimento da parte di meccanismi delle Nazioni Unite, rileva segnalare l'introduzione nelle linee guida *International Council of Museums (ICOM)*, dirette ad esperti del settore museali e artistico, di regole atte a salvaguardare i resti umani, nel rispetto della comunità d'origine. Esse sono consultabili in lingua italiana al seguente sito: www.icom-italia.org

²⁹ A. VON ARNAULD, *How to Illegalize Past Injustice: Reinterpreting the Rules of Intertemporality*, in *The European Journal of International Law*, 2021, p. 418, secondo cui l'articolo 28 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, norma che com'è noto dispone l'irretroattività dei trattati «salvo che una diversa intenzione non risulti dal trattato o non

tati rende impraticabile questa soluzione³⁰.

4. Diritto di accesso alla cultura

A questo punto della trattazione rileva sottolineare come soltanto in epoca più recente il diritto internazionale dei beni culturali abbia sviluppato una maggiore consapevolezza rispetto al tema della diversità culturale, dapprima concentrandosi, come si è evinto dalle disposizioni sopra ricordate, sui rapporti interstatali³¹. In seguito, grazie anche all'adozione di nuovi strumenti, l'attenzione si è progressivamente spostata sugli interessi delle comunità nazionali alla restituzione³².

Nella ricerca di un quadro giuridico per casi come quello dei teschi algerini, è di fondamentale importanza l'evoluzione del diritto all'accesso alla propria cultura, come già evidenziato grazie alle citate risoluzioni degli organi delle Nazioni Unite, sviluppato a partire dal diritto alla cultura del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICE-SCR)³³. Secondo il Commento generale n. 21 sul «diritto di ogni individuo a partecipare alla vita culturale» dell'articolo 15, paragrafo 1, lettera a), dell'ICESCR³⁴, il diritto a partecipare alla vita culturale arriverebbe a in-

sia altrimenti accertata», lasci un certo margine di manovra agli Stati, qualora si volesse favorire una applicazione flessibile del trattato; lettura tuttavia minoritaria.

³⁰ La Convenzione UNESCO del 1970 e la Convenzione UNIDROIT stabiliscono espressamente una limitazione temporale. La Convenzione UNESCO del 1970, in particolare, prevede il ritorno e la restituzione dei beni culturali dopo l'entrata in vigore della Convenzione per entrambi gli Stati interessati: la data di riferimento, dunque, non è quella del furto, ma quella in cui il bene culturale rubato o esportato illecitamente entra nel territorio di uno Stato parte della Convenzione. Tuttavia, nessuna disposizione della Convenzione UNESCO del 1970 impedisce a uno Stato di applicare le sue disposizioni a oggetti sottratti prima del 1970. Al contrario, la Convenzione stabilisce inequivocabilmente che nulla in essa deve essere interpretato in modo da impedire agli Stati membri di concludere e attuare accordi per la restituzione di beni culturali saccheggiati prima della sua entrata in vigore: a riprova di ciò, le già richiamate *Operational Guidelines* incoraggiano espressamente gli Stati a «to find a mutually acceptable agreement which is in accordance with the spirit and the principles of the Convention, taking into account all the relevant circumstances» (par. 102). Si veda anche C. TITI, *The Parthenon Marbles and International Law*, Cham, 2023, p. 252-253.

³¹ A. XANTHAKI, *Colonial Loot and Its Restitution – The Role of Human Rights*, in *Santander Art and Culture Law Review*, 2022, p. 21 ss.

³² E. CAMPFENS, S. RANGANATHAN, *Colonial Loot and Its Restitution – Current Developments and New Prospects Law*, in *Santander Art and Culture Law Review*, 2022, p. 12 ss.

³³ Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 16 dicembre 1966.

³⁴ Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, Commento generale n. 21, UN Doc. E/C.12/GC/21 del 21 dicembre 2009.

cludere «l'accesso ai beni culturali»³⁵. Non solo: questo obbliga gli Stati a adottare «misure specifiche» volte a ottenere il rispetto del «diritto di ogni individuo (...) di avere accesso al proprio patrimonio culturale³⁶ (...) e a quello degli altri»³⁷.

Un'ulteriore spiegazione viene fornita nel report dell'Esperto indipendente nel campo dei diritti culturali, in cui si conclude che «il diritto di accesso e di godimento del patrimonio culturale fa parte del diritto internazionale dei diritti umani e trova la sua base giuridica, in particolare, nel diritto di partecipare alla vita culturale e nel diritto dei membri delle minoranze di godere della propria cultura»³⁸. Quest'ultimo riferimento ai diritti delle minoranze rimanda, in particolare, ad un'altra norma cruciale per la comprensione del diritto d'accesso alla cultura, ovvero l'articolo 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR), il quale prevede un obbligo positivo per «quegli Stati, nei quali esistono minoranze³⁹ etniche, religiose, o linguistiche» di garantire il loro diritto «ad una vita culturale propria»⁴⁰.

³⁵ Per una panoramica sul Commento in parola, si vedano L. LIXINSKI, *Right To Cultural Life: Panacea or Problem?*, in A. STRECKER, J. POWDERLY (a cura di), *Heritage Destruction, Human Rights and International Law*, Leiden, 2023, p. 259 ss.; V. TUNSMAYER, *Bridging the Gap Between International Human Rights and International Cultural Heritage Law Instruments: A Functions Approach*, in A. CARSTENS, E. VARNER (a cura di), *Intersections in International Cultural Heritage Law*, Oxford, 2020, p. 319 ss.

³⁶ Di nostro interesse è il testo del primo paragrafo dell'articolo, secondo cui: «Gli Stati Parti del presente Patto riconoscono il diritto di ogni individuo: a) a partecipare alla vita culturale; b) a godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni; c) a godere della tutela degli interessi morali e materiali scaturenti da qualunque produzione scientifica, letteraria o artistica di cui egli sia l'autore».

³⁷ Rileva segnalare che il Commento in esame non affronta esplicitamente la questione relativa all'esistenza di un diritto umano alla restituzione dei beni culturali come parte integrante del più ampio diritto di accesso alla cultura; tuttavia, viene citato in maniera diretta l'articolo 31(1) della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni (UNDRIP), nonché il diritto dei popoli indigeni a mantenere e proteggere il proprio patrimonio culturale – un riferimento cruciale per le argomentazioni a seguire. Si veda K. KUPRECHT, *Indigenous Peoples' Cultural Property Claims: Repatriation and Beyond*, Cham, 2014, p. 84.

³⁸ Assemblea generale, *Report of the independent expert in the field of cultural rights*, Ms. Farida Shaheed, submitted pursuant to resolution 10/23 of the Human Rights Council, UN Doc. A/HRC/14/36 del 22 marzo 2010.

³⁹ Nonostante le formulazioni citate sembrino rispecchiare l'esistenza di diritti culturali come soli diritti individuali, la successiva giurisprudenza dei *treaty monitoring bodies* ha poi riaffermato la visione tanto individuale quanto collettiva dei diritti culturali. In questo senso, si veda S. WIESSNER, *The cultural rights of indigenous peoples: achievements and continuing challenges*, in *European Journal of International Law*, 2011, p. 132.

⁴⁰ Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966. Il testo integrale dell'articolo richiamato recita: «In quegli Stati, nei quali esistono minoranze etniche, reli-

Mentre il diritto di «accesso alla cultura» così come enucleato nell'ICESCR può sembrare sfuggente e generico, la dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni (UNDRIP) enuncia chiaramente l'esistenza di obblighi nei confronti degli Stati alla restituzione, come emerge dall'articolo 11, paragrafo 2, e addirittura sancisce l'esistenza, all'articolo 12, di un diritto «all'accesso o al rimpatrio (...) delle spoglie (...) per mezzo di meccanismi giusti, trasparenti ed efficienti stabiliti di concerto con i popoli indigeni»⁴¹.

In sostanza, pur trattandosi di uno strumento di *soft law*, le disposizioni dell'UNDRIP possono essere viste come un prezioso mezzo d'interpretazione del diritto d'accesso alla cultura, nella misura in cui si debbano analizzare casi riguardanti il patrimonio culturale dei popoli indigeni. L'UNDRIP fornisce, infatti, una base giuridica per le domande di restituzione rivolte agli Stati che l'hanno adottata e che dunque si impegnano a rispettarne gli obiettivi; e tra essi spicca, naturalmente, quello di accesso ai propri *cultural objects*⁴². Questa definizione, più neutrale rispetto a quella di *cultural property* osservata in precedenza, viene adoperata dall'Esperto Indipendente sui diritti dei popoli indigeni in un rapporto tematico riguardante proprio i resti umani, assicurando come questi ultimi rientrino senz'altro nella nozione di patrimonio culturale, e di cui anzi deve essere garantita «la protezione e il rimpatrio, tenendo in conto non solo gli interessi statali, ma anche quelli dei popoli indigeni interessati»⁴³.

Quest'ultima affermazione sembra riassumere in maniera efficace il percorso che si è tentato di compiere nel presente contributo: a partire da un sistema che pare prediligere l'interesse statale alla riacquisizione della *cultural property*, come è quello del diritto internazionale dei beni culturali, si è cercato di offrire una nuova prospettiva, considerando il bene culturale – o meglio, l'accesso al bene culturale – come parte integrante di un

giose, o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione, o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo».

⁴¹ Assemblea generale, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, UN Doc. A/RES/61/295 del 2 ottobre 2007. Maggiori informazioni sono disponibili al sito www.ohchr.org

⁴² F. BATT, *The repatriation of African heritage: shutting the door on the imperialist narrative*, in *African Human Rights Yearbook*, 2021, p. 328 ss.

⁴³ Assemblea generale, *Report of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, Repatriation of ceremonial objects, human remains and intangible cultural heritage under the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, UN Doc. A/HRC/45/35 del 21 luglio 2020.

diritto umano alla propria identità, nella sua dimensione sociale. E questo approccio sembra particolarmente adatto a rispondere alla delicata questione posta dal caso dei teschi algerini, per cui solo il loro rimpatrio – e la loro sepoltura, come richiesto dalle autorità statali – può garantire il diritto di accesso alla cultura della comunità, discendente dei popoli in passato assoggettati alla potenza coloniale⁴⁴.

5. Conclusioni e questioni aperte

Pur non essendo uno strumento vincolante, dunque, l'UNDRIP si è dimostrata una preziosa chiave di volta attraverso cui leggere i diritti culturali legati alla restituzione del patrimonio, di cui le comunità indigene possono essere titolari. La presente ricerca si è proposta, prendendo a modello il caso dei teschi algerini, di indagare le potenzialità di un approccio alla restituzione basato sul sistema dei diritti umani. Ciò ha condotto infine ad interrogarsi sull'opportunità di ricavare l'esistenza di un diritto alla restituzione, inteso come riparazione per la perdita del proprio patrimonio culturale – un interrogativo a cui sembra possa darsi una risposta affermativa.

A queste riflessioni, tuttavia, si affiancano questioni aperte meritevoli d'attenzione, quale il problema della giustiziabilità di un tale diritto. In entrambi i sistemi finora analizzati è possibile riscontrare importanti limitazioni: se da un lato infatti esistono meccanismi di risoluzione delle controversie, quali la *Intergovernmental Committee for promoting the return of cultural property to its Countries of Origin or its Restitution in Case of Illicit Appropriation*, essa rimane azionabile unicamente dagli Stati membri che hanno aderito a questo sistema – e nessuno dei Stati protagonisti delle nostre riflessioni sembra essersi mosso in tal senso⁴⁵. Il meccanismo in essa previsto, peraltro, non è vincolante, per cui la funzione ricoperta dal Comitato è piuttosto quello di un organo consultivo, il cui mandato consi-

⁴⁴ La decisione riguardante la sepoltura dei resti oggetto della trattazione deve essere considerata nel contesto di altri dei diritti umani fondamentali, quali il diritto al libero esercizio della religione, nonché il diritto alla dignità personale. Piuttosto che la persona deceduta, dunque, titolari di tali diritti umani, sono dunque i discendenti e la comunità a cui essi appartengono. Si veda P. GERSTENBLITH, *Cultural Objects and Reparative Justice*, cit., p. 174-175.

⁴⁵ T. SCOVAZZI, *Repatriation and Restitution of Cultural Property: Relevant Rules of International Law*, in C. SMITH (a cura di), *Encyclopedia of Global Archaeology*, New York, 2013, p. 6322 ss.

ste nel facilitare la mediazione tra gli Stati interessati⁴⁶.

Inoltre, pur volendo spostarci sul piano della tutela internazionale dei diritti umani, come visto più flessibile alle richieste di rimpatrio di spoglie custodite in istituzioni museali, rimane il problema dell'assenza di precedenti in tal senso sia davanti al Comitato per i diritti umani (in relazione all'art. 27 ICCPR) che rispetto al nuovo *complaint mechanism* dell'ICESCR, introdotto tramite il Protocollo Addizionale del 2013⁴⁷. In conclusione, è proprio utilizzando l'UNDRIP come chiave di lettura per il diritto alla cultura che gli Stati ad esso aderenti sono tenuti ad elaborare strategie efficaci affinché restituzioni di beni culturali, come nel caso in analisi, possano essere garantite⁴⁸.

⁴⁶ C. STAHN, *Confronting Colonial Objects: Histories, Legalties, and Access to Culture*, Oxford, 2023, p. 366 ss.

⁴⁷ A. CHECHI, *Plurality and Coordination of Dispute Settlement Methods in the Field of Cultural Heritage*, in F. FRANCONI, J. GORDLEY (a cura di), *Enforcing International Cultural Heritage Law*, Oxford, 2013, p. 177 ss.

⁴⁸ E. CAMPFENS, *The Bangwa Queen: Artifact or Heritage?*, in *International Journal of Cultural Property*, 2019, p. 158 ss.

Hic sunt leones: l'incidenza dell'attività di armonizzazione giuridica dell'OHADA sullo sviluppo economico del continente africano

EDOARDO ALBERTO ROSSI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Quale futuro per l'egemonia 'occidentale'? – 2. L'affermazione dell'OHADA nell'armonizzazione del diritto del commercio in Africa. – 3. Le influenze dei modelli di riferimento dell'OHADA: leggi degli Stati membri, codici civili europei e principi UNIDROIT. – 4. L'attività normativa dell'OHADA quale alternativa alle codificazioni di diritto internazionale privato. – 4.1. Criteri per l'elaborazione di norme di conflitto uniformi. – 5. Riflessioni conclusive.

ABSTRACT: Nello scritto ci si interroga sulla possibilità di identificare una velata forma di 'imposizione' di regole nei confronti degli Stati del *Sud globale* nell'ambito delle iniziative di armonizzazione del diritto commerciale promosse dall'OHADA in Africa per favorire la certezza del diritto e lo sviluppo economico. In particolare, ci si domanda se l'adozione di 'atti uniformi', prevalenti sul diritto interno degli Stati membri con effetto abrogativo delle norme nazionali, possa rappresentare uno sproporzionato sacrificio delle tradizioni giuridiche locali e delle specificità sociologiche, politiche e religiose degli Stati membri dell'OHADA, a vantaggio dell'adeguamento a modelli globalmente diffusi e graditi agli operatori commerciali, agli investitori e alle logiche dei mercati. A questo proposito, l'adozione di uno strumento di diritto internazionale privato uniforme sembra ormai dover essere considerata una priorità per l'effettivo raggiungimento delle finalità statutarie dell'Organizzazione.

PAROLE CHIAVE: OHADA – armonizzazione giuridica – diritto materiale uniforme – codificazione – diritto internazionale privato – conflitti di leggi.

* Ricercatore di diritto internazionale, Università degli Studi di Urbino *Carlo Bo*, edoardo.rossi@uniurb.it.

1. Introduzione. Quale futuro per l'egemonia 'occidentale'?

Le possibili letture delle emergenze globali non possono prescindere dalla valutazione delle intersezioni tra economia, diritto, politica e società. Anche l'analisi delle problematiche e del ruolo degli Stati meno sviluppati può avvenire soltanto attraverso un'adeguata visione d'insieme¹.

In questa cornice, sono state elaborate negli ultimi decenni tesi sull'asserita 'imposizione' di regole da parte dell'Occidente sviluppato² nei confronti degli Stati generalmente inclusi nella controversa categoria del

¹ Ad esempio, occorre *in primis* chiedersi se nei confronti dei Paesi meno sviluppati siano ancora in corso azioni orientate allo sfruttamento economico, alla ricerca di profitti ricavabili da ogni risorsa disponibile, compresi i beni primari, l'ambiente e l'energia, senza tener conto dei diritti individuali e degli interessi collettivi delle popolazioni locali (v. R. PATEL, J.W. MOORE, *A History of the World in Seven Cheap Things. A Guide to Capitalism, Nature, and the Future of the Planet*, London-New York, 2017, trad. it. a cura di G. CARLOTTI; R. PATEL, J.W. MOORE, *Una storia del mondo a buon mercato. Guida radicale agli inganni del capitalismo*, Milano, 2019). A questo proposito la crescente attenzione delle imprese verso tematiche di spiccata rilevanza sociale, come la sostenibilità ambientale, la giustizia sociale e il rispetto dei diritti umani, particolarmente acute nei Paesi meno sviluppati, non sembra poter essere ritenuta di per sé sufficiente al superamento delle logiche di prevalenza economica, politica e giuridica 'europea-occidentale' (v. C. RHODES, *Woke Capitalism. How Corporate Morality Is Sabotaging Democracy*, Bristol, 2021, trad. it. a cura di M. ZURLO; C. RHODES, *Capitalismo Woke. Come la moralità aziendale minaccia la democrazia*, Roma, 2023).

² Uno dei riferimenti principali è sicuramente l'opera di M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, 2001 (trad. it. a cura di G. GOZZI, L. GRADONI, P. TURRINI, *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*, Roma-Bari, 2012), il quale ha sottolineato l'influenza della presunta superiorità occidentale (e più specificamente europea) sulla struttura normativa del diritto internazionale 'moderno' a partire dalla seconda metà dell'Ottocento. È proprio in questo periodo che sarebbero emersi sentimenti di universalizzazione delle concezioni sociali, politiche e giuridiche europee per estendere il livello di civilizzazione nell'ottica di un «disegno indiscutibilmente eurocentrico» caratterizzato da una vocazione 'coloniale' e 'imperialista' (G. GOZZI, *Presentazione. Diritto internazionale e storia delle idee: il «discorso» dell'egemonia occidentale*, in G. GOZZI, L. GRADONI, P. TURRINI (a cura di), *Il mite civilizzatore*, cit., p. VIII). Ne deriva una concezione del diritto internazionale come prodotto della cultura europea, fondata sull'esistenza di una comunità di nazioni 'civili' aventi il compito di estendere la propria superiore cultura giuridica nei riguardi di civiltà ritenute più arretrate, rischiando di legittimare intenti colonialisti. In questo modo, i principi del diritto internazionale varrebbero soltanto per la comunità 'civile' dei popoli europei (occidentali), dalla quale sarebbero esclusi i popoli colonizzati, estranei a tali principi e destinati a subire passivamente un processo di 'civilizzazione'.

*Global South*³. Questa impostazione, che trova i teorici dei *Third World Approaches to International Law* (TWAIL) tra i principali sostenitori⁴, merita tuttavia di essere approfondita verificando l'effettivo ruolo degli Stati del Sud globale nella formazione e nello sviluppo di norme internazionali idonee ad incidere sulla disciplina dei rapporti internazionali.

In particolar modo, l'ampio settore del commercio internazionale, anche in ragione della diretta incidenza sul miglioramento delle condizioni economiche degli Stati, è stato oggetto di sforzi di produzione legislativa ad opera dei Paesi meno sviluppati e in via di sviluppo, al fine di incrementare la certezza del diritto e, conseguentemente, la fiducia degli investitori e degli operatori commerciali⁵.

L'idea di un diritto internazionale modellato esclusivamente sulla base degli interessi degli Stati più sviluppati potrebbe quindi essere parzialmente accantonata⁶, nella misura in cui si vengano ad affermare attività di

³ L'ambigua nozione di *Global south* si presta ad essere definita secondo varie accezioni. A noi sembra dover essere definita in termini negativi, riconducendovi quegli Stati accomunati dal fatto di non sentirsi rappresentati nel gruppo di quelli economicamente e storicamente più sviluppati. A questo riguardo giova richiamare il caso dei cd. BRICS (Brasile, Russia, India, Cina e Sud-Africa), che rappresentano un esempio di Stati economicamente emergenti che sono riusciti ad affermarsi nel contesto internazionale e che lottano per la cessazione dell'egemonia 'occidentale'. I BRICS, riunitisi la prima volta nel 2009, in un recente vertice allargato dell'agosto 2023 hanno riaffermato la propria insoddisfazione per l'attuale situazione geopolitica globale, pretendendo maggiore considerazione e coinvolgimento negli organismi internazionali (v. brics2023.gov.za).

⁴ Secondo l'approccio TWAIL (sulle cui origini v. J.T. GATHI, *TWAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography*, in *Trade Law and Development*, 2011, p. 28 ss.), emerso intorno alla fine degli anni Novanta per fornire una rilettura alternativa del diritto internazionale, sarebbero presenti ancora oggi politiche colonialiste meno evidenti ma comunque ancora idonee a far prevalere la cultura occidentale sui Paesi del Terzo Mondo, attraverso meccanismi di controllo ed egemonia spesso mascherati. Nell'ampio panorama bibliografico v. altresì L. ESLAVA, S. PAHUJA, *Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law*, in *Trade, Law and Development*, 2011, p. 103 ss.; ID., *Beyond the (Post)Colonial: TWAIL and the Everyday Life of International Law*, in *Journal of Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 2012, p. 195 ss.; nonché più di recente A. ANGHIE, *Rethinking International Law: A TWAIL Retrospective*, in *European Journal of International Law*, 2023, p. 7 ss., il quale, ricostruendo i temi principali del movimento TWAIL a partire dalle sue origini, ne ha sottolineato l'attualità quanto alle '*colonial continuities*', alle spinte imperialiste nei confronti del Terzo mondo e del loro effetto «*to shape the present*».

⁵ Sul legame tra certezza giuridica nella codificazione internazionale del diritto materiale e finalità di ordine economico v. E. LOQUIN, *Règles matérielles du commerce international et droit économique*, in *Revue internationale de droit économique*, 2010, p. 91 ss.

⁶ V. al riguardo le riflessioni di S. BRACHOTTE, *Pour une approche décoloniale du droit international privé*, in *Revue critique de droit international privé*, 2023, p. 297, nonché ID., *Le*

produzione normativa proprie dei Paesi del Sud globale nel settore del diritto del commercio internazionale.

In questo contesto, una significativa eccezione – o quantomeno un temperamento – alla presunta ‘imposizione di regole’ è rappresentata dall’attività dell’OHADA, Organizzazione per l’armonizzazione del diritto commerciale in Africa. I suoi Stati membri – quasi tutte ex colonie francesi – a partire dalla sua istituzione nel 1993 si sono posti l’obiettivo di ridurre l’incertezza giuridica, rimuovendo ostacoli allo sviluppo economico e rafforzando la fiducia degli investitori, anche attraverso l’adozione di regole materiali uniformi adatte all’ambiente commerciale internazionale⁷.

Premessi alcuni brevi cenni sull’attività di armonizzazione del diritto commerciale dell’OHADA (par. 2) e sulle influenze dei modelli di riferimento presi dall’OHADA nell’elaborazione dei suoi atti legislativi unifor-

droit international privé et les normativités non laïques : une proposition d’inclusion, Paris, 2022.

⁷ Le iniziative di armonizzazione, unificazione, uniformazione, codificazione (e anche, usando una espressione peculiare del diritto dell’Unione europea, ‘ravvicinamento delle legislazioni’) presentano ciascuna propri tratti distintivi peculiari, che tuttavia non sono sempre chiaramente identificabili (v. L. SANDRINI, *Protagonisti e modelli di una ricodificazione del diritto materiale uniforme*, in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO (a cura di), *La codificazione nell’ordinamento internazionale e dell’Unione europea*, Napoli, 2019, p. 183). Il caso dell’OHADA è emblematico di questa incertezza classificatoria, posto che, pur avendo assunto la denominazione di Organizzazione per l’armonizzazione del diritto commerciale, essa adotta strumenti che sono chiamati ‘atti uniformi’ (v. oltre, par. 2). Consapevoli delle diverse visioni emerse in dottrina, ci sembra opportuno richiamare l’autorevole disamina di K. BOELE-WOELKI, *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 340, 2010, p. 299 ss. In tema v. altresì F. KAMDEM, *Harmonisation, unification et uniformisation en droit des contrats : plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d’intégration juridique*, in *Uniform Law Review*, 2008, p. 709 ss. e F. FERRARI, *Uniform substantive law and private international law*, in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham, 2017, p. 1772 ss. Per le differenze tra unificazione, uniformazione, integrazione, armonizzazione e coordinamento v. altresì C.P. PAMBOURIS, *Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 330, 2007, p. 39 ss.. In generale nelle organizzazioni internazionali sembra comunque essere preferito il termine ‘unificazione’ del diritto internazionale privato, rispetto a quello di ‘codificazione’, che meglio si addice al diritto internazionale pubblico, che non necessita di unificazione (v. D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, Milano, 2023, pp. 321-322), in quanto tipica di sistemi connotati da diversità e pluralità, come nel caso delle legislazioni di diritto privato sostanziale o di diritto internazionale privato (v. H. VAN LOON, *The role of international organisations regarding the codification of private international law*, in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO (a cura di), *La codificazione*, cit., pp. 164-165, secondo cui l’unificazione può avvenire con ‘uniform law’ – ad esempio nell’unificazione del diritto privato e commerciale – oppure con l’armonizzazione del diritto internazionale privato).

mi, che includono, oltre alle tradizioni giuridiche comuni agli Stati membri, anche i principi civilistici della tradizione codicistica europea (*in primis* francese, anche in ragione del comune passato coloniale di molti Stati OHADA) e altri strumenti universali come i principi dei contratti commerciali internazionali dell'UNIDROIT (par. 3), ci interrogheremo sull'utilità della sua attività di produzione normativa materiale uniforme.

In particolare, si tratta segnatamente di capire se le specificità giuridiche e sociologiche del continente siano state adeguatamente tenute in considerazione o se a tal fine sarebbe stata preferibile l'alternativa rappresentata da codificazioni di diritto internazionale privato uniforme (par. 4), percorsa, come ripiego, in Europa. Questa questione porta a chiedersi se l'esigenza di ricostruire fiducia nel contesto economico e giuridico africano agli occhi degli investitori e degli operatori commerciali stranieri abbia prevalso radicalmente, anche accettando celate forme di 'imposizione di regole', in ragione della volontà (o forse necessità) di adeguarsi ai modelli graditi alle logiche del commercio e degli investimenti.

Sembra quindi di notevole interesse chiedersi se siano condivisibili le ragioni dei TWAIL nel ritenere ancora persistente l'egemonia giuridica dei Paesi più sviluppati, ovvero se si tratti di avanzare contestazioni sul modello di accettazione e di legittimazione degli Stati in via di sviluppo. Nelle conclusioni, infatti, cercheremo di fornire alcuni spunti di riflessione per capire se questa visione può essere considerata in via di superamento ovvero se il Sud globale possa ancora essere ritenuto, come scritto in certe carte geografiche, un'area periferica descritta con l'espressione '*hic sunt leones*' (par. 5).

2. L'affermazione dell'OHADA nell'armonizzazione del diritto del commercio in Africa

Per tentare di far fronte alla marginalizzazione dei Paesi africani nello scenario economico globale si sono moltiplicate le iniziative di integrazione (sub)regionali nel continente, spesso accomunate dall'obiettivo di favorire lo sviluppo economico attraverso l'armonizzazione giuridica⁸.

⁸ Oltre all'Unione africana, attiva a livello continentale, le organizzazioni internazionali sub-regionali africane che si propongono di favorire lo sviluppo economico dei Paesi africani sono oltre quaranta. In tema v., per tutti, K. DIAKITE, *Droit de l'intégration africaine*, Paris, 2017, *passim*.

Tra queste, l'istituzione dell'OHADA è considerata una di quelle di maggior successo⁹. Nata nel 1993 con il Trattato di Port Louis¹⁰ allo scopo di rafforzare la sicurezza giuridica e giudiziaria per rinsaldare la fiducia nelle economie degli Stati membri, anche attraverso l'implementazione di un quadro normativo armonizzato di diritto commerciale chiaro, moderno e adatto alle esigenze degli operatori commerciali e degli investitori¹¹, l'OHADA conta attualmente 17 Stati membri: Benin, Burkina Faso, Camerun, Comore, Congo, Costa d'Avorio, Gabon, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Equatoriale, Mali, Niger, Repubblica Centro Africana, Repubblica Democratica del Congo, Senegal, Ciad e Togo. Questi Stati, che rappresentano una significativa quota dell'economia e della popolazione del continente africano¹², sono tutte ex colonie francesi, ad eccezione di Guinea Equatoriale, Guinea-Bissau e Repubblica Democratica del Congo.

Al fine di perseguire gli obiettivi statutari, l'OHADA utilizza prevalentemente i cd. 'atti uniformi' (art. 5 del Trattato), finalizzati all'adozione di disposizioni comuni, direttamente applicabili e prevalenti sulle legislazioni nazionali con effetto abrogativo (art. 10)¹³. Attualmente l'OHADA ha adottato numerosi atti uniformi relativi alla materia del diritto commerciale generale, diritto delle società commerciali e dei gruppi di interesse

⁹ V. J. Y. TOË, *Current Problems Raised by the Harmonisation Process within OHADA*, in *Uniform Law Review*, 2008, p. 38 ss.; B. FAGBAYIBO, *Towards the harmonisation of laws in Africa: is OHADA the way to go?*, in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2009, p. 310; C. MANGA FOMBAD, *Some Reflections on the Prospects for the Harmonization of International Business Law in Africa: OHADA and Beyond*, in *Africa Today*, 2013, pp. 63-64.

¹⁰ Trattato relativo all'armonizzazione del diritto commerciale in Africa, firmato il 17 Ottobre 1993 a Port-Louis (v. www.ohada.org), modificato il 17 Ottobre 2008 a Québec. Per la versione consolidata del Trattato v. www.droit-afrique.com.

¹¹ V. Preambolo del Trattato OHADA, cit.

¹² V. C.M. DICKERSON, *Harmonizing Business Laws in Africa: OHADA Calls the Tune*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2005, p. 26 ss.

¹³ Al riguardo si veda il parere n. 1/2001/EP del 30 aprile 2001 della Corte di giustizia e arbitrato OHADA, punti I e II, in cui la Corte ha chiarito che l'articolo 10, in virtù del '*principe de supranationalité*', introduce una norma relativa all'abrogazione del diritto interno ad opera degli atti uniformi. L'effetto abrogativo riguarda «tout texte législatif ou réglementaire de droit interne présent, ou l'interdiction de tout texte législatif ou réglementaire de droit intérieur à venir (...) ayant le même objet que celles des actes uniformes, qu'elle soit contraire ou identique». In tema v. J. ISSA-SAYEGH, *La portée abrogatoire des actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des Etats-parties*, in *Revue burkinabè de droit*, 2001, p. 51 ss. Per un'interpretazione alternativa della portata dell'art. 10 v. P. DIEDHIOU, *Article 10 of the OHADA Treaty: An Overriding and Supranational Provision?*, in *Uniform Law Review*, 2007, p. 284. V. anche oltre par. 4.

economico, diritto delle società cooperative, diritto della contabilità e delle informazioni finanziarie, contabilità degli enti a scopo non lucrativo, contratti di trasporto merci su strada, diritto dell'arbitrato, mediazione, procedure semplificate di recupero del credito e di esecuzione, procedure collettive di accertamento del passivo e diritto delle garanzie¹⁴.

Anche in ragione della loro diretta applicabilità con prevalenza sul diritto interno, il Trattato prevede che l'adozione degli atti uniformi coinvolga i governi degli Stati membri e gli organi dell'OHADA¹⁵. In particolare, i progetti di atti uniformi sono elaborati dal Segretariato permanente – che spesso incarica centri di ricerca, associazioni di esperti, organizzazioni o altri studiosi di redigere delle proposte preliminari¹⁶ – consultando i governi degli Stati membri.

I progetti di atti uniformi sono poi discussi ed adottati dal Consiglio dei Ministri, composto dai Ministri della Giustizia e delle Finanze degli Stati membri, previo parere della Corte comune di giustizia e arbitrato, e successivamente trasmessi dal Segretariato permanente ai governi degli Stati membri, i quali possono formulare le proprie osservazioni scritte entro novanta giorni. I progetti, unitamente alle osservazioni dei governi e ad un rapporto del Segretariato permanente, vengono nuovamente trasmessi alla Corte, tenuta ad emettere il proprio parere entro trenta giorni. Compete poi al Consiglio dei Ministri l'adozione all'unanimità del testo definitivo, che verrà pubblicato entro sessanta giorni nella Gazzetta ufficiale OHADA e in quelle nazionali degli Stati membri. L'entrata in vigore è prevista dopo novanta giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta OHADA, senza che la data di pubblicazione nelle gazzette ufficiali degli Stati membri possa assumere rilevanza.

Le controversie sull'interpretazione e sull'applicazione degli atti uniformi competono in prima istanza e in grado di appello ai tribunali nazionali (art. 13 del Trattato). La Corte comune di giustizia e arbitrato assicura l'uniformità di interpretazione e applicazione in sede consultiva, su richiesta degli Stati membri, del Consiglio dei Ministri o dei tribunali nazionali (art. 14), oppure in sede contenziosa, quale ultimo grado di giudizio per le impugnazioni delle decisioni dei tribunali nazionali di ultima istan-

¹⁴ Per i testi degli atti uniformi v. www.ohada.org

¹⁵ Sui quali v. Titolo V del Trattato OHADA.

¹⁶ V. oltre par. 3.

za riguardanti l'applicazione degli atti uniformi o del Trattato¹⁷. La Corte può essere adita in sede contenziosa, previo esaurimento dei rimedi interni, sia su istanza di una delle parti in causa, sia d'ufficio dai tribunali nazionali di ultima istanza¹⁸. La funzione nomofilattica della Corte risulta dunque di grande centralità poiché contribuisce ad infondere fiducia nella chiarezza del quadro legislativo uniforme e nella prevedibilità di interpretazione e applicazione del diritto¹⁹.

Gli Stati OHADA sembrano così avere attribuito priorità all'esigenza comune di attrarre investimenti stranieri e di favorire lo sviluppo economico, riuscendo a raggiungere significativi risultati, come risulta dai riscontri di autorevoli istituzioni commerciali e finanziarie²⁰.

Se, dunque, i risultati sotto il profilo economico e commerciale sembrano essere in crescita, occorre tuttavia chiedersi se questo approccio

¹⁷ In tema v. E. ASSEPO ASSI, *La Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : un troisième degré de juridiction?*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2005, p. 943 ss.

¹⁸ V. art. 15 del Trattato. Secondo l'art. 20 del Trattato le sentenze della Corte sono definitive, inappellabili e possono essere eseguite negli ordinamenti degli Stati membri al pari delle sentenze dei giudici nazionali.

¹⁹ Cfr. F. HEINDLER, *Conceptual approaches to the codification of international law*, in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO (a cura di), *La codificazione*, cit., pp. 74-75. Nell'ambito degli strumenti di codificazione v. altresì F. SALERNO, *Idee e significati della codificazione*, in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO (a cura di), *La codificazione*, cit., p. 56, che sottolinea l'importanza di interpreti qualificati e la necessità di coordinamento tra gli stessi, nell'ottica di soddisfacimento di esigenze unitarie di certezza del diritto. Con particolare riguardo per il contesto OHADA v. C. MANGA FOMBAD, *Some Reflections on the Prospects for the Harmonization*, cit., pp. 68-69.

²⁰ Si veda, ad esempio, il rapporto *IFC's OHADA Investment Climate Program (2007-2017). An Impact Assessment of OHADA Reforms Uniform Acts on Commercial, Company, Secured Transactions, and Insolvency*, pubblicato nel dicembre 2018 dall'*International Finance Corporation*, dove si legge che le iniziative di uniformazione legislativa dell'OHADA hanno avuto «significant success in improving access to finance, business registration, and cost savings – all important hurdles that need to be overcome for a country to improve its business environment and investment climate» (p. 6). Analogamente v. anche nel rapporto *Doing Business in OHADA 2017*, pp. 1-2 (v. archive.doingbusiness.org), nonché il *Region Profile of Organization for the Harmonization of Business Law in Africa (OHADA)* del recente studio *Doing Business 2020* (v. archive.doingbusiness.org), in cui vengono evidenziate tendenze di miglioramento derivanti dalle riforme legislative dell'OHADA, specialmente sotto il profilo occupazionale, del commercio transfrontaliero e della facilità nell'avvio di attività commerciali. V. altresì il documento della Banca Mondiale del 18 maggio 2018, n. PAD2693, *Improved Investment Climate within the Organization for the Harmonization of Business Laws in Africa (OHADA)*, AF(P164728), p. 7 ss.

possa presentare controindicazioni sotto altri profili, come quello del rispetto delle specificità locali²¹.

3. Le influenze dei modelli di riferimento dell'OHADA: leggi degli Stati membri, codici civili europei e principi UNIDROIT

Nelle prime fasi della sua attività di produzione legislativa l'OHADA si è ispirata essenzialmente ai modelli offerti dai codici civili europei, *in primis* quello francese²², e alle legislazioni nazionali dei suoi Paesi membri. Tuttavia, i redattori dei progetti di atti uniformi OHADA sono stati fortemente influenzati dagli strumenti correntemente utilizzati nel commercio internazionale, come i Principi dei contratti commerciali internazionali UNIDROIT e le leggi modello dell'UNCITRAL²³, anche grazie alla cooperazione istituzionale tra organizzazioni²⁴.

²¹ Vale la pena precisare sin d'ora che, come osservato da M. FONTAINE, *Law harmonization and local specificities – a case study: OHADA and the law of contracts*, in *Uniform Law Review*, 2013, p. 52 ss., l'espressione 'specificità locali', intesa come «uniquely African features», può essere riferita alle sole tradizioni giuridiche del periodo precoloniale (v. S. MELONE, *Les résistances du droit traditionnel au droit moderne des obligations*, in *Revue sénégalaise de droit*, 1977, pp. 46-47; F. ONANA ETOUNDI, *Formalisme et preuve des obligations contractuelles dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats*, in *Uniform Law Review*, 2008, p. 356) ovvero alle specificità di ciascuno Stato derivanti dalle legislazioni imposte dagli Stati colonizzatori (anche se non sempre queste ultime sono state del tutto riconosciute ed accettate dalla popolazione) o ancora a caratteristiche sociologiche, come l'analfabetismo diffuso e la carente cultura giuridica. Ai nostri fini, il significato che intendiamo attribuire all'espressione non è limitato alle sole regole del periodo precoloniale ovvero a quelle delle leggi 'importate', ma include sia le une che le altre, a condizione che esse siano legalmente e socialmente riconosciute nei singoli ordinamenti statali. In tema v. altresì S. MANCUSO, *Le droit OHADA vers sa population. Y-a-t'il une place pour les droits originellement africains dans le processus d'harmonisation du droit des contrats en Afrique?*, in *Les pratiques contractuelles d'affaires et les processus d'harmonisation dans les espaces régionaux*, Porto-Novo, 2012, p. 318 ss.

²² V. S. DATE-BAH, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonization of the Principles of Commercial Contracts in West and Central Africa: reflections on the OHADA project from the perspectives of a common lawyer from West Africa*, in *Uniform Law Review*, 2004, p. 271; M. FONTAINE, *The draft OHADA Uniform Act on Contracts and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contract*, in *Uniform Law Review*, 2004, p. 573.

²³ V. ad esempio l'*Uniform Act on the organization of collective procedures for the discharge of liabilities* del 2015, ispirato alla *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency* del 1997. In tema v. A. MENEZES, W. PATERSON, *One insolvency law, seventeen countries: a brief overview of the revised OHADA Uniform Act on Insolvency*, in *INSOL World*, 2016, p. 28 ss.

²⁴ V. L. SANDRINI, *Protagonisti e modelli di una ricodificazione*, cit., p. 204.

Infatti, uno dei motivi che ha portato alla rapida consacrazione dell'OHADA come organizzazione subregionale deputata allo sviluppo di diritto uniforme e alla possibilità che essa rappresenti un modello virtuoso in espansione²⁵ è rappresentato dall'utilizzo, quale fonte di ispirazione, di strumenti molto diffusi nel commercio internazionale come gli stessi Principi UNIDROIT, anche al fine di superare i problemi di conciliabilità tra sistemi di *common law* e di *civil law*.

Emblematico è stato il tentativo (fallito) di far confluire il contenuto dei Principi UNIDROIT in un apposito *Uniform Act on Contract Law*²⁶, adeguato alle specificità 'locali'²⁷. Tale progetto, elaborato, per conto dell'UNIDROIT su incarico del Segretariato OHADA²⁸, ha suscitato alcune criticità e l'opposizione degli Stati membri²⁹ che hanno condotto al suo abbandono. Tuttavia, nel 2015, su incarico dell'OHADA, è stato elaborato dalla *Fondation pour le droit continental*, un nuovo *Projet de texte uniforme portant droit general des obligations dans l'espace OHADA*, comprensivo anche del diritto dei contratti³⁰. I redattori, nella presentazione generale del progetto, hanno fatto esplicito riferimento all'utilizzo, nel solco della precedente proposta di atto uniforme sul diritto dei contratti, di «*plusieurs codifications récentes non africaines*» e «*plusieurs modèles et conventions*

²⁵ V. art. 53 del Trattato e www.ohada.org/presentation-generale/

²⁶ *Preliminary Draft - OHADA Uniform Act on Contract Law*, settembre 2004, disponibile all'indirizzo www.unidroit.org. Sul Progetto v. C.M. DICKERSON, *OHADA's Proposed Uniform Act on Contract Law. Formal Law for the Informal Sector*, in *European Journal of Law Reform*, 2011, p. 462 ss.; S. MANCUSO, *Trends on the Harmonization of Contract Law in Africa*, in *Annual Survey of International & Comparative Law*, 2007, p. 157 ss., nonché la presentazione del suo redattore, M. FONTAINE, *L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : vue d'ensemble*, in *Uniform Law Review*, 2008, p. 203 ss. e gli altri contributi di E. JOLIVET, I. KÉRÉ, S.K. DATE-BAH, K. MBIKAYI, E.S. DARANKOUM nel medesimo fascicolo.

²⁷ Cfr. F. ONANA ETOUNDI, *Les Principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats*, in *Uniform Law Review*, 2005, p. 683 ss.; E. JOLIVET, *L'harmonisation du droit OHADA des contrats: l'influence des Principes d'UNIDROIT en matière de pratique contractuelle et d'arbitrage*, in *Uniform Law Review*, 2008, p. 127 ss.; P. MEYER, *The Harmonisation of Contract Law within OHADA*, in *Uniform Law Review*, 2008, p. 393.

²⁸ Al riguardo v., in particolare, M. FONTAINE, *Law harmonization and local specificities*, cit., p. 50 ss.

²⁹ V. I. KÉRÉ, *OHADA and the Harmonisation of Contract Law: Background and Preliminary Comments*, in *Uniform Law Review*, 2008, p. 202 ss.

³⁰ V. *Projet de Texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA* del 2015, consultabile all'indirizzo www.fondation-droitcontinental.org. In argomento v. C. GRIMALDI, *Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA*, in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 648.

internationales», tra le quali spiccano espressamente i principi UNIDROIT, i modelli dell'UNCITRAL, la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci³¹ e i principi di diritto europeo dei contratti³².

Alla luce del dichiarato utilizzo, come modelli, di strumenti internazionalmente conosciuti e apprezzati, sembra opportuno chiedersi, da un lato, se queste iniziative di uniformazione del diritto OHADA possano di fatto rappresentare ancora oggi una forma di 'imposizione di regole'³³, in ragione della volontà (o forse necessità) di adeguamento ai modelli graditi alle logiche del commercio e degli investimenti proprie degli Stati più sviluppati. Dall'altro lato, occorre altresì domandarsi se strumenti di diverso genere avrebbero potuto o potrebbero in futuro risultare maggiormente idonei a tenere in adeguata considerazione le caratteristiche dei territori, delle popolazioni ivi stanziate e dei loro ordinamenti giuridici³⁴, nonché la promozione dei valori fondamentali di equità e giustizia.

D'altro canto, l'innegabile impatto positivo dell'attività di armonizzazione giuridica dell'OHADA sullo sviluppo economico dei suoi Stati membri³⁵ sembra essere dovuto proprio alle affinità con le regole e con le tradizioni giuridiche dei Paesi più sviluppati, comprese quelle codificate in strumenti universalmente utilizzati³⁶.

Resta aperto il quesito relativo all'effettiva possibilità di discostarsi dalle regole storicamente utilizzate dai Paesi più sviluppati: nella deter-

³¹ Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di merci (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods - CISG*), firmata a Vienna l'11 aprile 1980 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1988 (uncitral.un.org).

³² V. *Projet de Texte uniforme portant droit général des obligations*, cit., p. 6.

³³ V. *supra*, par. 1.

³⁴ Vale la pena richiamare, ad esempio, il c.d. 'diritto informale', categoria dal contenuto flessibile utilizzata per indicare le tradizioni locali africane, il quale, come osserva S. MANCUSO, *Informal Laws and State Law in the Horn of Africa*, in *Revista general de derecho público comparado*, 2019, *passim*, si è ritagliato spazio applicativo nell'ambito dell'ordinamento statale di alcuni Paesi africani, differenziandosi anche dal 'diritto consuetudinario' di derivazione coloniale. Con specifico riferimento per il 'diritto informale' nel settore del diritto del commercio dell'OHADA v. S. MANCUSO, *The integration of informal business law in the OHADA framework. Methodological reflections*, in *Opinio Juris in Comparatione*, 2021, p. 104 ss.

³⁵ V. *supra*, par. 2.

³⁶ V. L. SANDRINI, *Protagonisti e modelli di una ricodificazione*, cit., pp. 208-209, che accoglie favorevolmente la ritrovata centralità del ruolo della dottrina nelle fasi di preparazione ed elaborazione di strumenti propri di organizzazioni internazionali come l'UNIDROIT. Sugli interessi e i presunti condizionamenti politici statali in questo contesto v. E.A. FARNSWORTH, *The American Provenance of the UNIDROIT Principles*, in *Uniform Law Review*, 1998, p. 397 ss.

minazione delle priorità dell'attività legislativa nel settore del commercio internazionale, le valutazioni sulle ricadute economiche, qualora si tratti di raggiungimento e superamento di livelli minimi di benessere, possono comprensibilmente prevalere sul rispetto delle esigenze, delle specificità e delle tradizioni locali, regionali e nazionali? Cercheremo nel prossimo paragrafo di fornire alcuni elementi in più per tentare di rispondere a questo interrogativo.

4. L'attività normativa dell'OHADA quale alternativa alle codificazioni di diritto internazionale privato

L'adozione di atti legislativi di diritto uniforme da parte dell'OHADA in materie attinenti al diritto del commercio³⁷ si è svolta parallelamente alla diffusione di iniziative di codificazione del diritto internazionale privato in Stati africani non parte dell'OHADA³⁸, anche in ragione della migliore resistenza all'obsolescenza degli strumenti di diritto internazionale privato rispetto a quelli di diritto uniforme³⁹.

Agevolata dalla maggiore omogeneità delle tradizioni giuridiche della maggioranza dei suoi Stati membri⁴⁰ e dalla diffusa francofonia⁴¹, fattori

³⁷ Come abbiamo già notato, l'OHADA ha adottato atti uniformi in materia di diritto commerciale generale, societario, arbitrato, mediazione e contratti di trasporto merci, commissionando altresì studi (in corso di svolgimento) ed elaborando proposte in materia di altri contratti (*factoring, leasing, franchising, joint venture*, partenariato pubblico-privato, etc.), diritto del lavoro, conflitti di leggi e circolazione di atti pubblici (v. www.ohada.org).

³⁸ V., ad esempio, cod. civ. Algeria del 1975, cod. d.i.pr. Tunisia nel 1998, proposta di cod. civ. Camerun del 2012, nonché il processo di consolidamento legislativo e giudiziario condotto dall'Egitto attraverso l'utilizzo di norme di conflitto per designare la legge regolatrice gli *status* personali, sul quale v. recentemente Y. BADR, *Religion, Colonialism, and Legal Pluralism: The Story and Legacy of the Egyptian Choiche of Law Rules for Personal Status and International and Interpersonal Conflicts of Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2024, p. 30 ss.

³⁹ V. L. SANDRINI, *Protagonisti e modelli di una ricodificazione*, cit., p. 186.

⁴⁰ V. B. FAGBAYIBO, *Towards the harmonisation of laws in Africa*, cit., p. 312. Sulla crucialità delle affinità giuridiche, sociali e politiche ai fini dell'armonizzazione e dell'uniformazione del diritto v. già R. MONACO, *L'unification du droit dans le cadre d'Unidroit (1926-1986)*, in *Uniform Law Review*, 1986, p. 48 ss., nonché più di recente L. SANDRINI, *Protagonisti e modelli di una ricodificazione*, cit., pp. 188-189.

⁴¹ Si veda l'iniziale versione dell'art. 42 del Trattato che prevedeva soltanto il Francese quale lingua di lavoro, oggi modificato includendo anche l'Inglese, lo Spagnolo e il Portoghese.

derivanti dal comune passato coloniale dei suoi Stati membri⁴², l'OHADA ha preferito strumenti di diritto materiale uniforme⁴³ – superando le difficoltà che nel contesto europeo hanno costretto alla ricerca di uniformità attraverso un sistema di diritto internazionale privato comune⁴⁴, come ripiego rispetto al diritto materiale uniforme⁴⁵.

⁴² Per rendersi conto dell'influenza e della rilevanza giuridica degli interessi degli Stati europei durante il periodo di espansione coloniale si rimanda a R. QUADRI, *Manuale di diritto coloniale*, Padova, 1950, p. 31 ss.

⁴³ Il dibattito sulla preferibilità dell'unificazione del diritto materiale o del diritto internazionale privato occupa la dottrina da tempo ed è ancora oggi attuale. In tema si vedano i corsi dell'Accademia di Diritto internazionale dell'Aja di A. MALINTOPPI, *Les rapports entre droit uniforme et droit international privé*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 116, 1965, p. 10 ss.; C.P. PAMBOUKIS, *Droit international privé holistique*, cit., p. 31 ss.; K. BOELE-WOELKI, *Unifying and Harmonizing Substantive Law*, cit., p. 355; D. OPERTTI BADAN, *Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain : dilemme ou convergence?*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 359, 2013, p. 10 ss.; H. KRONKE, *Transnational Commercial Law and Conflict of Laws: Institutional Co-operation and Substantive Complementarity*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 369, 2014, p. 362 ss., nonché R. DAVID, *The Methods of Unification*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1968, p. 17 ss.

⁴⁴ Nell'Unione europea, a seguito dell'attribuzione di competenza per la cooperazione giudiziaria in materia civile con il Trattato di Amsterdam, sono stati adottati numerosi regolamenti di diritto internazionale privato sulla base dell'art. 81 TFUE. Questi hanno dato vita ad un quadro normativo complesso e frammentario, anche in ragione della sovrapposizione con il diritto internazionale privato nazionale e con le vigenti convenzioni di diritto internazionale privato. La proliferazione delle fonti di diritto internazionale privato dell'Unione ha indotto la promozione di iniziative di codificazione della 'parte generale' del diritto internazionale privato UE, il c.d. Regolamento 'Roma 0', sul quale v., per tutti, S. LEIBLE, M. MÜLLER, *The Idea of a 'Rome 0 Regulation'*, in *Yearbook of Private International Law*, 2013, p. 137 ss. V. inoltre il progetto di P. LAGARDE, *Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé: Titre I. - Partie générale*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2011, p. 673, contenuto anche nel volume M. FALLON, P. LAGARDE, S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruxelles, 2011, in cui si segnala altresì il contributo di S. BARIATTI, É. PATAUT, *Codification et théorie générale du droit international privé*; v. altresì F. SALERNO, *Possibili e opportune regole generali uniformi dell'UE in tema di legge applicabile*, in *SidiBlog*, 6 febbraio 2014 e G. RÜHL, J. VON HEIN, *Towards a European Code on Private International Law?*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2015, p. 701 ss.. Si veda al riguardo anche il documento pubblicato nel dicembre 2012 dal Parlamento europeo, PE 462.476, *Current gaps and future perspectives in European private international law: towards a code on private international law?*, nonché la Relazione del 2013 della direzione della Valutazione d'impatto e del valore aggiunto europeo presso la direzione generale delle Politiche interne (DG IPOL) del Segretariato generale del Parlamento europeo realizzata da B. BALLESTER, *Relazione sul costo della non Europa. Un codice europeo di diritto internazionale privato*, CoNE 3/2013. Come nota A. LEANDRO, *La codificazione del diritto internazionale privato fra strumenti internazionalistici e diritto dell'Unione europea*, in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO (a cura di), *La codificazione*, cit., p. 290, allo sta-

L'OHADA ha quindi intrapreso un percorso teso a predisporre un quadro legislativo completo di diritto sostanziale per il settore del commercio, facendo leva sulle affinità culturali, sociali e giuridiche dei suoi Stati membri: è infatti del tutto evidente che forme di codificazioni a livello regionale sono molto più agevoli rispetto alle iniziative a carattere universale⁴⁶, che devono tener conto di maggiori diversità e eterogeneità nelle tradizioni e nelle sensibilità giuridiche, politiche, economiche e sociali⁴⁷.

to attuale non è stato ancora possibile raggiungere una tale codificazione completa, sistematica ed organica.

⁴⁵ Ci si può riferire in particolare al Codice Gandolfi (*Code européen des contrats*) promosso dal Gruppo di Pavia, ai lavori della Commissione Lando (*Commission on European Contract Law*) avviati nel 1982, per la creazione dei Principi di diritto contrattuale europeo e alle successive risoluzioni del Parlamento europeo del 26 maggio 1989 su un'azione volta a ravvicinare il diritto privato degli Stati membri, del 6 maggio 1994 sull'armonizzazione di taluni settori di diritto privato negli Stati membri e del 15 novembre 2012 sul ravvicinamento del diritto civile e commerciale degli Stati membri. In tema v. A.S. HARTKAMP, M.W. HESSELINK, E.H. HONDIUS, C. MAK, C.E. DU PERRON (eds.), *Towards a European Civil Code*, 4th ed., Alphen aan den Rijn, 2011. Peraltro anche la Proposta di Regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita (11.10.2011COM(2011) 635 def.), elaborata nel 2011 dalla Commissione europea è stata definitivamente abbandonata il 29 settembre 2020. Per un'accurata ricognizione dei tentativi di elaborazione di un diritto comune europeo dei contratti v. lo Studio di A. BERTOLINI, *European Commercial Contract Law*, richiesto dal Parlamento europeo e pubblicato online nel mese di ottobre 2023 all'indirizzo www.europarl.europa.eu). Con particolare riguardo per il diritto dei contratti v. altresì P. FRANZINA, *Sui rapporti fra norme di conflitto e norme materiali uniformi in tema di contratti internazionali*, in M. FOGLIA (a cura di), *Il contratto 'apolide'. Sulla contrattazione transnazionale nel mercato globale*, Pisa, 2019, p. 123 ss., nonché per la registrazione di 'nuove' tendenze, ancorché in diverso settore, ID., *L'inserimento di norme materiali in misure legislative dell'Unione nel campo del diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 559 ss.

⁴⁶ Le iniziative volte ad adottare strumenti di codificazione o unificazione a livello universale, sulla scia degli ideali manciniani, ambiscono a soddisfare la richiesta di coerenza e certezza del diritto, tentando di rispondere alla 'frammentazione' del diritto internazionale (v. M. KOSKENNIEMI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission*, Geneva, UN, A/CN.4/L.682, p. 3 ss., disponibile all'indirizzo digitallibrary.un.org), attraverso la «convergenza su valori unitari per l'intero corpo sociale internazionale» (v. F. SALERNO, *Idee e significati della codificazione*, cit., pp. 33-34). Il pluralismo di valori che caratterizza la comunità internazionale ha contribuito a dare seguito ai medesimi obiettivi di coerenza e certezza anche a livello regionale (v. C.P. PAMBOUKIS, *Droit international privé holistique*, cit., p. 39 e, con specifico riguardo per l'OHADA, A. CISSÉ, *La pluralité juridique et le droit de l'OHADA*, in G. OTIS (dir.), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, 2012, p. 188 ss.). Così, l'attività di unificazione del diritto privato sostanziale (ma anche del diritto internazionale privato) quando volta all'adozione di strumenti a carattere universale si presenta maggiormente problematica, come nota H. VAN LOON, *The role of international organisations*, cit., p. 169 ss., poiché si tratta di «bridging legal diversity», ad esempio, tra «civil or continental law v. common law», «the law of the USA v. other legal

Permane tuttavia un più generale quesito circa la preferibilità di scelte legislative orientate verso il diritto internazionale privato uniforme, che avrebbero potuto garantire più attenzione per le specificità giuridiche e sociologiche del continente – come l’analfabetismo diffuso, le difficoltà di accesso e comprensione di testi giuridici e le tradizioni giuridiche orali⁴⁸ – attraverso la ricerca della giustizia internazionalprivatistica anziché della giustizia materiale. A titolo esemplificativo, l’analfabetismo e la scarsa consapevolezza del contenuto delle norme giuridiche vigenti (a maggior ragione se si tratta di norme materiali uniformi elaborate nell’ambito di una organizzazione internazionale, come l’OHADA, più ‘lontana’ dai cittadini rispetto agli organi legislativi nazionali), potrebbero indurre a tenere in adeguata considerazione le prassi e le tradizioni locali – anche qualora di natura orale – nell’espletamento di formalità e adempimenti giuridicamente rilevanti.

Si pensi, a titolo esemplificativo, alle disposizioni riguardanti la costituzione e la conduzione di attività commerciali in forma individuale o societaria, che prevedono registrazioni, procedure burocratiche, requisiti formali e costi da sostenere⁴⁹. Il rischio di violazione del diritto OHADA potrebbe essere superato dalla semplificazione di alcuni dei requisiti richiesti, in ossequio alle regole e alle prassi vigenti nei singoli Stati mem-

systems», «religious v. secular law», ma soprattutto tra «legal systems of developed v. developing countries». L’attività dell’Unione europea di ‘ravvicinamento delle legislazioni’ di diritto internazionale privato dei suoi Stati membri è un esempio della possibilità di ottenere rapidi progressi, sia grazie alla natura degli strumenti utilizzati che non necessitano di ratifica (i regolamenti UE), ma soprattutto in ragione della «limited membership and corresponding more limited diversity of PIL rules of the legal systems of its Member States» (H. VAN LOON, *The role of international organisations*, cit., p. 168). Analoghe considerazioni possono essere estese anche al contesto e all’attività dell’OHADA (cfr. S. MANCUSO, *Informal laws and State law*, cit.).

⁴⁷ Ne è prova il tanto prezioso quanto complicato lavoro dell’UNCITRAL nella ricerca di soluzioni armonizzate e uniformi per il diritto materiale del commercio internazionale (v. www.uncitral.un.org), sul quale v. L. SANDRINI, *Protagonisti e modelli di una ricodificazione*, cit., p. 187 ss.

⁴⁸ V., con particolare riguardo per il diritto dei contratti, F. ONANA ETOUNDI, *Formalisme et preuve des obligations contractuelles*, cit., p. 356.

⁴⁹ V., ad esempio, art. 44 ss., *Acte uniforme de droit commercial général*, adottato il 15 dicembre 2010 a Lomé (Togo), pubblicato nella Gazzetta ufficiale OHADA il 15 febbraio 2011 ed entrato in vigore il 15 maggio 2011. Il testo dell’atto è consultabile all’indirizzo www.droit-afrique.com.

bri⁵⁰, giovando allo sviluppo economico e al benessere sociale, soprattutto nel settore della piccola e medio-piccola imprenditoria⁵¹.

Analogamente, anche per quanto riguarda la formazione dei contratti, le regole vigenti negli Stati membri OHADA possono discostarsi notevolmente rispetto al contenuto degli atti uniformi. Infatti, anche se risulta generalmente ammessa la forma orale⁵² e, condivisibilmente, non vengono previsti particolari formalità nella conclusione dei contratti, in realtà esso non riesce a tenere conto di alcune tradizioni giuridiche locali riguardanti, ad esempio, i limiti alla capacità di contrarre o alla trasferibilità di alcuni beni, nonché l'eventuale obbligo di testimoni per la valida conclusione di alcuni tipi di contratto⁵³.

A tali circostanze potrebbe esser data idonea rilevanza attraverso il metodo conflittuale: non a caso, nonostante un certo disinteresse mostrato fino ad oggi⁵⁴, l'adozione di un atto uniforme in tema di diritto internazionale privato è all'ordine del giorno⁵⁵, ed è stata mostrata anche una prima (timida) attenzione nel 2015, inserendo all'interno di un'ampia proposta di atto uniforme sul diritto generale delle obbligazioni uno spe-

⁵⁰ S. MANCUSO, *The integration of informal business law*, cit., p. 113 ss.

⁵¹ Cfr. S. KWEMO, *L'OHADA et le secteur informel : l'exemple du Cameroun*, Bruxelles, 2012, p. 30 ss. e M. FONTAINE, *Law harmonization and local specificities*, cit., p. 58.

⁵² V. ad esempio, l'art. 3 dell'*Acte uniforme relatif au droit du transport de marchandises par route*, adottato il 22 marzo 2003 a Yaoundé, pubblicato nella Gazzetta ufficiale OHADA il 31 luglio 2003 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2004 (disponibile all'indirizzo biblio.ohada.org) e, in relazione al contratto di vendita commerciale, l'art. 240 ss. dell'*Acte uniforme de droit commercial général*, cit.. Sul tema v. diffusamente P.F. OHANDJA, *Le silence et le contrat : la consécration d'un antagonisme par le droit OHADA*, in *Uniform Law Review*, 2020, p. 377 ss.

⁵³ V. S. MANCUSO, *Le droit OHADA vers sa population*, cit., p. 320 ss., che rileva come talvolta la capacità di contrarre sia riservata a soggetti che possiedono determinate qualità personali.

⁵⁴ V. J. MONSENPWO, *Quo vadis, OHADA Private International Law?*, in *Uniform Law Review*, 2021, p. 346 ss., il quale individua la ragione della scarsa priorità data all'uniformazione del diritto internazionale privato da parte dell'OHADA proprio nella sua tecnica di unificazione legislativa, che utilizza atti uniformi direttamente applicabili e prevalenti sul diritto interno. Tuttavia lo stesso Autore nota come questa circostanza non faccia venire meno la necessità di uniformazione delle norme di conflitto.

⁵⁵ V. www.ohada.org. Nel 2020 l'OHADA ha affidato l'incarico per la preparazione di un *Uniform Act of Private International Law*, concernente i conflitti di leggi, di giurisdizione e la circolazione degli atti: v. eapil.org e J. MONSENPWO, *Quo vadis, OHADA Private International Law?*, cit., p. 363 ss.

cifico Titolo (Tit. IV) dedicato ai conflitti di leggi in materia di obbligazioni contrattuali e extracontrattuali⁵⁶.

La struttura di questo Titolo è tripartita: una prima parte riguarda disposizioni generali (chap. 1, artt. da 566 a 574), una seconda è dedicata alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e extracontrattuali (chap. 2, artt. da 575 a 601) ed una terza concerne questioni specifiche selezionate, come la legge applicabile alle misure esecutive, ai pagamenti, alla compensazione, alla surrogazione e alla cessione dei crediti, all'azione di rivalsa verso i condebitori e alle prove. In questa sede basti notare come l'impostazione seguita non si discosti affatto da quella dei Regolamenti UE Roma I⁵⁷ e Roma II⁵⁸ sulla legge applicabile alle obbligazioni, rispettivamente, contrattuali e non contrattuali.

Al riguardo, vale la pena sottolineare la corrispondenza nelle esclusioni dal campo di applicazione, nella formulazione delle disposizioni sulle norme di applicazione necessaria (art. 568 della proposta, art. 9 Roma I, art. 16 Roma II), sull'ordine pubblico (art. 569 della proposta, art. 21 Roma I, art. 26 Roma II), sull'esclusione del rinvio oltre e del rinvio indietro (art. 570, art. 20 Roma I, art. 24 Roma II), nonché sul carattere universale, che apre all'applicazione della legge di Stati terzi ove richiamata dai criteri del Tit. IV, proprio come previsto dall'art. 2 del Regolamento Roma I e dall'art. 3 del Regolamento Roma II⁵⁹.

Per la definizione della nozione di 'residenza abituale' di società, associazioni e persone giuridiche la tecnica proposta è la stessa utilizzata dai Regolamenti Roma I e Roma II, che la qualificano in via autonoma, riferendola al luogo in cui si trova l'amministrazione centrale⁶⁰.

⁵⁶ V. Tit. IV, 'Les conflits de lois en matière d'obligations', del *Projet de Texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA*, cit.

⁵⁷ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

⁵⁸ Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II).

⁵⁹ Analogamente dicasi per la prevalenza sulle Convenzioni internazionali in vigore per gli Stati OHADA (art. 572 del Tit. IV), come previsto anche dall'art. 25 del Regolamento Roma I e dall'art. 28 del Regolamento Roma II.

⁶⁰ Nel caso di obbligazioni contrattuali, se il contratto è stato concluso nel quadro dell'esercizio di una filiale, di un'agenzia o di un altro stabilimento o la prestazione deve essere fornita da tale struttura, si ritiene sussistere la 'residenza abituale' nel luogo in cui è ubicata quest'ultima. Quanto alle obbligazioni extracontrattuali, specularmente l'art. 574.3 della proposta trova corrispondenza con l'art. 23 del Regolamento Roma II nel prevedere che se il fatto generatore di un danno si è verificato o il danno è insorto durante l'esercizio

Identica corrispondenza con il Regolamento Roma I – anche in riferimento ai termini utilizzati – si rileva altresì nell’indicazione dei criteri di collegamento in materia contrattuale. Infatti, il Tit. IV della proposta ricalca la priorità attribuita all’autonomia delle parti nella scelta della legge regolatrice del contratto, prevedendo criteri di collegamento, in mancanza di tale scelta, per specifiche figure contrattuali: trattasi, ad esempio, del luogo di residenza abituale del venditore, del prestatore di servizi o, in caso di contratto non qualificabile tra quelli elencati nel testo normativo, del soggetto che eroga la ‘prestazione caratteristica’, definita come «l’obligation fondamentale du contrat dont l’exécution réalise l’effet contractuellement poursuivi par les parties» (art. 576(2).2). Tali criteri operano, proprio come disposto nel Regolamento Roma I, salvo che il contratto presenti collegamenti manifestamente più stretti, risultanti dalle circostanze del caso, con un diverso Stato⁶¹.

L’adozione di criteri analoghi a quelli del Regolamento Roma I e Roma II nel sistema OHADA porterebbe alcuni indubbi benefici. Anzitutto gli Stati OHADA potrebbero approfittare di norme di conflitto il cui funzionamento si è già mostrato affidabile rispetto alle finalità perseguite dall’Unione e al bilanciamento degli interessi in gioco. Questa circostanza sicuramente gioverebbe alla fiducia degli investitori e degli operatori commerciali internazionali, che farebbero affidamento su un sistema già ampiamente conosciuto e linguisticamente accessibile senza difficoltà.

Inoltre, anche gli operatori del diritto si troverebbero nella condizione di poter sfruttare delle regole di pronta applicazione, su cui la giurisprudenza europea potrebbe essere di grande aiuto, specialmente nella soluzione di problemi e questioni che si sono già presentate ai giudici dell’Unione e dei suoi Stati membri⁶².

dell’attività di una filiale, di un’agenzia o di qualunque altra sede di attività, la ‘residenza abituale’ è considerata sussistere nel luogo in cui è ubicata tale sede.

⁶¹ Corrispondente con il Regolamento Roma I è altresì la previsione di specifici criteri per il contratto trasporto e per il regime protettivo della parte debole nei contratti conclusi dai consumatori, nei contratti di assicurazione e nei contratti di lavoro, nonché per le disposizioni sul consenso e la validità formale (art. 583, art. 11 Roma I) e sulla validità sostanziale (Art. 582, art. 10 Roma I). Corrispondenza si rileva anche, in riferimento alle disposizioni del Regolamento Roma II, con gli articoli da 587 a 601 del Tit. IV della proposta, ad eccezione della *culpa in contrahendo*, che pur essendo regolata secondo gli stessi criteri di collegamento (*lex contractus*), nella proposta è stata inserita nella sezione sulla materia contrattuale e non in quella sulla responsabilità extracontrattuale.

⁶² D’altro canto, la ricerca del soddisfacimento dell’interesse degli operatori giudici specializzati di diritto internazionale privato, diritto del commercio internazionale e diritto in-

Tuttavia, più di una perplessità suscita l'adesione alla medesima impostazione dei regolamenti UE, senza tenere conto della circostanza che essi sono stati disegnati per perseguire esigenze in parte diverse rispetto a quelle dell'OHADA, in un contesto sociale, politico e giuridico differente e con interessi da tenere in considerazione di differente conformazione⁶³.

4.1. Criteri per l'elaborazione di norme di conflitto uniformi

Alla luce dell'attuale mancanza di uno strumento di diritto internazionale privato uniforme, permangono problemi internazionalprivatistici che interessano la coesistenza del diritto uniforme OHADA con il diritto internazionale privato degli Stati membri, ma anche con il diritto di Stati terzi o con il diritto di altre organizzazioni internazionali di cui sono membri gli Stati OHADA. La necessità di coordinamento non può essere messa in secondo piano per non vanificare gli sforzi per raggiungere la certezza del diritto e le conseguenti positive ricadute economiche.

In una prospettiva *de iure condito*, occorre tenere presente che in molti casi il diritto sostanziale uniforme OHADA può trovare applicazione dinanzi ai giudici statali o arbitrali sul presupposto che sia applicabile il diritto di uno degli Stati OHADA in forza delle norme di conflitto applicabili, vale a dire quelle degli Stati membri OHADA⁶⁴. In assenza di un prevalente atto uniforme sui conflitti di leggi⁶⁵, è quindi il diritto internazionale privato degli Stati a determinare l'applicabilità del diritto sostanziale

ternazionale dell'economia, i quali prediligono l'applicazione, anche in sede arbitrale, di regole semplici, conosciute e accettate dalle parti in causa (come accade nei contenziosi relativi ai grandi progetti commerciali), presenta controindicazioni per gli operatori giuridici e per gli interpreti del diritto locali non specializzati. Si pensi, ad esempio, alle difficoltà in cui potrebbero incorrere i tribunali indigeni rimasti operativi anche a seguito della decolonizzazione, così come le altre corti locali, nell'applicare il diritto uniforme con prevalenza sul diritto nazionale e locale. Peraltro, durante il periodo della colonizzazione gli Stati europei hanno esportato il proprio diritto soltanto in alcuni settori, mantenendo in altri le regole locali, applicate proprio da giudici locali (cfr. S. ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, I, Roma, 1918, p. 22 ss.; E. CUCINOTTA, *Istituzioni di diritto coloniale italiano*, Roma, 1938, p. 6 ss.; R. QUADRI, *Manuale di diritto coloniale*, cit., pp. 2-3), anche in quanto più esperti nelle specificità, nei costumi e nelle tradizioni giuridiche autoctone.

⁶³ Per un inquadramento generale, anche sotto il profilo del diritto comparato, v. D. BONILLA MALDONADO, *Legal Barbarians. Identity, Modern Comparative Law and the Global South*, Cambridge, 2021, p. 2 ss.

⁶⁴ V. G. NGOUMTSA ANOU, *Droit OHADA et conflits de lois*, Paris, 2013, p. 27 ss.

⁶⁵ V. *supra*, par. 2.

dell'OHADA⁶⁶, che entra a far parte del diritto nazionale dei suoi Stati membri⁶⁷.

Il diritto internazionale privato degli Stati OHADA assume rilevanza, in primo luogo, nelle situazioni transfrontaliere che coinvolgono gli ordinamenti di due o più Stati OHADA: la necessità di designare la legge applicabile persiste nonostante l'esistenza del diritto materiale uniforme comune, in particolare perché esso non possiede ancora ampiezza e profondità tali da poter essere considerato completo ed autosufficiente⁶⁸. Il rinvio al diritto applicabile in questo caso serve sicuramente ad integrare il diritto uniforme, senza escludere eventuali rinvii espliciti al diritto nazionale⁶⁹.

L'importanza delle norme di conflitto nazionali è acuita nelle fattispecie transfrontaliere che interessano ordinamenti di Stati terzi rispetto all'Organizzazione. In tal caso, ferma la necessità di stabilire l'eventuale sussistenza di norme di applicazione necessaria negli atti uniformi OHADA e nel diritto sostanziale nazionale, il diritto internazionale privato dei vari Stati potrebbe condurre o meno all'applicazione del diritto di uno Stato terzo, frustrando l'intento di applicazione generalizzata, armonizzata e uniforme del diritto materiale OHADA – e soprattutto la sua prevedibilità – restringendone o ampliandone il campo di applicazione in funzione degli specifici criteri di collegamento previsti dalle norme di conflitto nazionali⁷⁰.

Per raggiungere pienamente le finalità proprie dell'organizzazione occorre quindi che anche il diritto internazionale privato trovi spazio in un

⁶⁶ Sulle criticità del ricorso al diritto internazionale privato degli Stati membri v. P. MEYER, *Le droit OHADA et le droit international privé : les règles d'applicabilité du droit uniforme*, in *Uniform Law Review*, 2018, p. 120 ss.

⁶⁷ V. *supra*, par. 2. Nonostante la necessità di un atto uniforme sui conflitti di legge, il ricorso ai principi generali, sostanziali e processuali degli ordinamenti nazionali continuerà a mantenere la sua utilità fintantoché il diritto nazionale uniforme dell'OHADA non avrà raggiunto maggiore ampiezza e profondità normativa.

⁶⁸ G. NGOUMTSA ANOU, *Droit OHADA et conflits de lois*, cit., p. 39 ss.

⁶⁹ Cfr. E. JAYME, *Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 177, 1982, p. 53 ss. Con specifico riguardo per il sistema OHADA v. ancora G. NGOUMTSA ANOU, *Droit OHADA et conflits de lois*, cit., p. 82.

⁷⁰ Meno problematiche appaiono le situazioni in cui gli elementi transfrontalieri si risolvono all'interno del territorio degli Stati membri OHADA, poiché il diritto OHADA si applica indistintamente in tutti gli ordinamenti di questi. Pertanto, le norme di conflitto nazionali non inciderebbero sulla sua applicazione, anche se il rinvio resta comunque uno strumento necessario per designare l'ordinamento statale le cui norme integreranno quelle materiali del diritto OHADA.

atto uniforme, non solo per rendere più prevedibile l'applicazione del diritto OHADA, ma anche per evitare che il diritto internazionale privato nazionale influisca sulla sua applicazione nelle situazioni transfrontaliere con Stati terzi⁷¹.

Tuttavia, si presentano aspetti problematici a questo riguardo che dovranno essere necessariamente affrontati. Essi riguardano, in particolare, l'individuazione (*i*) delle materie che sono maggiormente idonee ad essere incluse in un atto uniforme sui conflitti di leggi e (*ii*) dei criteri di collegamento più appropriati per designare la legge applicabile ai rapporti in questione.

(*i*) Quanto alla prima questione occorre tenere in considerazione che le finalità dell'organizzazione sono incentrate su aspetti commerciali: pertanto la materia delle obbligazioni e dei contratti deve essere sicuramente collocata tra quelle meritevoli di priorità legislativa, così come la materia delle società e delle persone giuridiche. L'adozione di atti uniformi relativi a queste materie non fa venire meno la necessità di introdurre norme di conflitto uniformi. Invero, il fatto che esse siano state già oggetto di appositi atti uniformi di diritto materiale⁷², ancorché limitatamente ad alcuni aspetti ed alcuni istituti, conferma la loro crucialità per il raggiungimento delle finalità statutarie dell'OHADA e non esclude affatto l'esigenza di introduzione di regole per la designazione della legge applicabile alle fattispecie transfrontaliere⁷³. A questo proposito, benché auspicabili nei settori più rilevanti, sforzi di favorire la ratifica di strumenti di diritto internazionale materiale, come la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci del 1980⁷⁴, non potrebbero condurre ai medesimi risultati raggiungibili attraverso gli atti uniformi. Questi ultimi, infatti, non limitano la propria applicabilità alle sole fattispecie transfrontaliere (come nel caso della Convenzione di Vienna), ma si applicano anche ai rapporti interni con prevalenza sul diritto statale, che viene abrogato⁷⁵.

⁷¹ V. G. NGOUMTSA ANOU, *Droit OHADA et conflits de lois*, cit., p. 29 ss.

⁷² V. *supra*, par. 2-3.

⁷³ Peraltro, abbiamo già notato come la materia delle obbligazioni sia già stata oggetto di una prima proposta di disciplina di diritto internazionale privato (v. *supra*, par. 4), a conferma dell'idoneità di quest'ultima ad essere regolata anche in riferimento agli aspetti di diritto internazionale privato.

⁷⁴ La Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti di vendita internazionale di merci del 1980, cit., è in vigore, tra i 17 Stati OHADA, soltanto per Benin, Camerun, Congo, Gabon e Guinea (v. uncitral.un.org).

⁷⁵ V. *supra*, par. 2.

(ii) Sulla scelta dei criteri di collegamento più idonei per un atto uniforme di diritto internazionale privato si ripropongono alcune tradizionali questioni su cui la dottrina si è diffusamente e variamente espressa nel corso dei decenni e che non possono essere affrontate in questa sede⁷⁶. Sembra comunque utile notare come le finalità marcatamente commerciali dell'OHADA impongano di rivalutare l'utilizzo dei criteri di collegamento prescelti dal legislatore dell'Unione⁷⁷, dovendosi piuttosto tenere conto delle differenti tradizioni giuridiche e di considerazioni di carattere sociale, politico ed economico. Ad esempio, la preferenza mostrata dal legislatore dell'Unione europea per il criterio della residenza abituale nelle obbligazioni contrattuali potrebbe essere rimessa in discussione, riconoscendo l'opportunità di coesistenza con altri criteri, come quello manciiano della cittadinanza⁷⁸, anche in ragione del fatto che il diritto commerciale e societario non si occupa soltanto di rapporti tra professionisti o tra imprese, ma include aspetti che incidono su problemi fondamentali della vita delle persone e delle loro relazioni sociali.

Il problema non può essere liquidato semplicemente esprimendo la preferenza per il criterio della residenza, elencandone i vantaggi, specialmente quelli legati alla liberalizzazione del commercio, in cui gli individui, le merci, i servizi e i capitali si spostano per esigenze di natura economica⁷⁹. Dietro al richiamo alla legge nazionale vengono infatti affermati valori sociali, spirituali e culturali, legati a consuetudini di vita, di cui non possono essere privati gli individui⁸⁰.

⁷⁶ V. ad esempio le considerazioni H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956, p. 228 ss.; L.I. DE WINTER, *Nationality of domicile? The present state of affairs*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 128, 1969, p. 357 ss. e, più di recente, P. FRANZINA, *The Evolving Role of Nationality in Private International Law*, in A. ANNONI, S. FORLATI (eds.), *The Changing Role of Nationality in International Law*, London-New York, 2013, p. 193 ss.

⁷⁷ V. *supra*, par. 4.

⁷⁸ Sul pensiero di Pasquale Stanislao Mancini circa il criterio della cittadinanza v. E. JAYME, *Pasquale Stanislao Mancini. Il diritto internazionale privato tra Risorgimento e attività forense* (trad. A. Ruini), Padova, Cedam, 1988, p. 27 ss.; F. MOSCONI, *Sul criterio della cittadinanza: da Mancini ai giorni nostri*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 634 ss.; B. ANCEL, *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, 2017, p. 440 ss.

⁷⁹ Cfr. P. FRANZINA, *The Evolving Role of Nationality in Private International Law*, cit., p. 195 ss.

⁸⁰ Il criterio della cittadinanza non ha mai perso del tutto il suo valore, sulla base dell'assunto che l'applicazione generalizzata ed indistinta del criterio della residenza potrebbe produrre un annullamento dei valori identitari e del substrato socioculturale, pre-

Va ammesso che la preferenza per un criterio è sempre dettata da obiettivi. Se si pensa al caso del diritto internazionale privato italiano, si nota come la preferenza per il criterio della cittadinanza – soprattutto per materie come lo statuto personale, la filiazione, il matrimonio, le successioni, le questioni familiari – fosse giustificato dall’obiettivo generale di mantenere vivi i legami con gli Italiani all’estero, senza che fosse ipotizzabile la moltiplicazione delle leggi straniere applicabili dinanzi al giudice italiano a seguito dell’intensificazione dei flussi migratori verso l’Italia⁸¹.

L’utilizzo del criterio della residenza può agevolare l’integrazione, ad esempio, nei casi in cui un soggetto risieda nel territorio dello Stato del giudice, con maggiore comodità pratica anche in ragione della corrispondenza tra *forum* e *ius*. D’altro canto, questa scelta imporrebbe di rinunciare ai riferimenti culturali e sociali racchiusi nella legge nazionale, anche in materie fortemente connotate da questi ultimi⁸².

Il criterio della cittadinanza, in questa prospettiva, potrebbe favorire l’applicazione di leggi straniere, aprendo al multiculturalismo ma rischiando di incorrere in interferenze quando i valori in questione sono fortemente lontani da quelli del giudice, costringendolo a valutare il ricorso al limite dell’ordine pubblico.

cludendo la considerazione di legislazioni, prassi e tradizioni giuridiche locali dello Stato nazionale. Come sottolineato da L. MARI, *Del residente abituale e del cittadino. Divagazioni intorno alla ‘coscienza della nazionalità’*, in *Le droit à l’épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l’honneur du Professeur Bertrand Ancel*, Paris-Madrid, 2018, p. 1167 ss., la cittadinanza assume significato nella dimensione territoriale, che include la componente culturale incorporatrice di comuni valori identitari. La cittadinanza, così orientata verso aspetti fondamentali, che definiscono l’identità della persona, si disvela come un criterio irrinunciabile «quando il diritto internazionale privato si misura con i valori che informano tipicamente una comunità (...) dettati da e per chi è membro della comunità» (ivi, p. 1175). Su questo aspetto v. anche F. MOSCONI, *Qualche interrogativo in tema di uniformità internazionale delle soluzioni e criterio della cittadinanza*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1999, p. 421 ss. e P. FRANZINA, *The Evolving Role of Nationality in Private International Law*, cit., p. 197 ss.

⁸¹ V. U. VILLANI, *Obiettivi e strumenti di codificazione nel diritto internazionale e nel diritto dell’Unione europea*, in A. ANNONI, S. FORLATI, F. SALERNO (a cura di), *La codificazione*, cit., pp. 25-26, il quale sottolinea la necessità di un ripensamento dell’utilizzo generalizzato del criterio della cittadinanza nel diritto internazionale privato italiano, in favore del criterio della residenza, maggiormente idoneo ad evitare la separazione e la chiusura dei singoli gruppi etnici presenti sul territorio italiano derivante dall’applicazione a ciascuno della propria legge nazionale. D’altra parte, lo stesso Autore rileva la necessità di individuare una «modalità flessibile» di coesistenza della promozione dell’integrazione insita nel criterio della residenza con il rispetto del multiculturalismo difeso dal criterio della cittadinanza. Sul punto v. ancora L. MARI, *Del residente abituale e del cittadino*, cit., pp. 1178-1179.

⁸² Cfr. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, cit., p. 198 ss.

5. Riflessioni conclusive

L'attività di armonizzazione giuridica dell'OHADA attraverso atti uniformi è stata finora condotta con ritmo costante e senza gravi difficoltà, anche grazie alle tradizioni giuridiche condivise dai suoi Stati membri, per larghi tratti frutto del periodo di colonizzazione francese: l'utilizzo negli ordinamenti nazionali di categorie giuridiche, istituti e nozioni civilistiche simili ha consentito, fino ad oggi, di superare agevolmente gli ostacoli del percorso di uniformazione del diritto del commercio.

Riconoscendo priorità al diritto materiale uniforme, sostanzialmente per ragioni di sviluppo economico, l'OHADA ha saputo apportare benefici ai suoi Stati membri, come si evince anche dalla crescente importanza assunta nel continente africano e alla tendenza all'allargamento⁸³.

Tuttavia, se tali ambizioni di crescita ed espansione⁸⁴, con incremento dei vantaggi sul piano commerciale e degli investimenti, vorranno essere soddisfatte, l'OHADA non potrà prescindere dall'uniformazione del diritto internazionale privato per superare le differenze tra gli ordinamenti nazionali.

Solo attraverso la consapevolezza della complementarità tra diritto materiale uniforme e diritto internazionale privato uniforme, l'OHADA potrà diventare un modello⁸⁵: si renderanno necessarie valutazioni sui singoli settori per stabilire quali si prestano maggiormente ad essere regolati con il diritto materiale uniforme ovvero mediante il ricorso alle (future) norme di conflitto comuni. Tali scelte dovranno sicuramente essere basate su valutazioni collettive, da effettuare nell'ambito degli organi decisionali e legislativi dell'OHADA⁸⁶, tenendo conto di ragioni di efficienza del sistema e bilanciamento tra esigenze economiche e possibilità di sacrificio di valori identitari. Valutare le specificità locali è indispensabile per slegarsi dalle influenze e dalle logiche di 'sfruttamento', affermando propri

⁸³ Cfr. C. MANGA FOMBAD, *Some Reflections on the Prospects for the Harmonization*, cit., p. 68 ss.

⁸⁴ Sulle quali v. www.ohada.org/presentation-generale.

⁸⁵ Cfr. P. MEYER, *The Harmonisation of Contract Law*, cit., pp. 402-403.

⁸⁶ Il procedimento legislativo di approvazione degli atti uniformi (v. *supra* par. 2), sembra consentire, infatti, un'adeguata partecipazione degli Stati membri. Questi dovrebbero continuare a sfruttare tale sede per far valere le specificità locali e nazionali, senza subire passivamente l'esito legislativo e senza temere l'adozione di soluzioni meno gradite al mondo del commercio e degli investimenti, tenendo in considerazione le problematiche di applicazione che devono affrontare gli operatori giuridici.

valori e cultura giuridica⁸⁷, senza rinunciarvi nell'esclusiva ricerca di interessi puramente commerciali, ancorché comunque necessari al progresso e allo sviluppo economico.

Il settore del commercio internazionale si mostra quindi particolarmente indicato per comprendere e riaffermare la complementarità tra regole di diritto materiale uniforme, utili per la certezza del diritto e per la fiducia di investitori e operatori commerciali⁸⁸, e norme di diritto internazionale privato, più idonee a rispettare e tener conto delle peculiarità – non solo giuridiche – degli ordinamenti nazionali e dei destinatari delle norme giuridiche.

Stabilire un quadro normativo armonico, come affermato nel Trattato istitutivo dell'OHADA, presuppone la considerazione delle diversità e non la loro eliminazione.

⁸⁷ Cfr. D. BONILLA MALDONADO, *Legal Barbarians*, cit., p. 29 ss.

⁸⁸ Non a caso, anche in Europa, infatti, è stata promossa una codificazione in materia di diritto commerciale avviata nel 2017 dall'*Association Henri Capitant*, con il supporto della *Fondation pour le droit continental*, volta all'adozione di uno '*European Business Code*' a livello UE applicabile a tutti gli Stati membri: v. www.henricapitant.org

Il Comitato giuridico interamericano e la posizione dell'America Latina nella costruzione del diritto internazionale

BERNARDO MAGESTE CASTELAR CAMPOS*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il Comitato e l'adesione dell'America Latina al diritto internazionale. – 3. Contestazione del diritto internazionale. – 3.1. La 'dottrina americana sulla responsabilità'. – 3.2. Esistenza e formazione della consuetudine regionale. – 4. Forme di influenza rispetto al diritto internazionale. – 5. Conclusioni.

ABSTRACT: Il contributo intende individuare le peculiarità del rapporto tra l'America Latina e il diritto internazionale generale mediante l'analisi del lavoro del Comitato giuridico interamericano, organo dell'Organizzazione degli Stati americani che ha tra i suoi obiettivi la codificazione e lo sviluppo progressivo del diritto internazionale. Il contributo evidenzia che la creazione e il metodo di lavoro del Comitato mostrano che l'America Latina intende il suo approccio al diritto internazionale più come una forma di appartenenza che come un rapporto conflittuale. Questa adesione, tuttavia, non impedisce di osservare alcune manifestazioni di contestazione rispetto a certe concezioni del diritto internazionale contrarie agli interessi dei paesi della regione. Inoltre, si possono osservare tentativi del Comitato di influenzare lo sviluppo del diritto internazionale attraverso il suo rapporto con la Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite, in particolare nel fornire una visione regionale su un dato argomento analizzato dalla stessa.

PAROLE-CHIAVE: Comitato giuridico interamericano – *Global South* – regionalismo – diritto consuetudinario regionale – responsabilità degli Stati – codificazione del diritto internazionale – sviluppo progressivo del diritto internazionale.

* Assegnista di ricerca in diritto internazionale, Università degli Studi di Milano-Bicocca, bernardo.magestecastelarcampos@unimib.it.

1. Introduzione

Il termine *Global South* adottato da parte della dottrina ha il vantaggio di individuare un movimento controegemonico dei paesi emarginati nei processi decisionali del potere e nello sviluppo del diritto internazionale¹. Tuttavia, tale espressione comporta il rischio di omogeneizzare situazioni e contesti diversi dei paesi in via di sviluppo o sottosviluppati. L'uso del termine per designare un movimento essenzialmente critico può essere particolarmente inaccurato se applicato al contesto dei rapporti tra l'America Latina e altre regioni, poiché, pur riconoscendo le sue differenze e particolarità, l'America Latina non si vede esattamente in opposizione a un 'Nord globale'².

Il presente contributo intende individuare le particolarità del rapporto tra l'America Latina e il diritto internazionale 'egemonico' mediante l'analisi del lavoro del Comitato giuridico interamericano (CGI), organo dell'Organizzazione degli Stati americani (OSA), che ha tra i suoi obiettivi la codificazione e lo sviluppo progressivo del diritto internazionale. Si parte dall'osservazione che, pur rappresentando tutti i 35 Stati membri dell'OSA, compresi gli Stati Uniti, il Comitato potrebbe essere considerato come espressione della coscienza *latino-americana* piuttosto che interamericana. Questa ipotesi trova riscontro nella storia del Comitato e si spiega attraverso il suo metodo di lavoro e la sua composizione che favorisce la posizione dei paesi dell'America Latina³. Come si analizzerà in questo contributo, ciò non impedisce l'insorgere di divergenze interne tra l'organo e gli Stati Uniti⁴.

¹ B. RAJAGOPAL, *International Law and Its Discontents: Rethinking the Global South*, in *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, 2012, p. 176 ss.

² P. PALOMINO, *On the Disadvantages of "Global South" for Latin American Studies*, in *Journal of World Philosophies*, 2019, p. 22 ss.; J. LUIS RODRIGUEZ, C. THORNTON, *The liberal international order and the global south: a view from Latin America*, in *Cambridge Review of International Affairs*, 2022, p. 626 ss.

³ F. MILLICAY, *Inter-American Juridical Committee*, in R. WOLFRUM (a cura di) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online edition), Oxford, 2011, par. 20; A.A. CANÇADO TRINDADE, *The Contribution of Latin American Legal Doctrine to the Progressive Development of International Law*, in *Recueil des cours*, The Hague, 2015, p. 56.

⁴ In particolare, tali divergenze emergono nelle discussioni riguardanti la creazione della 'dottrina americana sulla responsabilità' del 1962 (analizzata nel par. 3 del presente scritto), nei lavori concernenti il principio di non intervento che menzionano casi di intervento degli Stati Uniti in paesi dell'America Latina (1959, 1965 e 1974), nella condanna del 'colonialismo in America in relazione al Canale di Panama' del 1975, e nel parere giuridico sulla sentenza *Álvarez Machain* della Corte Suprema degli Stati Uniti (1992).

Sarà evidenziato che la creazione e il metodo di lavoro del Comitato possono mostrare che l'America Latina intende il suo approccio al diritto internazionale più come una forma di appartenenza che come un rapporto conflittuale (par. 2). Questa adesione, tuttavia, non impedisce di osservare alcune manifestazioni di contestazione relative a talune concezioni del diritto internazionale percepite come contrarie agli interessi dei paesi della regione (par. 3). Inoltre, si possono osservare tentativi del Comitato di influenzare lo sviluppo del diritto internazionale attraverso il suo rapporto con la Commissione del diritto internazionale (CDI) delle Nazioni Unite, fornendo una visione regionale su un dato argomento analizzato dalla stessa (par. 4).

2. Il Comitato e l'adesione dell'America Latina al diritto internazionale

La creazione del Comitato giuridico interamericano è legata al modo in cui i paesi dell'America vedevano il proprio ruolo rispetto al mondo esterno. Le origini dirette del CGI si trovano nel Comitato interamericano di neutralità, organo creato nel 1939 dagli Stati americani per elaborare una politica regionale di neutralità di fronte al conflitto europeo percepito come esterno a loro⁵. Nel 1942 l'organo si trasforma nel Comitato giuridico interamericano e acquisisce un carattere permanente e delle funzioni specifiche, quali lo studio dei problemi giuridici che la guerra ha causato alle repubbliche americane e la raccolta delle richieste di risarcimento per danni di guerra subiti⁶.

Il CGI fu inserito nella struttura dell'Organizzazione degli Stati americani dalla Carta di Bogotà del 1948 e divenne uno degli organi principali dell'Organizzazione nel 1967. La Carta di Bogotà stabilisce che il CGI «rappresenta tutti gli Stati membri dell'Organizzazione e gode della più ampia autonomia tecnica» (art. 102) e che è composto da undici giuristi, cittadini degli Stati membri, eletti dall'Assemblea Generale dell'OSA per un periodo di quattro anni tenendo conto «per quanto possibile, di un'equa rappresentanza geografica» (art. 101).

⁵ Primera Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, *Resolución VI (Declaración general de neutralidad de las Repúblicas americanas)*, 1939, par. 5; R. RIBEIRO, *A Contribuição da Comissão Jurídica Interamericana ao Desenvolvimento e Codificação do Direito Internacional*, in *XVI Curso de Derecho Internacional*, 1991, p. 157.

⁶ Tercera Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, *Resolución XXVI (Comité Jurídico Interamericano)*, 1942, par. 6.

L'aumento del numero dei membri del Comitato da sette a undici e la concessione di un'ampia autonomia tecnica hanno permesso all'organo di riflettere ampiamente le aspirazioni della maggioranza latino-americana, anche se tra i suoi membri figurano gli Stati Uniti e spesso altri paesi del continente di tradizione anglosassone. Il carattere prevalentemente latino-americano dell'organo è facilitato dal fatto che studi, raccomandazioni e pareri del Comitato sono approvati con il voto favorevole di sei dei suoi undici membri.⁷ In ogni caso, la possibilità di esprimere voti dissidenti è assicurata⁸, e il Comitato spesso tiene conto, nei suoi lavori, delle divergenze di opinione tra le sottoregioni del continente.

Il Comitato riflette la posizione ambigua degli Stati latinoamericani rispetto all'egemonia degli Stati Uniti. Se, da un lato, i paesi dell'America Latina hanno storicamente sostenuto il progetto egemonico nordamericano rappresentato dalla dottrina Monroe, dall'altro, nei primi decenni del XX secolo sono emerse critiche all'interventismo statunitense, manifestate nello sviluppo del progetto istituzionale dell'OSA⁹. Come verrà analizzato, tali critiche possono essere osservate in alcuni lavori del Comitato.

Tre funzioni principali sono affidate al Comitato dalla Carta di Bogotà. Lo scopo principale del Comitato è quello di «servire l'Organizzazione come organo consultivo su questioni giuridiche», e, in questo senso, svolgere «gli studi e i lavori preparatori affidatigli dall'Assemblea generale, dalla Riunione di consultazione dei ministri degli affari esteri o dai Consigli dell'Organizzazione» (art. 100). Sebbene la Carta assegni un ruolo prevalentemente consultivo all'organo, questo viene raramente messo in pratica¹⁰. Le due altre funzioni del Comitato sono più autonome: quella di «promuovere lo sviluppo progressivo e la codificazione del diritto internazionale» e di «studiare i problemi giuridici relativi all'integrazione dei paesi in via di sviluppo dell'emisfero e, per quanto possa apparire auspicabile, la possibilità di raggiungere l'uniformità nella loro legislazione». A

⁷ Organizzazione degli Stati americani, *Statuto del Comitato giuridico interamericano*, OEA/Ser.Q/I rev. 3, 2021, art. 27.

⁸ *Ibidem*.

⁹ J. SCARFI, *The Latin American politics in international law: Latin American countries' engagements with international law and their contradictory impact on the liberal international order*, in *Cambridge Review of International Affairs*, 2022, p. 662 ss.

¹⁰ Secondo uno studio effettuato dallo stesso Comitato nel 2010, ciò sarebbe dovuto, *inter alia*, alla mancanza di chiarezza sulle funzioni del Comitato e alla scarsa diffusione del suo lavoro; si veda Comitato giuridico interamericano, *Strengthening the Consultative Function of the Inter-American Juridical Committee*, CJI/doc.340/09 del 24 marzo 2010, p. 11.

tal fine il Comitato può «intraprendere di propria iniziativa gli studi e i lavori preparatori che ritiene opportuni e proporre lo svolgimento di conferenze giuridiche specializzate» (art. 100). Quest'ultima funzione è quella più legata allo sviluppo del diritto internazionale privato e si manifesta soprattutto nell'elaborazione di leggi modello¹¹.

Tuttavia, è la funzione di «promuovere lo sviluppo progressivo e la codificazione del diritto internazionale» quella che meglio evidenzia l'adesione degli Stati latino-americani al diritto internazionale. Sin dalla loro indipendenza, le repubbliche americane hanno aderito al diritto internazionale pur riconoscendone il carattere prevalentemente 'estraneo'¹². Come osservato in altre parti del mondo, il diritto internazionale era ritenuto utile dalle *élite* locali nel progetto di costruzione delle nazioni americane, che lo utilizzavano per legittimarsi ed essere riconosciute come parte della comunità delle 'nazioni civili', precedentemente identificata esclusivamente con il contesto europeo¹³.

Questa adesione è confermata dal fatto che l'art. 99 della Carta non limita la funzione del Comitato alla codificazione e allo sviluppo progressivo del diritto internazionale *nella sua dimensione regionale*, ma adotta, invece, una concezione più universalista del lavoro del Comitato e delle regole a cui si sono vincolati i paesi americani.

La concezione della funzione del Comitato si allontana dall'idea di un «diritto internazionale americano» proposta del giurista cileno Alejandro Álvarez all'inizio del XX secolo. Secondo Álvarez, le circostanze e i problemi specifici dei paesi americani avrebbero dato origine a principi e regole peculiari del continente e diversi da quelli applicati nei paesi europei, come le norme sulla nazionalità e il principio dell'*uti possidetis*. Tali principi avrebbero giustificato il riconoscimento dell'esistenza di un diritto in-

¹¹ Tra i lavori su quest'area recentemente adottati dal Comitato ci sono la *Legge modello sulla società semplificata* del 2013 e le *Raccomandazioni per l'adozione della legislazione nazionale sulla regolamentazione dei fuochi d'artificio e degli articoli pirotecnici nelle Americhe* del 2021.

¹² J.M. YEPES, *La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé*, in *Recueil des cours*, The Hague, 1930, p. 698.

¹³ Sull'emergere di questa «coscienza giuridica creola» nei primi decenni dell'Ottocento, v. L. OBREGÓN, *Latin American international law*, in D. ARMSTRONG (a cura di), *Routledge Handbook of International Law*, London, 2019, p. 154 ss.

ternazionale americano autonomo, benché non contrario al diritto internazionale generale di origine europea¹⁴.

Ciò non significa, tuttavia, che la dimensione regionale sia esclusa dai lavori del Comitato. Al contrario, essa permea il lavoro dell'organo nella discussione di questioni o problemi di interesse per gli Stati americani ed è importante nel determinare il modo in cui l'organo cerca di influenzare lo sviluppo del diritto internazionale, come si vedrà nel par. 4.

3. Esempi di contestazione del diritto internazionale

Anche se il rapporto dell'America Latina con il diritto internazionale si caratterizza innanzitutto come un rapporto di adesione, gli interessi comuni dei paesi del subcontinente spesso si scontrano con altri interessi esterni. Queste divergenze si riflettono nell'operato del CGI che, pur riconoscendo e condividendo una concezione universalista del diritto internazionale, eccezionalmente rivela nel suo lavoro alcuni segnali di disaccordo. Queste occasionali critiche non si riferiscono alla struttura del diritto internazionale, ma alle interpretazioni delle sue regole. In questo modo, si rivela non un'opposizione al diritto internazionale, ma il tentativo di fare riferimento alle specificità dell'America Latina. Due aspetti, uno storico e uno più recente, esemplificano tali critiche.

3.1. La 'dottrina americana sulla responsabilità'

Nel 1962 il CGI ha adottato uno studio sul tema *Contribution of the American Continent to the Principles of International Law that Govern the Responsibility of the State*, consistente nell'enunciazione e nell'analisi di dieci principi (o 'postulati') che compongono quella che è stata chiamata *American doctrine of the responsibility of the state*¹⁵.

I punti possano essere così riassunti: i) gli Stati non possono intervenire negli affari interni ed esterni di un altro Stato per far valere la sua responsabilità; ii) uno Stato non è responsabile per atti od omissioni nei confronti degli stranieri, salvo quando abbia responsabilità nei confronti

¹⁴ A. ÁLVAREZ, *Le droit international américain*, Paris, 1910, p. 259 ss. Sullo sviluppo e l'abbandono del concetto, v. J. SCARFI, *The Hidden History of International Law in the Americas*, Oxford, 2017.

¹⁵ Comitato giuridico interamericano, *Contribution of the American Continent to the Principles of International Law that govern the Responsibility of the State*, OEA/Ser.L/V/II.2, 1962, p. 6.

dei propri cittadini; iii) la responsabilità di uno Stato per debiti contrattuali non può essere fatta valere con il ricorso alla forza armata (espressione della 'dottrina Drago'); iv) è riconosciuta la possibilità di rinuncia alla protezione diplomatica da parte degli stranieri; v) i danni causati da disordini interni o da soggetti privati non creano alcuna responsabilità a carico dello Stato; vi) la «teoria del rischio» non è ammissibile; vii) lo Stato responsabile di una guerra di aggressione è responsabile anche dei danni che ne derivano; viii) uno Stato adempie ai suoi obblighi quando mette a disposizione degli stranieri tutti i mezzi interni necessari per la tutela dei loro diritti; ix) uno Stato è responsabile per l'aiuto o l'incoraggiamento di movimenti ostili contro un altro Stato o quando non adotta le misure giuridiche disponibili per prevenire tali situazioni; x) la responsabilità dello Stato deriva dall'inadempimento dei propri obblighi nei confronti degli altri Stati.

Il Comitato identifica l'influenza americana sull'argomento come un «concetto giuridico continentale»¹⁶ in opposizione alle concezioni egemoniche della responsabilità internazionale, visto che «regarding the creation of new principles, the precise American contribution has been in modifying precepts of international law and opposing, to some extent, the theories set forth by eminent European internationalists. In this manner the evolution of international law has been furthered by the American nations»¹⁷.

Nonostante intenda parlare a nome del continente americano nel suo insieme, lo studio ammette l'esistenza di un conflitto interno tra le posizioni dei paesi americani, poiché «most of these rules are not unanimously accepted throughout the Hemisphere because the position of the United States of America is contrary to or in disagreement with them».¹⁸ L'idea di opposizione alle concezioni egemoniche condivise anche dagli Stati Uniti fu espressa più esplicitamente dall'osservatore del Comitato nella sessione del 1962 della CDI:

«[i]n the matter of state responsibility, there had been a traditional opposition in America, as in other parts of the world, between the authoritarianism of the big countries and the logical reaction to it of the smaller countries, which tended to adopt restrictive attitudes in order to avoid

¹⁶ *Ivi*, p. 7.

¹⁷ *Ivi*, p. 3.

¹⁸ *Ivi*, p. 6.

the possibility of forceful interference. The conscious or unconscious acceptance of Latin American doctrines had led to a considerable decrease in imperialistic manifestations by the larger countries»¹⁹.

Lo studio adotta un tono critico inusuale nel lavoro del Comitato e rivela una consapevolezza regionale, o addirittura terzomondista, rispetto a come il diritto internazionale è interpretato. Va notato, tuttavia, che lo studio non mette in dubbio l'esistenza delle regole e principi della responsabilità internazionale degli Stati. Le critiche mosse sono intese dal Comitato come «serious differences of opinion»²⁰ rispetto alle posizioni dell'Europa e degli Stati Uniti sul *contenuto* delle norme internazionali, non sulla loro esistenza o applicazione nel continente americano. In questo senso, l'obiettivo del Comitato non sembra quello di mettere in dubbio le norme del diritto internazionale ma piuttosto di discuterne il contenuto. Non a caso lo studio è stato denominato 'dottrina' e non 'regime americano' della responsabilità internazionale degli Stati.

3.2. Esistenza e formazione della consuetudine regionale

Una delle possibilità per affermare il regionalismo passa attraverso l'esistenza di norme di diritto internazionale consuetudinario regionale. Il regionalismo può essere inteso come un forum per la creazione di regole o principi con una sfera di validità che vincola soltanto gli Stati di una determinata regione o che limita la sfera di validità di una regola o di un principio universale²¹. In questo senso, il riconoscimento da parte del CGI di una consuetudine regionale potrebbe essere un modo in cui i paesi dell'America Latina affermano l'eccezionalità delle regole applicate tra di loro e adottano una concezione regionale del diritto internazionale.

Possibili norme consuetudinarie regionali che sarebbero tipiche dell'America Latina sono elencate dalla dottrina, come il diritto di asilo diplomatico²², il principio dell'*uti possidetis*²³ e alcuni principi di diritto in-

¹⁹ Commissione del diritto internazionale, *Summary records of the fourteenth session*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1962, vol. I, p. 177, par. 72.

²⁰ Comitato giuridico interamericano, OEA/Ser.I/VI.2, cit., p. 6.

²¹ Commissione del diritto internazionale, *Report of the Study Group on the Fragmentation of International Law, Finalized by Martti Koskenniemi*, UN Doc. A/CN.4/L.682 del 13 aprile 2006, p. 108 ss, parr. 211-214.

²² J. BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil des cours*, The Hague, 1936, p. 486; J.A. BARBERIS, *Les règles spécifiques du droit international en Amérique latine*, in *Recueil des cours de l'Académie*, The Hague, 1990, p. 175.

ternazionale privato²⁴. Ad oggi, tuttavia, il Comitato non ha formalmente individuato alcuna norma consuetudinaria regionale. In alcuni casi, come nel caso dell'asilo diplomatico e del principio dell'*uti possidetis*, questa scelta sembra essere legata alla prassi non uniforme e perfino contraddittoria degli Stati della regione²⁵. In tutti i casi si evidenzia la mancanza di consenso nel continente sull'esistenza di tali norme e una certa indifferenza da parte dell'organo rispetto a tale possibilità.

Pur non riconoscendo l'esistenza di alcuna norma consuetudinaria americana, il Comitato ha recentemente affrontato la questione in relazione alle Conclusioni della CDI sull'identificazione del diritto consuetudinario del 2018. La Conclusione 16 del Progetto riconosce nel suo paragrafo primo la possibilità dell'esistenza di una «rule of particular customary international law, whether regional, local or other (...) that applies only among a limited number of States». Al secondo paragrafo stabilisce inoltre che «to determine the existence and content of a rule of particular customary international law, it is necessary to ascertain whether there is a general practice among the States concerned that is accepted by them as law (*opinio juris*) among themselves».

²³ G. NESI, *L'uti possidetis iuris nel diritto internazionale*, Padova, 1996, p. 239.

²⁴ V. ad esempio la manifestazione del Sig. Collot, osservatore del CGI presso la CDI, che menziona che «an important example of regional customary law was the Code of Private International Law (Bustamante Code), which was applied by States that had not signed or ratified it. Despite its subsequent amendment, some of the practices stemming from the Code still persisted in the region, and he would tend to consider those practices as regional customary rules», v. Commissione del diritto internazionale, *Summary records of the meetings of the sixty-eighth session*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2016, vol. I, p. 129, par. 27.

²⁵ P. C. BONILLA, *La Obra del Comité Jurídico Interamericano en el Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional*, in *XII Curso de Derecho Internacional*, 1986, p. 130. Per quanto riguarda il diritto d'asilo, si segnala il parere consultivo del 30 maggio 2018 della Corte interamericana dei diritti umani su *L'istituzione dell'asilo e il suo riconoscimento come diritto umano nell'ambito del sistema interamericano di protezione*, in cui si ritiene che il diritto d'asilo non possa essere considerato una consuetudine regionale continentale a causa della mancanza di una pratica uniforme e costante (v. Corte interamericana dei diritti umani, parere consultivo del 30 maggio 2018, *The institution of asylum, and its recognition as a human right under the Inter-American System of Protection (interpretation and scope of Articles 5, 22(7) and 22(8) in relation to Article 1(1) of the American Convention on Human Rights*), p. 50, parr. 157-159). Per quanto riguarda l'*uti possidetis*, si consideri anche il fatto che il Brasile adotta una concezione diversa del principio rispetto a quella adottata da altri paesi dell'America Latina, limitando l'uniformità della norma e l'interesse del CGI a codificarla. In questo senso, G. NESI, *L'uti possidetis iuris nel diritto internazionale*, cit., p. 53.

Pur ammettendo che l'approccio dualistico all'identificazione della consuetudine generale si applichi anche nel caso della consuetudine particolare, la Commissione ha affermato, nel commento alla Conclusione 16, che:

«[i]n the case of particular customary international law, however, the practice must be general in the sense that it is a consistent practice “among the States concerned”, that is, *all the States among which the rule in question applies*. Each of these States must have accepted the practice as law among themselves. In this respect, *the application of the two-element approach is stricter in the case of rules of particular customary international law*»²⁶.

In questo senso, mentre nel caso dell'accertamento del diritto internazionale consuetudinario generale si richiede soltanto che «the relevant practice must be general, meaning that it must be sufficiently widespread and representative, as well as consistent» (Conclusione 8), l'identificazione della consuetudine particolare richiederebbe l'accettazione della norma da parte di *tutti gli Stati vincolati*.

Nel 2019 il CGI ha aggiunto ai temi oggetto di studio il tema *Regional customary international law*, elencando tra i suoi obiettivi «to analyze the pronouncement of the International Law Commission on identification of customary international law, notably Conclusion 16 (of which the General Assembly took note)»²⁷. Il relatore designato, il professore brasiliano George Rodrigo Bandeira Galindo, ha contestato l'adozione da parte della Commissione di un approccio più rigoroso per il riconoscimento delle norme consuetudinarie particolari. Alcuni Stati americani hanno espresso dubbi riguardo alla Conclusione 16 sia in seno al CGI che in seno alla CDI stessa²⁸.

Secondo il relatore, in sintesi, la Commissione si sarebbe basata sull'interpretazione della sentenza della CIG nel caso dell'*Asilo* riguardo

²⁶ Commissione del diritto internazionale, *Draft conclusions on identification of customary international law with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2018, vol. 1, parte I, p. 156, par. 7, corsivo aggiunto.

²⁷ Comitato giuridico interamericano, *Annual Report of the Inter-American Juridical Committee to the General Assembly*, CJI/doc. 599/19 dell'8 agosto 2019, p. 172.

²⁸ G.R.B. GALINDO, *Fifth Report on Particular Customary International Law in the Context of the Americas*, CJI/doc.688/23 rev. 1 del 18 febbraio 2023, p. 38-39; Commissione del diritto internazionale, *Provisional summary record of the 3636th meeting (Seventy-fourth session)*, UN Doc. A/CN.4/SR.3636 del 4 luglio 2023, p. 5.

all'onere della prova necessario per dimostrare l'esistenza di una norma consuetudinaria regionale. In quell'occasione, la Corte aveva stabilito che il governo colombiano avrebbe dovuto provare che la concessione dell'asilo era una norma consuetudinaria regionale «in accordance with a constant and uniform usage practised by the States in question»²⁹. Tuttavia, secondo Galindo, la CDI non avrebbe considerato l'approccio più flessibile adottato dalla Corte nel caso della *Controversia relativa ai diritti di navigazione e diritti connessi* del 2009, in cui riconosceva l'esistenza di una consuetudine bilaterale che autorizzava le comunità rivierasche vicino al fiume San Juan a dedicarsi alla pesca di sussistenza³⁰. Tale norma fu riconosciuta pur in assenza di prova documentale formale della prassi e con la presunzione dell'esistenza dell'*opinio juris*³¹.

Inoltre, la CDI avrebbe contraddetto la sua stessa posizione, esplicitata nel rapporto del 2006 sulla Frammentazione del diritto internazionale, ove riteneva che la Corte nel caso dell'*Asilo* non si sarebbe espressa specificamente sulla possibilità concettuale dell'esistenza di norme consuetudinarie regionali, ma sulla incapacità della Colombia di produrre evidenza della norma invocata³².

Galindo ha evidenziato che, pur non apportando nulla di nuovo rispetto al diritto consuetudinario regionale, le Conclusioni della CDI sull'identificazione del diritto consuetudinario del 2018 «contributed a great deal to firmly establish this type of custom»³³. Per quanto riguarda le ragioni della decisione della CDI:

²⁹ CIG, sentenza del 20 novembre 1950, *Asylum (Colombia/Peru)*, p. 276.

³⁰ CIG, sentenza del 13 luglio 2009, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, p. 265-266, par. 141.

³¹ G.R.B. GALINDO, *Fifth Report on Particular Customary International Law in the Context of the Americas*, cit., p. 10. In senso contrario v., invece, L. CREMA, *The "Right Mix" and "Ambiguities" in Particular Customs: A Few Remarks on the Navigational and Related Rights Case*, in N. BOSCHIERO, T. SCOVAZZI, C. PITEA, C. RAGNI (a cura di), *International Courts and the Development of International Law*, The Hague, 2013, p. 65 ss. L'autore sostiene che la decisione non evidenzia l'esistenza di una specificità delle norme consuetudinarie particolari in merito all'onere della prova della loro invocabilità. D'altro canto, la Corte avrebbe sottolineato che la prassi richiesta per accertare l'esistenza di norme consuetudinarie bilaterali sarebbe più ampia di quella richiesta in caso di consuetudine generale, nonché tale da includere anche la pratica dei privati.

³² Commissione del diritto internazionale, *Report of the Study Group on the Fragmentation of International Law*, cit., p. 108-111, par. 214. G.R.B. GALINDO, *Fifth Report on Particular Customary International Law in the Context of the Americas*, cit., p. 35 ss.

³³ *Ivi*, p. 37.

«[p]erhaps the scarce treatment of the issue in the Special Rapporteur's reports, in the ILC discussions, and in the commentaries is explained by the impossibility of a body such as the ILC to focus thoroughly on matters of a non-global reach. Nevertheless, the fact remains that international law is expressed through particular lenses – restricted to two or few States – and States' interests are far from being limited to wide geographical spaces»³⁴.

Il CGI ha sostenuto le conclusioni del relatore nel marzo 2024, sottolineando in particolare che «the method for proving a norm of particular customary international law is uniform across the different fields of international law»³⁵. La messa in discussione della posizione della CDI sulla tecnica di rilevazione di una norma consuetudinaria regionale dimostra la preoccupazione in seno al Comitato di preservare la possibilità di accertamento delle norme consuetudinarie regionali da parte della comunità internazionale, aprendo eventualmente nuove possibilità per il futuro riconoscimento di tali regole.

La suddetta contestazione della posizione della CDI andrebbe contro la tendenza del Comitato di disinteressarsi della dimensione regionale del diritto. Secondo Lucas Lima, fino a ora «o Comitê não parece, particularmente, interessado na dimensão regional do direito; ele parece tampouco estar ciente do possível impacto de seu trabalho na regionalização do direito internacional. Apesar disso, a dimensão regional repetidamente emerge»³⁶.

4. Forme di influenza rispetto al diritto internazionale

Esistono diversi modi in cui l'America Latina ha contribuito in forma organizzata allo sviluppo del diritto internazionale. In alcuni casi, questo contributo avviene a causa della pressione collettiva dei paesi della regione in riunioni e conferenze internazionali, come la Seconda conferenza dell'Aia del 1907³⁷, la Conferenza di San Francisco del 1945³⁸ e la Terza

³⁴ G.R.B. GALINDO, *Particular customary international law and the International Law Commission: Mapping presences and absences*, in *Questions of International Law*, 2021, p. 3 ss., p. 11-12.

³⁵ Comitato giuridico interamericano, *Particular Customary International Law in the Context of the Americas*, CJI/RES.290 del 15 marzo 2024, par. 2.

³⁶ L.C. LIMA, *O comitê jurídico interamericano da OEA e a codificação do direito internacional regional*, in *Revista de Direito Internacional*, 2019, p. 299.

³⁷ A.A. CANÇADO TRINDADE, *The Contribution of Latin American Legal Doctrine to the Progressive Development of International Law*, cit., p. 29 ss.

conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del mare³⁹. L'America Latina ha influenzato il diritto internazionale anche attraverso sforzi regionali di codificazione, come ad esempio le Convenzioni approvate dalla Sesta Conferenza Interamericana tenutasi all'Avana nel 1928, tra cui quella che istituisce il Codice Bustamante⁴⁰.

L'influenza del continente americano sul diritto internazionale precede la creazione del Comitato giuridico interamericano ma acquista un nuovo aspetto istituzionale nel contesto dell'istituzionalizzazione del multilateralismo interamericano. La creazione del Comitato mirava non solo a dotare l'OSA di un organo giuridico consultivo, ma anche a creare un organo in grado di contribuire allo sviluppo del diritto internazionale generale e di influenzarlo. In questo modo, la creazione del Comitato può essere vista anche come un tentativo di presentare gli interessi regionali e posizionare il continente di fronte allo sviluppo del diritto internazionale. Non è un caso che il Comitato assomigli alla versione regionale della CDI non soltanto per il fatto di condividere la funzione di promuovere la codificazione e lo sviluppo progressivo del diritto internazionale generale⁴¹, ma anche per il metodo di lavoro⁴².

Una delle modalità in cui il Comitato prova a influenzare lo sviluppo del diritto internazionale è attraverso i suoi rapporti con altri organismi. La Carta dell'OSA prevede che il Comitato potrà stabilire «rapporti di cooperazione con università, istituti e altri centri didattici, nonché con comitati ed enti nazionali e internazionali dediti allo studio, alla ricerca, all'insegnamento o alla diffusione di informazioni su questioni giuridiche di interesse internazionale» (art. 103). In particolare, il CGI valorizza e cerca di rafforzare il suo rapporto con la CDI sin dalla sua creazione. Ogni

³⁸ A.A. CANÇADO TRINDADE, *The Inter-American Juridical Committee: An Overview*, in *The World Today* 1982, p. 438.

³⁹ R.G. POHL, *Latin American Contribution to UNCLOS III: A Reflection*, in *Ocean Yearbook*, 1983, p. 390 ss.

⁴⁰ R. RIBEIRO, *A Contribuição da Comissão Jurídica Interamericana ao Desenvolvimento e Codificação do Direito Internacional*, cit., p. 155-156.

⁴¹ J.O. MURDOCK, H.J. GOBBI, *The Inter-American Juridical Committee*, in *American Journal of International Law*, 1960, p. 597.

⁴² Un altro aspetto in cui il Comitato si avvicina alla Commissione è la recente tendenza a adottare linee guida, progetti di articoli e altri strumenti di codificazione *soft*. Tra le recenti linee guida prodotte ci sono gli *Orientamenti generali per l'integrazione delle frontiere* del 2014, le *Raccomandazioni per azioni nell'area della migrazione nelle relazioni bilaterali* del 2015, le *Linee guida interamericane sulla partecipazione delle vittime nei procedimenti penali contro atti di corruzione* e la *Guida sulla legge applicabile agli investimenti esteri*, questi ultimi ancora in lavorazione.

anno un rappresentante del Comitato partecipa, in qualità di osservatore, alle sessioni della CDI a Ginevra, presentando il lavoro annuale svolto dall'organo e discutendone con i membri della Commissione. Questo dialogo è facilitato da parte della Commissione dall'art. 26, par. 4, del suo Statuto, dove «si riconosce l'opportunità di consultare da parte della Commissione le organizzazioni intergovernative il cui compito è la codificazione del diritto internazionale, come quelle dell'Unione Panamericana». Tali contatti consentono alla Commissione di venire a conoscenza del lavoro del Comitato e, se lo desidera, di utilizzare i suoi studi nei propri lavori.

Il Comitato si avvale di questo canale istituzionale privilegiato di dialogo e spesso seleziona e si occupa di temi in discussione in seno alla CDI. In generale, l'obiettivo dell'organo quando lavora su questioni affrontate da altri enti come la CDI è quello di fornire una visione regionale sull'argomento, presentando gli interessi e le particolarità degli Stati latino-americani. Questa visione regionale avviene principalmente tramite la raccolta e l'analisi della prassi degli Stati del continente in determinate materie, come conferma la prassi abituale del Comitato di inviare questionari agli Stati sugli argomenti discussi⁴³.

Un esempio evidente di questo tentativo di influenzare il lavoro della Commissione si è avuto con i lavori del Comitato sulla così detta 'dottrina panamericana sulle riserve', ossia la prassi sviluppata nel continente di ammettere delle riserve a un trattato senza richiedere l'accettazione unanime delle parti contraenti. Nel 1954 e nel 1960, mentre la CDI si dedicava alla codificazione del diritto dei trattati, il Comitato ha preparato due studi che presentavano la pratica degli Stati americani in relazione al tema. Questi studi furono esaminati e discussi all'interno della Commissione e la dottrina panamericana sulle riserve è stata adottata agli artt. 19-23 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969⁴⁴.

Nel 2023 il Comitato ha deciso di inserire all'ordine del giorno il tema *Legal implications of the sea level rise in the inter-American regional context*. Dal 2019 tale tema fa parte del programma di lavoro della CDI. La de-

⁴³ L.C. LIMA, *O comitê jurídico interamericano da OEA e a codificação do direito internacional regional*, cit., p. 297.

⁴⁴ Commissione del diritto internazionale, *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 208, par. 23; J.J. CAICEDO CASTILLA, *La Obra del Comité Jurídico Interamericano*, in *I Curso de Derecho Internacional*, 1975, p. 7; A.A. CANÇADO TRINDADE, *The Inter-American Juridical Committee: An Overview*, cit., p. 439.

cisione del CGI è stata considerata «of particular importance since, although the issue is being studied globally, our Organization [degli Stati americani] is able to take the Americas' particularities and vulnerabilities into account in addressing it, thereby identifying the scourges we face and the legal responses that can be mapped out in accordance with inter-American law»⁴⁵. Il relatore scelto per il tema, il dominicano Julio José Rojas Báez, ha sottolineato la necessità del Comitato di fornire un «approccio interamericano alla questione per tenere conto delle particolarità della nostra regione»⁴⁶.

Il Comitato, tuttavia, non cerca di assumersi la responsabilità di codificare una determinata materia in forma generale, neanche quando tratta una questione prima che la CDI abbia avuto occasione di farlo. Per esempio, nel 2020 il Comitato ha adottato delle *Guidelines on Binding and Non-Binding Agreements*, due anni prima che l'argomento fosse incluso nel programma di lavoro della CDI⁴⁷. Secondo il relatore Duncan Hollis, le linee guida «do not aspire to codify or develop international law (although they do note several areas where existing international law is unclear or disputed)»; piuttosto, esse ambiscono a fornire «a set of voluntary understandings and practices Member States may employ to improve knowledge in these areas and reduce the risk of future difficulties with other States in the region and beyond»⁴⁸.

Ciò dimostra che, nonostante si occupi di temi affrontati dalla Commissione, il Comitato considera che il suo compito non è quello di contrapporsi all'organo delle Nazioni Unite, ma di integrarne i lavori. Menzionando l'inclusione del tema delle implicazioni giuridiche dell'innalzamento del livello del mare nel programma di lavoro del Comitato, il suo rappresentante presso la CDI ha confermato nel 2023 che il Comitato «si è adoperato per garantire che il suo lavoro integrasse quello della Commissione» e che «qualsiasi contributo ricevuto dal Comitato da-

⁴⁵ Commissione per gli affari giuridici e politici, *Concept Note submitted by the Permanent Missions of the Dominican Republic and Mexico to the Special Meeting on the Consequences and Legal Implications of Sea Level Rise*, CP/CAJP-3728/23 rev. 1 del 4 maggio 2023.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Il relatore speciale nominato dalla Commissione, Mathias Forteau, ha fatto riferimento al lavoro del Comitato nel programma di lavoro presentato nel 2022, v. Commissione del diritto internazionale, *Report of the International Law Commission, Seventy-third session (18 April–3 June and 4 July–5 August 2022)*, UN Doc. A/77/10, p. 353.

⁴⁸ Organizzazione degli Stati americani, *Binding and Non-Binding Agreements: Final Report*, CJI/doc. 625/20 del 7 agosto 2020, p. 262, par. 3.

gli Stati potrebbe essere considerato una pratica rilevante per il lavoro della Commissione»⁴⁹. Il Comitato ritiene, quindi, che il proprio lavoro sia piuttosto quello di condensare e trasmettere la prassi degli Stati della regione su temi di interesse regionale, fungendo da portavoce del continente. O, come affermato da un ex-presidente del Comitato, l'organo cerca di rappresentare la «coscienza giuridica americana»⁵⁰.

5. Conclusioni

Una delle caratteristiche dell'eccezionalismo latino-americano è il riconoscimento delle particolarità del continente pur accettando la propria appartenenza al sistema giuridico universale⁵¹. Il lavoro del Comitato giuridico interamericano riflette questo atteggiamento e dimostra che l'America Latina intende il suo rapporto con il diritto internazionale più come una forma di adesione che come un rapporto conflittuale. Le particolarità e gli interessi dei paesi della regione sono presenti nel lavoro del Comitato, anche senza il riconoscimento di una eccezionalità regionale.

Il ruolo attualmente assunto dal Comitato nello sviluppo del diritto internazionale generale è modesto rispetto ai precedenti sforzi compiuti dai paesi dell'America Latina nella stessa direzione. L'organo si limita a cercare di influenzare lo sviluppo del diritto internazionale presentando più o meno uniformemente la prospettiva e gli interessi del continente americano, soprattutto in relazione al lavoro della Commissione del diritto internazionale. Pur non essendo particolarmente interessato alla visione regionale del diritto internazionale, il Comitato ha dimostrato di avere la capacità di esplorare ulteriormente questa possibilità.

⁴⁹ Commissione del diritto internazionale, *Provisional summary record of the 3636th meeting (Seventy-fourth session)*, cit., p. 5.

⁵⁰ J. J. CAICEDO CASTILLA, *La Obra del Comité Jurídico Interamericano*, Rio de Janeiro, 1966, p. 13.

⁵¹ J. LUND, *Barbarian Theorizing and the Limits of Latin American Exceptionalism*, in *Cultural Critique*, 2001, p. 77.

Parte II

**Le istanze del *Global South* nei rapporti economici
internazionali: commercio, risorse, investimenti**

Introdurre il livello di sviluppo dello Stato ospite nella clausola FET: quali effetti sugli equilibri del diritto internazionale degli investimenti?

ILARIA CASTAGNA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La clausola FET: profili generali e criticità. – 3. Le formulazioni della clausola FET in risposta alle critiche. – 4. La formulazione della clausola FET proposta dal COMESA e dal SADC. – 5. La giurisprudenza arbitrale sul rapporto tra la clausola FET e il livello di sviluppo dello Stato ospite. – 6. Il trattamento speciale e differenziato: un compromesso (ambiguo) tra Paesi del nord e del sud. – 7. Uguaglianza formale e istanze di giustizia redistributiva. – 8. Il trattamento speciale e differenziato nel diritto internazionale degli investimenti. – 9. Le implicazioni della formulazione del COMESA sul rapporto Stato-investigatore. – 10. Conclusioni.

ABSTRACT: Agli inizi del 2000, il diritto internazionale degli investimenti si trova ad affrontare una crisi di legittimità di proporzioni inedite, sia per le dimensioni geografiche che per la portata istituzionale che rapidamente assume. Gli Stati tradizionalmente esportatori di capitale reagiscono accogliendo alcune preoccupazioni tipiche degli Stati tradizionalmente importatori di capitale, e, al contempo, gli Stati tradizionalmente esportatori di capitale iniziano ad elaborare delle soluzioni proprie. In questo contesto, nel 2008 il *Common Market for Southern and East Africa* introduce in un suo Trattato internazionale in materia di investimenti una formulazione altamente innovativa di una delle clausole centrali per la protezione degli investitori: il trattamento giusto ed equo. Questa formulazione si distingue poiché introduce il livello di sviluppo dello Stato ospite all'interno dello standard stesso e, nel farlo, introduce un trattamento speciale e differenziato. Sebbene questa formulazione non abbia avuto un'ampia diffusione né delle conseguenze pratiche rilevanti, la sua peculiarità apre ad interessanti spunti di riflessione sui correnti equilibri su cui si poggia la materia, soprattutto alla luce dell'attuale crisi di legittimità. Lo scopo del contributo è dunque utilizzare tale formulazione, prodotto del *Global South*, per in-

* Cultrice della materia in diritto internazionale dell'economia, Università LUISS Guido Carli, i.castagna@luiss.it.

dagare da una prospettiva meno comune le cause della crisi di legittimità e alcuni problemi che attanagliano le basi teoriche stesse del sistema.

PAROLE CHIAVE: trattamento giusto ed equo – livello di sviluppo – COMESA – trattamento speciale e differenziato – arbitrato – investimenti.

1. Introduzione

Il diritto internazionale degli investimenti nasce con l'obiettivo di garantire certezza giuridica e una maggior tutela agli investitori stranieri. Secondo la narrativa tradizionale, tale tutela rafforzata è giustificata dal contributo apportato dagli investimenti allo sviluppo dello Stato ospite¹. Ne deriva una materia che si fonda sulla necessità di trovare un compromesso tra interessi contrastanti: la protezione del diritto di proprietà dell'investitore e la salvaguardia dei poteri sovrani dello Stato². A loro volta, gli equilibri tra Stato ed investitore sono influenzati dai rapporti di forza tra Stati esportatori e Stati importatori di capitale, anch'essi basati sulla necessità di trovare un compromesso tra interessi divergenti e visioni economiche e ideologiche contrastanti³.

Le tensioni tra Paesi esportatori di capitale, tradizionalmente Stati del nord, e Paesi importatori di capitali, tradizionalmente del sud, hanno inciso significativamente sullo sviluppo della materia, e ciò è riscontrabile in diversi aspetti, come la mancanza di un trattato multilaterale di diritto sostanziale, che rispecchia l'assenza di accordo su elementi fondamentali, quali ad esempio lo standard di indennizzo dovuto all'investitore in caso di espropriazione. Il sistema è dunque sempre stato oggetto di critiche, ma a partire dai primi anni 2000, i cambiamenti economico-politici globali hanno portato anche i Paesi tradizionalmente esportatori di capitale a

¹ Esempiativo di tale approccio è il Preambolo delle *Guidelines on the Treatment of Foreign Investment* del Gruppo della Banca Mondiale.

² O.E. GARCIA-BOLIVAR, *Sovereignty vs. Investment Protection: Back to Calvo?*, in *ICSID Review*, 2009, p. 464 ss., p. 465.

³ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, III ed., Oxford, 2022, p. 2 ss.

metterlo in discussione. Ne è derivata una crisi di legittimità che ha assunto una portata istituzionale ed una dimensione globale⁴.

Gli Stati tradizionalmente esportatori di capitale si sono trovati ad affrontare alcune preoccupazioni tipiche degli Stati tradizionalmente importatori di capitale, mentre questi ultimi hanno colto l'opportunità per elaborare delle soluzioni proprie, più attinenti ai loro bisogni. In questo contesto, nel 2008 il *Common Market for Southern and East Africa* (COMESA) ha introdotto in un suo trattato internazionale in materia di investimenti una formulazione altamente innovativa di una delle clausole centrali – e più controverse – per la protezione degli investitori: il trattamento giusto ed equo (FET, dall'inglese *fair and equitable treatment*). Questa formulazione si distingue poiché introduce il livello di sviluppo dello Stato ospite all'interno del FET stesso, mettendo così in relazione diretta due temi, quello dello sviluppo e quello della protezione degli investimenti, strettamente interconnessi alla luce della *ratio* della materia.

Sebbene la clausola così come formulata dal COMESA non abbia avuto un'ampia diffusione né delle conseguenze pratiche rilevanti, la sua peculiarità apre ad interessanti spunti di riflessione sul corrente approccio alla materia, riflessioni molto attuali, considerando che la crisi continua ad imperversare. Lo scopo del contributo non è dunque sostenere la necessità di un'ampia adozione di questa formulazione, ma utilizzare la stessa, prodotto del *Global South*, per indagare da una prospettiva meno comune le cause della crisi di legittimità e alcuni problemi che attanagliano le basi teoriche del sistema. Per farlo è necessario partire dalle problematicità della clausola FET e dalle sue diverse declinazioni.

Si procederà poi con un'analisi della giurisprudenza arbitrale, che dimostra come la problematica sollevata dalla formulazione del COMESA non sia meramente teorica, ma anche di rilevanza pratica. Le soluzioni offerte dalla giurisprudenza arbitrale saranno infine comparate con quella del COMESA alla luce degli effetti che l'introduzione del livello di sviluppo dello Stato ospite nel cuore della protezione degli investitori produrrebbe, sia nell'ottica dei rapporti tra Stati che in quelli tra Stato ed investitore.

⁴ S.D. FRANCK, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, in *Fordham Law Review*, 2004, p. 1521 ss.; C.L. LIM, J. HO, M. PAPANISKIS, *International Investment Law and Arbitration: commentary, awards, and other materials*, Cambridge, 2018, p. 478 ss.

2. La clausola FET: profili generali e criticità

Il FET è uno degli standard che più hanno alimentato la crisi di legittimità del regime giuridico internazionale in materia di investimenti. Ciò è dovuto anzitutto al fatto che esso è tra i più invocati dagli investitori nelle dispute con gli Stati, e quello con una maggior percentuale di successo⁵. Nasce come un «gap-filling device»⁶, per proteggere l'investitore dalle condotte dello Stato ingiuste che non rientrano nell'ambito di applicazione degli altri standard, come per esempio la decisione di comminare multe totalmente arbitrarie all'investitore straniero⁷. Questa funzione, che impone la ricerca di una certa flessibilità, giustifica in parte una formulazione ampia dello stesso. Nella sua versione originaria però, detta «non-qualificata»⁸, esso si limita ad indicare che gli Stati contraenti riconoscono all'investitore un trattamento giusto ed equo, senza aggiungere nessun'altra indicazione. Ne risulta uno standard talmente vago da rendere impossibile dedurre l'esatto contenuto normativo, anche applicando le tradizionali tecniche interpretative⁹. Ciò a sua volta si traduce in un'ampia discrezionalità dei tribunali che porta ad esiti contrastanti, alimentando l'incertezza giuridica¹⁰.

La dottrina, attraverso l'analisi della giurisprudenza arbitrale, ha individuato alcuni elementi ricorrenti nei lodi, che ad oggi possono considerarsi punti fermi del contenuto del FET: la tutela da comportamenti dello

⁵ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles*, cit., p. 187. V. anche Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo, *Investment Policy Hub*, 2022, reperibile sul sito investmentpolicyhub.unctad.org.

⁶ R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, II ed., Oxford, 2008, p. 122.

⁷ Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo, *Fair and Equitable treatment*, Un. Pub. UNCTAD/DIAE/IA/2011/5, 2012, p. 6-7.

⁸ F. SARMIENTO, S. NIKIÈMA, *Fair and Equitable Treatment: why it matters and what can be done* in *IISD Best Practices Series*, novembre 2022. Un esempio di tale formulazione è offerto dall'art. 2.2 del TBI Francia-Hong Kong del 1995.

⁹ S. SCHILL, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge, 2009, p. 263. V. anche S. VASCIANNIE, *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice*, in *British Yearbook of International Law*, 2000, p. 99 ss., in particolare p.101.

¹⁰ N. BERNASCONI-OSTERWALDER, *Giving arbitrators carte blanche—fair and equitable treatment in investment treaties* in C.L. LIM, M. SORNARAJAH (a cura di), *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment: Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, Cambridge, 2016, p. 324 ss., R. KLÄGER, *Revising Treatment Standards— Fair and Equitable Treatment in Light of Sustainable Development* in S. HINDELANG, M. KRAJEWSKI (a cura di), *Shifting Paradigms in International Investment Law: More Balanced, Less Isolated, Increasingly Diversified*, Oxford, 2016, p. 65 ss., p. 67.

Stato palesemente discriminatori e da gravi violazioni del principio del giusto processo¹¹. Vi sono però alcune interpretazioni di tale standard che hanno compresso eccessivamente i poteri regolatori dello Stato, con effetti negativi sulla fiducia per il sistema¹².

Per comprendere la delicatezza della questione si prenda ad esempio l'evoluzione della giurisprudenza arbitrale in tema di responsabilità dello Stato per la violazione della clausola FET. Una prima giurisprudenza arbitrale più risalente, esemplificata dal lodo *Neer*¹³, ha affermato che lo Stato può essere condannato solo in caso di violazioni oltraggiose, in malafede o volontariamente negligenti. Successivamente però, alcuni tribunali hanno iniziato a condannare lo Stato in presenza di violazioni di entità minore. In casi come *Mondev*¹⁴ o *Tecmed*¹⁵, esemplificativi di tale tendenza, lo Stato è stato condannato per aver violato le legittime aspettative dell'investitore. Questo concetto, di creazione giurisprudenziale e il cui esatto contenuto non è definito, prevede che gli investitori debbano essere tutelati in caso di cambiamenti imprevisi del quadro giuridico di riferimento. La tutela delle legittime aspettative ha portato alcuni tribunali ad affermare che questo deve rimanere fondamentalmente immutato per tutta la durata dell'investimento¹⁶. Tale impostazione ha suscitato molte critiche per gli evidenti effetti restrittivi che produce sui poteri regolatori degli Stati.

3. Le formulazioni della clausola FET in risposta alle critiche

Preso atto delle problematiche derivanti da una formulazione eccessivamente ampia, gli Stati hanno iniziato ad elaborare delle clausole FET volte a limitare l'eccessiva discrezionalità e ad indirizzare l'operato dei tribunali arbitrali. Una prima soluzione è offerta dagli Stati Uniti. Essi, partendo da una clausola che collega il FET al diritto internazionale consuetudina-

¹¹ A. REINISCH, C. SCHREUER, *International protection of investments: the substantive standards*, Cambridge, 2020, p. 367 ss.

¹² N. BERNASCONI-OSTERWALDER, *Giving arbitrators carte blanche-fair*, cit., p. 325 ss.

¹³ United States–Mexico General Claims Commission, decisione del 15 ottobre 1926, 4 RIAA 60, *Neer Case (United States of America v. Mexico)*.

¹⁴ ICSID, lodo dell' 11 ottobre 2002, n. ARB(AF)/99/2, *Mondev International Ltd v. United States*.

¹⁵ ICSID, lodo del 29 maggio 2003, n. ARB(AF)/00/2, *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*.

¹⁶ LCIA, lodo finale del 1 luglio 2004, n. UN 3467, *Occidental Exploration and Production Co. v. Ecuador*.

rio, a seguito delle evoluzioni interpretative in ambito NAFTA¹⁷, l'hanno ancorata più specificamente allo standard di trattamento minimo internazionale¹⁸. Secondo tale impostazione, la clausola FET garantirebbe un livello di tutela non superiore a quello previsto dallo standard di trattamento minimo internazionale. Questo approccio è stato oggetto di alcune critiche, come ad esempio il fatto che non avrebbe senso usare due termini diversi per lo stesso concetto¹⁹. Vi è poi un altro problema: la nozione di standard di trattamento minimo internazionale, da sempre contestata dai cosiddetti Paesi del sud, per la sua natura così controversa è rimasta altrettanto vaga, e non costituisce dunque una guida idonea ad indirizzare l'interpretazione dei tribunali arbitrali²⁰.

Nell'ambito dei Paesi del nord, una soluzione radicalmente diversa è stata assunta dall'Unione europea, che ha scelto di definire in modo più chiaro il contenuto dello standard, prevedendo una lista esaustiva di obblighi sostanziali, come il divieto di diniego di giustizia o di violazioni fondamentali dei principi del giusto processo²¹. Un esempio è offerto dall'art. 8.10 del CETA²². La flessibilità è comunque preservata tramite la possibilità per gli Stati contraenti di incontrarsi periodicamente per aggiornare la lista. Vi è inoltre un paragrafo che affronta esplicitamente la questione delle legittime aspettative, riconoscendole ma al contempo dandone un'interpretazione restrittiva. Anche i Paesi del sud si sono confrontati con le problematiche causate dal FET, spesso distanziandosi dalle soluzioni adottate dal *Global North*. Alcuni, come il Brasile, hanno preso la decisione radicale di eliminare la clausola FET dai propri trattati²³.

Altri hanno optato per opzioni intermedie. L'India, per esempio, l'ha sostituita con una clausola che prevede una lista di obblighi dello Stato

¹⁷ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles*, cit., p. 200 ss.

¹⁸ A. REINISCH, C. SCHREUER, *International protection of investments*, cit., p. 268. Si vedano l'art. 5 dello *US Model BIT 2004* e l'art. 5 dello *US Model BIT 2012*.

¹⁹ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles*, cit., p.199.

²⁰ ICSID, lodo del 31 ottobre 2011, n. ARB/03/15, *El Paso v. Argentina*, par. 335. V. anche ICSID, lodo del 4 maggio 2016, n. ARB(AF)/12/8, *MNSS v. Montenegro*, par. 326; PCA, lodo sulla giurisdizione e merito del 25 luglio 2016, n. 2013-09, *Devas v. India*, par. 456.

²¹ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles*, cit., p. 191. V., oltre ai trattati in materia d'investimento conclusi dall'UE, anche l'*EU Model Clauses for BITS 2023*.

²² Accordo economico e commerciale globale tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra del 14 gennaio 2017.

²³ F. MOROSINI, M. RATTON SANCHEZ BADIN, *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South. An Introduction*, in F. MOROSINI, M. RATTON SANCHEZ BADIN (a cura di), *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*, Cambridge, 2017, p. 29.

ospite, simile al modello FET dell'UE, ma ancorati al diritto internazionale consuetudinario²⁴. Visto il *focus* di questo articolo, meritano un approfondimento le diverse soluzioni innovative che sono state adottate dalle organizzazioni regionali economiche africane²⁵.

Oltre alla clausola FET proposta dal COMESA, che sarà oggetto di approfondimento nel prossimo paragrafo, negli ultimi anni si sono affermati in modo maggioritario due approcci: il primo, esemplificato dal *Pan African Investment Code* del 2017, è quello di eliminare qualunque riferimento alla clausola FET²⁶. Il secondo, più innovativo, è quello di sostituire il trattamento giusto ed equo con la nozione più restrittiva di trattamento giuridico ed amministrativo²⁷. Questa nozione si limita a riconoscere agli investitori tutela nei casi di diniego fondamentale di giustizia nei procedimenti penali, civili o amministrativi, manifesta arbitrarietà, discriminazione basata sul genere, la razza o il credo religioso o un trattamento abusivo nei confronti dell'investitore nei procedimenti amministrativi e giuridici.

4. La formulazione della clausola FET proposta dal COMESA e dal SADC

Nel 2007, il COMESA ha adottato il *COMESA Common Investment Area Agreement* (Accordo CCIA)²⁸. Questo accordo, non entrato in vigore, è nato

²⁴ Art. 3 *India Model BIT* 2015.

²⁵ Sullo sviluppo di una vera e propria corrente africana nel diritto internazionale degli investimenti, v. S.W. SCHILL, *Editorial: The New (African) Regionalism in International Investment Law*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2017, p. 367ss.; M.M. MBENGUE, S. SCHACHERER, *The 'Africanization' of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2017, p. 414 ss.; M.M. MBENGUE, *Africa's Voice in the Formation, Shaping and Redesign of International Investment Law*, in *ICSID Review*, 2019, p.455 ss.; E.T. LARYEA, O.F. OLADAPO, *Africanisation of International Investment Law for Sustainable Development: Challenges in Journal of International Trade Law and Policy*, 2021, p. 42 ss.; M.M. MBENGUE, S. SCHACHERER, *Evolution of International Investment Agreements in Africa: Features and Challenges of Investment Law "Africanization"*, in J. CHAISE, L. CHOUKROUNE, S. JUSOH (a cura di), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Singapore, 2021, p. 2597 ss.

²⁶ Comunità economica degli Stati dell'Africa occidentale, *Common Investment Code*, 2019; Unione Africana, *Pan African Investment Code*, 2016.

²⁷ Art. 17 del *Protocol to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area on Investment*, firmato dai capi di Stato e di governo durante l'Assemblea dell'Unione africana in data 19 febbraio 2023.

²⁸ COMESA, *Common Investment Agreement*, 2007, firmato, ma non entrato in vigore.

per promuovere gli investimenti tra i membri del COMESA e presenta diverse peculiarità, volte a rafforzare il ruolo dello sviluppo sostenibile in quest'ambito²⁹. Tra queste spicca la formulazione della clausola FET, presente all'art. 14³⁰. I primi due paragrafi la ancorano al trattamento minimo internazionale, aggiungendo un richiamo al principio del giusto processo, in particolare al divieto di diniego di giustizia. Molto innovativo è il terzo paragrafo. Esso recita: «For greater certainty, Member States understand that different Member States have different forms of administrative, legislative and judicial systems and that Member States at different levels of development may not achieve the same standards simultaneously. Paragraphs 1 and 2 of this Article do not establish a single international standard in this context»³¹.

Questa formulazione riconosce esplicitamente una differenziazione nel livello degli obblighi degli Stati. Viene inoltre sottolineato come il riferimento ad uno standard minimo internazionale non si traduca automaticamente in uno standard omogeneo e uguale per tutti gli Stati. La posizione del COMESA non è rimasta del tutto isolata. Nel 2012, infatti, la *Southern African Development Community* (SADC) ha presentato un modello di BIT commentato³², nato con l'intento di aiutare i governi nelle trattative per i trattati bilaterali d'investimento (TBI). Con riguardo alla clausola FET, l'art. 5 propone due alternative³³. La prima definisce il contenuto della clausola facendo riferimento al diritto internazionale consuetudinario, e in particolare ai criteri proposti nel caso *Neer* per valutare la responsabilità dello Stato. La seconda opzione propone la sostituzione della clausola FET con la nozione di trattamento amministrativo giusto. Il riferimento al livello di sviluppo è contenuto in questa seconda opzione, ed è presente sia nel par. 1 che nel par. 3:

²⁹ P. MUCHLINSKI, *The COMESA Common Investment Area: Substantive Standards and Procedural Problems in Dispute Settlement*, in C.L. LIM (a cura di), *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment—Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, Cambridge, 2016, p. 159.

³⁰ E. DE BRABANDERE, *Fair and Equitable Treatment and (Full) Protection and Security in African Investment Treaties Between Generality and Contextual Specificity*, in *The Journal of World Investment and Trade*, 2017, p. 530 ss., p. 550.

³¹ Accordo CCIA, art. 14. par.3.

³² Comunità di sviluppo dell'Africa meridionale, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, 2012.

³³ *Ivi*, art. 5.

«5.1 The State Parties shall ensure that their administrative, legislative, and judicial processes do not operate in a manner that is arbitrary or that denies administrative and procedural [justice][due process] to investors of the other State Party or their investments [taking into consideration the level of development of the State Party]. (...) 5.3. Administrative decision-making processes shall include the right of [administrative review] [appeal] of decisions, commensurate with the level of development and available resources at the disposal of State Parties»³⁴.

In questo caso, il livello di sviluppo è legato specificamente al sistema giudiziario e amministrativo del Paese ospite. Nel 2017 sia l'Accordo CCIA che il Modello BIT del SADC sono stati rivisti³⁵. Entrambi sostituiscono definitivamente il FET con la nozione di giusto trattamento amministrativo. Mentre l'Accordo CCIA elimina anche qualunque riferimento al livello di sviluppo, il Modello BIT del SADC continua ad includerlo, seppure solo con riguardo alla previsione di un sistema di appello per le decisioni amministrative³⁶. È dunque evidente che questa formulazione non ha avuto molto successo pratico: il CCIA infatti non è mai entrato in vigore, e la seconda opzione proposta dal SADC Model BIT finora non è stata adottata da nessuno Stato. Inoltre, come visto precedentemente, le altre organizzazioni regionali economiche africane non hanno abbracciato questo approccio, né lo stesso è stato al momento replicato al di fuori del continente africano. Non si tratta dunque di una formulazione che ha avuto una larga diffusione. Tuttavia, è l'unica che tratta esplicitamente la questione dello sviluppo dello Stato ospite in relazione al FET. Eppure, la questione non è priva di rilevanza pratica: la giurisprudenza arbitrale, infatti, ci si è dovuta confrontare in diverse occasioni.

5. La giurisprudenza arbitrale sul rapporto tra la clausola FET e il livello di sviluppo dello Stato ospite

La giurisprudenza arbitrale si è confrontata con la relazione tra la clausola FET e il livello di sviluppo dello Stato ospite, sviluppando tre distinti filoni giurisprudenziali. Il primo nega decisamente la rilevanza del livello di sviluppo. Gli altri due, invece, ritengono che quest'aspetto debba essere pre-

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ COMESA, *Revised Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area (CCIA)*, 2017, art.14; Comunità di sviluppo dell'Africa meridionale, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary: second edition*, 2017.

³⁶ *Ivi*, art.5.

so in considerazione, ma differiscono sulla fase in cui considerarlo: se nella valutazione della sussistenza di una violazione della clausola FET da parte dello Stato o ai soli fini del calcolo del risarcimento. Un esempio del primo approccio è offerto dal lodo del caso *Gami c. Messico*³⁷. Il tribunale, infatti, ha riconosciuto la complessità del contesto sociopolitico dell'industria dello zucchero in Messico e le diverse capacità amministrative rispetto agli altri Stati membri del NAFTA, ma ha negato fermamente che la poca capacità amministrativa dello Stato potesse essere considerata una difesa valida o che potesse servire per calcolare il risarcimento³⁸.

Questa posizione, riscontrabile in diversi altri lodi, come quelli nei casi *Kardassopoulos*³⁹ e *Alpha*⁴⁰, è al momento maggioritaria⁴¹. Non è però uniformemente accolta: vi sono diversi lodi in cui i tribunali arbitrali considerano le circostanze sociopolitiche ed economiche nel valutare l'illiceità del comportamento dello Stato. Nel caso *Mamidoil*⁴², per esempio, il tribunale ha riconosciuto che l'Albania stava affrontando diverse difficoltà economiche legate al suo *status* di economia in transizione da un modello socialista ad uno capitalista. Ha poi dato una rilevanza concreta a queste circostanze, ritenendo che esse avessero un impatto diretto sulle legittime aspettative dell'investitore. Quest'ultimo infatti era consapevole dell'instabilità del quadro economico e legale presente nello Stato, e dunque avrebbe dovuto prevedere dei cambiamenti. Un altro esempio è dato dal caso *Genin*⁴³, in cui il tribunale ha affermato che le aspettative dell'investitore, per essere legittime, dovessero tenere in considerazione lo *status* di economia in transizione dell'Estonia, e che dunque i rischi di

³⁷ NAFTA, *Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules*, lodo del 15 novembre 2004, *GAMI Investments Inc., v The United Mexican States*.

³⁸ *Ivi*, par. 94.

³⁹ ICSID, lodo del 3 marzo 2010, n. ARB/05/18 and ARB/07/15, *Kardassopoulos and Fuchs v. Georgia*.

⁴⁰ ICSID, lodo del 8 novembre 2010, n. ARB/07/16, *Alpha Projectholding GmbH v. Ukraine*.

⁴¹ R. ISLAM, *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration: Developing Countries in Context*, Singapore, 2018, p. 113. Per l'analisi di ulteriori lodi che hanno affrontato il tema del livello di sviluppo dello Stato, v. M. GRITSENKO, *Relevance of the host state's development status in investment treaty arbitration* in F. BAETENS (a cura di), *Investment Law Within International Law: Integrationist Perspectives*, Cambridge, 2013, p. 341 ss.

⁴² ICSID, lodo del 30 marzo 2015, n. ARB/11/24, *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Société S.A. v. Republic of Albania*.

⁴³ ICSID, lodo del 25 giugno 2001, n. ARB/99/2, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc and AS Baltoil v. The Republic of Estonia*.

una burocrazia particolarmente lenta dovessero essere presi in considerazione.

Il livello di sviluppo è stato valutato anche in contesti diversi rispetto alle economie socialiste in transizione. Nel caso *Bayindir*⁴⁴, per esempio, si è affermato che l'investitore avrebbe dovuto considerare l'instabilità politica del Pakistan, e dunque non avrebbe potuto legittimamente aspettarsi un quadro legale stabile. Il lodo *Duke Energy c. Ecuador*⁴⁵ ha riconosciuto una violazione dello standard FET, ma ha anche affermato esplicitamente che le circostanze politiche, socioeconomiche e storiche dello Stato ospite devono essere considerate aspetti essenziali delle aspettative legittime. Si può dunque affermare che questi lodi riconoscano, seppur indirettamente, la rilevanza del livello di sviluppo nel definire le legittime aspettative di un investitore.

Infine, alcuni tribunali arbitrali hanno ritenuto che il livello di sviluppo non potesse rilevare nel valutare la violazione dello standard, ma rilevasse per il calcolo del risarcimento dovuto all'investitore. L'esempio più importante è *AMT c. Zaire*⁴⁶, in cui il tribunale ha deciso di non applicare il metodo di calcolo degli interessi proposto dall'investitore, poiché quest'ultimo era pensato per un Paese ideale, con un clima stabile per gli investimenti, e ha optato per un metodo che desse rilievo al clima di forte instabilità politica ed economica in cui si trovava lo Zaire⁴⁷.

Sulla stessa scia, alcuni tribunali hanno dato rilevanza, nel calcolo dei danni, alla condotta dell'investitore, per non aver esercitato un livello di diligenza conforme al livello di sviluppo dello Stato ospite. Un esempio è offerto dal caso *MTD c. Cile*⁴⁸, in cui il risarcimento spettante all'investitore è stato ridotto del cinquanta per cento poiché lo stesso non aveva effettuato l'investimento con un livello di diligenza adeguato al contesto dello Stato ospite.

Dall'analisi della giurisprudenza arbitrale emerge dunque che la questione della rilevanza del livello di sviluppo si pone nella prassi, anche se

⁴⁴ ICSID, lodo del 27 agosto 2009, n. ARB/03/29, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi AS v. Pakistan*.

⁴⁵ ICSID, lodo del 18 agosto 2008, n. ARB/04/19, *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil SA v. Republic of Ecuador*.

⁴⁶ ICSID, lodo del 21 febbraio 1997, n. ARB/93/1, *American Manufacturing & Trading v. Republic of Zaire (AMT)*.

⁴⁷ *Ivi*, par. 7.14.

⁴⁸ ICSID, lodo del 25 maggio 2004, n. ARB/01/7, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*.

le risposte date differiscono notevolmente. La maggior parte di esse, affermando che l'investitore avrebbe dovuto rimodulare le proprie aspettative o il proprio livello di diligenza sulla base del livello di sviluppo dello Stato ospite, pone l'accento sull'investitore. Da questo punto di vista, la formulazione del COMESA si distingue nettamente poiché si focalizza interamente sulla condotta dello Stato. Nel farlo, inoltre, introduce un trattamento speciale e differenziato.

6. Il trattamento speciale e differenziato: un compromesso (ambiguo) tra Paesi del nord e del sud

Per capire e analizzare le conseguenze di questa formulazione è necessario partire dal concetto stesso di trattamento speciale e differenziato, che sarà sinteticamente analizzato. Pur in mancanza di una definizione univoca ed universalmente accettata di tale concetto, è possibile distinguere le norme che lo contengono sulla base della loro funzione: esse, infatti, riconoscono l'esistenza di bisogni speciali dei Paesi in via di sviluppo e permettono di differenziare il tipo di obblighi sulla base del livello di sviluppo dello Stato⁴⁹. Tali norme nascono nel diritto commerciale internazionale, di cui sono diventate un elemento caratterizzante.

Già a partire dagli anni Cinquanta de secolo scorso, i Paesi in via di sviluppo hanno iniziato a sottolineare che la loro condizione richiede un trattamento differenziato affinché possano effettivamente beneficiare della liberalizzazione economica, chiedendo che fossero introdotte delle deroghe e un accesso preferenziale ai mercati dei Paesi sviluppati⁵⁰. Ne sono conseguite negoziazioni che hanno portato alla modifica di alcune norme e hanno reso il tema dello sviluppo centrale nell'evoluzione del diritto commerciale internazionale⁵¹. Tra il 1964 e il 1965, gli sforzi dei Paesi in via di sviluppo sono culminati in due risultati significativi: l'introduzione all'interno dell'accordo di un'intera sezione dedicata al rapporto tra commercio e sviluppo, la Parte IV, e la nascita di un'organizzazione internazionale, in seno alle Nazioni Unite, che affrontasse specificamente questo

⁴⁹ Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, UN Pub. UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5, 2015, p. 81.

⁵⁰ C. MICHALOPOULOS, *The role of special and differential treatment for developing countries in GATT and the World Trade Organization in Policy Research Working Paper*, 2000, p. 4 ss.

⁵¹ *Ibidem*. V. ad esempio l'art. XVIII (C), che introduce e regola le deroghe per facilitare la creazione di determinate industrie.

rapporto: la *United Nation Conference on Trade and Development (UNCTAD)*⁵².

Un'altra pietra miliare nell'evoluzione del trattamento speciale e differenziato è stata l'introduzione in via permanente e non più solo temporanea di un meccanismo di preferenze generalizzate (la cosiddetta *enabling clause*)⁵³. La nascita dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) e il principio del *single undertaking* non hanno portato all'abbandono di tale trattamento, ma ad un nuovo ruolo dello stesso, tradottosi prevalentemente nell'introduzione di norme che garantiscono ai Paesi in via di sviluppo dei tempi più lunghi per l'attuazione degli obblighi⁵⁴. Questo approccio ha sollevato diverse critiche che hanno portato gli Stati a cercare di rendere più efficace il trattamento speciale e differenziato, come dimostra la centralità del tema nel *Doha Round*⁵⁵.

Tali sforzi però non hanno prodotto risultati significativi⁵⁶. L'esito di tale evoluzione è la presenza, all'interno dei vari accordi che costituiscono il diritto OMC, di diverse norme dal contenuto e dal livello di vincolatività estremamente eterogeneo⁵⁷, che prevedono una diversificazione del trattamento e degli obblighi di ciascuno Stato a seconda del livello di sviluppo. Esse includono, come visto, norme che permettono ai Paesi in via di sviluppo di ritardare l'implementazione di determinati obblighi, ma anche norme che prevedono obblighi, per i Paesi sviluppati, di garantire l'assistenza tecnica ai Paesi in via di sviluppo⁵⁸. Alla base vi è una rinuncia ad un'applicazione rigorosa del principio di reciprocità, come afferma chiaramente l'art. XXXVI del GATT⁵⁹. Esso, infatti, riconosce che in virtù della necessità di produrre «sforzi positivi»⁶⁰ per favorire la crescita dei Paesi in via di sviluppo, «le Parti contraenti economicamente evolute ri-

⁵² A. KECK, P. LOW, *Special and differential treatment in the WTO: why, when, and how?* in S.J. EVENETT, B.M. HOEKMAN (a cura di), *Economic Development and Multilateral Trade Cooperation*, Washington/New York, 2006, p. 147 ss., p. 149.

⁵³ *Ivi*, p. 150.

⁵⁴ *Ivi*, p. 151.

⁵⁵ M. IRISH, *Special and Differential Treatment, Trade and Sustainable Development in The Law and Development Review*, 2011, p.72 ss., p. 73.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ V. HEGDE, J. WOUTERS, *Special and Differential Treatment Under the World Trade Organization: A Legal Typology in Journal of International Economic Law*, 2021, p. 551 ss., p. 564. V. anche S.E. ROLLAND, *Development at the World Trade Organization*, Oxford, 2012, p. 109 ss.

⁵⁸ V., ad es., l'art.55 TRIPS e l'art.9 dell'Accordo SPS. Per approfondire, v. P. BOSSCHE, D. PREVOST, *Essentials of WTO Law*, Cambridge, 2021, p. 142.

⁵⁹ *General Agreement on Tariffs and Trade*, del 30 ottobre 1947.

⁶⁰ *Ivi*, art. XXXVI.

nunciano alla reciprocità circa gli impegni assunti nei negoziati commerciali intesi a ridurre o eliminare i diritti di dogana ed altri ostacoli al commercio delle Parti contraenti in via di sviluppo»⁶¹.

Un'altra branca del diritto internazionale in cui il trattamento speciale e differenziato ha un ruolo rilevante è il diritto ambientale. In quest'ambito, la necessità di un trattamento differenziato è espressa dal principio delle responsabilità comuni ma differenziate, contenuto all'art. 3 della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici⁶² e all'art. 7 della Dichiarazione di Rio⁶³. L'effetto pratico più rilevante di questo principio si è avuto con il Protocollo di Kyoto del 1997⁶⁴, dove è stato usato per giustificare una differenziazione nell'intensità degli obblighi di riduzione delle emissioni. Esso è inoltre tutt'ora usato per promuovere l'assunzione, da parte dei Paesi più sviluppati, di obblighi più ambiziosi per i contributi determinati a livello nazionale, previsti dall'Accordo di Parigi del 2015⁶⁵. In questi ambiti, gli Stati concordano sull'assunto che i Paesi in via di sviluppo siano «intrinsecamente svantaggiati»⁶⁶, rispettivamente nella loro partecipazione al commercio internazionale e alla lotta per il clima, e che questo giustifica l'introduzione di un trattamento differenziato.

Vi è però una spaccatura netta tra i Paesi del nord e quelli del sud con riguardo alle motivazioni più profonde di questa introduzione. Nell'affrontare il tema delle cause che hanno portato e che giustificano l'utilizzo del trattamento speciale e differenziato, i Paesi del nord fanno riferimento all'oggettiva mancanza di risorse e *know-how* dei Paesi in via di sviluppo, mentre i Paesi del sud lo considerano un'applicazione del principio di giustizia distributiva, che impone di considerare lo sfondo storico e l'impatto che esso ha prodotto sulla situazione attuale⁶⁷. Per capire le implicazioni di questo approccio è opportuno focalizzarsi sul principio di uguaglianza.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992.

⁶³ Conferenza delle Nazioni Unite su ambiente e sviluppo, *Rio Declaration on Environment and Development*, UN. Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 del 12 agosto 1992.

⁶⁴ Protocollo di Kyoto alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1997.

⁶⁵ Accordo di Parigi del 2015.

⁶⁶ C. MICHALOPOULOS, *The role of special and differential treatment*, cit., p.15.

⁶⁷ J. DEHM, *Carbon Colonialism or Climate Justice: Interrogating the International Climate Regime from a TWAIL Perspective in Windsor Yearbook of Access to Justice*, 2016, p. 129 ss., p.141.

7. Uguaglianza formale e istanze di giustizia redistributiva

Secondo il principio di uguaglianza, che ha una rilevanza fondamentale nel diritto internazionale, entità che sono simili devono essere trattate allo stesso modo⁶⁸. Un esempio emblematico è offerto dalla Carta delle Nazioni Unite⁶⁹. Nel preambolo, infatti, è menzionata l'uguaglianza tra nazioni, «grandi e piccole»⁷⁰, principio ribadito all'art. 2⁷¹. Si tratta di una nozione formale di uguaglianza.

Lo sviluppo dell'uguaglianza formale come base del diritto internazionale ha delle chiare ragioni storiche. Le fondamenta del diritto internazionale moderno, infatti, sono state sviluppate durante la nascita dello Stato-nazione in Europa⁷². Sebbene gli Stati europei non avessero tutti lo stesso potere, condividevano una visione politica simile, e delle comuni radici storiche e culturali, cosa che attenuava almeno formalmente le asimmetrie⁷³. Ciò ha dunque facilitato l'affermarsi di una concezione formale di uguaglianza. Quest'ultima parte dal presupposto per cui tutti gli Stati siano uguali semplicemente perché hanno una caratteristica in comune: l'essere riconosciuti come Stati⁷⁴. Da ciò ne consegue che tutte le disuguaglianze materiali sono escluse nella definizione di uno Stato come entità giuridica e sono relegate ad altre sfere⁷⁵. In questo modo, le disuguaglianze materiali non hanno, formalmente, alcun effetto nelle relazioni tra Stati, e si ritiene che ciò permetta di tutelare al meglio la sovranità di ciascuno Stato e renda il diritto internazionale neutrale⁷⁶.

Un corollario di questo principio è la stretta reciprocità nei diritti ed obblighi. Con il tempo sono però state introdotte delle eccezioni significative, come il potere di veto riconosciuto ai membri permanenti del Consi-

⁶⁸ A. CASSESE, *International Law in a Divided World*, Oxford, 1986, p. 129; A. DE JONGE, *From Unequal Treaties to Differential Treatment: Is there a Role for Equality in Treaty Relations?* in *Asian Journal of International Law*, 2014, p. 125 ss., p.134.

⁶⁹ Carta delle Nazioni Unite del 1945.

⁷⁰ *Ivi*, preambolo.

⁷¹ *Ivi*, art.2.

⁷² P. CULLET, *Differential treatment in international law: towards a new paradigm of interstate relations* in *European Journal of International Law*, 1999, p. 549 ss., p.563.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ J. LINARELLI, M.E. SALOMON, M. SORNARAJAH, *The Misery of International Law: Confrontations with Injustice in the Global Economy*, Oxford, 2018, p. 59.

⁷⁵ S. PAHUJA, *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge, 2011, p. 60.

⁷⁶ P. CULLET, *Differential treatment in international law*, cit., p.553.

glio di sicurezza delle Nazioni Unite⁷⁷ o il sistema di voto ponderato, basato sulle quote di capitali possedute dagli Stati, applicato da molte organizzazioni internazionali economiche, quali il Fondo Monetario Internazionale e la Banca Mondiale⁷⁸. Queste eccezioni rispecchiano i rapporti di forza tra Paesi. L'introduzione del trattamento speciale e differenziato si basa sulla stessa premessa: quella di dare rilevanza alle circostanze materiali, consentendo a tal fine deroghe alla stretta reciprocità e dunque al principio di uguaglianza formale. Tali deroghe sono state utilizzate per sostenere la necessità di un passaggio da una nozione formale ad una nozione sostanziale di uguaglianza⁷⁹.

È stato infatti affermato che il concetto di uguaglianza formale non è neutrale e che negare la rilevanza delle disuguaglianze materiali risulti in trattati sbilanciati, sfavorevoli e ingiusti nei confronti dei Paesi in via di sviluppo, che si traducono in un ostacolo allo sviluppo stesso⁸⁰. Secondo questa visione, il principio di uguaglianza formale andrebbe sostituito con il principio di uguaglianza sostanziale, che agirebbe su questo aspetto valorizzando le disuguaglianze esistenti, le loro cause e il loro impatto nelle asimmetrie di potere fra Stati, con l'obiettivo di superarle⁸¹.

Un'espressione concreta di tale approccio nel diritto internazionale degli investimenti si è avuta con riguardo allo standard d'indennizzo. Gli Stati del sud, infatti, si sono opposti alla cosiddetta *formula Hull*, secondo la quale un indennizzo deve essere pronto, adeguato ed effettivo, ed hanno sostenuto che l'indennizzo deve essere semplicemente appropriato e che nel calcolarlo si devono tenere in considerazione anche gli obiettivi di sviluppo e le circostanze socioeconomiche dello Stato ospite⁸².

Da tale quadro emerge che, se da un lato il trattamento speciale e differenziato costituisce un compromesso volto quantomeno ad affrontare il tema dell'impatto del diverso livello di sviluppo degli Stati, dall'altro lato racchiude dei contrasti non risolti. Avendo chiarito, sia pur sinteticamen-

⁷⁷ Art. 27 par. 3 della Carta delle Nazioni Unite.

⁷⁸ V., rispettivamente, l'art. V.3 degli *IBRD Articles of Agreement* e l'art. XII.5 degli *IMF Articles of Agreement*.

⁷⁹ A. DE JONGE, *From Unequal Treaties*, cit., p. 134.

⁸⁰ J. LINARELLI, M.E. SALOMON, M. SORNARAJAH, *The Misery of International Law*, cit., p. 82.

⁸¹ A. DE JONGE, *From Unequal Treaties*, cit., p. 134, P. CULLET, *Differential treatment in international law*, cit., p. 554.

⁸² M.R. MAURO, *Diritto internazionale dell'economia: teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Napoli, 2019, p. 383.

te, le peculiarità di tale strumento, si può procedere all'analisi degli effetti che produrrebbe nel diritto internazionale degli investimenti.

8. Il trattamento speciale e differenziato nel diritto internazionale degli investimenti

La formulazione del COMESA si caratterizza per il tentativo di introdurre un trattamento speciale e differenziato nel diritto internazionale degli investimenti. Nonostante anche in tale ambito storicamente la contrapposizione tra nord e sud sia stata molto accentuata⁸³, per molto tempo l'introduzione di un trattamento speciale e differenziato non è stata presa esplicitamente in considerazione all'interno degli accordi internazionali d'investimento (AI).

Tra le possibili cause vi è la mancanza di un trattato multilaterale di diritto sostanziale. Tale mancanza è stata infatti compensata con la conclusione di trattati bilaterali, che per la loro stessa natura portano ad una applicazione più rigida del principio di reciprocità⁸⁴. A ciò si aggiunge che gli sviluppi economici degli anni '90 si sono tradotti in una liberalizzazione globale degli investimenti, che prometteva di essere foriera di sviluppo ed era quindi in grado di unire gli intenti dei Paesi esportatori ed importatori di capitali⁸⁵.

Solo a partire dagli anni 2000, l'UNCTAD ha iniziato ad affrontare la questione nei suoi rapporti⁸⁶, in particolare nelle sezioni dedicate a fornire delle opzioni ai negoziatori di AI per favorire il passaggio ad una «nuova generazione di politiche d'investimento»⁸⁷. In essi è sottolineato che il tema è stato largamente ignorato, sebbene molte delle norme che fanno riferimento ad un trattamento speciale e differenziato presenti nel diritto

⁸³ M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, V ed., Padstow, 2017, p. 27 ss.

⁸⁴ Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, cit., p.81.

⁸⁵ R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles*, cit., p. 7 ss. e p. 133 ss.

⁸⁶ Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo, *Flexibility for Development*, UN Pub. UNCTAD/ITE/IIT/18, 2000; Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo, *World Investment Report*, 2012; Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, cit.

⁸⁷ Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo, *Investment Policy Framework*, cit., p.6.

OMC potrebbero teoricamente essere introdotte anche nel diritto internazionale degli investimenti⁸⁸.

Tra gli esempi di norme richiamate dai rapporti vi sono quelle che introducono eccezioni relative allo sviluppo, quelle che escludono dall'applicazione del trattato aree o misure particolarmente sensibili per lo sviluppo, l'uso di *best endeavour clauses* e la previsione di un'implementazione ritardata di alcuni obblighi a favore dei Paesi in via di sviluppo. Nel suggerire queste soluzioni, viene riportata la clausola FET del COMESA come esempio più significativo di inclusione del trattamento speciale e differenziato in un trattato in materia d'investimenti⁸⁹.

Più recentemente, sebbene il tema resti secondario, alcuni AII hanno introdotto delle forme di trattamento speciale e differenziato. Per esempio, l'*African Investment Protocol* ha inserito la possibilità di derogare al trattamento nazionale per raggiungere degli obiettivi di sviluppo nazionali⁹⁰. Inoltre, l'Unione europea, in un rapporto del 2021 presentato dalla Commissione per il commercio internazionale al Parlamento europeo⁹¹, ha posto tra gli obiettivi della politica UE in materia di investimenti quello della «promozione di condizioni per gli investitori dell'UE all'estero che rispecchino il livello di apertura di cui godono gli investitori stranieri nell'UE, tenendo conto nel contempo dei livelli di sviluppo dei paesi terzi e della necessità di prevedere un trattamento differenziato»⁹². Il tema è dunque molto attuale, e dà una diversa rilevanza ad un aspetto, quello delle asimmetrie tra Stati, che nella narrativa tradizionale è evidenziato solo al fine di giustificare la necessità di una protezione rafforzata degli investitori stranieri⁹³.

Sul piano dei rapporti tra Stati del nord e Stati del sud, la clausola FET del COMESA si presenta dunque come uno strumento che dà voce in modo innovativo alle istanze di sviluppo, affrontando il tema della deroga al principio di reciprocità. Si potrebbe obiettare che tale impatto è comunque smorzato dal fatto che la clausola è contenuta in un accordo tra Stati

⁸⁸ *Ivi*, p. 81.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Art. 13 del *Protocol to the Agreement Establishing the African Continental Free Trade Area on Investment*, cit.

⁹¹ Parlamento Europeo, Relazione sul futuro della politica dell'UE in materia di investimenti internazionali (2021/2176(INI)) del 25 maggio 2022.

⁹² *Ivi*, p. 7, lett. G.

⁹³ M. SATTOROVA, *The Impact of Investment Treaty Law on Host States: Enabling Good Governance?*, Oxford, 2018, p. 7.

del sud, e che quindi anche se il trattato fosse entrato in vigore non avrebbe agito in modo significativo sulle asimmetrie esistenti. Tuttavia, la sua introduzione segna il tentativo di proporre un nuovo approccio, un'alternativa, alle soluzioni elaborate dagli Stati del nord. La riproposizione nel SADC Model BIT è un ulteriore indicatore in tal senso, visto che in linea teorica avrebbe potuto essere utilizzato anche per negoziare trattati con i Paesi del nord. In ogni caso, la deroga al principio di reciprocità ha delle conseguenze pratiche importanti anche sul piano dei rapporti tra Stato ed investitore. Infatti, poiché in questa materia i trattati vengono conclusi a tutela degli investitori, la reciprocità si traduce nell'imposizione di standard omogenei di trattamento degli stessi. Per l'attuale configurazione del diritto internazionale degli investimenti, come spiega eloquentemente Gallus, un investitore «could be forgiven for thinking that it can expect the same standard of treatment whether it invests in Canada or in Moldova»⁹⁴, sebbene uno sia un Paese pienamente sviluppato e l'altro un Paese con un'economia in transizione da un modello socialista ad uno capitalista. Questa è un'inevitabile conseguenza di un'applicazione rigorosa del principio di reciprocità. L'applicazione di un trattamento speciale e differenziato, che nasce per riequilibrare i rapporti tra Stati, produce dunque delle conseguenze inevitabili e rilevanti anche nei rapporti tra Stato ed investitore.

9. Le implicazioni della formulazione del COMESA sul rapporto Stato-investitore

L'uniformità degli standard di trattamento impone a tutti gli Stati di garantire lo stesso livello di protezione, a prescindere dalle reali capacità e possibilità dello Stato di raggiungerlo. Poiché sono i tribunali arbitrali a garantire i diritti degli investitori e a valutare le condotte degli Stati, tale omogeneità rileva anzitutto in sede arbitrale. Nell'applicare la clausola FET, i tribunali partono dall'assunto che si tratti di uno standard assoluto di trattamento⁹⁵. Ciò significa che il trattamento che deve essere garantito

⁹⁴ N. GALLUS, *The Influence of the Host State's Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection* in *The Journal of World Investment and Trade*, 2005, p. 711 ss., p. 711.

⁹⁵ I. TUDOR, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford, 2008, p. 183.

ha un contenuto proprio, che non deve essere definito in relazione a quello garantito agli altri investitori⁹⁶.

L'omogeneità dello standard spinge i tribunali a valutare la condotta dello Stato a prescindere dalle effettive capacità e possibilità dello Stato. Ciò è quanto emerge, per esempio, dal già citato caso *Gami c. Messico*. Ma anche negli altri casi visti precedentemente, non viene in rilievo direttamente la capacità dello Stato quanto piuttosto la diligenza che avrebbe dovuto esercitare l'investitore. Dunque, nel valutare se la condotta dello Stato violi o meno il trattamento giusto ed equo, il tribunale prende come parametro la condotta che uno Stato ideale, perfettamente diligente, avrebbe tenuto nei confronti dell'investitore⁹⁷.

L'introduzione del livello di sviluppo nella clausola FET agirebbe proprio su quest'aspetto, imponendo un mutamento nel parametro di riferimento. Il tribunale, infatti, dovrebbe usare come parametro, per valutare la condotta dello Stato, quella che avrebbe tenuto uno Stato diligente nelle stesse condizioni di sviluppo dello Stato ospite⁹⁸. Dunque, invece di valutare la violazione dello standard sulla base di un semplice confronto con il comportamento di uno Stato ideale, il tribunale arbitrale dovrebbe attuare un ragionamento bifasico e determinare *in primis* il livello di *compliance* che ci si sarebbe potuti aspettare da uno Stato diligente in quelle condizioni di sviluppo, prendendo in considerazione le condizioni rilevanti per il caso specifico, e poi chiedersi se nel caso concreto lo Stato ospite abbia raggiunto o meno quel livello⁹⁹. In questo modo si realizzerebbe un mutamento nella natura dello standard.

Riprendendo la terminologia usata da Magraw, che classifica gli standard in assoluti, differenziali e contestuali¹⁰⁰, si potrebbe affermare che lo standard FET diventerebbe uno standard contestuale¹⁰¹. Questi ultimi si

⁹⁶ K. YANNACA-SMALL, *Fair and Equitable Treatment: Recent Developments* in A. REINISCH (a cura di), *Standards of Investment Protection*, Oxford, 2008, p. 111 ss., p.111.

⁹⁷ E.A. ALEXANDER, *Taking account of reality: adopting contextual standards for developing countries in international investment law*, in *Virginia Journal of International Law*, 2007, p.817 ss., p. 825; S. DAS, *Fine Balance: Empire, Neoliberalism, and the Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law* in *The Journal of World Investment and Trade*, 2023, p. 659 ss., p. 688.

⁹⁸ E.A. ALEXANDER, *Taking account of reality*, cit., p. 825.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ D.B. MAGRAW, *Legal Treatment of Developing Countries: Differential, Contextual, and Absolute Norms* in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1990, p. 69 ss., p.73 ss.

¹⁰¹ E.A. ALEXANDER, *Taking account of reality*, cit., p. 825.

caratterizzano perché formalmente garantiscono lo stesso trattamento a tutti i destinatari, ma la loro applicazione permette differenziazioni sulla base di una caratteristica individuata dallo standard stesso¹⁰², che in questo caso consiste nel livello di sviluppo dello Stato ospite. Da un punto di vista pratico, questa è la grande innovazione del COMESA, consolidata nel Model BIT della SADC.

Si impongono due considerazioni. *In primis*, è rilevante il fatto che, secondo il COMESA, tale risultato non sia in contrasto con il riconoscimento di uno standard di trattamento minimo. Infatti, un riferimento allo stesso è incluso nel par. 1 dell'art. 14, dedicato al FET. Come visto precedentemente, questa nozione, altamente controversa, implica l'esistenza di un livello di protezione che gli Stati devono comunque garantire, indipendentemente da ogni altra considerazione¹⁰³. *Prima facie*, questo approccio sembra in netto contrasto con la logica dietro l'introduzione del livello di sviluppo, cioè quella di dare invece rilievo alle circostanze. L'obiezione però può essere superata. Infatti, l'introduzione del livello di sviluppo nella clausola FET richiede di differenziare gli obblighi degli Stati sulla base della specifica situazione degli stessi, ma non implica che non esista un livello di trattamento, seppur molto basso, che generalmente tutti gli Stati siano in grado di garantire¹⁰⁴.

In secondo luogo, tale innovazione deve essere letta anche alla luce del dibattito riguardante la crisi di legittimità. Essa, infatti, comporterebbe un cambiamento paradigmatico nel ragionamento dei tribunali, che si rispecchierebbe sul bilanciamento dei rapporti tra Stato ed investitori, rafforzando la posizione dello Stato, soprattutto se in via di sviluppo, così riducendo, con riguardo alla clausola FET, la tendenza a favorire gli investitori, che è una delle cause maggiori della crisi di legittimità.

10. Conclusioni

La clausola FET è uno degli standard di protezione degli investitori che meglio rappresenta le problematiche che hanno portato all'attuale crisi di legittimità del diritto internazionale degli investimenti. La discrezionalità con cui i tribunali lo hanno interpretato, grazie alla sua vaghezza, ha spin-

¹⁰² D.B. MAGRAW, *Legal Treatment of Developing Countries*, cit., p. 74.

¹⁰³ UNCITRAL, lodo dell'8 giugno 2009, *Glamis Gold Ltd v. United States*, par. 615.

¹⁰⁴ J.A. VANDUZER, P. SIMMONS, G. MAYEDA, *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators*, London, 2013, p.142.

to gli Stati a cercare formulazioni alternative, accumulate dall'obiettivo di evitare limitazioni eccessive ai loro poteri regolatori.

Nel cercare soluzioni che permettano di riequilibrare i rapporti tra Stato ed investitore, alcuni Stati ed organizzazioni economiche regionali hanno colto l'occasione di far sentire la propria voce e far valere le proprie istanze. Tra questi, il COMESA ha introdotto una formulazione che si distingue perché pone l'accento sul livello di sviluppo dello Stato, inserendolo esplicitamente come elemento da considerare nel valutare la condotta dello stesso. Questa formulazione, ripresa dal SADC, è stata poi abbandonata in favore di altre, per cui non ha avuto un impatto pratico significativo. Resta però interessante da analizzare, anzitutto perché risponde ad un bisogno già esistente nel diritto internazionale degli investimenti, cioè quello di stabilire che ruolo devono giocare le circostanze socioeconomiche e politiche di uno Stato nel definire il livello di protezione da garantire all'investitore. La giurisprudenza arbitrale ha affrontato la questione con esiti contrastanti, che alimentano ulteriormente l'incertezza.

La soluzione proposta dal COMESA affronta la questione introducendo un trattamento speciale e differenziato, con l'effetto di far venire meno l'omogeneità della protezione garantita all'investitore. Vi sono indubbiamente alcune criticità, come, per esempio, la difficoltà nel definire il livello di sviluppo di uno Stato, o il rischio, seppur improbabile, di un'interpretazione eccessivamente favorevole per gli Stati. Inoltre, l'uso del trattamento speciale e differenziato è stato oggetto di critiche sia nel diritto OMC che nel diritto internazionale ambientale¹⁰⁵. Tuttavia, tale formulazione ha il pregio di dare rilevanza al livello di sviluppo in un ambito in cui da un punto di vista operativo il tema è rimasto in secondo piano, sebbene, come detto all'inizio, il binomio protezione degli investimenti-sviluppo giochi un ruolo chiave nella definizione della *ratio* della materia.

I TBI tradizionali però non hanno dato una grande rilevanza allo sviluppo. Solo più recentemente, essi hanno iniziato ad includere la promozione dello sviluppo sostenibile, prevalentemente come obiettivo nei Preamboli e come motivazione che giustifica un rafforzamento dei poteri

¹⁰⁵ F.J. GARCIA, *Beyond Special and Differential Treatment*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 2004, p. 291 ss.

regolatori dello Stato¹⁰⁶. Inserendo il livello di sviluppo nel cuore della protezione degli investitori, il COMESA ha proposto un proprio metodo per riequilibrare anche questa asimmetria, oltre a quella tra Stato ed investitore e, a monte, tra Stati in via di sviluppo e Stati sviluppati.

Ciò suscita riflessioni importanti alla luce della crisi di legittimità. Sembra infatti esserci un generale *consensus* da parte degli Stati sulla necessità di rafforzare gli spazi regolatori per riequilibrare i rapporti tra Stato ed investitore, e che tale rafforzamento ricomprenda la questione dello sviluppo. La formulazione del COMESA mette in discussione quest'ultima convinzione, sottolineando che lo sviluppo ha una sua dimensione autonoma, non completamente assorbita dal dibattito sui poteri regolatori, che incide sulle asimmetrie presenti nel diritto internazionale degli investimenti e dunque anche sulla sua crisi di legittimità.

¹⁰⁶ U. KRIEBAUM, *International Investment Law and sustainable development*, in S. MCINERNEY-LANKFORD, R. MCCORQUODALE (a cura di), *The Roles of International Law in Development*, Oxford, 2023, p. 305 ss., p. 307 ss.

L'Organizzazione mondiale della sanità e i negoziati del *Pandemic Agreement*: verso un nuovo futuro per l'accesso ai farmaci nei Paesi del *Global South*?

MAGDALENA GRECO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'utilizzo dei poteri normativi dell'OMS. – 3. Le alternative in termini di base giuridica sul tavolo negoziale. – 4. Da problema a soluzione (?): accesso ai farmaci e crisi sanitarie. – 5. Le proposte dell'INB: premesse. – 5.1. Il sistema ABS. – 5.2. Nuove capacità manifatturiere in campo farmaceutico per i Paesi in via di sviluppo. – 6. Conclusione.

ABSTRACT: La pandemia da COVID-19 ha condotto la comunità internazionale verso un profondo ripensamento degli equilibri alla base del sistema regolatorio posto a salvaguardia della salute globale. L'Assemblea mondiale della sanità (AMS) quindi, riunita in sessione speciale, ha deciso di nominare il 1° dicembre 2021 un *Intergovernmental Negotiating Body* (INB), attribuendogli il mandato di negoziare un trattato o un altro strumento internazionale volto alla prevenzione, preparazione e risposta alle pandemie. Partendo da tali premesse, il presente contributo si articola in due parti. In primo luogo, analizza i poteri normativi dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS), cercando di spiegare come e perché, in più di sette decenni di vita della stessa, questa ne abbia fatto scarsamente uso, per poi analizzare quali di questi potrebbero essere usati per la negoziazione dell'accordo oggi in discussione. In secondo luogo, l'articolo guarda allo stato dei negoziati per come questi sono stati presentati alla settantasettesima AMS di inizio giugno 2024, data in cui, teoricamente, l'INB era chiamato a presentare il risultato del suo lavoro. Nell'analisi, particolare attenzione sarà dedicata ad uno dei temi storicamente più dibattuti, nonché al confine tra diritto sanitario internazionale, diritto internazionale dei diritti umani e diritto del commercio internazionale, ossia l'accesso ai farmaci, con speciale riferimento ai Paesi del *Global South*.

*Dottoranda di ricerca in *Legal Studies* (curriculum *International and European Law*), Università Commerciale Luigi Bocconi, magdalena.greco@phd.unibocconi.it

PAROLE CHIAVE: accordo pandemico – accesso ai farmaci – Organizzazione mondiale della sanità – diritto internazionale sanitario – preparazione e risposta alle pandemie – *Global South*.

1. Introduzione

Il 1° dicembre 2021 l'Assemblea mondiale della sanità (AMS), riunita in sessione speciale, ha adottato la risoluzione *The World Together*¹. Nel documento, gli Stati membri dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS o Organizzazione) hanno deciso di nominare un *Intergovernmental Negotiating Body* (INB) incaricato di negoziare un «trattato, accordo, o un altro strumento internazionale volto alla prevenzione, preparazione, e risposta alle pandemie (PPPR)»².

Tale strumento, secondo la risoluzione, avrebbe dovuto essere negoziato seguendo uno dei tre poteri normativi che la Costituzione dell'OMS (COMS) attribuisce all'OMS. Secondo la risoluzione, quindi, i risultati dei negoziati avrebbero dovuto assumere la forma di trattato o, in alternativa, di regolamento, o di raccomandazione³. La prima opzione, tuttavia, unica espressamente prevista dalla risoluzione, è sin da subito sembrata la preferita sul tavolo negoziale. Ad avallare tale ipotesi hanno contribuito non solo gli studiosi⁴, ma anche la società civile⁵ ed i media⁶, i quali hanno fat-

¹ Organizzazione mondiale della sanità, *The World Together: Establishment of an Intergovernmental Negotiating Body to strengthen pandemic prevention, preparedness and response*, WHO Doc. SSA2(5) del 1° dicembre 2021.

² *Ibidem*.

³ V. sul punto gli artt. 19-21-23 della Costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità, adottata dalla Conferenza sanitaria internazionale tenutasi a New York tra il 19 ed il 22 luglio 1946, entrata in vigore il 7 Aprile 1948 e disponibile con i successivi emendamenti (3 febbraio 1977, 20 gennaio 1984, 11 luglio 1994, 15 settembre 2005) sul sito www.apps.who.int.

⁴ V. sul punto M. KAVANAGH, L. ABINADER, A. BANDA, *Equity and technology in the pandemic treaty*, in *British Medical Journal*, 2023, p. 2533 ss.; H. NIKOGOSIAN, I. KICKBUSH, *The case of an international pandemic treaty*, in *British Medical Journal*, 2021, p. 527 ss.; J. VIÑUALES, S. MOON, G. LE MOLI, G.L. BURCI, *A global pandemic treaty should aim for deep prevention*, in *The Lancet*, 2021, p. 1791 ss.

⁵ Si vedano sul punto E.T. HOEN, *TRIPS, technology transfer and access to pandemic countermeasures: What the WHO Pandemic Treaty must do*, in *Medicines Law and Policy*, 7 ottobre 2022; Editorial, *A global pandemic treaty is in sight: don't scupper it*, in *Nature*, 21

to uso delle parole *pandemic treaty* durante tutto il corso dei negoziati. Teoricamente, secondo la risoluzione *The World Together*⁷, la scelta della base giuridica sarebbe dovuta avvenire in via definitiva alla fine del secondo incontro dell'INB⁸, nell'agosto 2022. Tuttavia, in seno a tale incontro i Paesi membri, benché concordi sul fatto che lo strumento avrebbe dovuto essere legalmente vincolante, pur contenendo al suo interno sia elementi vincolanti, che non vincolanti, si sono riservati di individuare in futuro la base giuridica dell'accordo. Per il momento, i membri del *Bureau* hanno identificato l'art. 19 COMS – cioè, il trattato – come la norma di riferimento sotto cui l'accordo avrebbe dovuto essere adottato, senza precludersi di tenere in considerazione la possibilità prevista dall'art. 21 – cioè, il regolamento – delegando la scelta finale all'AMS⁹.

Riconosciuto dunque «il bisogno di colmare le lacune nella preparazione, prevenzione e risposta alle emergenze sanitarie, incluso nello sviluppo e nella distribuzione di un libero, tempestivo ed equo accesso a contromisure mediche quali vaccini, strumenti terapeutici e diagnostici»¹⁰, i membri dell'AMS hanno previsto che il primo incontro dell'INB si sarebbe dovuto tenere non più tardi del 1° marzo 2022 – ed effettivamente ha avuto luogo il 24 febbraio 2022¹¹ – e che l'INB avrebbe dovuto presentare i risultati del proprio lavoro alla settantasettesima AMS, tenutasi dal 27 maggio al 1° giugno 2024.

Durante l'ultima – e recentissima nel momento in cui si redige il presente scritto – AMS, tuttavia, da subito è sembrato chiaro che i risultati

maggio 2024, p. 727 ss.; J. ZAROCOSTAS, *Countries prepare for pandemic treaty decision*, in *The Lancet*, 2021, p. 1951 ss.

⁶ V., ad es., *Global pandemic treaty to be concluded by 2025, WHO says*, in *Reuters*, 1° giugno 2024; *How to kill a pandemic treaty*, in *Politico*, 2 aprile 2024.

⁷ WHO Doc. SSA2(5), cit. Sull'adozione della risoluzione *The World Together* ed i suoi precedenti v. anche S. NEGRI, *International Health Law (2021)*, in *Yearbook of International Disaster Law Online*, 2023, p. 559 ss.

⁸ Organizzazione mondiale della sanità, *Report of the meeting*, WHO Doc. A/INB/2/4 del 21 luglio 2022.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ WHO Doc. SSA2(5), cit.

¹¹ Organizzazione mondiale della sanità, *First report of the first meeting of the Intergovernmental Negotiating Body to draft and negotiate a WHO convention, agreement or other international instrument on pandemic prevention, preparedness and response*, WHO Doc. A/INB/1/4 Rev. 1 del 22 marzo 2022.

non sarebbero stati immediati¹². L'INB ha, per sua stessa ammissione¹³, dichiarato nel documento presentato alla AMS il 27 maggio 2024 di non avere raggiunto un pieno consenso sul testo. Il 1° giugno 2024, quindi, dopo giorni di riunione tra i membri dei *Drafting Groups*, aperti ai soli Stati membri ed al *Bureau*, la settantasettesima AMS, pur riconoscendo che vi è un accordo almeno iniziale su molte delle disposizioni negoziate, ma che è necessario lavorare ulteriormente per altri elementi, ha deciso di estendere il mandato dell'INB perché questo possa finire il suo lavoro «il prima possibile» ed inviare i suoi risultati per essere considerati dalla settantottesima sessione della AMS nel 2025 o prima ancora in una sua nuova sessione speciale (se possibile da tenersi nel 2024 con un solo *agenda item* dedicato al tema)¹⁴.

A seguito dell'ultima decisione, dunque, si aprono molteplici scenari, due dei quali percorrono alla medesima velocità due strade parallele. Da un lato, ci si domanda quale sarà la decisione definitiva sulla base giuridica dell'accordo, se di accordo si potrà parlare. Dall'altro, si riflette sul contenuto che il potenziale accordo potrà avere. A tale proposito, in particolare, tra i vari relevantissimi temi sul tavolo del *Bureau* ci si interroga se e, nel caso di risposta affermativa, con quale forma e con quali contenuti, i negoziatori riusciranno ad accordarsi su nuove strategie volte a realizzare un più equo, efficiente, e rapido accesso alle contromisure mediche per la popolazione mondiale. Equità che, d'altra parte, è parola d'ordine dei lavori, sin dal loro inizio¹⁵.

¹² Sul punto è possibile consultare il WHA77 Journal su www.apps.who.int nonché, sul medesimo sito, seguire i lavori dei Comitati A e B della AMS77.

¹³ Organizzazione mondiale della sanità, *Intergovernmental Negotiating Body to draft and negotiate a WHO convention, agreement or other international instrument on pandemic prevention, preparedness and response. Report by the Director-General*, WHO Doc. A77/10 del 27 maggio 2024. Nel presente contributo, quando ci si riferirà all'ultima bozza pubblicata, il riferimento sarà a tale documento.

¹⁴ Organizzazione mondiale della sanità, *Intergovernmental Negotiating Body*, WHO Doc. A77/A/CONF./15.

¹⁵ Sul punto v. UN Doc. SSA2(5), cit., che testualmente recita nel Preambolo: «[t]he Second special session of the World Health Assembly (...) emphasizing the need for a comprehensive and coherent approach to strengthen the global health architecture (...) prioritizing the need for equity». Sul punto v. anche K. CULLINAN, *Latest Pandemic Agreement Draft Keeps Equity Hopes Alive – But Defers Key Operational Decisions*, in *Health Policy Watch*, 17 aprile 2024; A. R. HAMPTON, M. ECCLESTON-TURNER, M. ROURKE, S. SWITZER, *Equity in the Pandemic Treaty: Access and Benefit-Sharing as a Policy Device or a Rhetorical Device?*, in *Journal of Law, Medicine and Ethics*, 2023, p. 217 ss.

Il presente scritto quindi, seguendo le strade sopra delineate, si dedicherà prima ad analizzare le differenti alternative in tema di base giuridica, soffermandosi sulla natura, sull'utilizzo e sulle origini dei cd. poteri normativi dell'OMS, chiarendo le caratteristiche e le potenziali conseguenze che la scelta del trattato o del regolamento potrebbe comportare per gli Stati. Volgerà poi lo sguardo alla strada negoziale percorsa fino ad oggi in tema di accesso ai farmaci, guardando allo stato attuale delle discussioni.

2. L'utilizzo dei poteri normativi dell'OMS

Gli studiosi che hanno approfondito la materia del diritto sanitario internazionale hanno variamente definito i poteri normativi che la Costituzione dell'OMS attribuisce all'Organizzazione. Tale dottrina¹⁶ è da un lato del tutto concorde sul fatto che la potestà quasi-legislativa¹⁷ dell'OMS ha pochi eguali nel panorama delle altre Agenzie specializzate delle Nazioni Unite. A tale riguardo, infatti, mentre alcuni¹⁸ hanno parlato di «wide range of normative authorities», di «expansive international law-making authority», e di «robust regulatory powers extending well beyond those of its institutional predecessors» tali da divenire i «fondamenti moderni di global health law», altri¹⁹ hanno descritto l'autorità regolatoria dell'OMS come «considerable standard-setting powers», o «far-reaching legislative

¹⁶ V. anche L. GOSTIN, B. MASON MEIER, S. ABOOL KARIM, J. BUENO DE MESQUITA, G.L. BURCI, D. CHIRWA, A. FINCH, E.A. FRIEDMAN, R. HABIBI, S. HALABI, T.L. LEE, B. TOEBES, P. VILLARREAL, *The World Health Organization was born as a normative agency: Seventy-five years of global health law under WHO governance*, in *PLOS Global Public Health*, 2024, p. 1 ss.; C. RÉGIS, F. KASTLER, *Improving the World Health Organization's normative strategy: what should we aim for?*, in *Revue Belge du Droit International*, 2018, p. 138 ss.; P. ACCONCI, *Tutela della salute e diritto internazionale*, 2011, Padova, p. 63 ss.; E.C. IP, *The Constitutional Economics of the World Health Organization*, in *Health Economics, Policy and Law*, 2021, p. 325 ss. definisce addirittura la Costituzione dell'OMS più ambiziosa rispetto alla Carta delle Nazioni Unite in termini di obiettivi; L.O. GOSTIN, D. SRIDHAR, D. HOUGENDBLER, *The normative authority of the World Health Organization*, in *Public Health*, 2015, p. 1 ss.; L.O. GOSTIN, *Global Health Law*, Cambridge, 2014, p. 89 ss.

¹⁷ B. MASON MEIER, A. FINCH, *Seventy-five years of global health lawmaking under the World Health Organization: evolving foundations of global health law through global health governance*, in *Journal of Global Health Law*, 2024, p. 26 ss.

¹⁸ B. MASON MEIER, A. FINCH, *Seventy-five years of global health lawmaking*, cit., p. 30.

¹⁹ B. TOEBES, *Global health law: defining the field*, in G.L. BURCI, B. TOEBES (a cura di), *Research Handbook on Global Health Law*, Cheltenham, 2018, p. 2 ss.

authority»²⁰. Tali studiosi sono, d'altra parte, egualmente concordi sul fatto che, per dirla utilizzando concetti che derivano dalle più comuni nozioni di filosofia, la linearità della trasformazione da potenza ad atto di queste funzioni regolatorie è stata di netto recisa dall'evoluzione delle dinamiche geopolitiche dei primi anni di vita dell'OMS, nonché dalla natura dell'OMS stessa.

La conseguenza di tale frattura è evidente nell'esigua produzione normativa nata a seguito dei lavori dell'AMS. Nei primi sette decenni di vita dell'OMS, infatti, sono stati adottati solamente tre strumenti vincolanti: le *Nomenclature Regulations* del 1967, le *International Health Regulations (IHR)*²¹ e la Convenzione quadro per il controllo del tabacco (FCTC) del 2003, cui nel 2012 fu aggiunto il Protocollo per eliminare il traffico illecito di prodotti da tabacco.

Ciò che è accaduto è riassumibile nella seguente nota: il diritto internazionale è uscito dall'agenda della salute pubblica globale²².

Le ragioni di questa dipartita sono da rintracciare, secondo la dottrina, in quattro diverse spiegazioni. In primo luogo, qualcuno motiva la asserita «antipatia»²³ dell'OMS nei confronti del diritto sanitario internazionale con la netta prevalenza al suo interno di esperti di salute pubblica e di medicina, più che di diritto, quindi portati per via della loro formazione a ritenere l'approccio tecnico-medico a livello nazionale o locale il migliore per risolvere problemi di salute globale. A questo proposito, si riporta in dottrina quanto detto dall'allora *Legal Counsel* dell'OMS nel 1989 a proposito del diritto internazionale. Egli sosteneva che tale branca del diritto non sarebbe stata uno strumento utile per affrontare problemi di salute globale per via della natura troppo veloce degli stessi e della lentezza invece propria della diplomazia²⁴. In secondo luogo, secondo alcuni, la con-

²⁰ G.L. BURCI, *The World Health Organization at 70: Challenges and Adaptation*, in *International Organizations Law Review*, 2019, p. 229 ss.

²¹ Il primo IHR, preceduto dalle *International Sanitary Regulations* del 1951, fu adottato dalla AMS nel 1969 e venne poi emendato nel 1973 e nel 1981. Nel 1995 la 48ma AMS ne richiese una sostanziale revisione che culminò nel 2003 con la creazione di un *Intergovernmental Working Group* che portò al testo del nuovo IHR adottato nel 2005 dalla 58ma WHA. Maggiori informazioni in merito sono reperibili al sito www.iris.who.int.

²² D.P. FIDLER, *The Future of the World Health Organization: What Role for International Law?*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1998, p. 1079 ss.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*. È interessante notare come, in realtà, uno dei motivi secondo alcuni in origine alla base della attribuzione di poteri quasi-legislativi alla AMS era legato alla volontà di

vinzione che la *voluntary compliance* avrebbe portato a migliori risultati rispetto alla negoziazione di norme vincolanti avrebbe funzionato da disincentivo all'utilizzo dei più stringenti poteri regolatori previsti dalla Costituzione dell'OMS²⁵. Gli strumenti di *soft law*, infatti, erano ritenuti più flessibili e di rapida adozione e quindi meglio adatti ai temi di salute pubblica. In terzo luogo, la tradizionale concezione della politica sanitaria come una questione di rilevanza prettamente domestica e dunque da gestire all'interno dei singoli Stati senza un coordinamento internazionale – con la rilevante eccezione in alcuni casi della materia delle malattie infettive – non avrebbe incentivato i Paesi membri dell'OMS ad immergersi nelle (immani) fatiche negoziali volte a concordare norme di *hard law*²⁶. Infine, lo scoppiare della Guerra fredda ed il recesso nel 1949 dell'Unione sovietica e dei suoi alleati dalla *membership* dell'Organizzazione non contribuirono ad aiutare la stessa a progredire verso un proficuo sviluppo della sua attività normativa²⁷. Pare che, all'epoca, l'OMS avesse deciso di utilizzare una «tattica prudente»²⁸ consistente nel basare la propria azione su un certo «consenso biomedico internazionale» più che sul meno popolare aspetto regolatorio²⁹.

Ad ogni modo, l'inerzia dell'Organizzazione in tema di utilizzo dei suoi poteri normativi vincolanti ha portato³⁰, nel lungo periodo, ad una sostanziale impreparazione della stessa a fare fronte a crisi la cui soluzione non era raggiungibile con i soli mezzi tecnico-sanitari di cui essa era solita disporre. Il ventunesimo secolo, dunque, e da ultima la pandemia da COVID-

semplificare il processo di unificazione e progresso di accordi in tema di salute pubblica, un tempo legati a conferenze speciali da convocarsi ad ogni occasione che comportavano dei tempi lunghi al punto da rendere l'accordo obsoleto; si veda sul punto B. MASON MEIER, A. FINCH, *Seventy-five years of global health lawmaking under the World Health Organization*, cit., p. 32.

²⁵ D.P. FIDLER, *The Future of the World Health Organization*, cit., p. 1102. Sul punto v. anche S. SEKALALA, *Soft Law and Global Health Problems: Lessons from Responses to HIV/AIDS, Malaria and Tuberculosis*, Cambridge, 2017, p. 3; B. MASON MEIER, A. FINCH, *Seventy-five years of global health lawmaking under the World Health Organization*, cit., p. 27.

²⁶ G.L. BURCI, *Global health law: present and future*, in G.L. BURCI, B. TOEBES (a cura di), *Research Handbook on Global Health Law*, cit., p. 486 ss.; G.L. BURCI, *The World Health Organization at 70*, cit., p. 230.

²⁷ B. MASON MEIER, A. FINCH, *Seventy-five years of global health lawmaking under the World Health Organization*, cit., p. 36 ss.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ D.P. FIDLER, *The Future of the World Health Organization*, cit., p. 1103.

19, hanno reso evidente che una rinnovata attenzione all'autorità normativa dell'OMS era necessaria³¹ e, a tratti, vitale. Se è vero che le crisi sono state storicamente promotrici di cambiamenti e sviluppi nel diritto internazionale³² tanto da essere definite come le sue «basic epistemic units»³³, l'occasione che si presenta oggi sul tavolo dell'INB potrebbe essere la realizzazione di una delle prime azioni multilaterali mai intraprese in tema di salute globale. Tale azione, inoltre, verte potenzialmente su una molteplicità di temi che toccano orizzontalmente pressoché tutte le discipline internazionalistiche confinanti con il diritto internazionale sanitario, incluso il diritto del commercio internazionale, il diritto internazionale dei diritti umani, ed il diritto internazionale dell'ambiente. Materie su cui, tuttavia, non vi sarà spazio di dettagliare la trattazione nel presente scritto.

L'ambizioso mandato dell'OMS consiste nel «portare a tutti i popoli il più alto grado di salute possibile»³⁴. Secondo l'art. 2 COMS lettera k, per raggiungere questo fine l'Organizzazione propone convenzioni, accordi e regolamenti concernenti le questioni sanitarie, ed esegue i compiti che possono perciò essere attribuiti all'OMS e che sono conformi al suo fine. L'adozione da parte di tutti gli Stati membri di un nuovo strumento vincolante sulla preparazione, prevenzione e risposta alle pandemie è l'occasione di rendere tale fine realtà e, come tale, non deve essere sprecata.

Grande rilevanza ha, per la materia qui oggetto di analisi, la scelta della base giuridica dell'accordo. Le conseguenze di questa scelta, infatti, si ripercuoteranno non soltanto sui contenuti del risultato negoziale, ma anche sui tempi di sua implementazione, sul suo effetto e successo all'interno degli Stati che ne accetteranno il contenuto. Di conseguenza, il seguente paragrafo si occuperà di commentare brevemente il contenuto degli artt. 19 e 21 della COMS, sottolineando le caratteristiche di ciascuno.

3. Le alternative in tema di base giuridica sul tavolo negoziale

Come anticipato nella sezione introduttiva della presente trattazione, due sono le principali alternative sulle quali i negoziatori si stanno oggi inter-

³¹ B. MASON MEIER, A. FINCH, *Seventy-five years of global health lawmaking under the World Health Organization*, cit., p. 40.

³² G.L. BURCI, *The COVID-19 pandemic and the development of global health law: managing crisis or achieving structural changes?*, in *Journal of Global Health Law*, 2024, p. 8 ss.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Art. 1 COMS.

rogando in termini di base giuridica per il prossimo strumento pandemico: il trattato, o il regolamento.

In primo luogo, l'art. 19 della COMS prevede che l'Assemblea mondiale della sanità possa approvare, a maggioranza di due terzi, convenzioni o accordi concernenti qualsiasi questione di competenza dell'OMS. Tali accordi entrano in vigore per gli Stati membri nel momento della ratifica, conformemente alle norme costituzionali di ciascuno di essi.

A seguire, l'art. 20 della COMS prevede che ogni Stato membro si impegni a prendere le misure relative all'accettazione dell'accordo, notificando nel termine di 18 mesi al Direttore generale la sua approvazione o, in caso di rifiuto, le motivazioni del medesimo. Poi, in caso di approvazione, ogni Stato membro è tenuto a presentare un rapporto annuale al Direttore generale. Da qui, la definizione dei trattati come di accordi *opt-in*³⁵.

L'adozione di un trattato, come accennato nelle righe che precedono, è da subito sembrata la preferita sul tavolo negoziale, e non solo. L'allora Segretario generale delle Nazioni Unite Ban Ki-moon³⁶, infatti, aveva caldeggiato l'adozione di una Convenzione quadro sulla salute globale, facendo eco a quanto già sostenuto in dottrina³⁷ nonché dalla società civile. Lo stesso Direttore generale dell'OMS Tedros Ghebreyesus ha definito il trattato come la scelta migliore per assicurare l'impegno politico degli Stati membri³⁸, e la diretta proposta di adottare una nuova convenzione fu sollevata per la prima volta nel novembre 2020 dal Presidente del Consiglio europeo, Charles Michel. Per altro, la soluzione dell'adozione del trattato a complemento del riformato IHR³⁹ è da tempo supportata dal Comi-

³⁵ Organizzazione mondiale della sanità, *WHO's work in health emergencies. Strengthening preparedness for health emergencies: implementation of the International Health Regulations (2005)*, WHO Doc. A74/9 Add. 1 del 5 maggio 2021.

³⁶ Assemblea generale, *On the fast track to ending the AIDS epidemic: Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/70/811 del 1 aprile 2016.

³⁷ L. GOSTIN, E. A. FRIEDMAN E AL., *The next WHO Director-General's highest priority: a Global Treaty on the Human Right to Health*, in *The Lancet*, 13 ottobre 2016; L. GOSTIN, E. A. FRIEDMAN, K. BUSE E AL., *Towards a framework convention on global health*, in *Bulletin of the World Health Organization*, 2013, p. 790 ss.

³⁸ Reuters, *WHO chief welcomes EU proposal for pandemic preparedness treaty*, 20 gennaio 2021.

³⁹ È importante notare, infatti, che contemporaneamente ai negoziati dell'accordo pandemico si sono svolti i lavori che hanno portato alla adozione di alcuni emendamenti al Regolamento sanitario internazionale (2005). Si veda sul punto Organizzazione mondiale della sanità, *International Health Regulations (2005)*, WHO Doc. A77/A/CONF./14 del 1 giugno 2024.

tato di revisione sul funzionamento dell'IHR⁴⁰, istituito dal Direttore generale dell'OMS l'8 settembre 2020 su richiesta degli Stati membri⁴¹.

La scelta del trattato rispetto al regolamento consentirebbe ai negozianti di spaziare su tutti i temi di competenza dell'OMS, dalla assistenza tecnica agli Stati e la lotta alle epidemie, al supporto della ricerca scientifica⁴². È tuttavia noto che i tempi di entrata in vigore di un trattato si attestano su una lunghezza ben superiore rispetto a quelli di altri strumenti.

In secondo luogo, l'art. 21 COMS, con quella che in dottrina è stata definita una «rivoluzionaria procedura con corsia preferenziale per la creazione di accordi»⁴³, permette all'AMS di adottare regolamenti vincolanti per gli Stati che decidono di accettarli. Nel momento della approvazione del regolamento, poi, gli Stati possono decidere, nei termini previsti, di non accettarlo, o di apporre riserve in merito. Per tale motivo, i regolamenti sono stati definiti accordi *opt-out*⁴⁴.

Le differenze tra l'adozione di un regolamento e quella del trattato sono due. In primo luogo, mentre la disciplina del regolamento è ristretta ad una limitata cerchia di materie, inclusi i provvedimenti destinati a disciplinare misure sanitarie o di quarantena volte alla prevenzione della diffusione di malattie, l'oggetto di un trattato potrebbe essere, come si è visto, ben più ampio. In secondo luogo, mentre i regolamenti entrano automaticamente in vigore per tutti gli Stati membri nel momento in cui viene ad essi comunicata l'approvazione da parte dell'AMS, salvo *opt-out*, i trattati richiedono la tradizionale procedura di ratifica.

Chi sostiene che la scelta del regolamento sarebbe da preferire rispetto a quella del trattato giustifica la propria posizione con l'argomento secondo il quale l'utilizzo dell'art. 19 COMS comporterebbe la creazione di un nuovo Segretariato, come accadde per la FCTC, che determinerebbe la 'fuoriuscita' del trattato dalla supervisione dell'OMS, isolando il già esistente IHR, e non contribuendo ad un rafforzamento del ruolo dell'OMS⁴⁵.

⁴⁰ Organizzazione mondiale della sanità, *WHO's work in health emergencies*, cit.

⁴¹ Organizzazione mondiale della sanità, *COVID-19 response*, WHO Doc. WHA73.1 del 19 maggio 2020.

⁴² Art. 2 COMS.

⁴³ S. BEHRENDT, A. MULLER, *Why the rush? A critical call for reflection on the legal and human rights implications of a potential new international treaty on pandemics*, in *EJILTalk!*, 29 luglio 2021.

⁴⁴ Organizzazione mondiale della sanità, *WHO's work in health emergencies*, cit.

⁴⁵ BEHRENDT, A. MULLER, *Why the rush?*, cit.

Inoltre, secondo il medesimo orientamento, un eventuale trattato vincolerebbe gli Stati membri dell'OMS, ma non l'OMS in quanto tale⁴⁶.

Per quanto non sembrano al momento esserci dubbi su quale sarà la scelta definitiva in materia di base giuridica, e cioè l'art. 19 COMS, è giusto considerare entrambe le opzioni che sono ancora, almeno sulla carta, aperte. Dopo tutto, come varie volte è stato sostenuto durante tutto il corso dei negoziati e come l'INB stesso ha voluto ricordare nell'ultimo documento presentato all'AMS il 27 maggio 2024: «nothing is agreed until everything is agreed»⁴⁷.

Sulla scia di quanto riportato fino ad ora, e tenendo in considerazione il principio appena menzionato, i seguenti paragrafi si dedicheranno ad analizzare il lavoro negoziale che ha portato i negoziatori a cercare di trovare un accordo su uno degli aspetti più problematici durante le emergenze sanitarie, e cioè l'accesso alle contromisure mediche, in particolare i farmaci, con una particolare attenzione al *Global South*. La complessità del tema risiede non soltanto nella estrema delicatezza degli intricatissimi problemi altamente tecnici propri del mercato farmaceutico, ma anche nella molteplicità di differenti interessi che coesistono nel settore.

4. Da problema a soluzione (?): accesso ai farmaci e crisi sanitarie

Il problema dell'accesso ai farmaci per tutti, ed in particolare per i Paesi del *Global South* specialmente durante una emergenza sanitaria globale non è certo sorto con lo scoppiare della pandemia da COVID-19. Negli ultimi decenni, infatti, la diffusione incontrollata dell'HIV/AIDS ed il circolare dell'influenza da H5N1 sono state, tra le altre, occasioni di profondo dibattito sugli assetti internazionali tenuti da parte pubblica e privata a tutela del diritto alla salute delle popolazioni del Sud del mondo⁴⁸. A tale

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Organizzazione mondiale della sanità, *Intergovernmental Negotiating Body to draft and negotiate a WHO convention, agreement or other international instrument on pandemic prevention, preparedness and response*, cit.

⁴⁸ Durante la crisi da HIV/AIDS, in particolare, una delle più profonde critiche fu mossa contro il prezzo dei farmaci antiretrovirali, mentre durante l'influenza H5N1 il problema aveva riguardato la condivisione di campioni di virus. V. sul punto, tra gli altri, D. P. FIDLER, *Negotiating Equitable Access to Influenza Vaccines: Global Health Diplomacy and the Controversies Surrounding Avian Influenza H5N1 and Pandemic Influenza H1N1*, in *PLOS Medicine*, 2010, p. 1 ss.; Commissione globale sull'HIV ed il diritto (Global Commission on HIV and the Law), *Risks, Rights and Health*, New York, 2012; E.T. HOEN, *Private Patents and Public Health: Changing Intellectual Property Rules for Access to Medicines*, Amsterdam, 2016.

proposito, sotto la luce dei riflettori nell'acceso scontro in dottrina, nella società civile, sui tavoli della diplomazia e dei singoli Stati sul difficile rapporto tra tutela degli interessi commerciali del mercato farmaceutico e diritto di accesso alle medicine dei singoli individui è stato, dall'inizio degli anni '90 del secolo scorso, il processo di armonizzazione della regolamentazione internazionale dei diritti di proprietà intellettuale, culminato con la firma nel 1994 da parte dei Paesi membri dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) dell'Accordo sui *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) e la sua entrata in vigore il 1° gennaio 1995⁴⁹.

Mentre alcuni⁵⁰ osservano con occhio critico il contenuto dell'Accordo TRIPS, giudicandolo sin dalle modalità di svolgimento dei suoi negoziati⁵¹ alla stregua di uno sbilanciato compromesso a favore dei Paesi ricchi e a detrimento di quelli meno sviluppati⁵² tale da comportare, tra le altre cose⁵³, una forzata armonizzazione di durata (ventennale) dei brevetti, tale

⁴⁹ Il processo che ha portato all'adozione dell'Accordo TRIPS è durato nel complesso sette anni, dal settembre 1986 al dicembre 1993, ed è stato parte dell'Uruguay Round dei negoziati del *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), che furono lanciati a Punta del Este per poi concludersi nell'aprile 1994 a Marrakech. Sul punto si veda J. WATAL, *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, The Hague, 2001, ove l'A. definisce i negoziati TRIPS lunghi, difficili e, talvolta, pieni di astio (*long, arduous and, sometimes, acrimonious*). La quarta Conferenza ministeriale dell'OMC, poi, nel novembre 2001, adottò la Dichiarazione di Doha sull'Accordo TRIPS e la salute pubblica, ancora oggi punto di riferimento nel dibattito tra l'impatto dell'Accordo TRIPS e l'accesso ai farmaci. L'Accordo TRIPS fu successivamente emendato attraverso il Protocollo del 6 dicembre 2005, entrato in vigore il 23 gennaio 2017, dove fu inserito l'art. 31bis, un *Annex* e un'Appendice, ove l'attenzione all'accesso ai farmaci è ancora una volta centrale.

⁵⁰ J. SUNDARAM, *Pharmaceutical Patent Protection and World Trade Law: The Unresolved Problem of Access to Medicines*, New York, 2018; E.T. HOEN, *The Global Politics of Pharmaceutical Monopoly Power*, Diemen, 2009; K.C. SHADLEN, S. GUENNIF, A. GUZMÁN, N. LALITHA, *Globalization, intellectual property rights, and pharmaceuticals: meeting the challenges to addressing health gaps in the new international environment*, in K.C. SHADLEN, S. GUENNIF, A. GUZMÁN, N. LALITHA (a cura di), *Intellectual Property, Pharmaceuticals and Public Health: Access to Drugs in Developing Countries*, Cheltenham, 2011, p. 1 ss.; R. MAYNE, *The TRIPS Agreement and Access to Medicines: an NGO Perspective*, in H. KATRAK, R. STRANGE (a cura di), *The WTO and Developing Countries*, Houndmills/Basingstoke/Hampshire/New York, 2004, p. 146 ss.

⁵¹ D. MATTHEWS, *Intellectual Property, Human Rights and Development: the Role of NGOs and Social Movements*, Cheltenham/Northampton, 2011.

⁵² The Economist, *White Man's Shame*, 23 settembre 1999.

⁵³ Tra gli ulteriori punti critici dell'Accordo vi è chi in dottrina sostiene che l'assenza del c.d. *local working requirement* nell'art. 27 TRIPS non tenga conto delle esigenze di crescita industriale dei Paesi in via di sviluppo. Sul punto v. G. GHIDINI, *On TRIPS' impact on "least*

da rendere più difficile l'accesso ai farmaci generici (per definizione più economici delle c.d. *branded medicines*), nascosta dietro la pretesa difesa della salute pubblica negli obiettivi elencati all'art. 8 TRIPS, altri sono meno netti nella condanna. Vi è infatti da un lato chi sostiene che la responsabilità del rapporto tra interessi commerciali dei privati ed interessi sanitari pubblici sbilanciato a favore dei primi non sia tanto e solamente da ricercare nel testo dell'Accordo TRIPS in sé, quanto invece nella imperfetta attuazione dello stesso da parte degli Stati⁵⁴, soprattutto nella parte delle c.d. *flexibilities* concesse dal trattato.

Dall'altro, alcuni studiosi⁵⁵ definiscono «palesamente falsa» la pretesa secondo la quale l'Accordo TRIPS sarebbe responsabile del blocco all'accesso ai farmaci per i Paesi poveri dal momento che vi sarebbero «enormi problemi di politica economica e strutturali (...) nascosti, complessi e probabilmente insolubili» che impediscono di rendere tale accesso una realtà. Secondo questo orientamento dottrinale, dunque, l'Accordo TRIPS sarebbe il 'capro espiatorio' del problema, anziché il problema.

Durante l'ultima pandemia in molti hanno denunciato non soltanto, nuovamente, un parziale malfunzionamento del sistema internazionale posto a presidio dei diritti di proprietà intellettuale⁵⁶, ma hanno volto le

developed countries, in G. GHIDINI, R.J.R. PERITZ, M. RICOLFI (a cura di), *TRIPS and Developing Countries: Towards a New IP World Order?*, Cheltenham/Northampton, 2014, p. 132 ss.

⁵⁴ Sul punto si veda N. BOSCHIERO, *Intellectual property rights and public health: an impediment to access to medicines and health technology innovation?*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi partitcolari*, Napoli, 2017, p. 262 ss.

⁵⁵ M. MATSUSHITA, T.J. SCHOENBAUM, P.C. MAVROIDIS, *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*, Oxford, 2003. Gli Autori, ad ogni modo, sostengono poi che i Paesi in via di sviluppo avrebbero dovuto essere comunque il centro di future riforme dell'Accordo TRIPS legate, tra le altre, alla creazione di meccanismi per consentire la produzione ed importazione di prodotti farmaceutici da parte di tali Paesi per fare fronte a crisi sanitarie utilizzando, tra le altre, le licenze obbligatorie e le c.d. importazioni parallele. Sul rapporto tra l'Accordo TRIPS e l'accesso ai farmaci si veda anche A. TAUBMAN, H. WAGER, J. WATAL (a cura di), *A Handbook on the WTO TRIPS Agreement*, Cambridge, 2012; UNCTAD-ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, New York, 2005.

⁵⁶ Celebre è stata, in questo senso, la proposta avanzata da India e Sud Africa nell'ottobre 2020 per un c.d. *waiver* dei diritti di proprietà intellettuale protetti dall'Accordo TRIPS. In un primo momento la proposta era rivolta a tutti i diritti di proprietà intellettuale applicati a, tra gli altri, trattamenti terapeutici, diagnostici e vaccinali ed è successivamente stata ristretta ai soli vaccini per il COVID-19 fino al raggiungimento di una adeguata copertura immunitaria mondiale. La proposta è stata supportata da più di 60 Paesi membri dell'OMC ed ha aperto la strada alla, seppur diversa, adozione della decisione presa dalla dodicesima Conferenza ministeriale dell'OMC nel giugno 2022 (c.d. *MC12 decision*) volta a sospendere

loro critiche anche nei confronti di blocchi alle esportazioni e ai difficoltosi controlli di dogana, nonché verso certe barriere regolatorie che avrebbero rallentato di molto il più rapido diffondersi di vaccini, strumenti diagnostici e terapeutici volti a prevenire il diffondersi del virus SARS-CoV-2, non consentendo al settore privato né agli Stati di potere operare in modo efficace⁵⁷.

L'INB ha cercato nel suo primo mandato (della durata di soli due anni e mezzo⁵⁸, un lasso di tempo giudicato insufficiente per la negoziazione di uno strumento di *hard law*) di trovare una soluzione il più possibile lungimirante ed omnicomprensiva al problema.

I paragrafi seguenti, dunque, si dedicheranno a ripercorrere le principali proposte dell'INB in tema di accesso ai farmaci su cui gli Stati membri si confronteranno dal luglio 2024 in avanti.

5. Le proposte dell'INB: premesse

Come già accennato in precedenza, il mancato raggiungimento del *consensus* nella primavera 2024 ha condotto i membri del *Bureau* a chiarire nell'Appendice dell'ultima bozza pubblicata un facile criterio per guidarne

per cinque anni dalla sua adozione gli obblighi *ex art.* 31(f) TRIPS ed a chiarire altre opzioni già esistenti sotto l'Accordo TRIPS per diversificare la produzione vaccinale in risposta alla pandemia senza il consenso dei detentori dei diritti di proprietà intellettuale. Sul punto si vedano Organizzazione mondiale del commercio, *Ministerial Decision on the TRIPS Agreement*, WTO Doc. WT/MIN(22)/30/WT/L/1141 del 22 giugno 2022; S. THAMBISETTY, A. McMAHON, L. McDONAGH, H.Y. KANG, G. DUTFIELD, *Addressing Vaccine Inequity During the COVID-19 Pandemic: The TRIPS Intellectual Property Waiver Proposal and Beyond*, in *Cambridge Law Journal*, 2022, p. 384 ss.; A. D. MITCHELL, A. TAUBMAN, T. SAMLIDIS, *The Legal Character and Practical Implementation of a TRIPS Waiver for COVID-19 Vaccines*, in *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2022, p. 102 ss.

⁵⁷ Insieme a queste politiche si colloca la pratica definita di 'nazionalismo vaccinale' messa in atto soprattutto dai Paesi ricchi atti a procurare in anticipo ai propri Stati dosi di vaccino contro il COVID-19 in *surplus* rispetto ai reali bisogni dei loro Paesi per il tramite di *Advance Purchase Agreements* (APAs). Sul punto si veda, tra gli altri, T. J. BOLLYKY, C. P. BOWN, *The Tragedy of Vaccine Nationalism: Only Cooperation Can End the Pandemic*, in *Foreign Affairs*, 27 luglio 2020. Sul punto v. anche E.R. GOLD, *What the COVID-19 pandemic revealed about intellectual property*, in *Nature*, 7 ottobre 2022; A. PHELAN, M. ECCLESTON-TURNER E AL., *Legal agreements: barriers and enablers to global equitable COVID-19 vaccine access*, in *The Lancet*, 19 settembre 2020.

⁵⁸ Periodo di tempo in cui hanno avuto luogo nove incontri, sette *resumed sessions*, vari sottogruppi e gruppi di lavoro, consultazioni informali e *briefings* con portatori di interessi esterni, quali l'OMC o l'Organizzazione mondiale per la proprietà intellettuale (OMPI).

la lettura⁵⁹. I negoziatori, infatti, hanno marcato con il colore verde le parti di testo dove è stato raggiunto un accordo iniziale e con il colore giallo quelle ove è stata raggiunta una 'iniziale convergenza', non hanno apposto alcuna sottolineatura alle parti del testo su cui nessuna convergenza è stata raggiunta, e hanno inserito delle parentesi quadre per segnalare le porzioni del testo rispetto alle quali vi erano delle visioni divergenti⁶⁰.

Vista la natura ancora provvisoria dell'ultimo testo pubblicato non ci si dilungherà sui dettagli. Si cercherà dunque di rivolgere l'attenzione soprattutto alle disposizioni che, prendendo in eredità i dibattiti politici e dottrinali degli ultimi decenni, cercano di migliorare lo *status quo* precedente rispetto all'ultima pandemia.

La centralità del tema dell'accesso ai farmaci è chiara: di trentasette articoli dell'ultima bozza pubblicata (numero che naturalmente include disposizioni su aspetti prettamente procedurali tipici dei trattati, come il recesso e simili) nove⁶¹ toccano, direttamente o indirettamente, la questione dell'accesso ai farmaci. Tali disposizioni si rispecchiano nel Preambolo, ove otto dei diciassette punti ivi contenuti recano espliciti riferimenti alla materia⁶².

Usando un'immagine, nel tentativo di pervenire a nuove e più solide tecniche strutturali adatte a fare resistere l'architettura della salute globale alle drammatiche scosse di una futura pandemia, due sono le colonne portanti sulle quali sembra reggersi il nuovo architrave dell'accesso ai farmaci secondo gli addetti ai lavori: in primo luogo, il c.d. sistema di *Access and Benefit Sharing* (ABS), in secondo luogo, l'aumento delle capacità manifatturiere in campo farmaceutico dei Paesi in via di sviluppo.

A questi si aggiungono, tra le altre relevantissime proposte, le disposizioni che domandano una rinnovata e rinvigorita cooperazione internazionale, nonché una potenziata trasparenza nella negoziazione di accordi per la fornitura di farmaci agli Stati, anche per il tramite nuovi sistemi di finanziamento della PPPR.

⁵⁹ Organizzazione mondiale della sanità, *Intergovernmental Negotiating Body to draft and negotiate a WHO convention, agreement or other international instrument on pandemic prevention, preparedness and response*, cit.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Il riferimento è agli artt. 4, 9, 10, 12, 13, 13bis, 14, 19, 20.

⁶² Organizzazione mondiale della sanità, *Intergovernmental Negotiating Body to draft and negotiate a WHO convention, agreement or other international instrument on pandemic prevention, preparedness and response*, cit., v. specificamente i punti 2, 6, 7, 8, 12, 14, 14bis, 15.

Per motivi di spazio i paragrafi seguenti si dedicheranno ad analizzare brevemente i contenuti dei primi due pilastri, nella consapevolezza che molto ancora rimane da decidere prima di giungere – se mai vi si arriverà – al disegno finale.

5.1. Il sistema di ABS

Le origini del sistema di ABS sono da rintracciarsi nella Convenzione sulla diversità biologica (CBD) del 1992 e, soprattutto, nel successivo Protocollo di Nagoya del 2010. Poco dopo, la logica di tale sistema venne recepita dal *Pandemic Influenza Preparedness Framework* (PIP Framework) del 2011, negoziato in seno all'OMS⁶³.

Seppur in ambiti e con modalità differenti, il minimo comune denominatore dell'ABS rimane il medesimo: cercare di ripartire al meglio sulla base del c.d. *mutually agreed terms* ed *informed consent* i benefici monetari e non monetari (come i vaccini) concessi ai Paesi, tendenzialmente del *Global South* (da cui originano la maggior parte delle malattie infettive), che danno accesso ai campioni di virus da parte di coloro i quali, tendenzialmente nel *Global North*, hanno bisogno di tali campioni per produrre i farmaci. Per quanto vi siano dubbi sulla effettiva equità del sistema⁶⁴, quest'ultimo è stato tuttavia eretto ad uno dei pilastri del *pandemic agreement*. Nel marzo 2022, infatti, il Direttore generale dell'OMS lo ha definito «una delle cinque modalità atte a creare un mondo meglio preparato a prevenire e rispondere a minacce pandemiche»⁶⁵.

L'art. 12 dell'ultima bozza pubblicata vede, in giallo, in linea con quanto descritto sopra, la creazione di un c.d. *WHO Pathogen Access and Benefit-Sharing System* (PABS)⁶⁶ coordinato, e forse in un futuro anche amministrato⁶⁷, dall'OMS. Per il momento, l'unica parte su cui vi è pieno accordo tra gli Stati è quella che riguarda i contenuti generici di tale sistema, e cioè

⁶³ D. PISELLI, *International Sharing of Pathogens and Genetic Sequence Data Under a Pandemic Treaty: What Linkages With the Nagoya Protocol and The PIP Framework?*, in *Global Health Centre Policy Brief 1*, 2022, p. 5 ss.

⁶⁴ A. HAMPTON, M. ECCLESTON-TURNER, M. ROURKE, S. SWITZER, *“Equity” in the Pandemic Treaty: the False Hope of “Access and Benefit-Sharing”*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2023, p. 909 ss.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Sui precedenti sviluppi in materia si veda A. STROBEYKO, *The Future of Pathogen Access and Benefit Sharing under International Law*, in *Verfassungsblog*, 29 marzo 2024.

⁶⁷ La parola *administered* è tra parentesi quadre, in bianco.

inter alia l'accesso ai materiali PABS⁶⁸ e alle c.d. *sequence information*⁶⁹ su base equa, secondo un *fair and equitable sharing of benefits*, in modalità complementare al PIP Framework e ad altri strumenti ABS esistenti. Non vi è alcun accordo, invece, sulle concrete modalità di funzionamento di tale sistema. Rimane completamente in bianco, infatti, e tra parentesi quadre la seconda parte della disposizione, laddove i membri del *Bureau* hanno cercato – nelle estenuanti notti prima dell'AMS della primavera passata – di trovare terreno comune per rendere operativo il desiderato giusto rapporto tra il diritto sovrano degli Stati sulle loro risorse biologiche, e l'importanza di mitigare rischi di salute pubblica. Tale preoccupazione è evidenziata, in bianco, dal punto 15 del Preambolo della bozza.

Il par. 4, punto b) dell'art. 12, in giallo e in bianco, è l'unico che contiene qualche incerto dettaglio in più sul funzionamento del PABS. Tale disposizione, infatti, prevede che le modalità di utilizzo del sistema, guidate dai summenzionati principi tipici dell'ABS, saranno contenute in contratti legalmente vincolanti tra il PABS stesso, amministrato dall'OMS, e coloro i quali entreranno a fare parte di tali accordi. Questi ultimi potrebbero includere, in caso di emergenza pandemica, contributi all'OMS da parte dei produttori⁷⁰ di almeno il 20% dei propri vaccini, strumenti diagnostici e terapeutici da distribuirsi tramite il nuovo *Global Supply Chain and Logistics Network* (GSCL), con una speciale attenzione rivolta alle esigenze dei Paesi in via di sviluppo⁷¹.

Degno di nota, perché consente di collegarsi in modo armonico alla seconda colonna portante dell'architettura post-pandemica, è il par. 5 dell'art. 12. Tale disposizione, infatti, per quanto ancora in bianco, prevede che il sistema PABS debba contenere delle disposizioni di ABS 'aggiuntive', che

⁶⁸ I materiali PABS, secondo l'art. 1 dell'ultima bozza, dovrebbero essere i materiali biologici derivanti da un agente patogeno con potenziale pandemico e le informazioni sulle sue sequenze, rilevanti per lo sviluppo di prodotti utili alla salute durante le pandemie. Non vi è ancora, tuttavia, un accordo finale sulla definizione.

⁶⁹ Tali informazioni sono fondamentali per la ricerca in campo biologico (ed ambientale) perché contribuiscono, tra le altre funzioni, alla comprensione delle basi molecolari della vita e dell'evoluzione, aiutando lo studio delle modalità in cui i geni potrebbero essere potenzialmente manipolati per portare a nuove terapie mediche. Si veda sul punto la definizione data dall'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura (FAO) su www.fao.org.

⁷⁰ Il termine usato nel testo è *manufacturer* sulla cui definizione, tuttavia, gli Stati non hanno trovato accordo. Pertanto, risulta complesso procedere ad una soddisfacente traduzione del termine in lingua italiana.

⁷¹ Questa è solo una delle proposte inserite nell'intricato testo dell'articolo.

potrebbero includere il fornire all'OMS, durante una c.d. *Public health emergency of international concern* (PHEIC) od un altro tipo emergenza pandemica, «royalty-free, non-exclusive manufacturing licences» che potrebbero essere «sub-licensed» a produttori nei Paesi in via di sviluppo per la produzione di «vaccine therapeutics and/or diagnostics».

Moltissimo lavoro è ancora da fare, a partire dalle definizioni di «PABS material, PABS information e pathogen with pandemic potential», su cui ancora non vi è alcun accordo. Consapevole di ciò il *Bureau* dell'INB, nella proposta di programma dei lavori pubblicata il 28 agosto 2024 ha collocato la nuova fase di discussioni sull'art. 12 nei primi due giorni, e cioè il 9 ed il 10 settembre 2024, dandovi chiaramente la priorità, per poi farle continuare il 17 settembre mattina⁷².

5.2. Nuove capacità manifatturiere in campo farmaceutico per i Paesi in via di sviluppo

L'ultima pandemia ha condotto ad una ulteriore presa di coscienza da parte della comunità internazionale sulla inesistenza di confini facilmente controllabili dall'uomo al diffondersi delle malattie infettive. La quindi urgente necessità di difendere in modo efficace il diritto alla salute senza distinzione di razza, religione, pensiero politico, condizione economica e sociale – come scritto nei principi della COMS – ha fatto riecheggiare nuovamente l'eterno dibattito tra il rendere prioritarie le considerazioni di efficienza oppure le considerazioni di equità nei mercati⁷³, oltre che le discussioni sulla necessità di un effettivo multilateralismo per combattere problemi sanitari globali.

La (troppo) spesso presente dipendenza dei Paesi in via di sviluppo dalle importazioni di farmaci da parte di Paesi terzi ha quindi condotto i negoziatori dell'accordo pandemico a riflettere su nuove modalità per ridurre le differenze nel settore manifatturiero che, in caso di pandemia, rendono più lunga e drammatica la lotta al diffondersi dei virus. Il punto due del Preambolo dell'ultima bozza pubblicata, per altro evidenziato in verde, parte infatti dal riconoscimento che le differenze in termini di sviluppo tra i Paesi mettono a rischio le capacità di prevenire, prepararsi e rispondere alle pandemie, e che tali differenze tra gli Stati, specialmente

⁷² Organizzazione mondiale della sanità, *Draft Programme of Work*, WHO Doc. A/INB/11/2 del 28 agosto 2024.

⁷³ Questioni già presenti in A. SEN, *Lo sviluppo è libertà*, Milano, 2000.

in termini di controllo delle malattie comunicabili, è un pericolo comune che richiede supporto tramite azioni di cooperazione internazionale.

La strategia messa in atto dai negoziatori in tale senso risiede in due articoli che occupano la parte centrale dell'ultimo testo proposto. Le due disposizioni, rispettivamente contenute agli artt. 10 ed 11 della bozza, sembrano volere disciplinare, in ordine cronologico, i due momenti fondamentali alla produzione di prodotti sanitari: la fase di effettiva produzione dei farmaci, ed il trasferimento di tecnologia e di *know-how* essenziali per la creazione di tali prodotti.

In primo luogo l'art. 10, rubricato «Sustainable and geographically diversified production», uno dei pochissimi della bozza che è nel momento in cui si scrive quasi completamente in colore verde, prevede che gli Stati parte del futuro accordo, in collaborazione con l'OMS e con le altre rilevanti organizzazioni dovranno, nel rispetto delle norme di diritto interno, prendere misure per supportare e/o rafforzare le strutture produttive di prodotti sanitari, soprattutto nei Paesi in via di sviluppo. Tale azione dovrebbe essere compiuta, tra le varie proposte, incentivando investimenti nel settore pubblico e privato, incluse le *partnership* pubblico-privato (PPP), al fine di creare o estendere strutture produttive di prodotti pandemici nei Paesi in via di sviluppo. Si potrebbe pensare con un pizzico di malizia che il colore verde della disposizione sia legato al fatto che la stessa contiene soltanto disposizioni molto generiche, sulle quali dunque potrebbe non esserci stata troppa difficoltà a trovare consenso.

In secondo luogo l'art. 11, invece, è più complesso. Tale disposizione, rubricata «Transfer of technology and know-how for the production of pandemic-related health products», quasi totalmente ancora in giallo e in bianco proprio perché ben più ambiziosa rispetto alla precedente, e quindi di più difficile negoziazione, si rivolge quasi nella sua totalità al supporto ai Paesi in via di sviluppo. Mentre da un lato, tra gli altri obblighi, richiede alle Parti di incentivare il trasferimento di tecnologia di prodotti sanitari pandemici soprattutto per i Paesi del *Global South* sulla base del discusso e ancora vago principio dei *voluntary and mutually agreed terms* (VAT) incoraggiando i detentori dei diritti brevettuali a rinunciare o, in alternativa, ad adeguare ragionevolmente le loro *royalties* nella condivisione di conoscenze con i produttori dei Paesi in via di sviluppo durante una emergenza pandemica, dall'altro torna a rivolgersi all'eterna *querelle* sul più generico utilizzo dei diritti di proprietà intellettuale nel diritto internazionale del commercio. Il paragrafo quattro, infatti, chiarisce che gli Stati parte dell'OMC riaffermano il proprio diritto di usare *in toto* il conte-

nuto dell'Accordo TRIPS e della Dichiarazione di Doha, che danno flessibilità nel proteggere la salute pubblica in caso di future pandemie.

La complessità di entrambe le disposizioni, come si è visto per l'art. 12, ha fatto sì che i membri del *Bureau* dell'INB decidessero di dedicarsi a queste ulteriori discussioni alla ripresa dei negoziati. Secondo il programma di lavoro⁷⁴, infatti, il 16 settembre gli Stati si riuniranno per discutere i dettagli di entrambi gli articoli con maggiore attenzione, si suppone, al contenuto dell'art. 11.

6. Conclusione

Sono molti i temi su cui gli Stati dovranno confrontarsi nei prossimi mesi per giungere ad un risultato definitivo e soddisfacente al punto da essere ratificato da tutti gli Stati membri. Non vi è ancora un consenso, per esempio, sulla rapporto tra il testo dell'accordo pandemico ed altri accordi internazionali che potrebbero potenzialmente entrare in conflitto con le disposizioni negoziate a Ginevra in tema di accesso ai farmaci, tra cui figurano i citati Accordo TRIPS e CBD né, per quanto attualmente il testo sia evidenziato in verde, è certo come funzionerà il c.d. *Coordinating Financial Mechanism* previsto dall'art. 20 che, stando alla bozza, dovrebbe promuovere un supporto finanziario ai Paesi in via di sviluppo per il raggiungimento degli obiettivi dell'accordo. Vi sono inoltre dubbi sul contenuto finale di alcune disposizioni previste, per esempio, negli articoli 9 e 13bis che vorrebbero imporre agli Stati maggiore trasparenza negli accordi da questi negoziati per la produzione di vaccini finanziati con i fondi pubblici, e inserire una maggiore attenzione in tali accordi alle esigenze dei Paesi in via di sviluppo. Uno dei punti, quest'ultimo, che aveva destato profonde critiche durante la pandemia⁷⁵.

Due sono gli argomenti, simili tra loro, che sono stati sollevati in pari eventi organizzati dal Geneva Graduate Institute durante gli ultimi mesi di negoziato. In primo luogo, la possibile chiusura della c.d. *political opportunity window* aperta dalla crisi da COVID-19 rischierebbe di fare perdere alla comunità internazionale con il passare del tempo l'occasione di potere finalmente pervenire ad un accordo significativo, perché gli interessi

⁷⁴ Organizzazione mondiale della sanità, *Draft Programme of Work*, cit.

⁷⁵ Sul punto v. N. BOSCHIERO, *COVID-19 Vaccines as Global Common Goods: An Integrated Approach of Ethical, Economic Policy and Intellectual Property Management*, in *Global Jurist*, 2022, p. 177 ss.

dei Paesi si potrebbero nel frattempo muovere su altri temi più urgenti nelle loro agende di governo⁷⁶. In secondo luogo, similmente, come hanno riportato i membri del *Bureau* nell'evento tenutosi domenica 26 maggio 2024⁷⁷ (e cioè alla vigilia della giornata inaugurale della settantasettesima AMS), sembra che gli attuali e complicati assetti geopolitici stiano spostando l'attenzione degli Stati verso altri temi in questo momento più urgenti per i governi: a loro dire, se le negoziazioni fossero state fatte nell'urgenza dell'emergenza pandemica, i risultati sarebbero stati ben diversi.

È stato sostenuto che «it would be better to have no pandemic treaty than a bad pandemic treaty»⁷⁸. Il timore che, data la tecnicità ed estrema delicatezza dei temi trattati, il mandato dell'INB sia troppo ambizioso per trovare una soluzione condivisibile per tutti nella brevissima scadenza data è diffuso in chi ha seguito la durata dei negoziati. Una speranza di un proficuo inizio dei nuovi lavori è che l'adozione dell'emendato IHR, il cui contemporaneo negoziato rispetto all'INB avrebbe secondo i membri del *Bureau* reso più complicati i negoziati⁷⁹, sia di agevolazione al raggiungimento di un risultato di successo.

La pandemia ha fatto comprendere a tutti che non vi è Paese che non sia interconnesso all'altro, e che è doveroso agire collettivamente, tenendo tutti in considerazione sullo stesso piano. Solo così si potrà impedire una futura crisi sanitaria che ci riporti alla condizione già vissuta quando abbiamo capito che gli Stati, agendo *uti singuli*, non possono fermare un singolo virus il quale, incontrollato, ha mostrato la nostra inadeguatezza a rispondere a una minaccia che pensavamo di potere gestire da soli.

⁷⁶ Intervento della Prof.ssa Suerie Moon all'evento intitolato *Pandemic negotiations: closing the deal*, su www.graduateinstitute.ch.

⁷⁷ Geneva Graduate Institute, *Introduction to the 77th World Health Assembly: addressing health challenges in an increasingly polarized world*, disponibile su www.graduateinstitute.ch.

⁷⁸ K. CULLINAN, *Pharma describes Pandemic Agreement as a "Step Backwards"*, in *Health Policy Watch*, 12 marzo 2024.

⁷⁹ *Ibidem*.

Nel Borneo si riapre un vecchio vaso di Pandora: la qualificazione giuridica delle moderne concessioni sulle risorse naturali alla luce del diritto internazionale classico e terzomondista

ANTONIO ATTOLICO*

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema attraverso il caso *Sulu*. – 2. La difficile qualificazione giuridica delle moderne concessioni ‘internazionali’ sullo sfruttamento delle risorse naturali. – 3. La qualificazione giuridica della concessione nell’arbitrato *Sulu* e le questioni della soggettività internazionale dei contraenti e della legge applicabile. – 4. Le ripercussioni della qualificazione giuridica nella risoluzione delle controversie: foro competente, immunità giurisdizionale e *petitum* nelle controversie. – 5. Conclusione.

ABSTRACT: L’articolo prende le mosse dall’arbitrato *ad hoc Eredi del Sultano di Sulu c. Repubblica Federale della Malesia*, recente caso del 2023 in cui si pone la questione preliminare della qualificazione giuridica delle concessioni per lo sfruttamento delle risorse naturali. In particolare modo, questo caso presenta una grande novità riguardo alle posizioni adottate dalle parti sul tema rispetto al più tradizionale dibattito tra dottrina classica e dottrina terzomondista nel diritto internazionale. Dunque, l’elaborato si concentra in primo luogo su come nel tempo sia la dottrina che la prassi si siano rivelate particolarmente eterogenee nel qualificare giuridicamente le concessioni per lo sfruttamento delle risorse naturali rilasciate dai paesi del Sud globale prima dell’avvento della decolonizzazione. Il contributo mira poi a inquadrare la discussione sulla qualificazione giuridica di tali concessioni presentando le varie tesi dottrinali, alla luce della dottrina classica e terzomondista, e le posizioni espresse da tribunali internazionali nell’arco del tempo. Dopodiché, l’analisi verterà sui due complessi profili della soggettività internazionale dei contraenti degli accordi in questione e del diritto applicabile a questi ultimi. Infine, l’articolo valuta tre questioni riguardanti la risoluzione delle controversie vertenti su tali accordi sulle quali la qualificazione giuridica delle concessioni ha un peso determinante: il foro competente, l’invocabilità dell’immunità sovrana dalla giurisdizione statale di cognizione e il *petitum* della controversia.

PAROLE CHIAVE: concessioni – risorse naturali – arbitrato internazionale – *State contracts*.

1. Introduzione al tema attraverso il caso *Sulu*

Nel 2023, è stato reso il secondo lodo arbitrale più ingente della storia, secondo solo al lodo nel caso *Yukos*¹. All'esito di questo procedimento, piuttosto controverso per il modo in cui l'arbitro unico ha interpretato il consenso delle parti all'arbitrato, è stato accertato l'inadempimento contrattuale da parte dello Stato federale della Malesia rispetto ad un accordo sulla concessione dello sfruttamento delle risorse naturali nel Borneo settentrionale concluso nel 1878 tra il Sultano di Sulu e due commercianti occidentali, che poi avrebbero costituito la Compagnia Britannica del Borneo settentrionale². Dichiarata la risoluzione dell'accordo in questione, l'arbitro ha riconosciuto agli eredi del Sultano il diritto alla restituzione di 14.9 miliardi di dollari, corrispettivi ai diritti garantiti sul territorio concesso³. Ad oggi, però, l'esecuzione del lodo è stata negata in Spagna, Francia e Olanda, dunque non si ritiene che possa avere alcun seguito, sebbene gli eredi abbiano annunciato un nuovo procedimento in Lussemburgo⁴.

* Cultore della materia in diritto internazionale dell'economia, Università LUISS Guido Carli, aattolico@luiss.it

¹ Nel lodo il tribunale arbitrale ha accordato una compensazione per 50 miliardi di dollari. Vedi Arbitrato PCA, lodo del 18 luglio 2014, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federazione russa*.

² Arbitrato *ad hoc*, lodo del 28 febbraio 2022, *Eredi del Sultanato Sulu c. Malesia*.

³ W. SADOWSKI, M. MENKES, *The iconic case to the heirs of the Sultan of Sulu v. Malaysia*, in *Queritius*, 3 agosto 2022.

⁴ Di recente, in Francia, la Corte d'appello di Parigi ha annullato l'*exequatur* per il lodo parziale a giugno 2023 e ha sospeso il procedimento di annullamento del lodo finale a gennaio 2024. Invece in Olanda, dove gli eredi avevano cercato di far eseguire il lodo per rifarsi su beni della compagnia nazionale petrolifera Petronas, la Corte d'appello dell'Aja ha rigettato la richiesta di esecuzione del lodo e gli eredi hanno fatto appello dinanzi la Corte suprema olandese. Nonostante questa si debba esprimere a ottobre 2024, l'avvocato generale della Corte si è espresso raccomandando il rigetto dell'appello. Vedi E. BROUWER, *Dutch Advocate General recommends upholding judgment that refused recognition and enforcement of multi-billion USD award against Malaysia*, in *Investment Arbitration Reporter*, 3 luglio 2024; G. NARDELL, *Carry on regardless? The Sulu Case, the arbitrator authority and principles of recognition*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 3 febbraio 2024; D. CHARLOTIN, *Set-aside proceedings against Heirs of Sulu award are suspended while French Cour de cassation reviews decision to quash enforcement order*, in *Investment Arbitration Reporter*, 15 gennaio 2024.

Difatti, questo contributo non vuole soffermarsi sulle vicende processuali dell'arbitrato, bensì su una questione preliminare inerente allo stesso: la qualificazione giuridica della concessione sullo sfruttamento delle risorse naturali del 1878 (*Deed of Cession*) e di una sua nota confirmatoria del 1903 (*Confirmatory Deed*). Su questa questione le parti hanno proposto due posizioni differenti. Precisamente, gli eredi del Sultano hanno sostenuto che la concessione fosse un accordo commerciale tra il Sultano e due commercianti per lo sfruttamento delle risorse naturali presenti sul territorio. La Malesia ha invece sostenuto che questa fosse un trattato internazionale concluso tra il Sultanato e una Compagnia Britannica per la cessione della sovranità territoriale sulla costa di *Sabah*. Ai fini della trattazione, rileva particolarmente l'atipica successione nella parte concessionaria: nel 1946 la Compagnia del Borneo Settentrionale trasferì i relativi «interessi, poteri e diritti» al Governo britannico, al quale poi susseguì la neo-indipendente Federazione della Malesia nel 1963 quando il popolo di *Sabah* vi aderì, esercitando il diritto all'autodeterminazione. Nel lodo, l'arbitro unico spagnolo ha considerato la concessione un *lease agreement* commerciale, valutando il testo in spagnolo della *deed of cession*, la sussistenza degli elementi essenziali di un contratto di diritto comune e il *commerciality test*⁵. Le argomentazioni sul punto però risultano essere innovative rispetto al tradizionale dibattito dottrinale e giurisprudenziale che si è formato nel tempo e che vede contrapporsi la tesi classica e la tesi terzomondista del diritto internazionale in merito alle moderne concessioni per lo sfruttamento delle risorse naturali concluse in epoca coloniale nei paesi che afferiscono oggi al Sud globale.

Dopo aver riportato le ragioni delle difficoltà nel qualificare in modo preciso tali concessioni, sul tema verranno richiamati alcuni punti salienti della discussione tra dottrina classica e terzomondista. Dopodiché, verranno analizzate le considerazioni innovative registrate nel caso *Sulu* e saranno presentati due elementi che potrebbero essere dirimenti nel qualificare più correttamente le suddette concessioni: la soggettività internazionale di entrambe le parti coinvolte e il diritto applicabile alle stesse. Infine, il presente contributo svolgerà delle riflessioni sulle conseguenze che le qualificazioni esposte nel caso *Sulu* producono nell'eventualità che in-

⁵ In conclusione, la Compagnia britannica risultava un *tenant* e il sultano un *landlord*, che si erano accordati per il *leasehold* di una delimitata porzione di territorio dietro un pagamento annuale per una durata indeterminata. Vedi lodo finale *Sulu*, cit., parr. 198, 214-217.

sorga una controversia sulla base di queste concessioni, concentrandosi sui problemi relativi al foro competente, all'immunità dalla giurisdizione di cognizione e al *petitum* della relativa pretesa giuridica.

Prima di iniziare, però, occorre precisare che il lavoro toccherà il tema delle concessioni 'moderne', cioè quelle concluse nel XIX secolo in piena epoca coloniale. Inoltre, al fine di non palesare una predilezione verso alcuna tesi, si intende utilizzare il termine 'accordi di concessione', precisando che da un punto di vista giuridico ad essere rilevante è più il contenuto normativo che il *nomen iuris* attribuito dalle parti. Ciò considerando la difficoltà intrinseca dello scrivere su concessioni la cui documentazione è di difficile reperimento a causa della riservatezza e la non recente redazione di questo tipo di documenti.

2. La difficile qualificazione giuridica delle moderne concessioni 'internazionali' sullo sfruttamento delle risorse naturali

Prima di considerare l'inquadramento giuridico delle concessioni sullo sfruttamento delle risorse nelle ex-colonie, è opportuno svolgere dei cenni sul principio della sovranità permanente sulle risorse naturali. Tale principio, non menzionato nella Carta delle Nazioni Unite, ma sviluppato in numerose risoluzioni dell'Assemblea generale⁶, ha formalizzato il diritto inalienabile di tutti gli Stati a disporre liberamente delle proprie risorse. Per i Paesi che precedentemente facevano parte di imperi coloniali il riconoscimento formale della sovranità piena sulle proprie risorse ha rappresentato il culmine del processo di decolonizzazione, poiché ha sancito la

⁶ Alcune adottate per *consensus* oltre a maggioranza assoluta, rilevano in particolare: Assemblea generale, *Integrated economic development and commercial agreements*, UN Doc. A/RES/523(VI) del 12 gennaio 1952; Assemblea generale, *Right to exploit freely natural wealth and resources*, UN Doc. A/RES/626(VII) del 21 dicembre 1952; Assemblea generale, *Concerted action for economic development of economically less developed countries*, UN Doc. A/RES/1515(XV) del 15 dicembre 1960; Assemblea generale, *Permanent sovereignty over natural resources*, UN Doc. A/RES/1803(XVII) del 14 dicembre 1962; Assemblea generale, *Permanent sovereignty over natural resources*, UN Doc. A/RES/2158(XXI) del 25 novembre 1966; Assemblea generale, *Permanent sovereignty over natural resources*, UN Doc. A/RES/2386(XXIII) del 19 novembre 1968; Assemblea generale, *Permanent sovereignty over natural resources of developing countries and expansion of domestic sources of accumulation for economic development*, UN Doc. A/RES/2692(XXV) del 11 dicembre 1970; Assemblea generale, *Permanent sovereignty over natural resources of developing countries*, UN Doc. A/RES/3016(XXVII) del 18 dicembre 1972; Assemblea generale, *Permanent sovereignty over natural resources*, UN Doc. A/RES/3171(XXVIII) del 17 dicembre 1973.

sovranità economica accanto all'indipendenza politica. Difatti, nei termini della risoluzione dell'Assemblea generale del 1973, i nuovi Stati indipendenti hanno affermato il diritto inalienabile alla propria sovranità permanente con il fine di riprendere il controllo effettivo sulle proprie risorse naturali⁷. L'avvento di questa nuova posizione ha portato questi Stati a reclamare il diritto di avvantaggiarsi dello sfruttamento delle proprie risorse. Sul piano giuridico, però, il riconoscimento della comunità internazionale di un simile diritto ha permesso a questi Stati di elaborare un'eccezione giuridica contro i *property* e *contractual rights* assicurati ai concessionari stranieri durante il periodo coloniale⁸. Ecco spiegato perché la discussione politica sulla sovranità sulle risorse naturali è intrecciata con la qualificazione giuridica delle concessioni.

Dunque, la qualificazione di una concessione per lo sfruttamento delle risorse naturali come accordo di natura commerciale o come trattato internazionale riflette la volontà dell'interprete di dare maggior peso alla sovranità economica di uno Stato o al legittimo affidamento del concessionario nella successione delle parti a seguito della decolonizzazione⁹. Questo conflitto di interessi ha influito sull'evoluzione del diritto internazionale¹⁰, poiché a sostegno delle due tesi, anzi degli interessi sottostanti, sono stati richiamati dei principi di diritto internazionale. A sostegno della prevalenza della sovranità sulle proprie risorse, si è fatto ricorso al diritto all'autodeterminazione¹¹ e a un'estensione del concetto di sovranità territoriale¹², attraverso il brocardo latino *cuius est solum, eius est usque ad*

⁷ Assemblea generale, *Permanent sovereignty over natural resources*, UN Doc. A/RES/3171 del 17 dicembre 1973.

⁸ N. SCHRIJVER, *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2008, p. 255-257; S. PRAKASH SINHA, *Perspective of the Newly Independent States on the Binding Quality of International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1965, p. 121 ss.

⁹ A. ZIMMERMANN, J. DEVANEY, *State succession in Treaties*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2019, parr. 16-19.

¹⁰ R.P. ANAND, *Attitudes of the Asian-African States Toward Certain Problems of International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1966, p. 72.

¹¹ In una risoluzione dell'Assemblea generale, la 1803(XVII) la sovranità permanente sulle risorse naturali è considerata un «basic constituent» dell'autodeterminazione dei popoli. V. UN Doc. 1803(XVII) cit.

¹² Assemblea generale, *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples*, UN Doc. A/RES/1514(XV) del 14 dicembre 1960.

*coelum et ad inferos*¹³. Sornarajah ha per esempio sostenuto che gli impegni contrattuali che implicano lo sfruttamento delle risorse naturali non avrebbero validità in quanto in contrasto con il principio cogente della sovranità permanente sulle risorse naturali¹⁴. A sostegno della preservazione degli obblighi contrattuali, invece, si è fatto riferimento al principio *pacta sunt servanda* e alla dottrina dei diritti acquisiti, sostenendo un rigoroso impegno del nuovo Stato indipendente a tutelare gli interessi preesistenti dei concessionari, restringendo l'ambito di applicazione della propria sovranità permanente sulle risorse¹⁵.

Sicuramente, in particolar modo quando garantite in passato da paesi dell'attuale Sud globale, questo particolare tipo di concessioni non permette di trovare una soluzione unanime, e questo per due ordini di motivi. Il primo è che il termine concessione è stato coniato nel diritto internazionale proprio rispetto al fenomeno dello sfruttamento economico del terzo mondo da parte degli imperi coloniali¹⁶. Il secondo è riscontrabile in un passaggio del caso *Warsaw Electric Company*. Ivi venne riconosciuto che le concessioni per lo sfruttamento di risorse costituiscono un sistema complesso di situazioni giuridiche tra il concessionario e lo Stato, che rientra tanto nell'ambito del diritto pubblico quanto del diritto privato¹⁷. La stessa idea è stata ripresa da O'Connell, che ha sottolineato proprio il fatto che tra le parti sussista un rapporto misto di diritto privato e diritto pubblico¹⁸. Invero, queste concessioni sono degli strumenti regolatori adottati nell'esercizio della sovranità dello Stato che attribuiscono ad un

¹³ M. SORNARAJAH, *The Battle continues – Rebuilding Empire through Internationalization of State Contracts*, in J. VON BERNSTORFF, P. DANN (a cura di), *The Battle for International Law: South-North Perspectives on the Decolonization Era*, Oxford, 2019, p. 175 ss., in particolare p. 195.

¹⁴ M. SORNARAJAH, *State Responsibility and Bilateral Investment Treaties*, in *Journal of World Trade*, 1986, p. 94-95; I. BROWNLIE, *Legal Status of Natural Resources in International Law*, in *Recueil des cours*, 1980, p. 249.

¹⁵ M. CRAVEN, *Colonial Fragments: Decolonization, Concession and Acquired Rights*, in J. VON BERNSTORFF, P. DANN (a cura di), *The battle for International Law*, cit., p. 109-110; O. UDO-KANG, *Succession of New States to International Treaties*, New York, 1972, p. 462; A. VERDROSS, *Règles internationales concernant le traitement des étrangers*, in *Recueil des cours*, 1931, p. 359.

¹⁶ J.G. WETTER, S. SCHWEBEL, *Some Little Known Cases on Concessions*, in *British Yearbook of International Law*, 1964, p. 183.

¹⁷ Arbitrato *ad hoc*, lodo del 24 novembre 1932, *Warsaw Electric Company Case (Francia c. Polonia)*, riportato in *Reports of International Arbitral Awards*, 1932, p. 1687.

¹⁸ S.P. O'CONNELL, *Economic Concessions in the Law of State Succession*, in *British Yearbook of International Law*, 1950, p. 93.

concessionario il diritto di sfruttare alcune risorse di proprietà statale, non accessibili normalmente dai privati, e partecipare agli utili conseguiti attraverso le stesse contro la corresponsione di un canone¹⁹. Tuttavia, queste concessioni non sono ristrette al trasferimento di un certo diritto (*proprietary interest*) sulle risorse, perché prevedono un ruolo atipico dello Stato concedente a cui sono attribuite: una certa discrezionalità nella scelta del concessionario e l'esercizio di alcuni poteri a garanzia degli interessi pubblici collegati alla concessione.

Una diretta conseguenza di questa particolarità è che le concessioni possono essere interpretate in modo diverso, ovvero come uno strumento regolatorio per perseguire un interesse pubblico o come un contratto che determina rapporti di tipo privatistico²⁰. Se questo è vero per tutte le concessioni concluse in tempi più recenti, considerate a tutti gli effetti come investimenti²¹, lo stesso non vale per quelle concessioni concluse in epoca coloniale, seppur rimaste valide sino ai giorni nostri. Prima dell'avvento della colonizzazione, infatti, le concessioni per lo sfruttamento delle risorse perseguivano un duplice obiettivo. In primo luogo, attribuivano determinati diritti di sfruttamento al concessionario, generalmente un cittadino della madrepatria. In secondo luogo, creavano nella parte concedente proprio quell'autorità pubblica che potesse effettivamente disporre delle risorse territoriali e dei diritti su di esse²². In pratica queste concessioni 'autosostenevano' la propria validità, creando un ordinamento autonomo a sé all'interno del quale producevano effetti giuridici. Dunque, l'attribuzione contemporanea di *contractual rights* e di un *public power* nelle colonie per mezzo della potestà di governo dello Stato di origine del concessionario conferma come questi strumenti giuridici possano essere simultaneamente contratti commerciali di diritto privato e veicoli dell'espansione coloniale di natura pubblicistica.

¹⁹ N. MIRANDA, *Concession Agreements: From Private Contract to Public Policy*, in *Yale Law Journal*, 2007, p. 512.

²⁰ Questi accordi possono essere interpretati in maniera duplice: sono degli atti amministrativi che perseguono pubblici interessi, quindi soggetti all'evoluzione delle posizioni e delle scelte politico-amministrative dei governi; e sono degli atti privatistici che costituiscono la base giuridica per l'affidamento del concessionario nella pianificazione della sua attività economica. Vedi H.G. CALVERT, *The Law Applicable to Concessions*, in *University of Malaya Law Review*, 1959, p. 270.

²¹ I. ALVIK, *Contracting with Sovereignty: State Contracts and International Arbitration*, Oxford, 2011, p. 41ss.

²² M. CRAVEN, *Colonial Fragments*, cit., p. 108-109.

Alla luce di ciò, risulta necessario uno sforzo interpretativo che vada oltre il testo e le singole disposizioni di questi accordi per indagare ulteriormente anche il contesto storico in cui questi sono stati conclusi, il che complica ulteriormente la valutazione.

Sul presupposto che nel diritto internazionale non venga previsto un *corpus juris* dedicato alle concessioni per lo sfruttamento delle risorse naturali, bisogna ricercare la soluzione alla loro qualificazione giuridica altrove. Tuttavia, la qualificazione giuridica delle concessioni risulta intrinsecamente connessa alla protezione del concessionario di fronte al potere statale del concedente; dunque, non sorprende che sia in dottrina che nella prassi giurisdizionale siano state presentate tesi piuttosto variegate. Anzi, proprio perché non è mai stato raggiunto un consenso a favore di una tesi, né in dottrina né in giurisprudenza, occorre analizzare questo dibattito che dura ormai più di un secolo, descrivendone l'evoluzione. Se all'inizio i giuristi occidentali tendevano a considerare queste concessioni *contracts* o *property rights*, con il secolo scorso si è giunti al contrasto tra la dottrina classica e quella terzomondista (TWAIL), che vede contrapposte la tesi degli *internationalized contracts* a quella degli *State contracts*. In questo dibattito, il caso *Sulu* presenta una novità, proponendo un contrasto tra l'idea più tradizionalmente occidentale del contratto commerciale internazionale e la tesi più innovativa da parte di uno Stato del Sud globale del trattato di cessione della sovranità territoriale.

Innanzitutto, prima del '900 e in piena epoca coloniale, non era possibile affermare che le concessioni fossero protette dal diritto internazionale in quanto tali, ma piuttosto, queste rilevavano in quanto strumenti di diritto interno marginalmente toccati da alcune norme di diritto internazionale generale. Per questo motivo, non si poneva tanto l'attenzione su una qualificazione delle concessioni, quanto piuttosto sulle loro caratteristiche specifiche. Infatti, in alcuni paesi queste venivano rilasciate nella forma di contratti di diritto pubblico (*public law contracts*), e in altri sotto forma di decreti unilaterali (*one sided grant*)²³. In entrambi i casi, però, in mancanza di soggettività internazionale, il concessionario veniva considerato un cittadino straniero sottoposto alla giurisdizione dello Stato ospite.

²³ La scelta principalmente derivava dalla forza contrattuale del concessionario, giacché un concessionario più forte premeva per la qualifica di contratto per assicurarsi un grado di protezione maggiore, mentre un concessionario più debole accettava un decreto unilaterale di *grant*, e rimaneva soggetto a un maggiore controllo da parte dello Stato concedente.

Di conseguenza, le concessioni erano inquadrate rispetto all'ordinamento interno dello Stato ospite e non all'ordinamento internazionale²⁴. Difatti, una violazione di questi accordi non faceva sorgere alcuna responsabilità di diritto internazionale, salvo contestuali violazioni di altre norme internazionali convenzionali o consuetudinarie²⁵. Indice di ciò è anche il fatto che nell'allegato 1 al trattato di Versailles, concluso al termine del primo conflitto mondiale, all'art. 300 le concessioni vengono considerate come categoria speciale di contratti.

Con l'avvento del XX secolo, molti giuristi classici hanno affrontato lo studio della natura delle concessioni sullo sfruttamento delle risorse naturali. Alcuni riconducevano le concessioni a contratti più o meno particolari. Ad esempio, Borchard sosteneva che si trattasse di contratti di diritto interno²⁶, mentre Mosler e Sayre li qualificavano come *State contracts* con un pubblico interesse particolarmente rilevante²⁷. Altri autori consideravano queste concessioni degli atti pubblicistici. Gidel riteneva le concedeva alla stregua di un «act administratif contractuel» con oggetto variabile²⁸, mentre Hvang, in un'ottica più incentrata sull'Unione sovietica, sosteneva che una concessione fosse una «loi spéciale» promulgata dal Consiglio dei Commissari del popolo, che autorizzava il possesso di beni dello Stato da parte di individui stranieri²⁹. Altri ancora argomentavano un carattere atipico di questi accordi. Ad esempio, Feilchenfeld sottolineava il triplice carattere dell'istituto giuridico³⁰, e Develle sosteneva il connubio tra un contratto e delle disposizioni unilaterali speciali sottoposte alla «puissance publique»³¹.

²⁴ J. BALORO, *The legal status of concession agreements in International Law*, in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 1986, p. 420.

²⁵ Era fatta salva la possibilità per lo Stato nazionale del concessionario di esercitare la protezione diplomatica ed eccepire il danno sostenuto dal proprio cittadino nel quadro delle norme sul trattamento dello straniero.

²⁶ E.M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, 1914.

²⁷ H. MOSLER, *Wirtschaftskonzessionen bei Änderungen der Staatshoheit: Eine völkerrechtliche Studie zum Hoheitswechsel und zur Hoheitsausübung auf fremdem Staatsgebiet*, Stuttgart, 1948, p. 66; F.B. SAYRE, *Change of Sovereignty and Private Ownership of Land*, in *American Journal of International Law*, 1918, p. 475.

²⁸ G. GIDEL, *Des effets de l'annexion sur les concessions*, Paris, 1904, p. 105.

²⁹ J. HVANG, *Le regime des concessions en Russie Soviétique*, Paris, 1929.

³⁰ Definito «at one and the same time a private property right of the grantee, a contract relationship to which a government is a party and a right affecting governmental interests». Vedi E.H. FEILCHENFELD, *Concessions*, in *Encyclopedia of Social Sciences*, 1931, p. 154-158.

³¹ P. DEVELLE, *La concession en droit international*, Paris, 1937, p. 34-35.

Durante il XX secolo, però, per tutelare maggiormente i concessionari provenienti dalle madrepatrie alcuni studiosi occidentali svilupparono l'idea che le concessioni potessero essere interpretate come accordi internazionali e governate, quindi, dai principi del diritto internazionale pubblico³². La logica dietro questa posizione risiedeva nella possibilità di invocare, a sostegno delle condizioni pattuite in epoca coloniale, il brocardo *pacta sunt servanda* e dunque di tutelare maggiormente la posizione della parte contraente cessionaria sottraendo il contratto all'esercizio del potere sovrano dello Stato ospite. Per esempio, Lauterpacht affermava che si trattasse di un accordo «somewhere between a contract and a treaty»³³, Wengler e Verdross le classificavano come «quasi-international agreements» e le ritenevano soggette ad un ordinamento speciale creato dalle parti³⁴, e Wehberg assumeva che queste avessero la medesima forza dei trattati, in virtù del principio comunque applicabile della «sanctity of contracts» sulla base del brocardo *pacta sunt servanda*³⁵. Ancora, Friedmann accoglieva la tesi degli *State contracts*, sottolineando però la possibilità di interpretarli come accordi commerciali internazionali conclusi tra un privato e uno Stato nell'esercizio di funzioni non sovrane³⁶. Infine, Weil sosteneva che il contratto trovasse le sue radici nell'*ordre juridique de base* (*Grundlegung*), cioè direttamente nell'ordinamento internazionale senza alcun riferimento all'ordinamento nazionale delle parti contraenti³⁷. La

³² L'idea era che in applicazione del principio *pacta sunt servanda*, gli Stati concedenti non avrebbero potuto modificare unilateralmente le condizioni delle concessioni sulle proprie risorse, e dunque, in questa ipotesi sarebbero incorsi in responsabilità internazionale. Vedi BALORO, *The legal status of concession agreements*, cit., p. 420.

³³ E. LAUTERPACHT, *Some Aspects of International Concession Agreements*, in *Bulletin of the Harvard International Law Club*, 1959, p. 5.

³⁴ A. VERDROSS, *The status of foreign private interests stemming from economic development agreements with arbitration clauses*, in SOUTHWESTERN LEGAL FOUNDATION (a cura di), *Selected Readings on Protection by Law of Private Foreign Investments*, 1964, p. 117; A. VERDROSS, *Quasi-International Agreements and International Economic Transactions*, in *The Yearbook of World Affairs*, 1964, p. 230; W. WENGLER, *Les accords entre Etats et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international?*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1972, p. 343-345.

³⁵ H. WEHBERG, *Pacta Sunt Servanda*, in *American Journal of International Law*, 1959, p. 786.

³⁶ W. FRIEDMANN, *The Changing Dimensions of International Law*, in *Columbia Law Review*, 1962, p. 1158.

³⁷ P. WEIL, *The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage à Trois*, in *ICSID REVIEW - Foreign Investment Law Journal*, 2000, p. 406; P. WEIL, *Droit international et contrats d'Etat*, in *Mélanges offerts à Paul Reuter*. Le

contrapposizione tra queste tesi classiche e quella terzomondista sviluppata dai giuristi dei nuovi Paesi indipendenti sorse quindi con la decolonizzazione e con la simultanea discussione sul Nuovo Ordine Economico Mondiale.

Già nei lavori preparatori della Risoluzione 1803(XVII) sulla sovranità permanente sulle risorse naturali veniva, infatti, registrata la discussione tra i rappresentanti di Stati Uniti e Regno Unito e quelli di Siria e Libano proprio su questo tema³⁸. I giuristi terzomondisti riconoscevano la qualificazione delle concessioni come *State contracts*, e, pertanto, le inquadravano come contratti di diritto interno del Paese concedente, che generalmente era uno Stato di nuova indipendenza che reclamava la sovranità permanente sulle proprie risorse naturali³⁹. Al di là della discussione in sede ONU, però, in particolare Sornarajah si oppose fermamente all'idea di un contratto commerciale transnazionale⁴⁰, favorendo l'idea di uno *State contract* sottoposto al diritto dello Stato ospite quale diritto applicabile in ossequio alle norme di diritto internazionale contenute nei documenti costitutivi del «nuovo ordine economico internazionale»⁴¹. Mentre dal punto di vista pratico la questione è stata superata con il passaggio alla conclusione dei trattati bilaterali di investimento (TBI), alcuni hanno di recente sostenuto che questi *internationalized contracts* avessero un proprio *standing* autonomo secondo il diritto internazionale⁴².

L'incertezza sulla qualificazione giuridica di queste concessioni non è stata risolta neanche dalla prassi giurisprudenziale internazionale. Ci so-

droit International : unité et diversité, Paris, 1981, p. 549; P. WEIL, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier*, in *Recueil des cours*, 1969, p. 97 ss.

³⁸ Precisamente, i rappresentanti occidentali (US e UK) sostenevano che le concessioni fossero degli accordi internazionali governati dal diritto internazionale pubblico mentre alcuni paesi del Sud globale (Siria e Libano) sostenevano che queste fossero *State contracts* sottoposti al diritto interno. Una discussione simile è presente anche nei dibattiti sull'art. 2 par. 2 lett. a della *Carta sui diritti e doveri economici degli Stati*. Si veda J. BALORO, *The legal status of concession agreements*, cit., p. 423.

³⁹ T.F.A. RIYADH, *Most Countries Permanent Sovereignty over Natural Resources and Protection of Foreign Investors: Some Reflections on the recent Kuwait/Aminoil Arbitration Case*, in *Revue Egyptienne de Droit International*, 1983, p. 35.

⁴⁰ M. SORNARAJAH, *Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts*, in *Journal of International Arbitration*, 1988, p. 98; M. SORNARAJAH, *The Myth of International Contract Law*, in *Journal of World Trade Law*, 1981, p. 187; M. SORNARAJAH, *The Pursuit of Nationalized Property*, Leiden, 1986, p. 79 ss.

⁴¹ M. SORNARAJAH, *Supremacy of the Renegotiation Clause*, cit., p. 100; M. SORNARAJAH, *The Battle Continues*, cit., p. 182.

⁴² I. ALVIK, *Contracting with Sovereignty*, cit., p. 47.

no state due circostanze nelle quali la Corte Permanente di Giustizia Internazionale (CPGI) prima e la Corte Internazionale di Giustizia (CIG) dopo hanno avuto l'occasione di esprimersi in merito: nel caso *Losinger* (1936) e nel caso *Anglo-Iranian Oil Company* (1952). La Svizzera nel primo caso di fronte alla CPGI e il Regno Unito nel secondo caso di fronte alla CIG hanno sostenuto la tesi secondo cui l'accordo con cui veniva garantita una concessione da parte di uno Stato ad un altro soggetto avesse un «carattere internazionale»⁴³. Nel caso *Anglo-Iranian Oil Company*, l'unico in cui si sia registrata una pronuncia nel merito, la CIG non ha ritenuto di poter considerare la concessione un trattato internazionale, rifiutando di esercitare la propria giurisdizione. Al contrario, nella prassi arbitrale, più tribunali hanno invece concluso che le concessioni relative avessero un «carattere internazionale», seppur non esplicitamente affermando che queste fossero accordi internazionali⁴⁴. Secondo un ordine cronologico, il primo caso in cui questo punto è stato affrontato è stato l'arbitrato *Lena Goldfields*, in cui il tribunale arbitrale ha negato che la concessione fosse un trattato internazionale, poiché concluso tra l'Unione Sovietica e una persona giuridica britannica⁴⁵. Nonostante ciò, sulla base di un carattere «internazionale» del rapporto giuridico civilistico il tribunale ha ritenuto preferibile applicare i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili invece che il diritto interno inglese⁴⁶.

Il grande cambiamento si è poi registrato negli arbitrati *BP, Texaco, LIAMCO, e Aminoil*⁴⁷, dove la categoria degli *internationalised contracts* è

⁴³ L'argomentazione del governo svizzero è ritrovabile nella Memoria depositata il 7 gennaio 1936 per il caso *Losinger* pendente dinanzi la CGPI. V. CGPI, *Caso Losinger (Svizzera c. Jugoslavia)*, CPGI Serie C No. 78, CGPI, p. 25; CIG, sentenza del 22 luglio 1952, *Anglo-Iranian Oil-Company (United Kingdom v. Iran)*, p. 24, citando la memoria depositata dal Regno Unito.

⁴⁴ A. VON WALTER, *Arbitration on Oil Concession Disputes*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2008, par. 27.

⁴⁵ Tribunale *ad hoc*, lodo del 2 settembre 1930, *Lena Godlfields c. URSS*; A. NUSSBAUM, *The Arbitration between the Lena Goldfields Ltd. And the Soviet Government*, in *Cornell Law Quarterly*, 1950, p. 31.

⁴⁶ V.V. VEEDER, *The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1998, p. 749-750; I. MARBOE, A. REINISCH, *Contracts between States and Foreign Private Law Persons*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2021, par. 5.

⁴⁷ Arbitrato *ad hoc*, lodo del 10 ottobre 1973, *BP Exploration Company (Libya) Limited v. Government of the Libyan Arab Republic*, in *International Law Reports*, 1979, p. 297 ss.; Arbitrato *ad hoc*, lodo del 19 gennaio 1977, *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, in *International Legal*

stata consacrata dagli arbitri unici occidentali, che hanno riconosciuto, seppur in modo diverso, che il diritto internazionale fosse applicabile integralmente o parzialmente alle concessioni dedotte, integrando se non addirittura sostituendo le norme degli ordinamenti nazionali, sulla base della *ratio* che simili contratti cesserebbero di essere soggetti al diritto interno dello Stato ospite *ipso facto*. Questa teoria è stata ulteriormente sostenuta dalla prassi arbitrale successiva, per esempio nei casi *Saudi Aramco*⁴⁸, *Revere Copper*⁴⁹, e in particolar modo con l'evoluzione dell'arbitrato in materia di investimenti⁵⁰. Particolarmente nel caso *Saudi Aramco* il tribunale ha discusso sull'ipotesi di considerare l'accordo tra Saudi Aramco e Arabia Saudita come un accordo internazionale o come un accordo avente carattere internazionale, propendendo per questa seconda ipotesi e ragionando piuttosto sulla legge applicabile⁵¹. La tesi degli *internationalized contracts* è rimasta molto discussa nel corso del tempo e lo sarebbe ancora oggi se la prassi non l'avesse scavalcata con l'evoluzione degli accordi internazionali di investimenti (AII) e dei TBI. Difatti, sebbene propugnata da autorevoli figure, questa teoria non ha trovato un sostegno unanime, e ciò perché ha proposto l'idea di un contratto governato dai principi generali di diritto che non poteva essere modificato neanche attraverso il ricorso al potere di governo di uno Stato sovrano⁵².

Materials, 1978, p. 1 ss.; Arbitrato *ad hoc*, lodo del 12 aprile 1977, *Libyan American Oil Company (Liamco) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, in *International Legal Materials*, 1981, p. 1 ss.; Arbitrato *ad hoc*, lodo del 24 marzo 1982, *Aminoil v. Kuwait*, in *International Legal Materials*, 1982, p. 97, par. 8.

⁴⁸ Arbitrato *ad hoc*, lodo del 23 agosto 1958, *Saudi Arabia v. Arabian American Oil Co (Aramco)*, in *International Law Review*, 1958, p. 117.

⁴⁹ Arbitrato AAA, lodo del 24 agosto 1978, *Caso Revere Copper & Bras Inc v. OPIC*.

⁵⁰ J. Ho, *State Responsibility for Breaches of Investment Contracts*, Cambridge, 2018, p. 196-220.

⁵¹ A. VON WALTER, *Arbitration on Oil Concession Disputes*, cit., parr. 4-26; Arbitrato *Aramco*, cit., p. 166.

⁵² Per approfondire, si suggerisce di guardare agli autori che si sono occupati della questione nel tempo. Vedi P. WEIL, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier*, in *Recueil des cours*, 1969, p. 98; A.A. FATOUROS, *International Law and Internationalized Contract*, in *American Journal of International Law*, 1980, p. 136 ss.; N.J. SCHRIJVER, *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*, Cambridge, 1997; J. HO, *Internationalisation and State contracts: are State contracts the future or the past?*, in C.L. LIM (a cura di), *Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment: Essays in honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, Cambridge, 2016, p. 378 ss.; M.R. MAURO, *Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Napoli, 2019, p. 57.

Insomma, non sembra potersi sostenere che questi accordi di concessione possano essere considerati 'solo' come contratti, perché questa qualificazione risulterebbe alquanto superficiale rispetto alla questione sottostante alla natura giuridica degli stessi. Questa tesi risulterebbe anche contraria alla prassi registrata, appunto frammentata⁵³, la quale vede sia dottrina che giurisprudenza accostare un eterogeneo *quid pluris* alla tradizionale forma di accordo che è il contratto. Tuttavia, non sembra tanto meno possibile far rientrare questi accordi in una categoria tipica del diritto internazionale, poiché è indubbiamente necessario tenere conto delle loro peculiarità, in particolar modo quando conclusi in un'epoca lontana dalla nostra. Insomma, bisogna prendere atto che questi accordi di concessione sono intrinsecamente atipici, e dunque, sono da intendersi *sui generis*.

3. La qualificazione giuridica della concessione nell'arbitrato *Sulu* e le questioni della soggettività internazionale dei contraenti e della legge applicabile

Rispetto a questo complesso dibattito, il caso dell'arbitrato *Sulu* si distingue perché le posizioni discusse presentano degli elementi di originalità rispetto a quanto visto sinora. Nel caso di specie, la Malesia ha sostenuto che la *deed of cession* del 1878 e la sua conferma del 1903 fossero una «complete and irrevocable grant of territory», mentre gli eredi del Sultano che queste costituissero un *lease agreement* commerciale⁵⁴. Dunque, mentre gli avvocati inglesi della parte istante hanno argomentato la qualificazione della concessione come un accordo commerciale internazionale tra uno Stato e un concessionario privato, in linea con la tradizione classica, la Malesia ha opposto la qualificazione della concessione come un trattato internazionale di cessione territoriale, concluso tra due soggetti di diritto internazionale. Rispetto a questo punto, occorre però sottolineare l'atipica successione dal lato della parte concessionaria che distingue questo caso dagli innumerevoli precedenti contenziosi in materia: nel 1946 la Compagnia del Borneo Settentrionale trasferì i relativi «interest, powers and rights» al Governo britannico, al quale poi succedette la neo-indipendente

⁵³ K.W. BLINN, C. DUVAL, *International Petroleum Exploration and Exploitation Agreements: Legal, Economic and Policy Aspects*, II ed., Londra, 2009, p. 57.

⁵⁴ N. KADIR, S. MANSOR, *Reviving the Sultanate of Sulu Through its Claim over Sabah*, in *Akademika*, 2017, p. 125.

Federazione della Malesia nel 1963 quando il popolo di *Sabah* vi aderì, esercitando il diritto alla propria autodeterminazione.

Dalla parte del concedente, con la fine del sultanato, rimasero titolari del corrispettivo economico gli eredi indiretti del sultano. Dunque, la logica tradizionale non sembra applicabile. Rispetto al passato la parte concessionaria non era una compagnia privata suscettibile di subire interferenze nelle proprie situazioni giuridiche soggettive in violazione della concessione accordata precedentemente, in ragione della successione nella parte concedente. Al contrario, i formali concedenti sono gli eredi indiretti di un sovrano non più esistente e la parte concessionaria è uno Stato che ha acquisito il territorio oggetto della concessione a seguito del processo di decolonizzazione e dell'esercizio del diritto di autodeterminazione della popolazione ivi stanziata.

Alla luce della complessità aggiunta dal caso, sembra necessario integrare lo studio della qualificazione giuridica della concessione contestata con l'approfondimento degli elementi della soggettività internazionale delle parti contraenti al momento della conclusione dell'accordo e della legge applicabile allo stesso. Difatti, non risulta determinante la forma mediante la quale l'accordo è stato concluso⁵⁵, cioè la *deed of cession*.

Per indagare la soggettività internazionale delle parti contraenti occorre fare riferimento alla nozione di trattato internazionale. Siccome questo è l'atto giuridico originato dall'incontro di volontà di più soggetti di diritto internazionale, l'assenza di soggettività da parte dei contraenti ne impedisce tale qualifica *tout court*. Infatti, anche l'arbitro unico nel caso *Sulu* ha operato questa prima verifica essendo le parti in disaccordo sulla qualificazione giuridica dello strumento in questione. Tuttavia, in questo caso, mentre la natura statutale del concedente è indubbia, sulla figura del concessionario si può discutere, rifacendosi alla questione della soggettività internazionale delle compagnie occidentali in epoca coloniale, su cui la dottrina rimane divisa.

Sebbene rappresentino l'archetipo delle società multinazionali attuali, si può discutere della soggettività *sui generis* delle compagnie coloniali, la cui natura pubblicistica veniva celata dagli scopi commerciali dichiarati

⁵⁵ I. MARBOE, A. REINISCH, cit., par. 11; N.J. SCHRIJVER, *Sovereignty over Natural Resources*, cit., p. 253 ss.; M.R. MAURO, *Diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 57.

negli atti costitutivi⁵⁶. Particolarmente per concessioni garantite in epoca coloniale poi, questo aspetto dovrebbe essere valutato attraverso la lente del principio di intertemporalità, che in questo tipo di casi richiederebbe una lettura storico-giuridica dell'accordo oltre che del diritto internazionale applicabile, prestando quindi attenzione anche al contesto storico coloniale.

Cruciali nell'amministrazione e nella governance del sistema coloniale⁵⁷, infatti, queste compagnie *chartered* venivano costituite al fine di stabilirsi, commerciare e amministrare paesi sconosciuti o appena scoperti⁵⁸. Erano dunque gli strumenti della missione civilizzatrice occidentale, nonché i veicoli della sua espansione che esercitavano veri e propri poteri sovrani nelle relazioni internazionali per conto della madrepatria, anche se non formalmente soggette a riconoscimento o responsabilità internazionale *ex se*⁵⁹. Questa peculiarità formale permetteva loro anzi di beneficiare dell'istituto della protezione diplomatica, senza però poter incorrere in responsabilità alcuna e senza implicare la responsabilità del proprio Stato di costituzione. Insomma, il principio classico secondo cui i soggetti diversi dagli Stati non potevano essere soggetti di diritto internazionale permetteva a queste compagnie di esercitare un potere pieno senza essere soggette alle condizioni e alle limitazioni imposte dall'ordinamento internazionale.

Invece, la considerazione degli elementi fattuali del tempo permetterebbe effettivamente di sostenere la tesi della soggettività internazionale del concessionario, e di conseguenza la tesi dell'accordo internazionale. Sul punto potrebbero essere poi riprese le tesi di Böckstiegel, il quale sosteneva che negli accordi internazionali di concessione tra Stato territoriale e privato straniero, quest'ultimo venisse investito di una parziale

⁵⁶ Si è infatti discusso dello *status* di 'quasi sovrani' di alcune Compagnie Britanniche (Compagnia delle Indie o del Congo), che possedevano una propria bandiera e gestivano autonomamente le relazioni con i paesi limitrofi alla loro area d'azione. Vedi R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, p. 439-440.

⁵⁷ Si veda Commissione del diritto internazionale, *Second Report on Succession in Respect of Matters other than Treaties, Economic and Financial Acquired Rights and State Succession, by Special Rapporteur M. Bedjaoui*, UN Doc. A/CN.4/216/Rev.1(1969-II), in *Yearbook of the International Law Commission*, 1969, par. 114.

⁵⁸ T. GULDBERG, *International Concessions, a Problem of International Economic Law*, in *Nordic Journal of International Law*, 1944, p. 54.

⁵⁹ C. CUTLER, *Private International Regimes and Interfirm Cooperation*, in R.B. HALL, T.J. BIERSTEKER (a cura di), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge, 2002, p. 23 ss.

soggettività di diritto internazionale⁶⁰, seppur condizionata al fatto che l'accordo venisse governato per volontà delle parti dal diritto internazionale pubblico. Similmente, potrebbe essere ripresa la tesi di Verdross secondo cui all'assenza di un formale riconoscimento della personalità internazionale di dette società potesse supplire il riconoscimento di una soggettività limitata a specifiche transazioni commerciali concluse tra queste e altri Stati⁶¹. Un'argomentazione in questo senso sembrerebbe dunque una via percorribile per analizzare questi accordi non rimanendo vincolati al testo degli stessi, per quanto il caso *Sulu* non si presti a questa riflessione, viste le circostanze fattuali della costituzione della Compagnia britannica del Borneo settentrionale.

Un secondo elemento rilevante per la qualificazione delle concessioni sarebbe la legge applicabile all'accordo, come scelta autonomamente dalle parti prima dell'insorgere di una controversia. Le diverse visioni proposte nel caso *Sulu* rappresentano una base utile per integrare questo dibattito, che può essere riassunto in modo coinciso citando Lauterpacht: «it is the law of the State which gives objective force to a contract in private law, and it is the rule pacta sunt servanda, one of the fundamentals of international law, which imparts objective force to international treaties»⁶².

La posizione della Malesia secondo cui l'accordo costituiva un trattato di cessione territoriale comporterebbe un trasferimento della sovranità, intesa come potere di imperio su un territorio, tra due Stati o enti territoriali soggetti di diritto internazionale, e sarebbe dunque soggetto al diritto internazionale generale e pattizio, in particolare alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. La posizione degli eredi del sultanato secondo cui il negozio si qualificava invece come un accordo commerciale di diritto privato con oggetto lo sfruttamento delle risorse naturali dietro il pagamento di un compenso monetario, comporterebbe il richiamo al principio dell'autonomia delle parti, e conseguentemente all'applicazione del diritto interno scelto da queste.

⁶⁰ Sosteneva che nel contesto degli *economic development agreements* gli *acts of State* erano generalmente compiuti da società operanti in qualità di agenti per gli Stati d'origine. Vedi K.H. BÖCKSTIEGEL, *Arbitration and State Enterprise*, Alphen aan den Rijn, 1984, p. 39-40.

⁶¹ A. VERDROSS, *Quasi-International Agreements and International Economic Transactions*, cit., p. 230 ss.

⁶² H. LAUTERPACHT, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, Londra, 1927, p. 156.

A partire dall'*obiter dictum* nel caso *Serbian Loans*, in cui la CPGI affermò che «any contract which is not a contract between States in their capacity as subjects of international law is based on the municipal law of some country», si può dedurre che la questione della legge applicabile sia strettamente dipendente dalla natura delle parti contraenti. Precisamente, se le parti sono soggetti di diritto internazionale, un loro accordo sarebbe vincolato dalle norme dell'ordinamento internazionale, mentre, qualora non lo siano, sarebbero in teoria libere di scegliere quale diritto interno applicare in virtù del principio di autonomia delle parti. In questa direzione si era affermata la dottrina classica, secondo cui questo tipo di accordi conclusi non tra soggetti di diritto internazionale non potesse essere disciplinato dal diritto internazionale e dovesse essere invece disciplinato dall'ordinamento interno di uno Stato⁶³. Tuttavia, in pratica, il contrasto tra la richiesta dello Stato ospite di applicare il diritto interno e la richiesta del concessionario privato di applicare un insieme di norme che potesse garantirgli un ambiente giuridico stabile e prevedibile ha favorito la proliferazione di varie ipotesi sulla legge applicabile. Secondo alcuni, principalmente Verdross e Bourquin, questi accordi sarebbero in un certo senso autosufficienti, costituendo un nuovo ordinamento creato dall'incontro della volontà delle parti, non sottoposti rigidamente a una legge nazionale o al diritto internazionale generale⁶⁴.

Altri studiosi, tra cui Carbonneau e Goldman, hanno propugnato l'applicazione della *lex mercatoria*, cioè di quell'insieme di norme che traducono le prassi e gli usi del commercio internazionale⁶⁵. Altri ancora, tra

⁶³ E.H. FEILCHENFELD, *Concessions*, in *Encyclopedia of Social Sciences*, 1931, p. 154-158; A.P. SERENI, *International Economic Institutions and the Municipal Law of States*, in *Recueil des cours*, 1959, p. 207-210.

⁶⁴ Entrambi fanno riferimento a una «law of the parties». Vedi A. VERDROSS, *Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1957, p. 635 ss.; M. BOURQUIN, *Arbitration and Economic Development Agreements*, in *The Business Lawyer*, 1960, p. 867-868.

⁶⁵ T.E. CARBONNEAU (a cura di), *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant*, New York, 1990; B. GOLDMAN, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux, réalité et perspectives*, in *Travaux du Comité français e droit international privé*, 1980, p. 232-234.

cui Jennings e Sacerdoti, hanno sostenuto la diretta rilevanza del diritto internazionale per questo tipo particolare di *State contracts*⁶⁶.

Anche nella lunga giurisprudenza arbitrale che si è sviluppata parallelamente al dibattito dottrinale, però, si sono seguite posizioni diverse poiché ogni tribunale arbitrale ha determinato il diritto applicabile al caso concreto nella misura in cui le parti non l'avevano esplicitamente stabilito. Nei primi casi, è stata registrata una tendenza ad avvalersi di principi generali di diritto; infatti nel caso *Orinoco* del 1902 ci si è appellati ai principi di diritto internazionale, equità e coscienza⁶⁷; nel caso *Abu Dhabi* del 1952 ai principi radicati «in the good sense and common practice of the generality of civilized nations»⁶⁸; e nel caso *Ruler of Qatar* ai principi di «justice, equity and good conscience»⁶⁹. Poi, con l'avvento della decolonizzazione, nei casi *Aramco*, *Sapphire*, *Texaco*, *Liamco*, e *Aminoil*, i tribunali arbitrali hanno introdotto l'idea che queste concessioni fossero qualificabili come *internationalised contracts*, e come tali seguissero una disciplina a sé, disancorata dal diritto interno dello Stato nazionale delle risorse⁷⁰. È interessante notare che nell'arrivare a questa conclusione, tuttavia, i tribunali arbitrali si sono avvalsi della propria competenza a determinare il diritto applicabile tenendo conto, come si vede nel caso *Aminoil*, della qualità delle parti, del carattere transnazionale del rapporto contrattuale e delle pratiche prevalenti nel mondo moderno⁷¹. Solo nel caso *BP* si è ricorso all'interpretazione dei principi comuni sia al diritto interno che al diritto internazionale, e, a fini integrativi, ai principi generali del diritto.

Questa prassi arbitrale, strettamente collegata alla dottrina occidentale vista la composizione dei vari tribunali coinvolti in composizione monocratica e collegiale, ha portato all'applicazione di una categoria denominata da Jessup «diritto transnazionale»⁷². La tesi non ha trovato però

⁶⁶ R.Y. JENNINGS, *State Contracts in International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1961, p. 175-179; G. SACERDOTI, *I contratti fra Stati e stranieri nel diritto internazionale*, Milano, 1972, p. 240-278.

⁶⁷ Arbitrato *ad hoc*, opinione dell'arbitro Plumley del 31 luglio 1905, *Company General of the Orinoco v. Venezuela*, Ralston's Report, French-Venezuelan Mixed Claims Commission, 1902, p. 360-367.

⁶⁸ *Petroleum Development Ltd. v. The Sheikh of Abu Dhabi*, in *International Law Review*, 1951, p. 144.

⁶⁹ *Ruler of Qatar v. International Marine Oil Co.*, in *International Law Review*, 1953, p. 534.

⁷⁰ A. VON WALTER, *Arbitration on Oil Concession Disputes*, cit., par. 30.

⁷¹ Arbitrato *ad hoc*, *Aminoil v. Kuwait*, cit., p. 97, par. 8.

⁷² P. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, 1956.

sostegno nella dottrina terzomondista, che l'ha considerata un *escamotage* giuridico per limitare la sovranità dei nuovi Paesi indipendenti, argomentando l'assenza di questo diritto nelle tre macrocategorie di diritto applicabile individuate nel caso *Serbian Loans*⁷³.

Ad oggi, dunque, non vi è ancora un'opinione unanime sulla legge applicabile, e questo per due chiare ragioni. Innanzitutto, su questo punto ogni accordo di concessione va considerato a sé stante, e poi, ormai la prassi si è spostata verso il riconoscimento di queste concessioni come *asset* rientranti nella definizione di investimento spostando la discussione nel settore del diritto internazionale degli investimenti⁷⁴.

Dunque, dopo aver presentato le novità delle posizioni delle parti nell'arbitrato *Sulu* sulla qualificazione giuridica della concessione per lo sfruttamento delle risorse naturali nel caso di specie, è rilevante sottolineare che due aspetti che potrebbero essere dirimenti per concludere a favore di una o di un'altra tesi sono oggetto di diverse posizioni ad opera, rispettivamente, della dottrina occidentale e degli autori terzomondisti. A prescindere dalla posizione che si decida di sostenere, però, è opinione dell'autore che una valutazione sulla soggettività internazionale delle parti e sul diritto applicabile all'accordo attraverso una lettura storico-giuridica dello stesso possa portare ad una riflessione più completa.

4. Le ripercussioni della qualificazione giuridica nella risoluzione delle controversie: foro competente, immunità giurisdizionale e *petitum*

La discussione sulla qualificazione giuridica delle concessioni per lo sfruttamento delle risorse naturali ha un impatto anche nella risoluzione delle controversie insorte sulla base delle suddette concessioni. Nata una controversia, difatti, la natura formale dell'accordo rileva in relazione a tre aspetti, tutti tra l'altro affrontati nel caso *Sulu*: il foro competente a risolvere una controversia vertente sull'accordo; l'arbitrabilità della lite rispet-

⁷³ A. ANGHIE, *Rethinking International Law: A TWAIL perspective*, in *European Journal of International Law*, 2023, p. 7.

⁷⁴ Dolzer e Schreuer ritengono che le concessioni costituiscono oggetto di *property rights* da tutelare nel diritto internazionale degli investimenti, mentre Alvik stressa l'elemento determinante dell'esercizio della potestà regolamentare per distinguere questi accordi dai più ordinari contratti. Vedi R. DOLZER, U. KRIEBAUM, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, III ed., Oxford, 2022, p. 122; I. ALVIK, *Concession in International Law*, in *Nordic Journal of International Law*, 2022, p. 571.

to ad eventuali *acta iure imperii* e l'allora eccezionale immunità giurisdizionale in sede esecutiva; e il *petitum* della controversia. Infatti, le diverse prospettive, occidentale e terzomondista, influenzano la valutazione di questi tre elementi.

Nel caso *Sulu*, ad esempio, la Malesia aveva contestato la competenza del tribunale arbitrale adito dagli eredi del Sultanato eccependo la non arbitrabilità dell'oggetto della procedura arbitrale e sostenendo invece la sussistenza della giurisdizione delle corti interne. Riprendendo la tesi che la *deed of cession* avesse ad oggetto la cessione di sovranità su un territorio divenuto proprio, la Malesia non considerava la controversia sottoponibile a tribunali diversi da quelli locali, di fronte ai quali, tra l'altro, erano stati già portati due casi fondati sul documento del 1878⁷⁵. A riguardo, sosteneva che in assenza di una clausola compromissoria esplicita, solo i tribunali nazionali potessero essere i successori dell'organo giurisdizionale coloniale al termine del processo di decolonizzazione. Nel caso *Sulu*, l'individuazione della giurisdizione competente è probabilmente l'elemento su cui più discusso e commentato, poiché l'arbitro unico spagnolo ha interpretato il testo della concessione nel senso di ritenersi competente, sebbene il testo non facesse menzione né di una procedura arbitrale né di un tribunale competente, ma, al contrario, prevedesse che eventuali divergenze avrebbero dovuto essere deferite al console generale britannico per il Borneo.

Come avvenuto nel caso *Sulu*, infatti, è possibile che le figure preposte nell'accordo di concessione risalente all'epoca coloniale non siano più esistenti, e dunque sorga la necessità di chiarire di fronte a quale foro presentare eventuali controversie. I giuristi dei Paesi che ospitano le risorse in questione generalmente preferirebbero adottare il criterio del collegamento territoriale, e affermare la giurisdizione delle corti interne, dove potrebbero vedere applicato il diritto nazionale e dove potrebbero aspettarsi un sindacato più favorevole rispetto alle misure adottate da altri organi dello Stato. I giuristi occidentali *investor-friendly* invece preferirebbero normalmente adire un foro esterno per garantire una decisione terza ed imparziale rispetto alle parti, spesso avvalendosi della natura terza dei

⁷⁵ I casi *Macaskie* (1939) e *Dayang Dayang* (1939) avevano ad oggetto il riconoscimento degli eredi indiretti del Sultano che avrebbero dovuto essere titolari del pagamento previsto nella *deed of cession*. V. T. CHIN ONG, J.D. TSE WEN, *Behind the scenes of controversial International Commercial Arbitration: Case Study of Heirs to the Sultanate of Sulu v. Malaysia*, in *Indonesian Journal of International Law*, 2023, p. 387-388.

soggetti menzionati nelle clausole compromissorie delle concessioni coloniali.

Concretamente, in assenza di una espressa scelta delle parti, oggi sembrerebbe porsi la scelta tra il foro domestico e il procedimento arbitrale. Assicurata la valenza del criterio di collegamento tra il territorio delle risorse e le corti domestiche, bisognerebbe domandarsi se un tribunale arbitrale possa essere competente se non addirittura preferito rispetto a questa ipotesi. Siccome l'arbitrato commerciale internazionale necessita del consenso di entrambe le parti, un tribunale arbitrale adito dovrebbe considerare la questione della successione tra Stati anche con riferimento all'accettazione di una clausola compromissoria, vista la conclusione dell'accordo in epoca coloniale.

Su questo punto, potrebbe sorgere una divergenza sensibile tra la posizione dello Stato concedente, del privato concessionario e dell'arbitro. Il primo potrebbe sostenere di non aver manifestato il consenso all'arbitrato in ragione della rivendicazione della propria sovranità permanente sulle risorse naturali acquisita in seguito alla decolonizzazione. Il secondo potrebbe affermare la presenza del consenso argomentando la continua validità della concessione, risultante comunque da un incontro di volontà delle parti. L'arbitro infine potrebbe esprimere un'opinione *in favorem validatis* della clausola compromissoria sulla base della *lex loci arbitri*, prescindendo dalla valutazione sull'esercizio delle funzioni sovrane. Ancora una volta si presenterebbe l'antinomia tra posizioni giuridiche i cui elementi sottostanti sono il legittimo affidamento della parte concessionaria e la piena sovranità di uno Stato ex-colonia. Rispetto a questo tema, nel caso *Sulu*, la *High Court* malese ha disposto un'*anti-arbitration injunction*, contestando l'assenza di una valida clausola arbitrale nella *deed of cession*. Per quanto una prospettiva terzomondista possa supportare questa strategia processuale, questa rimane comunque contestabile dalla dottrina classica visto il suo contrasto con principi cardine dell'arbitrato commerciale internazionale, tra cui quello della non ingerenza delle corti interne e quello della *Kompetenz-Kompetenz*.⁷⁶

Considerata la discussione sulla possibilità di adire un tribunale arbitrale in assenza di un'esplicita clausola compromissoria, la qualificazione giuridica della concessione come proposta nell'arbitrato *Sulu* potrebbe in-

⁷⁶ H. DOSHI, S. UDGATA, *Anti-arbitration injunction by Malaysian High Court—un(measured) invocation of sovereign immunity*, in *Arbitration International*, 2020, p. 415-418.

fluenzare la possibilità per lo Stato concedente di invocare la propria immunità per contestare l'arbitrabilità della lite o l'esecuzione del lodo. Precisamente, se riconosciuti come tali, eventuali *acta iure imperii* collegati alla concessione potrebbero minare l'arbitrabilità della controversia. Qualora venisse prodotto un lodo, poi, lo Stato convenuto potrebbe comunque opporre la propria immunità giurisdizionale di fronte ai tribunali dello Stato in cui si chiede l'*exequatur*, argomentando la natura sovrana delle funzioni collegate agli atti esaminati o al *petitum*. La valutazione degli atti oggetto di scrutinio richiederebbe quindi il ricorso al cosiddetto *commerciality test*, cioè una valutazione dell'esistenza di un'attività correlata ad affari e commercio, derivante da una transazione volontaria regolata dal diritto privato. Alla luce del risultato di questa valutazione, ci sarebbe la possibilità di riconoscere una *commercial exception* all'immunità giurisdizionale di uno Stato sulla base della natura *iure privatorum* degli atti considerati. In linea con un'interpretazione ristretta dell'immunità, quindi, la qualificazione giuridica della concessione come accordo commerciale sarebbe dirimente per l'esito di questo *test*.

Nel caso *Sulu*, ad esempio, l'arbitro ha confermato attraverso il *commerciality test* la natura commerciale dell'oggetto dell'accordo, e di conseguenza ha negato l'invocabilità dell'immunità da parte della Malesia, confermando l'arbitrabilità della controversia. Sul tema, un precedente interessante è costituito proprio dal caso *Texaco*, poiché l'arbitrabilità della concessione fu discussa dal tribunale in sede di cognizione. Il tribunale arbitrale monocratico distinse la natura pubblicistica della sovranità permanente sulle risorse dalla natura privatistica del contenuto della controversia, la nazionalizzazione, e respinse la tesi favorevole all'immunità dello Stato conseguente al riconoscimento dell'azione statale come «act of gouvernement»⁷⁷. La questione avrebbe potuto complicarsi con l'esame del lodo da parte di un tribunale nazionale di un altro Stato ai fini dell'*exequatur*, ipotesi in cui si sarebbe potuta considerare la dottrina domestica dell'*act of State* dello Stato considerato per dare un'interpretazione diversa⁷⁸. Però, un simile ragionamento sarebbe con-

⁷⁷ Arbitrato *ad hoc*, *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, cit., p. 14.

⁷⁸ Sul tema vedere la differente interpretazione nei sistemi inglese e americano: F. QUADROS, J.H.F. STONE, *Act of State Doctrine*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2021, parr. 6-10.

dizionato nonché vincolato dal diritto applicabile del tribunale interpellato; dunque, non si può approfondire qui senza ulteriori dettagli.

Infine, come dimostrato nel caso *Sulu*, la qualificazione giuridica della concessione potrebbe influire sul *petitum* della controversia tra concedente e concessionario, e questo perché le richieste avanzate dal ricorrente potrebbero variare in relazione al tipo di accordo. Certo è che questo punto rileva particolarmente per le posizioni adottate nel caso *Sulu*, ma sarebbe difficilmente sistematizzabile nella più ampia discussione sulla qualificazione giuridica degli accordi di concessione. Difatti, solo qualora si aderisse alla tesi della Malesia, cioè che la concessione costituisca in realtà un trattato di cessione territoriale, la richiesta più coerente per il concessionario sarebbe la *restitutio in integrum* del territorio stesso. Al contrario, sostenendo la tesi per cui questi accordi costituiscano dei contratti commerciali, la controversia potrebbe concentrarsi sulla risoluzione del contratto e la conseguente richiesta risarcitoria del concessionario leso. Chiaramente, sarebbe oggi inverosimile che le parti prima e un tribunale poi affrontino la tematica della restituzione di un determinato territorio sottoposto alla sovranità di uno Stato nato durante il processo di decolonizzazione. Ciò svaluterebbe l'importanza attribuita dalla comunità internazionale all'integrità territoriale dei nuovi Stati indipendenti e allo stesso processo di decolonizzazione. Non a caso, già la giurisprudenza arbitrale del secolo scorso nei casi *BP, Texaco e Liamco c. Libia* ha ritenuto assolutamente impossibile una restituzione in questo senso⁷⁹.

Dunque, qualsiasi qualificazione si voglia attribuire, in caso di controversia per la parte concessionaria l'unica via percorribile sarebbe quella di chiedere la risoluzione del contratto e un risarcimento per un ammontare equivalente al valore della restituzione, come sostenuto nel caso *Factory of Chorzow* e codificato all'articolo 36 del progetto di articoli sulla responsabilità degli stati per atti internazionalmente illeciti⁸⁰. Sul punto, la controversia si sposterebbe sull'ammontare del valore considerato 'giusto', cioè quell'equo valore di mercato che rimetterebbe la parte lesa nella stessa posizione in cui si sarebbe trovata se non fosse sopravvenuto

⁷⁹ Arbitrato *ad hoc*, *BP Exploration Company (Libya) Limited v. Government of the Libyan Arab Republic*, cit., p. 297-357; arbitrato *ad hoc*, *Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic*, cit., p. 1-37, arbitrato *ad hoc*, *Libyan American Oil Company (Liamco) v. The Government of the Libyan Arab Republic*, cit., p. 1-87.

⁸⁰ CPGI, decisione del 13 settembre 1928, *Factory at Chorzow (Germany v. Poland)*, p. 17.

l'illecito. La problematicità sorgerebbe perché bisognerebbe riflettere in un'unica somma lo sfruttamento commerciale indefinito delle risorse presenti sul territorio la cui concessione viene risolta, comprendendo quindi il valore generato in passato e quello stimato per il futuro prevedibile.

Già oggetto di discussioni nel caso *Lena Goldfield* perché interpretato diversamente dal Regno Unito e dall'Unione Sovietica⁸¹, la *just compensation* diventa un tema problematico particolarmente nel caso di Paesi del Sud globale. Per quei paesi che hanno vissuto un passato coloniale, poi, lo sfruttamento delle risorse naturali potrebbe avere un grande impatto sul prodotto interno lordo nazionale. Nel caso *Sulu*, ad esempio, il risarcimento indicato dall'arbitro unico consisterebbe nella partecipazione al 15% degli utili conseguiti nello sfruttamento delle risorse fino al 2044, che raggiungerebbe un ammontare stimato del 4% del PIL annuale della Malesia. Qui, l'interesse economico-finanziario dell'accordo sembrerebbe essere stato considerato in modo fin troppo preponderante rispetto all'interesse allo sviluppo di uno Stato del Sud globale, le cui prospettive di crescita sono strettamente legate allo sfruttamento delle proprie risorse. Anche su questo punto, è opinione dell'autore che una lettura strettamente giuridica potrebbe penalizzare gli interessi non giuridici in gioco.

Pertanto, è possibile affermare che sui primi due elementi, foro competente e rilevanza dell'immunità giurisdizionale, la qualificazione giuridica della concessione potrebbe avere un impatto non indifferente. Anzi, proprio le posizioni divergenti della dottrina classica e terzomondista sembrano portare a due risultati opposti, a tutela di interessi contrapposti. Solo nel caso del *petitum* non sembra esistere discordanza; ciononostante, nella valutazione dell'equo *quantum* da riconoscere al concessionario per la risoluzione di una concessione per lo sfruttamento delle risorse nel Sud globale, il decisore è indubbiamente *biased* nel considerare alcuni interessi preponderanti sulla base della dottrina a cui si ispira.

5. Conclusione

In conclusione, si può sostenere che la qualificazione giuridica delle concessioni 'internazionali' sullo sfruttamento delle risorse naturali rimane ancora oggi un tema divisivo tra dottrina occidentale e dottrina terzomondista, sia che si guardi a casi passati che a casi più recenti come il caso

⁸¹ V.V. VEEDER, *The Lena Goldfields Arbitration*, cit., p. 747-792.

Sulu. A fondamento di questa contrapposizione, vi è la diversa valutazione degli interessi in gioco letti attraverso una lente puramente giuridica: la protezione dell'interesse commerciale del concessionario e l'esercizio della sovranità del concedente. Ancora, come sosteneva Rosenberg negli anni '70, le questioni dell'interpretazione di questi accordi e della loro internazionalizzazione sono oggetto di confronto e di scontro nelle relazioni commerciali tra Nord e Sud globale. In questo senso, una lettura storico-giuridica dell'accordo di concessione potrebbe permetterne almeno una comprensione più ampia, seppur non riesca a sciogliere questa discussione ormai centenaria. Sicuramente, il caso *Sulu* ha riportato l'attenzione su una questione giuridica discussa in passato.

È tuttavia difficile mettere a sistema quanto analizzato nel contributo con la discussione sulla qualificazione giuridica delle concessioni a causa delle circostanze atipiche del caso. Ciononostante, le riflessioni sviluppate partendo dalle posizioni espresse dalle parti nel caso *Sulu* permettono di confermare che la qualificazione delle moderne concessioni per lo sfruttamento delle risorse naturali può costituire ancora un ostacolo per l'esercizio della sovranità da parte degli Stati del Sud globale. In questo senso, se la dottrina è unanime nel riconoscere un certo valore all'estensione del potere di imperio di uno Stato nel cielo e nel sottosuolo corrispondenti al proprio territorio, una sua estensione alle risorse naturali sembra essere ancora priva di un riferimento per affermare la propria sovranità economica oltre l'indipendenza politica ottenuta con la decolonizzazione.

Diritto internazionale delle telecomunicazioni (spaziali) e *Global South*

GABRIELE REDIGONDA*

SOMMARIO: 1. Spettro elettromagnetico come risorsa naturale limitata e condivisa. – 2. Principi di sovranità sulle risorse naturali ed utilizzo equo. – 3. Diritto internazionale delle telecomunicazioni e *National Spectrum Management*. – 4. Uso efficiente ed accesso equo: tensione (e scontro) tra principi. – 5. Il contributo dei Paesi del *Global South* all'evoluzione del diritto delle telecomunicazioni. – 6. Considerazioni conclusive in tema di uso sostenibile dello spettro.

ABSTRACT: Lo spettro elettromagnetico è qualificabile come risorsa naturale *limitata e scarsa*. La disponibilità di una sua porzione (banda) libera da interferenze è condizione necessaria per le telecomunicazioni odierne. In applicazione del principio di sovranità, ciascuno Stato gestisce l'assegnazione delle bande agli operatori che offrono servizi sul proprio territorio. Le proprietà di propagazione dei segnali e gli interessi di tali operatori trascendono però i confini territoriali, cosicché un coordinamento internazionale risulta necessario. Nell'ambito dell'International Telecommunication Union (ITU), i 193 Stati membri procedono alla periodica (ri)negoziazione del trattato Radio Regulations. In particolare, in sede di ITU avviene l'attribuzione di specifici servizi di telecomunicazione che utilizzino tecnologie orbitanti a certe bande, secondo i principi di uso efficiente dello spettro ed accesso equo allo stesso. Ne origina una crescente tensione tra questi principi, tra forti interessi economici di operatori privati del *Global North* e pretese di Stati del *Global South* che necessitano di riservare l'uso di certe bande a beneficio di soggetti nazionali e comunità rurali, e la necessità di un loro conseguente bilanciamento. In considerazione di questi interessi, i futuri lavori in sede di ITU promettono di introdurre significative modifiche alla disciplina corrente, in particolare estendendo l'ambito di applicazione del principio di accesso equo al caso delle orbite non geostazionarie, di enorme interesse economico e politico, garantendo la sostenibilità di lungo termine di queste risorse. La qualità

* Dottorando di diritto internazionale e diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Firenze, gabriele.redigonda@unifi.it.

delle soluzioni giuridiche adottate in risposta a questa esigenza manifestata da alcuni Stati del *Global South* segnerà l'evoluzione del diritto internazionale delle telecomunicazioni nei prossimi anni.

PAROLE CHIAVE: spettro elettromagnetico – *Global South* – ITU – telecomunicazioni spaziali – accesso equo – uso efficiente.

1. Spettro elettromagnetico come risorsa naturale limitata e condivisa

L'utilizzo di sistemi di telecomunicazione è oggi alla base della gran parte delle attività di soggetti pubblici e privati, nonché più in generale dello svolgimento della vita sociale; lo scambio di informazioni attraverso la pluralità dei mezzi di comunicazione disponibili è anche condizione necessaria per il pieno godimento dei diritti all'istruzione, al lavoro e alla salute, tra gli altri, e per l'esercizio di libertà fondamentali quali quelle di movimento, di informazione e di espressione. Su tale presupposto si incardina uno sbilanciamento tra attori, anche statali, 'iperconnessi' e soggetti fortemente limitati nella loro capacità di utilizzo delle tecnologie di comunicazione disponibili.

Al fine di offrire una panoramica sul contributo del diritto internazionale in questo contesto, è quindi utile prendere le mosse dalla descrizione del funzionamento dei sistemi di telecomunicazione e delle condizioni necessarie al loro utilizzo. Tecnicamente, tali sistemi permettono uno scambio di dati tra due o più estremi di una rete (nel linguaggio tecnico, terminali) attraverso uno spazio che si frappone tra essi. La dinamica fisica che vi è sottesa somiglia, pur con le dovute differenze, alla comunicazione sonora, in questo caso mediata dall'aria che si frappone tra emittente e ricevente del messaggio, rendendo possibile lo scambio di quest'ultimo. Come nel caso della comunicazione sonora, anche la telecomunicazione avviene a frequenze differenti¹, in questo caso potendosi effettuare anche in assenza di aria, e quindi, come si vedrà, anche nello spazio. L'insieme delle frequenze utilizzabili per le odierne telecomunicazioni costituisce lo spet-

¹ Si pensi, come utile paragone, a note più acute o più gravi nel parlato. Altra comune esperienza, questa volta proprio nell'ambito delle telecomunicazioni, è rappresentata dalla selezione delle diverse frequenze di trasmissione delle comunicazioni radio, ciascuna corrispondente ad un diverso canale utilizzato da differenti stazioni.

tro disponibile. Nonostante l'estensione fisica delle frequenze sia teoricamente illimitata, lo spettro realmente utilizzabile per le telecomunicazioni è principalmente limitato dalla disponibilità di opportuni terminali (antenne) che permettano la trasmissione a certe frequenze. Per il caso delle telecomunicazioni spaziali, poi, la porzione di spettro utilizzabile è ulteriormente ridotta dalle peculiari proprietà di assorbimento di onde elettromagnetiche dell'atmosfera terrestre, che permettono la comunicazione tra terminali satellitari ed a terra solo in certe *bande*², tipicamente nella parte delle frequenze radio³. Da ultimo, si osserva che, se due trasmissioni di dati avvengono contemporaneamente utilizzando una stessa o vicina banda di frequenza da punti vicini nello spazio, si genera interferenza tra le comunicazioni, così che il messaggio inviato risulta incomprensibile al ricevente, di fatto determinando il fallimento della comunicazione.

Le caratteristiche fisiche dello spettro elettromagnetico e le brevi considerazioni tecniche formulate pongono le basi per la qualificazione giuridica dello spettro come risorsa naturale limitata. Infatti, nonostante esso non figuri nella lista 'classica' delle risorse naturali a fianco, ad esempio, di gas, minerali, risorse biologiche – specialmente nella più frequente narrativa di diritto internazionale dell'ambiente e del commercio⁴ – numerosi elementi di carattere normativo contribuiscono a giustificare una tale qualificazione. In particolare, il trattato istitutivo («Costituzione») della International Telecommunication Union (ITU), organizzazione internazionale che conta ad oggi 193 Stati membri ed agenzia specializzata delle Nazioni Unite con funzioni di attribuzione (ed allocazione) delle bande spettrali a specifiche categorie di servizi⁵, di cui si dirà meglio nel seguito, qualifica esplicitamente all'articolo 44 lo spettro elettromagnetico (e le

² La nozione di banda è qui utilizzata come nozione tecnica corrispondente ad una porzione di spettro (un certo numero di frequenze attigue) utilizzata per una specifica attività di telecomunicazione.

³ L'insieme delle frequenze radio può essere indicativamente compresa tra 3 Hz e 300 GHz, con la precisazione che non tutte le bande comprese tra tali estremi sono utilizzabili per telecomunicazioni satellitari, per le ragioni espresse sopra, relative al fenomeno dell'assorbimento atmosferico.

⁴ V. ad esempio K. KULOVESI, *International trade: Natural resources and the World Trade Organisation*, in E. MORGERA, K. KULOVESI (eds.), *Research Handbook on International Law and Natural Resources*, Cheltenham, 2016, p. 46.

⁵ Con funzione simile, pur con le dovute differenze non approfondite oltre nel presente lavoro, a quella svolta dall'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) nel coordinamento dell'assegnazione dei nomi di dominio (DNS) ed indirizzi IP ai terminali della rete internet.

orbite terrestri) come risorse naturali limitate («limited natural resources»)⁶. A livello di ordinamenti nazionali, può essere utile ad esempio riferirsi alla pronuncia della Corte suprema dell'India, che qualifica anch'essa lo spettro come risorsa naturale «finite»⁷, ed in particolare scarsa⁸. Quest'ultimo attributo risulta di particolare interesse al fine della disciplina conseguentemente applicabile, di cui si dirà nel seguito. La 'scarsità' della risorsa è conseguenza del grande numero di soggetti interessati a farne uso, nel caso dello spettro rappresentati da operatori di telecomunicazioni di livello nazionale, regionale ed internazionale, chiamati tra l'altro a rispondere ad una crescente richiesta di canali di comunicazione e capacità di trasmissione di dati⁹. Elemento di carattere generale che completa tale quadro è invece rappresentato dalla significativa estensione della nozione di ambiente fino a ricomprendere anche la porzione atmosferica e quella extra-atmosferica, con importanti conseguenze in termini di principi di diritto ambientale applicabili¹⁰.

Possono poi essere elencate altre caratteristiche dello spettro elettromagnetico come risorsa naturale. In primo luogo, la distribuzione geografica dello spettro è uniforme - a differenza di risorse naturali 'classiche' quali i già richiamati minerali - seppure il caso di telecomunicazioni spaziali possa fare talvolta eccezione per la peculiare connessione tra orbite,

⁶ La nozione è ampiamente recepita in dottrina da più parti, con frequente riferimento al disposto dell'art. 44 ITU Constitution, tra cui già F. TALAIE, *Legal Issues concerning the Radio Frequency Spectrum and the Geostationary Satellite Orbit*, in *Australian International Law Journal*, 1998, p. 29, 34-35, 51-53; F. TRONCHETTI, *Legal aspects of space resource utilization*, in F. VON DER DUNK (ed.), *Handbook of Space Law*, Cheltenham, 2015, p. 798-802; e, con maggior attenzione ai profili economici, V. NOZDRIN, P. MAMCHENKOV, *Property commons for efficient spectrum use*, in *Telecommunication Systems*, 2022, p. 2.

⁷ Nozione di *finitezza* che, ai fini del presente studio e non senza sottili differenze di significato non restituite dalla traduzione italiana del termine «finite», può essere assimilata qui a quella di *limitatezza*. Ciò pur nella consapevolezza che potrebbero farsi alcune distinzioni per una più accurata trattazione del tema a partire dall'accezione di risorsa *finita* prevalentemente nel senso di *non rinnovabile*.

⁸ *Supreme Court of India*, sentenza del 2 febbraio 2012, (2012) 3 SCC 1, *Centre for Public Interest Litigation and others v. Union of India and others (2G spectrum case)*, come citata in N. SRIVASTAVA, *State, courts and energy resources in India: revisiting permanent sovereignty over natural resources*, in *Indian Journal of International Law*, 2021, p. 223.

⁹ Si pensi ad esempio alla sempre maggiore velocità di connessione richiesta ai fini di comunicazione video, anche ai fini dello svolgimento di attività lavorativa da remoto.

¹⁰ A tal proposito v., tra gli altri, F. LYALL, P.B. LARSEN, *Space Law: a Treatise*, Abingdon, 2018, p. 250, G. CATALANO SGROSSO, *Diritto internazionale dello spazio*, Vicchio, 2011, p. 130, e G. PAVESI, *Legal Consequences of Environmental Pollution in Outer Space*, in *A Fresh View on the Outer Space Treaty*, A. FROEHLIC (ed.), Cham, 2018, p. 28.

non distribuite equamente rispetto alla loro proiezione sulla superficie terrestre, e spettro. In secondo luogo, lo spettro è una risorsa intrinsecamente condivisa, come riconosciuto da ultimo da una recente risoluzione della *Radiocommunication Assembly* dell'ITU¹¹.

Infine, se da un lato l'analisi dell'evoluzione del diritto internazionale che disciplina l'utilizzo delle orbite e dello spettro, congiuntamente qualificate come risorse naturali nella Costituzione dell'ITU (art. 44), può procedere in parallelo, dall'altro è necessario evidenziare una differenza di partenza fondamentale. Infatti, l'Outer Space Treaty (OST) del 1967, afferma che lo spazio extra-atmosferico non risulta soggetto a sovranità statale¹², mentre il principio di sovranità sulle risorse naturali trova piena applicazione nel caso dello spettro elettromagnetico, così informando a sé l'intero sistema di norme di diritto internazionale delle telecomunicazioni.

2. Principi di sovranità sulle risorse naturali ed utilizzo equo

Un breve approfondimento delle norme in tema di gestione delle risorse naturali risulta dunque necessario. Punto di partenza è rappresentato dalla constatazione che tali norme non possano dirsi costituire un sistema autonomo, bensì risultano di trasversale applicazione rispetto a diversi settori, tra cui anche quello delle telecomunicazioni¹³. Una seconda premessa concerne invece la definizione stessa di risorsa naturale. Il dibattito dottrinale in materia pare svolgersi al confine tra diritto ambientale, con riferimenti anche ai principi posti dalla Dichiarazione di Stoccolma e successivi strumenti relativi, e diritto commerciale¹⁴. Seppur non si giunga, almeno al livello dell'ordinamento internazionale, ad una definizione uni-

¹¹ Radiocommunication Assembly, *Activities related to the sustainable use of radio-frequency spectrum and associated satellite-orbit resources used by space services*, Res. ITU-R 74 del 17 novembre 2023 (*considering d*), «the available radio-frequency spectrum and associated orbit resources are limited and must be shared among all nations»).

¹² Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies (Outer Space Treaty) del 1967, art. II («Outer space, including the Moon and other celestial bodies, is not subject to national appropriation by claim of sovereignty»).

¹³ Cfr. M. OEHL, *The Role of Sustainable Development in Natural Resources Law*, in M. BUNGENBERG, M. KRAJEWSKI, C. J. TAMS, J. P. TERHECHTE, A. R. ZIEGLER (eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, Cham, 2018, p. 6. Più ampiamente sul *corpus* di norme in tema di risorse naturali v. O. McINTYRE, *The Making of International Natural Resources Law*, in C. BROLMANN, Y. RADI (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Cheltenham, 2016, p. 442.

¹⁴ M. OEHL, *The Role of Sustainable Development in Natural Resources Law*, cit., p. 5-6.

voca, la ricerca di caratteristiche definitorie aiuta ad evidenziare un aspetto cruciale intrinsecamente legato alla nozione di risorsa, ossia il suo valore economico legato al soddisfacimento, per il suo tramite, di bisogni della comunità dei consociati. A sua volta, il valore di una risorsa è legato all'interesse nel farne uso da parte di un numero di soggetti elevato rispetto alla disponibilità della risorsa stessa; tale interesse è poi connesso alla nozione di scarsità precedentemente richiamata¹⁵.

Prima colonna portante della disciplina in materia è il già richiamato principio di sovranità permanente dello Stato sulle risorse naturali. Quest'ultimo ribadisce e deriva direttamente dal primario principio di sovranità territoriale, rappresentandone un corollario particolarmente caro ai Paesi del cosiddetto *Global South* ed inserendosi come caposaldo nel dibattito concernente l'istituzione di un «nuovo ordine economico internazionale» di matrice postcoloniale¹⁶. Storicamente¹⁷, tale principio si è affermato sin dal 1952 nell'ambito delle Nazioni Unite¹⁸, trovando pieno riconoscimento già nel 1962, con la risoluzione 1803 (XVII) dell'Assemblea generale¹⁹, e nel 1966, con la risoluzione 2158 (XXI)²⁰. Tappa fundamenta-

¹⁵ S. DALLEDONNE, G. REDIGONDA, T. GASPARD, S. DJOUNOV, *Space Spectrum Management. Foundations for an informed policy discussion towards WRC-23 and beyond*, Vienna, 2023, p. 6. Per una più ampia e precisa disquisizione sul rapporto tra scarsità di una risorsa e suo valore economico v. O. B. RØSTE, *Norway's Sovereign Wealth Fund. Sustainable Investment of Natural Resource Revenues*, Cham, 2021, p. 24. Come si sottolinea in O. MCINTYRE, *The Making of International Natural Resources Law*, cit., p. 442, tra l'altro, un crescente numero di risorse naturali risulta oggi scarso.

¹⁶ Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2023, p. 216. Ulteriori contributi in dottrina ricostruiscono l'origine del principio di sovranità permanente sulle risorse naturali direttamente dal principio di autodeterminazione dei popoli, con riferimento ad entrambe le sue componenti economica e politica (v. tra gli altri anche più recenti, J. BALORO, *Some international legal problems arising from the definition and application of the concept of "permanent sovereignty over wealth and natural resources" of states*, in *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 1987, p. 335).

¹⁷ Un'ampia ricostruzione storica dell'origine ed affermazione del principio di sovranità permanente dello Stato sulle risorse naturali è effettuata anche da N. SRIVASTAVA, *State, courts and energy resources in India*, cit., p. 211, E. DURUIGBO, *Permanent sovereignty and peoples' ownership of natural resources in international law*, in *George Washington International Law Review*, 2006, p. 38 ss., e Y. T. CHEKERA, V. O. NMEHILLE, *The International Law Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources as an Instrument for Development: The Case of Zimbabwean Diamonds*, in *African Journal of Legal Studies*, 2013, p. 73 ss.

¹⁸ Assemblea generale, *Right to exploit freely natural wealth and resources*, UN Doc. A/RES/626(VII) del 21 dicembre 1952.

¹⁹ Assemblea generale, *Permanent sovereignty over natural resources*, UN Doc. A/RES/1803(XVII) del 14 dicembre 1962.

le per una ulteriore affermazione del principio di sovranità permanente sulle risorse naturali è stata poi rappresentata, tra le altre, dalla sua enunciazione all'articolo 2(1) della Carta dei diritti e doveri economici degli Stati²¹. Due pronunce della Corte internazionale di giustizia (CIG) hanno poi contribuito alla discussione sulla natura del suddetto principio: se in primo luogo due importanti opinioni dissenzienti nel caso *East Timor* del 1995 avevano sostenuto che il principio fosse suscettibile di applicazione *erga omnes*²², la successiva pronuncia della Corte nel caso *Armed Activities on the Territory of the Congo*, del 2005, ne ha affermata la natura consuetudinaria²³. Quanto, infine, al contenuto normativo del principio, ed ai limiti che ne discendono direttamente²⁴, è necessario fare innanzitutto riferimento alla nozione di sovranità *permanente*, da cui discende che ogni limitazione della stessa debba intendersi come temporanea e revocabile in qualsiasi momento, così rafforzando notevolmente la portata del principio stesso²⁵. I suoi principali corollari sono poi da ritrovarsi nel diritto di ogni Stato di utilizzare e sfruttare le proprie risorse, così come quello di nazionalizzare le ricchezze sfruttate da imprese straniere che si trovino sul suo territorio²⁶. Titolari di un tale diritto sono sicuramente gli Stati²⁷, ma anche i popoli, come sostenuto da plurime parti in dottrina anche alla luce del testo della risoluzione dell'Assemblea delle Nazioni Unite del 1962, già richiamata²⁸. Ciò rileva, in particolare, quando vi sia una con-

²⁰ Assemblea generale, *Permanent sovereignty over natural resources*, UN Doc. A/RES/2158(XXI) del 25 novembre 1966.

²¹ Assemblea generale, *Charter of Economic Rights and Duties of States*, UN Doc. A/RES/3281(XXIX) del 12 dicembre 1974.

²² CIG, sentenza del 30 giugno 1995, *East Timor (Portugal v. Australia)*, *Dissenting Opinions* dei giudici Weeramantry e Skubiszewski.

²³ CIG, sentenza del 19 dicembre 2005, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, par. 244.

²⁴ Cfr. N. SRIVASTAVA, *State, courts and energy resources in India*, cit., p. 212-213 per approfondimento.

²⁵ Cfr. J. Y. QIN, *Reforming WTO Discipline on Export Duties: Sovereignty over Natural Resources, Economic Development and Environmental Protection*, in *Journal of World Trade*, 2012, p. 1165-1166.

²⁶ *Ivi*, p. 1163, N. SRIVASTAVA, *State, courts and energy resources in India*, cit., p. 213, e R. PEREIRA AND O. GOUGH, *Permanent Sovereignty over Natural Resources in the 21st Century: Natural Resource Governance and the Right to Self-Determination of Indigenous Peoples under International Law*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2013, p. 456.

²⁷ UN Doc. A/RES/3281(XXIX), cit., art. 2.

²⁸ UN Doc. A/RES/1803(XVII), cit., par. 1: «The right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the wellbeing of the people of the State concerned». V.

trapposizione tra governati e governanti²⁹, e trova applicazione, ad esempio, nei frequenti casi di popolazioni indigene i cui interessi contrastino con quelli sottesi alle attività imprenditoriali di sfruttamento delle risorse naturali in oggetto³⁰. Infine, anche le norme in materia di commercio internazionale – ambito di interesse per le osservazioni che si compiranno di seguito in tema di spettro elettromagnetico – risentono e contribuiscono all'applicazione del principio di sovranità sulle risorse naturali³¹; a tal riguardo sorgono in particolare domande relative alla qualificazione di tali risorse come beni o prodotti³². In conclusione, dallo studio del principio di sovranità permanente sulle risorse, dei suoi corollari e dei principali ambiti di applicazione degli stessi, emerge un possibile, se non intrinseco, obiettivo di fondo, che vede la sovranità delle risorse orientata – anche storicamente – allo sviluppo degli Stati, in particolare quelli appartenenti alla *Global South*³³, e delle comunità che vivono sul loro territorio³⁴.

Nel caso di risorse condivise, come per lo spettro elettromagnetico, può trovare poi applicazione l'ulteriore principio di utilizzo equo e ragionevole delle risorse naturali stesse. Questo risulta di origine piuttosto risalente, ricondotta in particolare al caso *River Oder*, del 1929, di fronte alla Corte permanente di giustizia internazionale (CPGI)³⁵. A seguito di successive pronunce della CIG, quali nei casi *Gabčíkovo-Nagymaros Project*³⁶ e nel più recente *Pulp Mills*³⁷, il principio di utilizzo equo e ragionevole e i suoi corollari come gli obblighi di cooperazione, diligenza, notifica e con-

sul punto E. DURUIGBO, *Permanent sovereignty and peoples' ownership of natural resources in international law*, cit., p. 37.

²⁹ Per un inquadramento generale v. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 28.

³⁰ Cfr. R. PEREIRA AND O. GOUGH, *Permanent Sovereignty over Natural Resources in the 21st Century*, cit., p. 453.

³¹ K. KULOVESI, *International trade: Natural resources and the World Trade Organisation*, cit., p. 46.

³² A tal proposito cfr. V. HUGHES, G. MARCEAU, *WTO and trade in natural resources*, in *International Law and Freshwater*, L. BOISSON DE CHAZOURNES, C. LEB, M. TIGNINO (eds.), 2013, p. 267.

³³ Per un approfondimento sul rapporto tra Paesi del *Global North* e del *Global South* nella fase di origine (e sviluppo) del principio di sovranità permanente sulle risorse naturali v. N. SRIVASTAVA, *State, courts and energy resources in India*, cit., p. 212.

³⁴ Cfr. Y. T. CHEKERA, V. O. NMEHIELLE, *The International Law Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources as an Instrument for Development*, cit. p. 85.

³⁵ CPGI, ordinanza del 10 settembre 1929, *Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder (United Kingdom v Poland)*.

³⁶ CIG, sentenza del 25 settembre 1997, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, par. 78.

³⁷ CIG, sentenza del 20 aprile 2010, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, par. 81.

sultazione, nell'ambito della gestione delle risorse idriche condivise sono ritenuti di natura consuetudinaria³⁸. La sua applicazione anche oltre l'ambito suddetto³⁹, e perciò anche al caso dello spettro elettromagnetico, pur ancorandosi alla nozione di risorsa condivisa, è perciò possibile e sostenuta in dottrina⁴⁰.

3. Diritto internazionale delle telecomunicazioni e *National Spectrum Management*

I principi di sovranità e di equità, quando applicati allo specifico caso della gestione dello spettro elettromagnetico, determinano i caratteri principali ed alcuni elementi di dettaglio del sistema normativo di diritto internazionale delle telecomunicazioni e, analogamente, delle norme di diritto interno in materia, in cui ruolo risulta altrettanto determinante per i motivi esplicitati di seguito.

Innanzitutto, la natura di risorsa condivisa dello spettro elettromagnetico, in parallelo alla necessità di disciplinare opportunamente attività di (tele)comunicazione che avvengono sempre più oggi a livello globale, hanno richiesto ed ancora oggi giustificano un significativo sforzo di coordinamento e cooperazione internazionale, da leggersi anche come diretta applicazione dei già menzionati corollari del principio di utilizzo equo delle risorse naturali. Un coordinamento che a sua volta risulta utile soltanto se capace di evolvere rapidamente in parallelo al processo di innovazione tecnologica nel campo delle *information and communication technologies* (ICTs). La combinazione di queste esigenze è alla base del processo di negoziazione periodica (con cadenza triennale o quadriennale) delle norme internazionali aventi ad oggetto le telecomunicazioni che avviene in sede di International Telecommunication Union (ITU); processo di cui è stata riconosciuta l'unicità rispetto ai più comuni procedimenti di formazione di accordi internazionali, solitamente caratterizzati da una maggior staticità⁴¹. Infatti, dopo una opportuna e fondamentale fase di consultazione

³⁸ Cfr. V. BARRAL, *National sovereignty over natural resources: Environmental challenges and sustainable development*, in *Research Handbook on International Law and Natural Resources*, cit., p. 11.

³⁹ Il principio di utilizzo equo risulterebbe se non altro applicabile per analogia, data la natura consuetudinaria della norma.

⁴⁰ O. MCINTYRE, *The Making of International Natural Resources Law*, cit., p. 444.

⁴¹ Cfr. A. FALLE, E. WRIGHT, A. BOLEY, MICHAEL BYERS, *One million (paper) satellites*, in *Science*, 2023, p. 150 ss. A tal proposito è utile notare che un esempio simile, seppur non analogo,

degli operatori economici ed altri soggetti nazionali di interesse⁴², i 193 Stati membri delle ITU Constitution e Convention, del 1992⁴³, si incontrano regolarmente in occasione della quadriennale Plenipotentiary Conference, da ultimo nel 2022 a Bucarest, e della World Radiocommunication Conference (WRC), la più recente a fine 2023 a Dubai, in questo secondo caso con l'obiettivo specifico di apportare le necessarie modifiche ad un secondo accordo, Radio Regulations (RR)⁴⁴, con la conseguente continua evoluzione del diritto internazionale in materia. Più in dettaglio, l'ITU opera attraverso tre «Sectors» rispettivamente dedicati al coordinamento internazionale dell'uso delle bande spettrali e delle posizioni nell'orbita geostazionaria (Radiocommunication Sector, ITU-R), allo sviluppo di *standards* (Telecommunication Standardisation Sector, ITU-T) e alla riduzione del *digital divide* (Telecommunication Development Sector, ITU-D)⁴⁵. I lavori dell'ITU-R e del suo braccio operativo, il Radiocommunication Bureau (BR), consistono principalmente nell'attribuzione («allocation»), nell'ambito della già richiamata WRC, delle bande di spettro elettromagnetico a specifici servizi di telecomunicazione (servizi televisivi, militari, di telefonia mobile, ecc.), nonché nell'affermazione di regole generali per il loro utilizzo da parte di questi ultimi⁴⁶. In particolare, la versione più aggiornata dell'insieme delle suddette attribuzioni è codificata all'articolo 5 dei RR, sotto il nome di Table of Frequency Allocations (TFA)⁴⁷.

di periodico rinnovamento delle norme applicabili può essere ritrovato nell'ambito dell'International Maritime Organization (IMO).

⁴² S. DALLEDONNE et al., *Space Spectrum Management*, cit., p. 9.

⁴³ In realtà, l'esigenza di coordinamento e cooperazione internazionale nell'ambito delle telecomunicazioni risale addirittura alla International Telegraph Convention, firmata nel 1865 ed entrata in vigore l'anno successivo. Già al tempo gli Stati membri avevano istituito un processo di periodica revisione degli *International Service Regulations (Telegraph Regulations)* al fine di adattare le norme di diritto internazionale ai progressi tecnici negli strumenti di telecomunicazione disponibili. Per un più ampio approfondimento sul processo storico che dal 1865 ha portato all'entrata in vigore delle ITU Constitution e Convention (più focalizzata sul funzionamento dell'ITU rispetto alla prima) v. www.itu.int

⁴⁴ I RR sono formalmente parte di un più ampio accordo, *Administrative Regulations*, che comprende anche le *Telecommunication Regulations*, in aggiunta ai suddetti RR.

⁴⁵ S. DALLEDONNE et al., *Space Spectrum Management*, cit., p. 9 ss.

⁴⁶ Un tale processo è svolto dall'ITU relativamente a tre aree (*Region 1, Region 2 e Region 3*) in cui è suddivisa la superficie terrestre, benché finalizzato ad una più ampia armonizzazione possibile dell'attribuzione delle bande spettrali ai servizi di telecomunicazione, ossia anche su tutte e tre le aree.

⁴⁷ Per completezza, si noti che gli Stati parte dell'ITU possono derogare al contenuto della TFA solo attraverso l'apposizione di 'note a piè di pagina', quando possibile, alla TFA stessa, oppure tramite il meccanismo del *non-conforming use* (art. 4.4 RR), cioè alla condizione

Un riferimento agli scopi dell'ITU-D, riassumibili nel supporto alla trasformazione digitale con particolare riferimento ai Paesi in via di sviluppo⁴⁸, invece, permette di portare alla luce la rilevanza che ricopre oggi l'utilizzo dello spettro elettromagnetico al fine del raggiungimento di obiettivi di sviluppo, soprattutto per i Paesi appartenenti al *Global South*. A simili conclusioni sembra essere giunta, tra le altre, anche l'Internet Society, con particolare attenzione ai benefici di un maggiore accesso ai servizi di telecomunicazione da parte di comunità locali in Paesi in via di sviluppo⁴⁹. A livello di Nazioni Unite si era autorevolmente riconosciuto il valore delle tecnologie di telecomunicazione per il raggiungimento di obiettivi di sviluppo di Paesi del *Global South* già nell'Istanbul Programme of Action⁵⁰, oggi sostituito dall'analogo e più recente piano di Doha⁵¹. In parallelo, Paesi quali il Rwanda o il Senegal hanno recentemente pubblicato le proprie strategie in tema di digitalizzazione e connettività, dimostrando l'interesse anche politico ad una più ampia disponibilità di servizi di telecomunicazione⁵². Infine, l'utilizzo di tutte le tecnologie disponibili, sia di natura terrestre che satellitare, al fine di una più ampia connettività su scala globale, con particolare riferimento anche alle comunità rurali, è stato individuato dal Segretario generale delle Nazioni Unite come una priorità verso il raggiungimento dei *Sustainable Development Goals*⁵³.

Una postilla al regime internazionalistico descritto concerne il sistema di gestione dello spettro a livello europeo, che peraltro appare fortemente

che il comportamento difforme ciò non produca interferenza con altri sistemi di comunicazione e senza che si possa ottenere alcuna protezione dall'interferenza con le proprie comunicazioni effettuate ai sensi di tale meccanismo.

⁴⁸ V. a proposito quanto riportato nella pagina *web* ufficiale dell'ITU-D, disponibile in www.itu.int

⁴⁹ Internet Society, *Policy Brief: Spectrum Approaches for Community Networks*, Ginevra, 2017, come citato da S. HADZIC, *A Global South Perspective on Alternative Spectrum Policy*, in *Research ICT Africa*, 2019, p. 7.

⁵⁰ *Report of the 4th United Nations Conference on the Least Developed Countries, Istanbul, Turkey, 9-13 May 2011*, UN Doc. A/CONF.219/7 del 13 maggio 2011.

⁵¹ Fifth United Nations Conference on the Least Developed Countries (first part), *Doha Programme of Action for the Least Developed Countries for the Decade 2022-2031*, 17 marzo 2022.

⁵² V. rispettivamente Republic of Rwanda, Ministry of ICT and Innovation, *National Broadband Policy and Strategy*, ottobre 2022 e République du Sénégal, Ministère des postes et des télécommunications, *Stratégie Sénégal numérique 2016 - 2025*, ottobre 2016, seguita dal *Plan d'actions. Actualisation de la stratégie Sénégal numérique 2025 (SN2025)*, agosto 2022.

⁵³ Segretario generale delle Nazioni Unite, *Policy Brief 7. For All Humanity - the Future of Outer Space Governance*, maggio 2023.

informato alle norme ed ai processi di cooperazione istituiti a livello internazionale. In particolare, una posizione di carattere 'regionale' europea in sede di ITU è assunta dalla European Conference of Postal and Telecommunications Administrations (CEPT), che conta oggi ben 46 Stati membri⁵⁴. In parallelo, la Commissione europea, con il supporto di numerosi comitati e gruppi di esperti, tra cui in particolare il Radio Spectrum Policy Group (RSPG), svolge un forte ruolo di armonizzazione sia della strumentazione utilizzata per le telecomunicazioni nel suo territorio⁵⁵, che dell'utilizzo dello stesso spettro elettromagnetico⁵⁶. La posizione dell'Unione in sede di ITU, dove partecipa in qualità di *sector member, status* che non prevede diritti di voto ma con possibilità di contribuire agli studi periodici sui temi di interesse della WRC, è assunta con decisione del Consiglio a seguito di una proposta della Commissione⁵⁷.

In questo ambito, però, si deve riconoscere che dal principio di sovranità applicato allo spettro elettromagnetico deriva la primazia della gestione a livello nazionale di questa risorsa, pur se in ottemperanza agli obblighi di diritto internazionale e dell'Unione richiamati. A tal proposito, si definisce come *national spectrum management* quel sistema di «structures, procedures and regulations whereby an administration controls the use of the radio spectrum within its geographical boundaries»⁵⁸. Avviene dunque a livello nazionale l'assegnazione delle bande spettrali ad operatori pubblici e privati operanti sul territorio nazionale al fine di migliorare il raggiungimento di obiettivi di tipo sociale ed economico, dunque guardando anche alla più alta efficienza dello sfruttamento dello spettro stesso⁵⁹. Ad esempio, nello specifico caso italiano – da leggersi in un variegato complesso di prassi nazionali differenti già nel panorama europeo – la gestione dello spettro è affidata all'azione combinata del Ministero dello svi-

⁵⁴ Il lavoro della CEPT è supportato in particolare da un *Electronic Communications Committee* (ECC), a sua volta coadiuvato dal *Conference Preparatory Group* (CPG).

⁵⁵ Direttiva 2014/53/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, concernente l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alla messa a disposizione sul mercato di apparecchiature radio.

⁵⁶ Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche, e la precedente decisione 676/2002/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa ad un quadro normativo per la politica in materia di spettro radio nella Comunità europea.

⁵⁷ S. DALLEDONNE et al., *Space Spectrum Management*, cit., p. 37-38.

⁵⁸ ITU, World Bank, *Digital Regulation Platform. Spectrum management*, www.digitalregulation.org

⁵⁹ S. DALLEDONNE et al., *Space Spectrum Management*, cit., p. 35.

luppo economico (MISE) e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM)⁶⁰. In particolare, l'utilizzo delle bande spettrali sul territorio nazionale è disciplinato dal Piano nazionale di ripartizione delle frequenze (PNRF), adottato in conformità alle fonti di diritto internazionale in materia – di cui si dirà nel seguito – dal MISE, sentita l'AGCOM. Risulta competenza del MISE anche l'assegnazione stessa delle frequenze ai differenti operatori ed il rilascio dei rispettivi diritti d'uso⁶¹. L'adozione di piani di assegnazione in specifiche bande, con l'obiettivo di aumentare l'efficienza dello sfruttamento dello spettro regolandone anche il mercato e stabilendo le modalità tecniche di assegnazione delle bande, spetta invece all'AGCOM.

4. Uso efficiente ed accesso equo: tensione (e scontro) tra principi

Con riferimento al regime di diritto internazionale, pur scontando la grande tecnicità della disciplina, il sistema di norme previste dall'ITU Constitution, Convention e dai Radio Regulations può essere ricondotto alla tensione tra due (opposti) principi: l'accesso equo alla risorsa in oggetto, da un lato, e l'utilizzo efficiente della stessa, dall'altro. Tutto ciò tenendo conto del fatto che il sistema normativo sviluppato in sede di ITU non è da intendersi come *self-contained*, bensì come operante alla luce dei principi di diritto internazionale, anche dello spazio, alcuni dei quali già menzionati sopra⁶². La conflittualità tra i suddetti principi si manifesta in

⁶⁰ Per quanto concerne la normativa di riferimento in Italia v. dir. P.C.M. 27 gennaio 1994 recante "Principi sull'erogazione dei servizi pubblici"; l. 14 novembre 1995, n. 481 recante "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità"; l. 31 luglio 1997, n. 249 recante "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo"; d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 e s.m.i., recante "Codice delle comunicazioni elettroniche", come elencate in www.agcom.it

⁶¹ Ai fini di un miglior raccordo tra i termini utilizzati in lingua italiana e quelli propri della lingua inglese, utilizzati a livello internazionale, si specifica che il termine *assegnazione* è tradotto con quello di *assignment*, quello di *allocazione* traduce il termine *allotment* ed infine quello di *attribuzione* corrisponde al termine *allocation*. Inoltre, il 'rilascio dei diritti di uso' corrisponde al processo di *licensing*. Si giunge a tale conclusione grazie a quanto indicato nel d.m. 31 agosto 2022 recante "Piano nazionale di ripartizione delle frequenze tra 0 e 3000 GHz" del MISE (Glossario, Termini e definizioni, par. 2).

⁶² Ad una tale conclusione è giunto tra gli altri in dottrina S. MARCHISIO, *The ITU Regulatory System: A Self-Contained Regime or Part of International Law?*, in G. PENENT (ed), *Governing the Geostationary Orbit Orbital Slots and Spectrum Use in an Era of Interference*, Parigi, 2014, p. 74 ss.

particolare data la differente capacità di operatori economici dei Paesi del *Global North* rispetto agli omologhi con sede in Paesi del *Global South*. Una diversa condizione di partenza che genera un tentativo da parte dei primi di 'aggiudicarsi' la maggior porzione possibile di spettro per l'offerta dei propri servizi di telecomunicazione, così almeno teoricamente pregiudicando la possibilità per i secondi di procedere analogamente, anche in un prossimo futuro, al crescere delle loro capacità tecniche e disponibilità economiche. Dal punto di vista degli utilizzatori dei suddetti servizi, poi, anche le esigenze delle comunità rurali di Paesi in via di sviluppo risultano meritevoli di tutela ed allo stesso tempo squalificate dall'allocazione delle bande a servizi di telecomunicazione offerti dai maggiori operatori economici con sede in Paesi del *Global North*. La questione può essere analizzata restringendo il campo di indagine al caso delle telecomunicazioni spaziali, cioè quelle che fanno uso di terminali satellitari per trasferire informazioni⁶³, nella consapevolezza che tale restringimento permette da una parte di evidenziare con maggiore chiarezza la suddetta tensione tra principi, dall'altra costituisce un chiaro esempio di come i Paesi del *Global South* abbiano contribuito in passato, e contribuiscano tuttora, all'evoluzione delle norme di diritto internazionale in materia.

L'ITU ha iniziato ad occuparsi di comunicazioni spaziali già dal 1963, con il lancio del primo satellite per usi commerciali lanciato in orbita geostazionaria (GEO)⁶⁴. Fin dal 1973, e poi nelle conferenze del 1985 e del 1988 si riconobbe la suddetta tensione tra principi di uso efficiente (ed economico) dello spettro, ed accesso equo allo stesso, con l'obiettivo di una riconciliazione degli stessi nella disciplina di dettaglio della materia⁶⁵. Infine, nel 1999 i principi vengono affermati nel già richiamato articolo 44 dell'ITU Constitution, a fianco del riconoscimento della natura dello spet-

⁶³ Si pensi ad esempio a servizi di *broadcasting* televisivo, fruiti dall'utente attraverso specifiche antenne orientate verso il satellite che trasmette il segnale.

⁶⁴ Tecnicamente, con orbita GEO si intende quell'orbita terrestre tale per cui un satellite che vi venga posto orbita alla stessa velocità di rotazione della Terra, tale da 'guardare' sempre la stessa porzione di superficie terrestre. Data l'univoca relazione tra velocità orbitale ed altitudine dell'orbita, l'orbita GEO si trova ad una distanza di circa 35.800 km dalla superficie terrestre.

Solo a fini di completezza preme qui sottolineare come la meccanica orbitale preveda orbite sia di tipo circolare, che cioè mantengano la stessa altitudine, che non circolari, senza pretesa di addentrarsi in tali profili di carattere maggiormente tecnico, non strettamente rilevanti ai fini di questo lavoro.

⁶⁵ S. DALLEDONNE et al., *Space Spectrum Management*, cit., p. 48.

tro (e delle orbite terrestri) come risorse naturali limitate⁶⁶. Lo stesso articolo 44 afferma anche che, nel garantire un uso efficiente ed un accesso equo, gli Stati membri «shall bear in mind that radio frequencies and any associated orbits, including the geostationary-satellite orbit, are limited natural resources (...) taking into account the special needs of the developing countries and the geographical situation of particular countries».

La soluzione giuridica adottata a tal proposito in sede di ITU, di prevalente contenuto procedurale, risulta riassumibile come di seguito. Rispettando l'attribuzione delle bande alle specifiche categorie di servizi di telecomunicazione decisa in sede di WRC e definita nella TFA, gli Stati inviano all'ITU una richiesta di registrazione («filing») ogni qualvolta procedano con l'assegnazione di una banda spettrale ad un operatore che offra servizi sul proprio territorio, al fine di garantirne la registrazione nel Master International Frequency Register (Master Register), con conseguente riconoscimento di tale assegnazione a livello internazionale. Per l'applicazione dei precedenti principi di uso efficiente ed accesso equo, il sistema di *filing* si articola in due differenti procedure. La prima prevede l'identificazione di una porzione di spettro come «non-planned», per la quale si applica un meccanismo di *first-come-first-served*. Questo consiste nella registrazione dei primi operatori economici che facciano richiesta di utilizzo di una banda di spettro *non-planned*. Unici requisiti a tal fine sono rappresentati dalla dimostrazione di sufficienti capacità per offrire servizi di telecomunicazione entro i tempi indicati⁶⁷ e previo esaurimento di una procedura di coordinamento che dia sufficiente visibilità alla richiesta formulata, permettendo così ad altri operatori che utilizzino bande spettrali contigue, ad esempio, di formulare eventuali osservazioni⁶⁸. Ovviamente, sono gli Stati del *Global North*, per conto dei propri operatori economici, ad approfittare maggiormente della procedura in oggetto. Di contro, una diversa procedura di registrazione è adottata per le porzioni di

⁶⁶ V. anche una più dettagliata descrizione del processo di affermazione dei due principi all'interno dei trattati costitutivi dell'ITU in S. DALLEDONNE et al., *Space Spectrum Management*, cit., p. 29-30.

⁶⁷ Da tale registrazione decorrono i termini entro cui dare inizio alle operazioni del sistema satellitare così registrato (Bring into Use, BiU), variabili tra sette ed otto anni a seconda delle procedure di *filing* utilizzate. V. più in dettaglio in S. DALLEDONNE et al., *Space Spectrum Management*, cit., p. 11-12.

⁶⁸ Tali operatori in bande attigue rischiano infatti di subire interferenza nel caso in cui, ad esempio, il richiedente si proponga di superare certi limiti di intensità di trasmissione.

spettro elettromagnetico definite come «planned»⁶⁹. Quest'ultima prevede che siano riservate *a priori* ad alcuni Stati alcune bande tali da permettere una migliore fruizione delle porzioni di orbita geostazionaria cui hanno accesso tali Stati, in applicazione del principio di equo accesso⁷⁰. Se un tale meccanismo garantisce piena applicazione al principio di accesso equo allo spettro (ed all'orbita GEO), esso risulta tuttavia insufficiente per più motivi: da un lato il fatto che le porzioni *planned* dello spettro non siano ad oggi totalmente in uso, dovendo garantire accesso anche futuro a Paesi tuttora non in possesso delle necessarie capacità tecniche per la realizzazione e messa in orbita di oggetti spaziali, è contestato da operatori e Paesi del *Global North* che vedono ridursi lo spettro disponibile per lo svolgimento delle proprie attività, ed il crescere del costo dell'accesso allo stesso; dall'altro lato, a causa di un recente mutamento delle esigenze in termini di telecomunicazione su scala globale (da servizi di *broadcasting* televisivo, ad esempio, a contenuti *on demand* disponibili tramite rete Internet), l'accesso equo alla sola orbita GEO non risulta più sufficiente a garantire il futuro pieno sviluppo di Paesi del *Global South*. Infatti, settori come quello della salute, dell'istruzione o della finanza necessitano oggi di connettività veloce, non compatibile con i servizi offerti attraverso satelliti nella lontana orbita GEO. Orbite più 'vicine' come le Low Earth Orbits (LEO), rendono infatti possibile uno scambio di informazioni più rapido⁷¹. Nessuna norma procedurale tra quelle rilevanti per le telecomunicazioni spaziali garantisce ad oggi un accesso equo a tali orbite e, soprattutto, alle porzioni di spettro relative.

Un rapido sguardo al meccanismo di gestione nazionale dello spettro consente di osservare anche in questo contesto l'applicazione dei principi di uso efficiente ed accesso equo. Infatti, le procedure più comunemente utilizzate dagli Stati per l'assegnazione delle bande spettrali agli operatori operanti sul proprio territorio si differenziano in *administrative approa-*

⁶⁹ In particolare, tali porzioni di spettro sono individuate per i servizi satellitari nei piani di cui alle Appendici 30, 30A e 30B ai RR.

⁷⁰ Come si vedrà meglio nel seguito, l'applicazione dei suddetti principi anche nell'ambito di assegnazione di porzioni di orbita GEO agli Stati procede in parallelo all'evoluzione in materia di gestione dello spettro elettromagnetico, pur con le dovute differenze.

⁷¹ In gergo tecnico, l'utilizzo di satelliti posti in orbite LEO, da intendersi ad un'altitudine compresa tra i 400 e i 1.200 km rispetto alla superficie terrestre, permette di ridurre la latenza della comunicazione (ossia l'intervallo di tempo intercorrente tra emissione del segnale e ricezione dello stesso), dovuta al 'rimbalzo' del segnale sul terminale satellitare, prima di essere ricevuto dal ricevente.

ches, che si sostanziano nell'assegnazione di una banda all'operatore che meglio soddisfi i criteri stabiliti *ex ante*, con la possibilità di garantire così una certa valorizzazione del principio di accesso equo, e *market-based approaches*, che invece prevedono un'assegnazione all'operatore che risulti vincitore di un'asta indetta per una specifica banda, così valorizzando l'uso efficiente (e probabilmente massimamente remunerativo) della porzione di spettro in oggetto. Al meccanismo di assegnazione tramite aste si aggiunge la possibilità di disporre della porzione di spettro assegnata, in applicazione delle regole di diritto commerciale⁷².

5. Il contributo dei Paesi del *Global South* all'evoluzione del diritto delle telecomunicazioni

In questo contesto si nota ancora il contributo che i Paesi del *Global South* hanno dato e continuano a dare all'evoluzione del regime internazionalistico delle telecomunicazioni spaziali, nonché gli strumenti giuridici utilizzati in tal senso, i principi richiamati o affermati ed i meccanismi procedurali sfruttati. Ciò deve aggiungersi alla constatazione che l'intera disciplina in tema della gestione dello spettro pare intersecarsi in modo significativo con il complesso rapporto tra le diverse prospettive di Paesi del *Global North* e del *Global South*, a cominciare dai suoi principi ispiratori, quale quello già introdotto di sovranità permanente sulle risorse naturali.

In prospettiva storica, le prime critiche ad un sistema di gestione dello spettro fondato sul solo principio di *first-come-first-served* vennero mosse principalmente da Paesi in via di sviluppo durante la WARC⁷³ del 1971, anche alla luce dei principi ispiratori e delle disposizioni dei primi articoli dell'*Outer Space Treaty (OST)*⁷⁴, del 1967⁷⁵. Dopo l'inclusione dei principi di uso efficiente ed accesso equo all'interno della Convenzione nel 1973⁷⁶, già richiamata sopra, si ebbe il vero punto di rottura da parte di alcuni Stati del *Global South* rispetto al diritto dello spazio e delle telecomunica-

⁷² Si osserva sul punto come vi sia una certa difficoltà per il citato *market-based approach* di trovare applicazione nel caso delle telecomunicazioni spaziali. Ciò è dovuto al fatto che un operatore satellitare dovrebbe in questo caso vincere aste per una certa banda in tutti i Paesi dove intende offrire servizi attraverso il terminale in orbita.

⁷³ *World Administrative Radio Conference*, oggi sostituita dalla WRC, di cui si è detto *supra*.

⁷⁴ In particolare, il riferimento è ad artt. I e II OST.

⁷⁵ Tale trattato conta ad oggi 114 parti, come riportato in *Committee on the Peaceful Uses of Outer Space. Legal Subcommittee, Status of International Agreements relating to activities in outer space as at 1 January 2024*, UN Doc. A/AC.105/C.2/2024/CRP.3 del 15 aprile 2024.

⁷⁶ In particolare, il riferimento è all'art. 33 del testo dell'accordo del 1973.

zioni spaziali, rappresentato dalla Dichiarazione di Bogotá del 1976⁷⁷. In tale occasione Brasile, Colombia, Congo, Ecuador, Indonesia, Kenya, Uganda e Zaire, tutti collocati in una zona equatoriale, affermarono la loro sovranità sulla regione di orbita GEO sovrastante il proprio territorio, pur in chiaro contrasto con il disposto dell'articolo II dell'OST («Outer space, including the Moon and other celestial bodies, is not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means») e con l'analogia norma consuetudinaria già affermatasi in materia. Nonostante la successiva ricomposizione della crisi, questo fatto determinò una ridefinizione del processo di attribuzione delle porzioni di orbita GEO a livello di ITU già nel 1988, con la creazione di un meccanismo 'a due binari' analogo a quello già descritto sopra per regioni *non-planned* e *planned* di orbita GEO⁷⁸. I lavori sul tema a livello di ITU sono in particolare confluiti nelle risoluzioni 2, 80 ed 86 della WRC⁷⁹, da ultimo modificate nel 2003, la prima, e nel 2007, le seconde. Altre due risoluzioni della WRC, rispettivamente la 553 e 170, da ultimo modificate nel 2015 e nel 2019, si occupano della definizione di una procedura speciale per rendere più effettiva l'applicazione del principio di accesso equo a specifiche bande⁸⁰. La più recente WRC-23 ha visto un'ulteriore discussione in tema di accesso equo allo spettro ed all'orbita GEO⁸¹, come previsto dall'Agenda

⁷⁷ Cfr. M. CAPPELLA, *The Principle of Equitable Access in the Age of Mega-Constellations*, in A. FROELICH (ed), *Legal Aspects Around Satellite Constellations*, Vienna, 2019, p. 14.

⁷⁸ *Ivi*, p. 14-15.

⁷⁹ Rispettivamente in tema di *Equitable use, by all countries, with equal rights, of the geostationary-satellite and other satellite orbits and of frequency bands for space radiocommunication services* (World Radiocommunication Conference 2003, Res. 2), *Due diligence in applying the principles embodied in the [ITU] Constitution* (World Radiocommunication Conference 2007, Res. 80) – con particolare riferimento all'articolo 44 – , *Implementation of Resolution 86 (Rev. Marrakesh, 2002) of the Plenipotentiary Conference* [a sua volta in tema di *Advance publication, coordination, notification and recording procedures for frequency assignments pertaining to satellite networks*] (World Radiocommunication Conference 2007, Res. 86).

⁸⁰ Le due risoluzioni 553 e 170 riguardano in particolare (e rispettivamente) *Additional regulatory measures for the broadcasting-satellite networks in the frequency band and 21.4-22 GHz in Region 1 and 3 for the enhancement of equitable access to this frequency band* (World Radiocommunication Conference 2015, Res. 553), ed *Additional measures for satellite networks in the fixed-satellite service in frequency bands subject to Appendix 30B for the enhancement of equitable access to these frequency bands* (World Radiocommunication Conference 2019, Res. 170).

⁸¹ I riferimenti seguenti sono da intendersi a World Radiocommunication Conference 2019, *Agenda for the 2023 world radiocommunication conference*, Res. 811.

Item 7, alle lettere E⁸², al fine di facilitare nuovi Stati membri dell'ITU nell'ottenere un'attribuzione, F⁸³, per limitare la possibilità che alcuni Stati possano impedire l'accesso alle bande spettrali ad altri Paesi, e K⁸⁴, per permettere una più ampia applicazione della suddetta risoluzione 553 da parte degli enti competenti a livello nazionale. Ulteriori Agenda Items in tema di modifica e particolare protezione dei piani di allocazione di cui alle Appendici dei RR sono individuabili nelle lettere D, H ed I⁸⁵.

Oggi, però, i risultati in termini di applicazione del principio di accesso equo al caso delle telecomunicazioni satellitari con terminali in orbita GEO non risultano più sufficienti, dato il crescente interesse, già visto, nei sistemi di comunicazione che sfruttino terminali in orbite più basse, tipicamente LEO⁸⁶. Il punto è stato autorevolmente menzionato dalle recenti risoluzioni 218 e 219 della Plenipotentiary Conference dell'ITU del 2022⁸⁷. La prima indica il bisogno di dare «high priority to the matter of equitable access to satellite orbits, taking into account the special needs of developing countries and the geographical situation of particular countries», senza limitare l'applicazione del principio all'orbita GEO ed allo spettro relativo; la seconda identifica come meritevole di attenzione l'«increasing use of radio-frequency spectrum and associated orbit resources in non-GSO orbits and the long-term sustainability of these resources», così come l'«equitable access to, and rational and compatible use of, the GSO and non-GSO orbit and spectrum resources», individuando nell'articolo 44 dell'ITU Constitution la necessaria base giuridica. Nonostante ciò, vi è un particolare grado di complessità legato alla piena applicazione del principio di accesso equo al caso delle telecomunicazioni con terminali in orbite basse (LEO), principalmente dovuto alle proprietà fisi-

⁸² In tema di *RR Appendix 30B improved procedures for new Member States*.

⁸³ In tema di *Excluding uplink service area in RR Appendix 30° for Regions 1 and 3 and RR Appendix 30B*.

⁸⁴ In tema di *Modification to Resolution 553 (Rev. WRC-15) to remove certain restrictions that prevent administrations from taking effective advantage of the Resolution*.

⁸⁵ Rispettivamente in tema di *Modifications to Appendix 1 to Annex 4 of RR Appendix 30B, Enhanced protection of RR Appendices 30/30A in Regions 1 and 3 and RR Appendix 30B e Special agreements under RR Appendix 30B*.

⁸⁶ Per un'ampia disquisizione sugli interessi in gioco e le altre ragioni specifiche dietro ad un simile cambiamento di paradigma, da GEO a LEO, già accennato *supra*, v. S. DALLEDONNE et al., *Space Spectrum Management*, cit., p. 2-4.

⁸⁷ ITU Plenipotentiary Conference 2022, *ITU's role in the implementation of the "Space2030" Agenda: space as a driver of sustainable development, and its follow-up and review process*, Res. 218, ed ITU Plenipotentiary Conference 2022, *Sustainability of the radio-frequency spectrum and associated satellite-orbit resources used by space services*, Res. 219.

che delle stesse. Infatti, la velocità caratteristica di un satellite in orbita LEO è inevitabilmente maggiore della velocità di rotazione della Terra, cosicché la posizione relativa del terminale rispetto al suolo cambia nel tempo. Da qui l'impossibilità di identificare una precisa posizione in orbita da assegnare ad un singolo satellite, a differenza di quanto avviene per il caso di orbite GEO, e la realizzazione di costellazioni di satelliti per garantire sempre la presenza di almeno un terminale visibile da terra, così garantendo la continuità della telecomunicazione.

Nonostante le difficoltà descritte, il crescente interesse che tali orbite destano sia per operatori economici anche di grandi dimensioni che desiderino assicurarsi una porzione significativa del mercato di servizi di telecomunicazione, sia per Paesi in via di sviluppo che vogliono beneficiare della connettività veloce per il proprio sviluppo economico e sociale, determina una nuova tensione tra i principi di uso efficiente ed accesso equo alle orbite LEO ed al relativo spettro. Questa tensione si manifesta in particolare nel fenomeno dell'*overfiling*, che consiste nel tentativo degli Stati, per conto delle imprese di telecomunicazioni operanti nel loro territorio, di assicurarsi bande spettrali per la comunicazione in orbite basse inviando la rispettiva richiesta per la registrazione di enormi quantità di satelliti all'ITU, anche nella consapevolezza della difficoltà di rispettare i tempi indicati per la successiva messa in orbita degli stessi⁸⁸, con il principale risultato di impedire ad altri Stati di utilizzare, almeno temporaneamente, le porzioni di spettro richieste. Caso esemplare è rappresentato dalla richiesta di registrazione di addirittura 327.320 satelliti formulata nel 2021 dal Rwanda⁸⁹, Stato che ha lanciato il proprio primo (ed unico) satellite, di piccolissime dimensioni, nel 2019 ed ha istituito l'agenzia spaziale nazionale solo nel 2021. Simili tentativi degli Stati di sfruttare le peculiarità di una gestione dello spettro per orbite LEO ancora basata solo sul principio del *first-come-first-served*, al fine di compensare l'assenza di un'adeguata tutela degli interessi dei Paesi in via di sviluppo⁹⁰, hanno un duplice effetto in termini di evoluzione del diritto internazionale delle telecomunica-

⁸⁸ V. *supra* nota 67 relativa ai tempi massimi per il *deployment* di un sistema satellitare.

⁸⁹ Per completezza si osserva che tali satelliti sarebbero parte di due costellazioni distinte ed andrebbero a disporsi su 27 piani orbitali (gusci sferici che individuano tutte le possibili orbite circolari ad una certa altitudine).

⁹⁰ Al fine di evidenziare ulteriori similitudini con quanto avvenuto già per l'orbita GEO, si richiama qui il caso dello Stato di Tonga (Polinesia), che nel 1990 effettuò un *filing* per 16 satelliti geostazionari senza alcun piano realistico di messa in orbita degli stessi. V. a proposito S. DALLEDONNE et al., *Space Spectrum Management*, cit., p. 17.

zioni spaziali: da una parte si modificano le procedure previste in tema di registrazione presso l'ITU, al fine di evitare che l'uso di certe bande venga temporaneamente interdetto senza alcuna realistica prospettiva di un loro futuro utilizzo, a danno dell'uso efficiente dello spettro; dall'altra si mette in discussione il meccanismo stesso del *first-come-first-served*, così da portare ad una effettiva applicazione del principio di accesso equo anche ai sistemi di comunicazione in orbita bassa. In vista della definizione dell'Agenda della WRC del 2027, concordata durante la WRC-23, alcune organizzazioni regionali quali la Asia Pacific Telecommunity (APT) ed il Regional Commonwealth in the Field of Communications (RCC) hanno espresso posizione favorevole all'esplicita menzione dell'applicazione del principio di accesso equo alla gestione dello spettro per la telecomunicazione con terminali in orbite basse⁹¹. A ciò è seguita prima la risoluzione 74 della Radiocommunication Assembly (RA-23), di novembre 2023, che ha richiesto «as a matter of urgency» ad ITU-R di continuare le attività che assicurino accesso equo (ed uso efficiente) dello spettro in particolare per il caso di satelliti in orbite basse⁹². Poi, la risoluzione 131 della WRC-23 di dicembre 2023 ha riconosciuto la necessità di negoziare ulteriori norme che garantiscano l'applicazione del principio di accesso equo anche al caso di orbite LEO⁹³, nelle bande di frequenza tipicamente utilizzate dalle costellazioni di satelliti in orbite basse, dando mandato ad ITU-R di effettuare i necessari studi a proposito, in vista di una più ampia trattazione del tema durante la WRC-27⁹⁴.

6. Considerazioni conclusive in tema di uso sostenibile dello spettro

Se dunque la tensione tra i suddetti principi è destinata a crescere sia a livello nazionale che a quello internazionale – con i già accennati effetti perturbativi della disciplina applicabile in tema di gestione dello spettro elettromagnetico – sembra possibile intravedere una soluzione di più lungo termine nella sostituzione, o meglio nell'integrazione, della dinamica di

⁹¹ V. ad esempio in www.rcc.org.ru

⁹² Res. ITU-R 74, cit.

⁹³ World Radiocommunication Conference 2023, *Consideration of technical and regulatory measures for fixed-satellite service satellite networks/systems in the frequency bands 37.5-42.5 GHz (space-to-Earth), 42.5-43.5 GHz (Earth-to-space), 47.2-50.2 GHz (Earth-to-space) and 50.4-51.4 GHz (Earth-to-space) for equitable access to these frequency bands*, Res. 131.

⁹⁴ World Radiocommunication Conference 2023, *Agenda for the 2027 world radiocommunication conference*, Res. 813, in particolare resolves 1.6.

tensione dicotomica tra due principi, di un terzo principio che riconcili in modo migliore gli interessi in gioco. La già citata risoluzione 219 della recente Plenipotentiary Conference del 2022 introduce infatti la nozione di sostenibilità, riferendosi allo spettro ed alle orbite come parte della onnicomprensiva *space sustainability*. La già richiamata ed ancora più recente risoluzione 74 della Radiocommunication Assembly in vista della WRC-23, si riferisce più chiaramente al principio di uso sostenibile delle frequenze di trasmissione e delle orbite associate⁹⁵. Tale risoluzione «invita» in particolare il settore dell'ITU per le comunicazioni radio (ITU-R) a realizzare un Handbook sulle buone pratiche di uso sostenibile delle frequenze ed orbite basse relative, dando anche mandato ai gruppi di studio in materia di produrre la documentazione utile a fondare una nuova raccomandazione dell'ITU «providing guidance on safe and efficient deorbit and/or disposal strategies and methodologies for non-GSO space stations involved in radiocommunication services after the end of their life, focusing on the radio-frequency spectrum and associated satellite-orbit resources used by space services». Su questa scia, a marzo 2024, il Radiocommunication Bureau dell'ITU ha inviato una lettera circolare alle amministrazioni nazionali che si occupano di gestione dello spettro elettromagnetico ed agli operatori di satelliti in orbite basse, con la richiesta di fornire informazioni sulle strategie di *de-orbiting* e *disposal*, così come tecnologie disponibili per permettere queste operazioni che assicurerebbero una maggior sostenibilità dello spazio extra-atmosferico⁹⁶. La WRC-23, invece, pur richiamando la risoluzione 219 della Plenipotentiary Conference del 2022, non introduce (ancora) il principio di uso sostenibile nel suo lessico.

Tale principio, qui ritenuto capace di ergersi a fondamento della disciplina in tema di gestione dello spettro elettromagnetico, può innanzitutto attingere ad una lunga elaborazione che ne chiarisce il contenuto norma-

⁹⁵ Res. ITU-R 74, cit. A tal proposito, seppur come risultato dell'applicazione del più generale principio di sostenibilità al caso di specie, il principio di uso sostenibile pare acquisire una certa autonomia, almeno in termini operativi, similmente al caso del principio di accesso equo direttamente derivato dal principio di equità. Nonostante ciò, come menzionato nel seguito, il principio di uso sostenibile deve ancora considerarsi in corso di affermazione nell'ambito del regime internazionalistico della gestione dello spettro elettromagnetico e parallela formazione del principio stesso.

⁹⁶ ITU Radiocommunication Bureau, *Deorbit and/or disposal strategies for non-GSO space stations using frequency assignments currently recorded in the ITU MIFR, or under coordination or notification processes*, Circular Letter CS/272 del 1 marzo 2024.

tivo. Richiamando ancora la nozione di risorsa naturale, il principio di equità intergenerazionale, così come applicato in materia ambientale, sarebbe alla base del principio di uso sostenibile⁹⁷. Questo, costituendo «a prolongation of the concepts of resource protection resource preservation and resource conservation», si contrapporrebbe dunque al già visto principio di sovranità sulle stesse⁹⁸ – se non addirittura permettendo una riconciliazione della sovranità con la conservazione delle risorse⁹⁹ – ed avrebbe ad oggi assunto la natura di norma consuetudinaria, almeno quando avente ad oggetto risorse naturali condivise, come di fatto lo spettro elettromagnetico¹⁰⁰.

In secondo luogo, il principio di uso sostenibile è strettamente legato a quello di sviluppo sostenibile¹⁰¹. Le dimensioni sociale ed economica che costituiscono le fondamenta di quest'ultimo¹⁰², senza indagare oltre sulla sua natura giuridica ed il suo contenuto normativo¹⁰³, contaminano ed integrano dunque anche il principio di uso sostenibile delle risorse. Esso assume quindi rilevanza anche nella contrapposizione tra Stati sviluppati,

⁹⁷ Cfr. V. BARRAL, *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 381-382. V. anche e più ampiamente sul punto F. CAPONE, *Eradicare la povertà nell'interesse delle generazioni future: spunti teorici e prassi regionali a partire dall'Agenda 2030*, in M. FRULLI (a cura di), *L'interesse delle generazioni future nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2023, *passim*. La nozione più generale di sostenibilità risalirebbe, poi, fino al diciottesimo secolo, essendo legata alla gestione del patrimonio forestale (v. A. PROELB, *Prinzipien des internationalen Umweltrechts*, in A. PROELB (Hrsg), *Internationales Umweltrecht*, Berlin, 2017, par. 50, come citato da M. OEHL, *The Role of Sustainable Development in Natural Resources Law*, cit., p. 7).

⁹⁸ Cfr. V. BARRAL, *National sovereignty over natural resources*, cit., p. 18.

⁹⁹ Per avvalorare tale ipotesi si rende necessario il collegamento con il principio di sviluppo sostenibile, di cui nel seguito, ritenuto capace di riconciliare esigenze economiche derivate dall'applicazione del principio di sovranità e considerazioni ambientali incardinate nella conservazione delle risorse naturali (v. *ivi*, p. 24). Cfr. sul punto anche B. CARAVITA, L. CASSETTI, *Il principio-obiettivo dello sviluppo sostenibile*, in B. CARAVITA, L. CASSETTI, A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, p. 77.

¹⁰⁰ Cfr. *ivi*, p. 78. V. anche i riferimenti indicati da V. BARRAL, *National sovereignty over natural resources*, cit., p. 22.

¹⁰¹ V. ad esempio il fatto che la *New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development* (International Law Association 70th Conference, New Delhi, 2-6 April 2002, Res. 3/2002) faccia esplicito riferimento all'obbligo per gli Stati di utilizzare in modo sostenibile le risorse naturali.

¹⁰² V., tra gli altri, V. BARRAL, *Sustainable Development in International Law*, cit., p. 377, con riferimento sia alla dimensione sociale che a quella economica da mettere in relazione ad una terza dimensione essenziale, quella ambientale.

¹⁰³ Cfr. *ivi*, p. 378 ss., spec. p. 383-385.

comunemente iscrivibili come appartenenti al *Global North*, e Paesi in via di sviluppo, o del *Global South*. Anziché generare tensione come nella contrapposizione tra accesso equo e uso efficiente, il principio di uso sostenibile vorrebbe riconciliare una tale divergenza di interessi. Infatti, da un lato l'applicazione di tale principio nell'ambito della gestione di risorse condivise ha la capacità di farsi carico delle istanze legate al principio di accesso equo vantate da Paesi del *Global South*, se non addirittura di sostituirsi ad esso¹⁰⁴; dall'altro, nel principio di uso sostenibile la nozione di uso si combina con quella di sostenibilità, così dando più facilmente addito ad esigenze di assicurare l'efficienza di tale utilizzo, anche nel lungo periodo.

Dall'applicazione di tale principio discendono obblighi di condotta per gli Stati, in particolare in termini di gestione delle risorse, quali lo spettro elettromagnetico¹⁰⁵. Dal principio di integrazione, come corollario del principio di uso sostenibile, infatti, deriva un obbligo per lo Stato di tenere in considerazione la protezione delle risorse nello svolgimento di attività economiche¹⁰⁶. Applicato al caso dello spettro elettromagnetico, come emerso recentemente in sede di ITU, tale principio potrebbe costituire la base per una modifica della disciplina che riconcili gli interessi contrastanti di Paesi del *Global North* e Stati del *Global South*, a cominciare da procedure che prevedano la 'conservazione' dello spettro elettromagnetico – per telecomunicazioni in tutte le orbite – per usi futuri, anche da parte di Stati in via di sviluppo.

Unico limite in tal senso pare oggi rappresentato dal peculiare sistema di *governance* spaziale di livello internazionale. Se, infatti, la gestione dello spettro avviene in sede di ITU, la ricostruzione del principio di *space sustainability*, da utilizzarsi anche nel caso dello spettro, si deve invece negli anni al Comitato delle Nazioni Unite per gli usi pacifici dello spazio extra-atmosferico (COPUOS). Questa argomentazione viene spesso usata al fine di ostacolare i lavori dell'ITU sul tema, anche da parte di operatori economici con interessi contrari all'evoluzione della disciplina in tema di gestione di spettro alla luce del principio di sostenibilità. Non a caso, la re-

¹⁰⁴ V. BARRAL, *National sovereignty over natural resources*, cit., p. 21.

¹⁰⁵ Cfr. V. BARRAL, *Sustainable Development in International Law*, cit., p. 386.

¹⁰⁶ Per una strutturata contestualizzazione e ricostruzione del principio di integrazione v. *ivi*, p. 381, come richiamato da M. OEHL, *The Role of Sustainable Development in Natural Resources Law*, cit., p. 12, e CARAVITA, L. CASSETTI, *Il principio-obiettivo dello sviluppo sostenibile*, cit., p. 77-78, anche con riferimento al diritto dell'Unione europea.

cente risoluzione 74 della Radiocommunication Assembly di novembre 2023, oltre a dare il già citato impulso ai lavori dell'ITU in tema di *space sustainability*, dà mandato al direttore del Radiocommunication Bureau di favorire la collaborazione e lo scambio di informazioni con il COPUOS. Una applicazione del principio di uso sostenibile al caso dello spettro richiede dunque il massimo coordinamento tra i lavori del Comitato e dell'ITU, con l'obiettivo di sviluppare una disciplina di dettaglio che permetta la riconciliazione degli interessi prima descritti.

Parte III

Tensioni e prospettive dal *Global South* in materia di ambiente e cambiamenti climatici

Un peso e una misura? Il Regolamento UE che istituisce il CBAM letto attraverso il principio dell'equità e delle responsabilità comuni ma differenziate e delle rispettive capacità

VIRGINIA REMONDINO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il Regolamento dell'UE che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere: obblighi per gli importatori ed ambito d'applicazione *ratione materiae*. – 2.1 L'ambito territoriale d'applicazione del Regolamento CBAM: quali oneri in capo ai Paesi terzi di produzione? – 3. Il principio dell'equità e delle RCMDRC: vincolatività in capo all'Unione e contenuto normativo. – 4. Il CBAM letto attraverso il principio delle RCMDRC, così come reso operativo dall'art. 4 dell'Accordo di Parigi. – 5. La giustiziabilità del principio di differenziazione: l'annosa scelta del foro competente. – 5.1. Il meccanismo di risoluzione delle controversie proprio degli accordi di libero scambio di nuova generazione negoziati e/o conclusi dall'Unione europea con Paesi terzi. – 5.2. Il possibile contributo offerto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. – 6. Conclusioni.

ABSTRACT: Il Regolamento dell'Unione europea che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere (CBAM) rappresenta la componente centrale tra gli strumenti normativi a carattere ambientale dell'UE volti a raggiungere l'obiettivo di un'Unione climaticamente neutra entro il 2050. Tuttavia, imponendo un prezzo sul carbonio contenuto in determinati beni prodotti oltre i confini dell'Unione, il CBAM è stato recentemente oggetto di aspre critiche da parte di diversi Paesi appartenenti al c.d. *Global south*, i quali considerano la misura contraria, oltre al diritto OMC, ad un principio cardine del sistema multilaterale in materia di cambiamento climatico, il principio dell'equità e delle responsabilità comuni ma differenziate e delle rispettive capacità. Prendendo le mosse da queste premesse, il contributo analizza se, ed in quale misura, il Regolamento CBAM incorpori un trattamento differenziale rivolto ai Paesi in via di sviluppo e meno sviluppati, nel rispetto del principio di differenziazione così come reso operativo dall'art. 4 dell'Accordo di Parigi. Da questa prospettiva, si metterà in luce che il CBAM non sembri conformarsi al principio in esame e, conseguentemente, si esamineranno i rimedi astrattamente

esperibili dai summenzionati Paesi al fine d'instaurare l'eventuale controversia avente ad oggetto il contrasto con il principio in questione.

PAROLE CHIAVE: meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere – CBAM – Accordo di Parigi – principio delle responsabilità comuni ma differenziate e delle rispettive capacità – equità – Regolamento (UE) 2023/956.

1. Introduzione

Componente dell'ambizioso pacchetto legislativo «Pronti per il 55%»¹, il Regolamento che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere (CBAM) è stato proposto dalla Commissione europea nel luglio 2021², per essere poi adottato nel mese di aprile 2023³. Adottata ex art. 192 TFUE, la misura intende costituire l'«elemento essenziale»⁴ tra gli strumenti normativi di carattere ambientale dell'Unione europea (UE). Ciò al fine di raggiungere l'obiettivo di un'Unione climaticamente neutra entro il 2050, come proclamato dal *Green Deal*⁵ e sancito dalla normativa europea sul clima⁶. In tale ottica, il meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere riflette l'aspirazione dell'Unione a svolgere un ruolo guida nell'azione globale di mitigazione degli effetti del cambiamento climatico, promuovendo altresì la decarbonizzazione nei Paesi terzi⁷. Nello specifico,

* Dottoranda di ricerca in Diritto europeo, Università di Bologna, virginia.remondino2@unibo.it.

¹ Commissione europea, «Pronti per il 55%»: realizzare l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica, COM(2021) 550 *final*.

² Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un meccanismo di adeguamenti del carbonio alle frontiere, COM(2021) 564 *final*.

³ Regolamento (UE) 2023/956 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023 che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere.

⁴ *Ibidem*, preambolo, decimo considerando.

⁵ Commissione europea, Il Green Deal europeo, COM(2019) 640 *final*.

⁶ Regolamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il regolamento (CE) n. 401/2009 e il regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»).

⁷ Regolamento (UE) 2023/956, cit., preambolo, quattordicesimo considerando. Sul punto, cfr. R. LEAL-ARCAS, M. FAKTAUFON, A. KYPRIANOU, *A Legal Exploration of the European Union's Carbon Border Adjustment Mechanism*, in *European Energy and Environmental Law Review*, 2022, p. 223 ss.; E. P. MAAT, *The Carbon Border Adjustment Mechanism and the challenge of being a 'good' climate and trade actor*, in E. FAHEY, I. MANCINI (eds.), *Understanding the EU as*

il Regolamento CBAM intende prevenire il rischio della rilocalizzazione delle emissioni di carbonio, il cosiddetto *carbon leakage*. Detto fenomeno si verificherebbe qualora le imprese operanti in settori industriali ad alto impatto carbonico decidessero di trasferire la produzione di beni verso Paesi terzi ove sono in vigore normative climatiche meno stringenti, conseguentemente incrementando il livello globale di emissioni di gas ad effetto serra⁸.

All'interno del contesto delineato, l'adozione del Regolamento CBAM pone, tuttavia, alcuni interrogativi circa la possibile (in)compatibilità della misura con il diritto internazionale. Occorre a tal proposito evidenziare che il meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere è stato recentemente oggetto di aspre critiche da parte di diversi Paesi in via di sviluppo⁹ appartenenti al c.d. *Global South*, specialmente sotto il profilo economico. La stessa Commissione europea, nella valutazione d'impatto che accompagna la proposta di regolamento, evidenzia che la misura «may give rise to unintended economic risks due to additional costs for exporters and deteriorating terms of trade. Many countries in the Global South (...) are exposed to relatively high risks»¹⁰.

Sul piano strettamente giuridico, poi, i suddetti Paesi hanno ritenuto la misura contraria non solo alle norme dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)¹¹, ma anche ad un principio cardine del sistema multilaterale in materia di cambiamento climatico: il principio dell'equità e del-

a Good Global Actor: Ambitions, Values and Metrics, Cheltenham, UK, 2022, p. 141 ss., p. 147.

⁸ H. NORDSTRÖM, *Does the risk of carbon leakage justify the CBAM?*, EUI Working Paper RSC 2023/08.

⁹ Deve sottolinearsi che non esiste una definizione univoca del termine «Paese in via di sviluppo». Infatti, se storicamente questa categoria veniva identificata, nell'ambito del regime multilaterale in materia di cambiamento climatico, con i Paesi non elencati nell'Allegato I della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992, ad oggi tale bipartizione sembra essere superata dall'Accordo di Parigi del 2015. Tuttavia, la Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo ha recentemente elaborato una tassonomia utile ai fini della presente indagine. Cfr. United Nations Conference on Trade and Development, *Handbook of Statics 2022, 2022*, www.unctad.org.

¹⁰ Commissione europea, Commission Staff Working Document, *Impact Assessment Report Accompanying the document Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a carbon border adjustment mechanism*, SWD(2021) 643 final, parte 2/2, p. 19.

¹¹ A. LV, D. PATTON, *China steel association says EU carbon tax a new trade barrier, calls for more talks*, in *Reuters*, 3 novembre 2023; M. KUMAR, *India plans to protest EU's carbon tax at WTO meeting*, in *Reuters*, 7 febbraio 2024.

le responsabilità comuni ma differenziate e delle rispettive capacità (RCMDRC o, per semplicità, principio di differenziazione)¹².

Partendo da queste premesse, il presente contributo si pone un duplice obiettivo. In primo luogo, prendendo le mosse dall'esistente dibattito dottrinale sul tema¹³, esso intende investigare se, e in quale misura, il Regolamento CBAM incorpori un trattamento differenziale rivolto ai Paesi in via di sviluppo e meno sviluppati (PMS) rispettoso del principio dell'equità e delle RCMDRC, così come articolato alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (CQNUCC)¹⁴ e all'Accordo di Parigi¹⁵. L'analisi non considera, invece, la parallela questione riguardante la compatibilità del CBAM con il sistema di norme dell'OMC, questione sulla quale molto è già stato scritto in dottrina¹⁶. In secondo luogo, verranno esplorati i rimedi esperibili dai menzionati Paesi al fine di far valere la possibile incompatibilità del Regolamento con il principio di differenziazione. A tal riguardo, ci si concentrerà sulle possibilità offerte dal diritto

¹² V., a titolo esemplificativo, la comunicazione congiunta del gruppo di Paesi c.d. BASIC (i.e. Brasile, Sudafrica, India e Cina). Cfr. Joint Statement issued at the conclusion of the 30th BASIC Ministerial Meeting on Climate Change hosted by India on 8th April 2021, 2021, punto 19, www.english.mee.gov.cn.

¹³ Cfr. N. DOBSON, *(Re)framing Responsibility? Assessing the Division of Burdens Under the EU Carbon Border Adjustment Mechanism*, in *Utrecht Law Review*, 2022, p. 162 ss.; I. VENZKE, G. VIDIGAL, *Are Unilateral Trade Measures in the Climate Crisis the End of Differentiated Responsibilities? The Case of the EU Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM)*, in M. DEN HEIJER, H. VAN DER WILT (eds.), *Netherlands Yearbook of International Law 2020: Global Solidarity and Common but Differentiated Responsibilities*, L'Aia, 2020, p. 187 ss.; G. MARÍN DURÁN, *Securing Compatibility of Carbon Border Adjustments with the Multilateral Climate and Trade Regimes*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2023, p. 73 ss.

¹⁴ Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, cit. L'Unione europea è parte della CQNUCC in seguito all'adozione della decisione 94/69/CE del Consiglio del 15 dicembre 1993 concernente la conclusione della convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici.

¹⁵ Accordo di Parigi cit. L'Unione europea è parte dell'Accordo: cfr. decisione (UE) 2016/1841 del Consiglio, del 5 ottobre 2016, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, dell'accordo di Parigi adottato nell'ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici.

¹⁶ Tra i numerosi contributi sul tema, si veda *inter alia* A. DIAS, *EU Border Carbon Adjustment and the WTO: Hand in Hand Towards Tackling Climate Change*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2020, p. 15 ss.; N. ZUGLIANI, *La proposta di un meccanismo europeo di adeguamento del carbonio alle frontiere (CBAM). Tra il raggiungimento degli obiettivi prefigurati nell'Accordo di Parigi e presunte violazioni degli obblighi OMC*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2022, p. 165 ss.; R. LEAL-ARCAS, M. FAKTAUFON, A. KYPRIANOU, *A Legal Exploration*, cit.; S. ROBERT, *Un mécanisme d'ajustement carbone aux frontières compatible avec le droit de l'OMC: une gageure*, in *European Papers*, 2022, p. 239 ss.

dell'Unione europea al fine d'instaurare l'eventuale controversia internazionale.

Il lavoro si articola come segue. Esso si apre con una breve ricostruzione del contenuto normativo del Regolamento CBAM (Sezione 2), soffermandosi sull'ambito territoriale d'applicazione di quest'ultimo (Sezione 2.1.). Successivamente, l'indagine si concentra sulla portata e vincolatività in capo all'Unione del principio di differenziazione (Sezione 3), per poi esaminare se il Regolamento incorpori, alla luce del suddetto principio, un trattamento differenziato rivolto ai Paesi in via di sviluppo e meno sviluppati (Sezione 4). A questo proposito, si metterà in luce che il CBAM sembra porsi in contrasto con il suddetto principio, così come concretizzato dall'art. 4 dell'Accordo di Parigi. Verranno perciò vagliati i possibili rimedi esperibili dai Paesi in via di sviluppo al fine d'instaurare un'eventuale controversia internazionale (Sezione 5). Si analizzerà in proposito il contributo che potrebbe essere offerto, da un lato, dal meccanismo di risoluzione delle controversie proprio degli accordi di libero scambio (ALS) di nuova generazione negoziati e/o conclusi dall'UE con Paesi terzi (Sezione 5.1.); e, dall'altro, dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) (Sezione 5.2.). Infine, saranno presentate alcune riflessioni conclusive (Sezione 6).

2. Il Regolamento dell'UE che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere: obblighi per gli importatori ed ambito d'applicazione *ratione materiae*

Il Regolamento CBAM assume come obiettivo cardine quello di affrontare il problema delle emissioni di gas ad effetto serra incorporate in determinate merci, al momento della loro importazione all'interno del territorio doganale dell'Unione europea¹⁷. Preliminarmente, occorre rilevare che l'applicazione della misura in esame è strettamente connessa al sistema di scambio di quote di emissioni previsto dalla direttiva europea 'UE ETS' che rappresenterebbe lo specchio¹⁸, a livello domestico, del CBAM¹⁹. In ta-

¹⁷ Regolamento (UE) 2023/956, cit., art. 2, par. 1.

¹⁸ Cfr. N. DOBSON, *(Re)framing Responsibility?*, cit., p. 165.

¹⁹ Sul punto si veda altresì N. ZUGLIANI, *La proposta di un meccanismo europeo di adeguamento*, cit., p. 170.

le ottica, nonostante permangano alcune differenze²⁰, entrambi i sistemi mirano a fissare un prezzo per le emissioni di carbonio incorporate «negli stessi settori e nelle stesse merci mediante l'uso di quote o certificati specifici»²¹.

Venendo al contenuto del Regolamento, esso si applica (con decorrenza 1° ottobre 2023) ai gas ad effetto serra ed alle merci di cui all'allegato I²², al momento della loro importazione all'interno del territorio doganale dell'Unione da Paesi terzi²³. Sono tuttavia fatte salve alcune esprese deroghe²⁴. Tra queste ultime, il Regolamento non trova applicazione nel caso di merci originarie nei Paesi parti del sistema ETS dell'Unione²⁵ o che attuano un sistema ETS collegato a quello dell'UE²⁶.

In relazione agli obblighi incombenti sugli importatori stabiliti in uno Stato membro, questi ultimi dovranno richiedere ed ottenere la qualifica di dichiarante CBAM autorizzato²⁷. Decorso un periodo transitorio²⁸, il dichiarante autorizzato dovrà presentare annualmente una dichiarazione CBAM, la quale conterrà, in particolare, il quantitativo totale di ciascun tipo di merce importato²⁹ e le emissioni totali incorporate in tali beni³⁰. La dichiarazione CBAM dovrà altresì esplicitare il numero totale di certificati CBAM acquistati da restituire³¹, corrispondenti alle emissioni incorporate

²⁰ Ciò è dovuto, in particolare, poiché il CBAM si applica alle merci importate all'interno del territorio doganale dell'Unione europea, a differenza dell'UE ETS il quale – ai sensi dell'art. 2 della direttiva 2003/87/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 2003, che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio – si applica alle emissioni provenienti dalle attività indicate all'allegato I.

²¹ Regolamento (UE) 2023/956, cit., preambolo, ventesimo considerando.

²² Tra i primi sono ricompresi biossido di carbonio, protossido di azoto e perfluorocarburi, mentre tra le seconde figurano cemento, energia elettrica, concimi, ghisa, ferro e acciaio, nonché alluminio ed idrogeno.

²³ Regolamento (UE) 2023/956, cit., art. 2, par. 1.

²⁴ *Ibidem*, art. 2, parr. 3 e 4.

²⁵ Ad oggi, tali Paesi sono Norvegia, Islanda e Lichtenstein.

²⁶ *I.e.* la Confederazione svizzera, ai sensi dell'accordo tra l'Unione europea e la Confederazione svizzera concernente il collegamento dei rispettivi sistemi di scambio di quote di emissione di gas a effetto serra del 2017.

²⁷ Regolamento (UE) 2023/956, cit., art. 5.

²⁸ *Ivi*, art. 32.

²⁹ *Ivi*, art. 6, par. 2, lett. a.

³⁰ *Ivi*, art. 6, par. 2, lett. b.

³¹ *Ivi*, art. 6, par. 2, lett. c.

così come dichiarate e verificate³². Il prezzo di tali certificati è calcolato sulla media settimanale dei prezzi di chiusura delle quote ETS³³. Al contempo, nella restituzione dei certificati CBAM, occorrerà tener conto del prezzo del carbonio eventualmente già pagato nel paese d'origine delle emissioni incorporate³⁴.

2.1. L'ambito territoriale d'applicazione del Regolamento CBAM: quali oneri in capo ai Paesi terzi di produzione?

Dalla breve ricostruzione fornita si può desumere la complessa natura del Regolamento CBAM, il quale introduce obblighi particolarmente gravosi direttamente in capo agli importatori operanti all'interno dell'Unione doganale. Al contempo, tuttavia, è bene evidenziare che la misura introduce altresì oneri significativi per i Paesi terzi esportanti. Ciò in quanto l'entità d'applicazione del CBAM abbraccia un'ottica 'premiata', che valorizza le specifiche politiche climatiche adottate dai suddetti Paesi. Come anticipato, infatti, il Regolamento pone in essere un'espressa deroga per gli Stati il cui sistema di fissazione del prezzo del carbonio è collegato all'UE ETS, prevedendo altresì la (limitata)³⁵ possibilità per i dichiaranti autorizzati di ottenere una riduzione del numero di certificati CBAM da restituire che tenga conto del prezzo del carbonio eventualmente già pagato nel Paese d'origine delle emissioni incorporate.

Da questa prospettiva, è possibile dunque osservare come l'applicazione del CBAM sia intrinsecamente collegata alla natura ed al livello d'ambizione delle politiche climatiche adottate dai diversi Stati partner dell'Unione, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione³⁶. Ne consegue che il regolamento in esame possa ritenersi uno strumento suscettibile di esercitare una notevole influenza nei confronti degli Stati

³² *Ivi*, art. 22, par. 1.

³³ *Ivi*, art. 21, par. 1.

³⁴ *Ivi*, art. 9.

³⁵ Sul punto, criticamente, cfr. G. MARÍN DURÁN, *Securing Compatibility*, cit., p. 79.

³⁶ Commissione europea, Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report Accompanying the document Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a carbon border adjustment mechanism, SWD(2021) 643 final, parte 1/2 (in prosieguo: Impact assessment 1), www.eur-lex.europa.eu.

terzi di produzione delle merci coperte dal Regolamento³⁷, sulla scorta del c.d. «effetto Bruxelles»³⁸.

Quanto evidenziato parrebbe, peraltro, trovare conferma in una recente dichiarazione resa dall'Unione in seno alla Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo, ove si è affermato che il CBAM può costituire un «incentive»³⁹ – o segnatamente una pressione⁴⁰ – affinché i Paesi terzi adottino sistemi di fissazione del prezzo del carbonio quale specifica misura di mitigazione degli effetti del cambiamento climatico.

Da quanto precede deriva che il Regolamento CBAM deve ritenersi uno strumento normativo i cui effetti non sono prettamente interni⁴¹. Pertanto, nella sua redazione ed attuazione, acquisiscono rilievo i principi che caratterizzano il regime multilaterale in materia di cambiamento climatico, tra cui è ricompreso il principio dell'equità e delle responsabilità comuni ma differenziate e delle rispettive capacità⁴². È a tale principio che occorre, dunque, ora riferirsi.

³⁷ Per un parallelismo riguardante l'estensione dell'ambito d'applicazione materiale della direttiva 2003/87/CE, cit., al settore dell'aviazione, cfr. J. SCOTT, L. RAJAMANI, *EU Climate Change Unilateralism*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 469 ss., p. 480.

³⁸ Tale espressione rimanda ad un noto studio di Bradford, in cui l'Autrice evidenzia come l'Unione eserciti il proprio potere regolatorio, in particolare mediante l'adozione di atti unilaterali, al fine d'influenzare il comportamento degli Stati terzi sulla scena internazionale. Cfr. A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford, 2019.

³⁹ V. Servizio europeo per l'azione esterna, United Nations Conference on Trade and Development - Trade and Development Board - Seventy-third executive session - Agenda Item 3 - EU statement, 13 febbraio 2023, www.eeas.europa.eu. Vedasi anche Regolamento (UE) 2023/956, cit., preambolo, nono e decimo considerando.

⁴⁰ In tal senso, v. altresì G. MARÍN DURÁN, *Securing Compatibility*, cit., p. 88.

⁴¹ Da questa prospettiva, Maat ben sottolinea che: «technically, non-EU businesses and governments can avoid the CBAM by neglecting the EU market. In a purist perspective, they are hence not subject to EU jurisdiction. However, a more realistic view in today's globalized economy is that market conditionality by a relevant enough market does effectively constitute coercion – taken here as a measure of jurisdiction». Cfr. E. P. MAAT, *The Carbon Border Adjustment Mechanism*, cit., p. 147.

⁴² Di questo avviso, v. N. DOBSON, *(Re)framing Responsibility?*, cit., p. 170; G. MARÍN DURÁN, J. SCOTT, *Global EU Climate Action and the Principle of Common but Differentiated Responsibilities and Respective Capabilities*, EU Law Working Paper 2024/2, p. 4; E. P. MAAT, *The Carbon Border Adjustment Mechanism*, cit., p. 150.

3. Il principio dell'equità e delle RCMDRC: vincolatività in capo all'Unione e contenuto normativo

Prima di analizzare in quale misura il Regolamento CBAM incorpori disposizioni sul trattamento differenziale rivolto ai Paesi in via di sviluppo e meno sviluppati, è necessario precisare quale sia il contenuto normativo di tale principio⁴³, nonché la sua vincolatività in capo all'Unione.

Inizialmente, occorre chiarire due questioni fondamentali. In primo luogo, nell'ambito del diritto internazionale ambientale, il principio delle RCMDRC deve essere inteso come una specificazione del più ampio principio di equità⁴⁴, mirando a promuovere l'eguaglianza sostanziale tra gli Stati della Comunità internazionale per mezzo del riconoscimento delle eterogenee circostanze che caratterizzano i Paesi in via di sviluppo⁴⁵.

La seconda questione riguarda la vincolatività⁴⁶ del principio in esame in capo all'Unione. A questo proposito, occorre dapprima precisare che la dottrina maggioritaria esclude che esso possa rappresentare una norma di diritto consuetudinario vincolante *erga omnes*⁴⁷, inclusa l'UE⁴⁸. Ad ogni

⁴³ Esiste, sul tema, un'ampia dottrina. *Ex multis*, si veda C. D. STONE, *Common but Differentiated Responsibilities in International Law*, in *American Journal of International Law*, 2004, p. 276 ss.; L. RAJAMANI, *Differential Treatment in International Environmental Law*, Oxford, 2006; T. DELEUIL, *The Common but Differentiated Responsibilities Principle: Changes in Continuity after the Durban Conference of the Parties*, in *Review of European Community & International Environmental Law*, 2012, p. 271 ss.; P. CULLET, *Le principe des responsabilités communes mais différenciées en droit international de l'environnement: enjeux et perspectives*, in *Les Cahiers de droit*, 2014, p. 9 ss.; P. CULLET, *Differential Treatment in Environmental Law: Addressing Critiques and Conceptualizing the Next Steps*, in *Transnational Environmental Law*, 2016, p. 305 ss.; E. HEY, S. PAULINI, *Common but Differentiated Responsibilities*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2021.

⁴⁴ In questo senso cfr. T. DELEUIL, *The Common but Differentiated Responsibilities Principle*, cit., p. 271; P. CULLET, *Differential Treatment in Environmental Law*, cit., p. 306.

⁴⁵ Sull'argomento si veda F. SOLTAU, *Fairness in International Climate Change Law and Policy*, Cambridge, 2009, p. 186.

⁴⁶ La questione riguardante la vincolatività del principio delle RCMDRC ha suscitato un ampio dibattito in dottrina. Nel contesto del regime multilaterale in materia di cambiamento climatico, si rimanda a J. BRUNNÉ, C. STERCK, *The UNFCCC as a negotiation forum: towards common but more differentiated responsibilities*, in *Climate Policy*, 2013, p. 589 ss.; C. VOIGT, F. FERREIRA, *Differentiation in the Paris Agreement*, in *Climate Law*, 2016, p. 58 ss.

⁴⁷ Cfr. L. RAJAMANI, *Common but differentiated responsibilities*, in L. KRÄMER, E. ORLANDO (eds), *Principles of Environmental Law*, Cheltenham, 2018, p. 291 ss.

⁴⁸ Vedasi *inter alia* CGUE, sentenza del 16 giugno 1998, C-162/96, *A. Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz*, punto 45. Sul tema del rispetto, da parte dell'UE, del diritto internazionale consuetudinario, cfr. F. CASOLARI, *L'incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano, 2008, pp. 87-92; A. GIANELLI, *Customary In-*

modo, il principio di differenziazione trova oggi codificazione sia all'interno della CQNUCC che nell'Accordo di Parigi, trattati internazionali vincolanti *inter partes*. Avendo l'Unione ratificato entrambi i trattati, il principio si applicherà necessariamente tra essa e le altre Parti contraenti (ad oggi la quasi totalità dei Paesi della Comunità internazionale)⁴⁹. Da una prospettiva più propriamente di diritto dell'UE, è bene poi rammentare che i trattati internazionali conclusi dall'Unione vincolano sia gli Stati membri, sia le istituzioni europee, ex art. 216, par. 2, TFUE. Queste ultime dovranno dunque, nell'elaborazione degli atti di diritto derivato, considerare quanto espressamente previsto nel diritto convenzionale⁵⁰.

Precisato ciò, occorre ora analizzare quale sia il contenuto normativo del principio in esame, in modo da 'calarlo' successivamente nel contesto del Regolamento CBAM. La Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici menziona il principio sia all'interno del suo preambolo⁵¹ che in diverse clausole operative. Esso figura, in particolare, all'art. 3, ove si stabilisce che le Parti «devono proteggere il sistema climatico (...) su una base di equità e in rapporto alle loro comuni ma differenziate responsabilità e alle rispettive capacità. (...)»⁵².

Nel corso dei decenni, il principio delle RCMDRC ha subito una notevole evoluzione⁵³. Esso trova la sua più recente formulazione nell'art. 2, par. 2, dell'Accordo di Parigi, il quale recita: «il presente accordo sarà attuato in modo da riflettere l'equità ed il principio delle responsabilità comuni ma differenziate e delle rispettive capacità, alla luce delle diverse circostanze nazionali»⁵⁴. Tale disposizione costituisce un obbligo di buona fede

International Law in the European Union, in E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. A. WESSEL (eds.), *International Law as Law of the European Union*, Leiden, 2012, p. 91 ss.

⁴⁹ Nazioni Unite, Status of Ratification of the Convention, www.unfccc.int; Nazioni Unite, Paris Agreement: Status of Ratification, www.unfccc.int.

⁵⁰ Vedasi sul punto CGUE, sentenza del 10 settembre 1996, C-61/94, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, punto 52; CGUE, sentenza del 3 giugno 2008, C-308/06, *Intertanko e a.*, punto 42.

⁵¹ Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, cit., preambolo, se-sto considerando.

⁵² *Ibidem*, art. 3, par. 1.

⁵³ Sul punto, v. ampiamente L. RAJAMANI, *Ambition and Differentiation in the 2015 Paris Agreement: Interpretative possibilities and Underlying Politics*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2016, p. 493 ss.

⁵⁴ Accordo di Parigi, cit., art. 2, par. 2.

in capo alle Parti contraenti⁵⁵, le quali sono tenute a prenderlo in considerazione nell'attuazione dell'Accordo⁵⁶. In tal modo, il principio assolverebbe ad una funzione strutturale⁵⁷, plasmando l'elaborazione degli obblighi assunti dalle Parti sotto l'egida del regime multilaterale in materia di cambiamento climatico, ivi incluse le misure unilaterali volte a dare effettiva attuazione all'Accordo di Parigi⁵⁸.

La domanda che occorre porsi è, perciò, in quale modo tali strumenti possano dare corpo, concretizzandolo, al principio in esame. Infatti, l'art. 2, par. 2, dell'Accordo di Parigi non esplicita su quali basi tale differenziazione debba operare⁵⁹. Tuttavia, la sua effettiva portata normativa può cogliersi da una lettura delle clausole sugli obblighi di mitigazione incombenti sulle Parti dell'Accordo di Parigi, ex art. 4. Quest'ultimo pone, in capo a ciascuna Parte contraente, l'obbligo di mezzo di preparare, comunicare e mantenere i c.d. contributi determinati a livello nazionale (NDCs)⁶⁰, vale a dire i piani d'azione elaborati a livello domestico volti, tra le altre cose, a ridurre le emissioni di gas a effetto serra generate nazionalmente. Ebbene, tali contributi devono tradurre la «più alta ambizione possibile rispecchiando le responsabilità comuni ma differenziate e le rispettive capacità, alla luce delle diverse circostanze nazionali»⁶¹. Coerentemente, l'Accordo di Parigi raccomanda alle Parti contraenti c.d. sviluppate di «svolgere un ruolo guida»⁶² nella lotta contro il cambiamento climatico. Al contrario, le Parti considerate Paesi in via di sviluppo dovrebbero, più limitatamente, «continuare a migliorare i loro sforzi di mitigazione»⁶³, essendo meramente «incoraggiate ad assumere, con il passare del tempo, obiettivi di ri-

⁵⁵ In dottrina, si veda L. RAJAMANI, *Guding Principles and General obligation (Article 2.2 and Article 3)*, in D. KLEIN, M. P. CARAZO, M. DOELLE, J. BULMER, A. HIGHAM (eds), *The Paris Agreement on Climate Change: Analysis and Commentary*, Oxford, 2017, p. 131 ss., p. 133.

⁵⁶ J. SCOTT, L. RAJAMANI, *EU Climate Change Unilateralism*, cit., p. 480.

⁵⁷ T. DELEUIL, *The Common but Differentiated Responsibilities Principle*, cit., p. 276.

⁵⁸ Di questo avviso cfr. J. SCOTT, L. RAJAMANI, *EU Climate Change Unilateralism*, cit., p. 480; N. DOBSON, *(Re)framing Responsibility?*, cit., p. 170.

⁵⁹ Come evidenziato da G. MARÍN DURÁN, *Securing Compatibility*, cit., pp. 82-83, ciò non rappresenta una sorpresa, in quanto i principi sono, per loro natura, altamente astratti, rappresentando standard generali «against which to evaluate government decision-making but leaving considerable room for interpretation».

⁶⁰ Accordo di Parigi, cit., art. 4, par. 2.

⁶¹ *Ivi*, art. 4, par. 3.

⁶² *Ivi*, art. 4, par. 4.

⁶³ *Ibidem*.

duzione o limitazione delle emissioni che coprono tutti i settori dell'economia»⁶⁴.

È, insomma, indubbio che l'Accordo di Parigi operi una differenziazione degli obblighi di mitigazione attribuiti, rispettivamente, in capo alle Parti contraenti c.d. sviluppate *vis-à-vis* quelle definite in via di sviluppo. Ciò appare quanto più evidente dalla lettura di due clausole operative⁶⁵. Da un lato, la specificazione, *ex art.* 4, par. 5, secondo cui i Paesi in via di sviluppo ricevono sostegno finanziario e tecnico per l'attuazione del presente articolo⁶⁶. Dall'altro lato, la previsione, *ex art.* 4, par. 6, in base alla quale: «i paesi meno sviluppati e i piccoli Stati insulari in via di sviluppo possono [non devono] preparare e comunicare strategie, piani e azioni di sviluppo a basse emissioni di gas a effetto serra che rispecchino le loro speciali circostanze».

Alla luce di quanto precede, si ritiene che il Regolamento CBAM, in quanto misura normativa volta a conseguire l'obiettivo di mitigazione proprio dell'Accordo di Parigi⁶⁷, debba necessariamente rispettare il principio delle RCMDRC, così come reso operativo dall'art. 4 di tale Accordo. La sezione successiva intende perciò verificare se il Regolamento CBAM incorpori un trattamento differenziale rivolto ai Paesi in via di sviluppo e PMS. Ciò con riguardo a due principali ambiti d'indagine: la previsione di clausole volte a fornire assistenza finanziaria a detti Paesi nell'implementazione del Regolamento, nonché mediante l'incorporazione di disposizioni rispecchianti la peculiare posizione dei Paesi meno sviluppati.

4. Il CBAM letto attraverso il principio delle RCMDRC, così come reso operativo dall'art. 4 dell'Accordo di Parigi

Da una prima analisi del Regolamento appare evidente l'intento del legislatore dell'Unione di enfatizzare la componente inerente alle 'responsabi-

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Con riguardo al principio di differenziazione, così come reso operativo dall'art. 4 dell'Accordo di Parigi, *cit.*, si veda B. MAYER, *Article 4: Mitigation*, in G. VAN CALSTER, L. REINS (eds.), *The Paris Agreement on Climate Change: A Commentary*, Cheltenham, 2021, p. 109 ss., p. 115.

⁶⁶ Sebbene la disposizione non stabilisca espressamente che tale supporto debba provenire dalle Parti contraenti c.d. sviluppate, una sua lettura in combinato disposto con l'art. 9 dell'Accordo di Parigi, *cit.*, porrebbe detto obbligo principalmente in capo a queste ultime.

⁶⁷ Regolamento (UE) 2023/956, *cit.*, preambolo, secondo e terzo considerando.

lità comuni' del principio di differenziazione. Il preambolo del Regolamento CBAM evidenzia chiaramente come la promozione della decarbonizzazione nei Paesi terzi sia necessaria al fine di non pregiudicare l'efficacia delle politiche climatiche promosse dall'UE⁶⁸, contribuendo in tal modo al raggiungimento dell'obiettivo collettivo di mitigazione di cui all'art. 2, par. 1, lett. a, dell'Accordo di Parigi. Tuttavia, in relazione alla componente delle 'responsabilità differenziate', il Regolamento presenta alcuni profili problematici.

Anzitutto, il preambolo del CBAM specifica unicamente come «la Commissione *dovrebbe* impegnarsi a cooperare *in maniera equa e in linea con gli obblighi internazionali* dell'Unione con i paesi terzi il cui commercio è interessato dal presente regolamento (...)»⁶⁹, esplicitando altresì come sia meramente «auspicabile che l'Unione continui a fornire, attraverso il bilancio dell'Unione, un sostegno finanziario alla mitigazione dei cambiamenti climatici e all'adattamento agli stessi nei PMS (...)»⁷⁰.

A ciò si aggiunge poi che la lettura delle clausole operative del Regolamento chiarisce come tale ambizione non trovi concretizzazione. Ciò, essenzialmente, per due ordini di motivi. In primo luogo, il testo del Regolamento CBAM nulla prevede in relazione alla possibilità di fornire assistenza tecnica e/o finanziaria nei confronti dei Paesi in via di sviluppo nell'attuazione della misura in esame. Sul punto, il Parlamento europeo aveva proposto, in sede di emendamento, di introdurre una disposizione riguardante le entrate derivanti dalla vendita dei certificati CBAM⁷¹. Essa prevedeva che l'UE si adoperasse al fine di fornire un aiuto finanziario per sostenere le azioni di mitigazione nei Paesi meno sviluppati⁷², aiuto che sarebbe dovuto provenire dal bilancio dell'Unione⁷³. Sebbene poi il preambolo del Regolamento CBAM dichiari che l'Unione «si stia adoperando»⁷⁴ al fine di introdurre una nuova risorsa basata sulle entrate gene-

⁶⁸ *Ivi*, preambolo, nono e decimo considerando.

⁶⁹ *Ivi*, preambolo, settantunesimo considerando, enfasi aggiunta.

⁷⁰ *Ivi*, preambolo, settantatreesimo considerando.

⁷¹ Emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 22 giugno 2022, alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere (COM(2021)0564 - C9-0328/2021 - 2021/0214(COD)), art. 24bis.

⁷² *Ivi*, par. 2.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Regolamento (UE) 2023/956, cit., preambolo, settantaquattresimo considerando.

rate dalla vendita dei certificati CBAM⁷⁵, l'effettiva destinazione di tali risorse rimane dubbia⁷⁶, evidenziando una possibile frizione con il principio di differenziazione così come reso operativo dall'art. 4, par. 5, dell'Accordo di Parigi.

In secondo luogo, il Regolamento CBAM disattende le sollecitazioni, avanzate tanto in dottrina⁷⁷ quanto da diversi soggetti interessati⁷⁸, volte ad introdurre una espressa deroga per i Paesi meno sviluppati e piccoli Stati insulari in via di sviluppo, sulla scorta di quanto sancito dall'art. 4, par. 6, dell'Accordo di Parigi. Come già detto quest'ultima disposizione invita, e non obbliga, le suddette Parti contraenti a preparare e conseguire piani ed azioni per ridurre le emissioni di gas ad effetto serra. Dunque, sebbene i PMS, parti dell'Accordo di Parigi, siano tenuti a comunicare e mantenere i contributi determinati a livello nazionale⁷⁹, su di essi non sussisterebbe alcuna aspettativa volta a conseguire specifiche azioni di mitigazione, *ex art. 4, par. 4, dell'Accordo*⁸⁰. Alla luce di ciò, si può concludere che il CBAM, costituendo di fatto un onere in capo a tali Stati volto all'adozione di specifiche politiche climatiche di mitigazione, si porrebbe

⁷⁵ Sul tema, si rimanda a G. PEROTTO, *Il Green Deal europeo e il sistema delle risorse proprie*, in *European Papers*, 2022, p. 385 ss.

⁷⁶ A tal proposito, occorre evidenziare che la relazione accompagnante la proposta di regolamento CBAM esplicitava, alla voce «incidenza sul bilancio», che la maggioranza delle entrate generate dal meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere sarebbe confluita all'interno del bilancio dell'UE, contribuendo in tal modo a «coprire un importo corrispondente alle spese previste in relazione al rimborso di NextGenerationEU».

⁷⁷ Cfr. N. DOBSON, *(Re)framing Responsibility?*, cit.; G. MARÍN DURÁN, *Securing Compatibility*, cit.

⁷⁸ *Inter alia*, si veda European Roundtable on Climate Change and Sustainable Transition, *CBAM for the EU: A Policy Proposal*, 2021, www.ercst.org; Institute for European Environmental Policy, *What can Least Developed Countries and other climate vulnerable countries expect from the EU Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM)?*, 2022, www.ieep.eu.

⁷⁹ Da questa prospettiva, Mayer sottolinea che l'art. 4, par. 6, dell'Accordo di Parigi, cit., potrebbe essere interpretato come esonerante i Paesi meno sviluppati e i Piccoli Stati insulari in via di sviluppo sia dalla raccomandazione di cui all'art. 4, par. 4, sia dall'aspettativa, *ex art. 4, par. 3*, secondo cui i contributi determinati a livello nazionale devono rispecchiare la più alta ambizione delle Parti contraenti. Tuttavia, secondo l'Autore, l'art. 4, par. 6, «does not express or necessarily imply an exemption from the procedural obligation to prepare, communicate and maintain successive NDCs expressed in the first sentence of Article 4(2)». Cfr. B. MAYER, *Article 4*, cit., pp. 116-117.

⁸⁰ Così H. WINKLER, *Mitigation (Article 4)*, in *The Paris Agreement on Climate Change: Analysis and Commentary*, cit., p. 140 ss., p. 152.

in diretto contrasto con il principio delle RCMDRC, così come reso operativo dall'art. 4, par. 6, dell'Accordo di Parigi.

Da quanto precede è possibile concludere che il Regolamento che istituisce un meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere sembrerebbe non rispettare *in toto* il principio di differenziazione. Se così è, occorre allora domandarsi quali possano essere i rimedi esperibili dai Paesi in via di sviluppo al fine di far valere la presunta incompatibilità del CBAM con il principio in esame.

5. La giustiziabilità del principio di differenziazione: l'annosa scelta del foro competente

Tre sono i meccanismi di risoluzione delle controversie a venire in rilievo ai nostri fini. Essi operano su tre livelli: (i) il livello multilaterale, caratterizzato dal sistema di composizione delle controversie di cui all'art. 24 dell'Accordo di Parigi⁸¹; (ii) il livello bilaterale, che trova espressione negli accordi di libero scambio di nuova generazione⁸² negoziati e/o conclusi dall'UE con Paesi terzi; e (iii) il livello sovranazionale, ove un ruolo preminente potrebbe essere rivestito dalla CGUE. Ai fini della presente analisi, ci si concentrerà su queste due ultime possibilità. Ciò in quanto il livello multilaterale di risoluzione delle controversie, dettagliato all'art. 14 della

⁸¹ Poiché la compatibilità del regolamento CBAM è analizzata in questa sede con riguardo al principio di differenziazione, così come codificato e reso operativo dall'Accordo di Parigi, cit., non viene direttamente in rilievo ai fini della presente indagine il meccanismo di risoluzione delle controversie proprio del diritto OMC. Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 1 dell'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie (cfr. Organizzazione mondiale del commercio, *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* del 1994), tale sistema di composizione delle vertenze trova applicazione unicamente alle dispute «brought pursuant to the consultation and dispute settlement provisions of the agreements listed in Appendix 1 to this Understanding», tra cui sono ricompresi l'Accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio del 1994; gli accordi multilaterali sul commercio di beni; l'Accordo generale sullo scambio di servizi del 1994; l'Accordo sugli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale del 1994; nonché gli accordi commerciali plurilaterali (in quest'ultimo caso, tuttavia, l'applicabilità dell'Intesa è soggetta all'adozione di una decisione delle parti di ciascun accordo). Sul tema, si rimanda a M. DISTEFANO, *Soluzione delle controversie nell'OMC e diritto internazionale*, Padova, 2001; G. SACERDOTI, *Il sistema di soluzione delle controversie dell'OMC a dieci anni dalla sua istituzione*, in E. SCISO (a cura di), *L'OMC 1995-2005: Bilanci e Prospettive*, Roma, 2006, p. 203 ss; G. ADINOLFI, *La soluzione delle controversie*, in G. VENTURINI (a cura di), *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2015, p. 303 ss.

⁸² Per una definizione, si veda CGUE, parere 2/15 del 16 maggio 2017, punto 17.

CQNUCC⁸³, rimane, ad oggi, carta bianca⁸⁴. In particolare, la Convenzione sottolinea che, qualora una delle Parti della controversia sia un'organizzazione internazionale di integrazione economica (categoria nella quale può essere senz'altro ricompresa l'Unione europea) sarà unicamente espletabile la procedura arbitrale di cui all'art. 14, par. 2, lett. b, della Convenzione. Tuttavia, tale opportunità risulta, nella sostanza, preclusa. Infatti, per espressa previsione pattizia, il ricorso all'arbitrato viene subordinato alla «procedura che la Conferenza delle Parti deve adottare il più presto possibile con un allegato sull'arbitrato»⁸⁵. Allegato, quest'ultimo, che non ha mai visto la luce del giorno⁸⁶. Si ritiene, conseguentemente, che il ricorso al sistema di composizione delle vertenze proprio dell'art. 14 della CQNUCC non rappresenti un rimedio efficace ai fini della giustiziabilità del principio di differenziazione.

5.1. Il meccanismo di risoluzione delle controversie proprio degli accordi di libero scambio di nuova generazione negoziati e/o conclusi dall'Unione europea con Paesi terzi

A partire dalla nota Comunicazione del 2006 «Europa Globale»⁸⁷, l'Unione europea ha sistematicamente incluso all'interno dei suoi accordi di libero scambio di nuova generazione capi rubricati come «commercio e sviluppo sostenibile»⁸⁸. Nell'ambito di questi ultimi, particolare importan-

⁸³ Tale sistema viene incorporato, *mutatis mutandis*, all'art. 24 dell'Accordo di Parigi, cit.

⁸⁴ Per un'esauritiva panoramica, si veda C. REICHENBACH, *The Missing Dispute Resolution Mechanisms in International Climate Change Agreements*, in *Global Energy Law and Sustainability*, 2022, p. 129 ss.

⁸⁵ Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, cit., art. 14, par. 2, lett. b.

⁸⁶ C. REICHENBACH, *The Missing Dispute Resolution Mechanisms*, cit., p.153.

⁸⁷ Commissione delle Comunità europee, Europa globale: competere nel mondo – Un contributo alla strategia per la crescita e l'occupazione dell'UE, COM(2006) 567 def.

⁸⁸ Tali capi sono stati oggetto di numerosi studi dottrinali. *Inter alia*, v. G. MARÍN DURÁN, *Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements: Emerging Compliance Issues*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 1031 ss.; G. ADINOLFI, *A Cross-Cutting Legal Analysis of the European Union Preferential Trade Agreements' Chapters on Sustainable Development, Further Steps Towards the Attainment of the Sustainable Development Goals?*, in C. BEVERELLI, J. T. KURTZ, D. RAESS (eds), *International Trade, Investment, and the Sustainable Development Goals*, Cambridge, 2020, p. 15 ss.; A. MUCCIONE, *Il rapporto dei capitoli su "commercio e sviluppo sostenibile" con la disciplina in materia commerciale*, in G. ADINOLFI (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, 2021, p. 235 ss.; S. VILLANI, *I capitoli in materia di sviluppo sostenibile negli accordi commerciali*

za rivestono le clausole riguardanti l'attuazione degli accordi multilaterali ambientali (MEA) sottoscritti dalle Parti dell'Accordo⁸⁹, tra cui possono essere ricompresi sia la Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, sia l'Accordo di Parigi.

Tramite le clausole in parola, i firmatari degli ALS sono impegnati a dare efficace attuazione agli accordi multilaterali in materia di ambiente di cui sono parti. Inoltre, diversi accordi di libero scambio esplicitano l'impegno, in capo alle Parti contraenti, di «attuare effettivamente»⁹⁰ l'Accordo di Parigi. Tali clausole rivestono dunque un fondamentale rilievo ai fini della presente indagine. Infatti, un Paese in via di sviluppo, firmatario di un ALS concluso con l'Unione, potrebbe far valere il mancato rispetto di una clausola MEA da parte di quest'ultima, in quanto l'UE avrebbe adottato il Regolamento CBAM in violazione del principio delle RCMDRC.

Si potrebbe dunque ipotizzare che la presunta violazione del principio di differenziazione da parte dell'Unione possa legittimare la controparte a far ricorso alla procedura di risoluzione delle controversie propria dei capi riguardanti il commercio e lo sviluppo sostenibile. Sebbene un'analisi comprensiva di tale meccanismo vada oltre lo scopo della presente indagine⁹¹, è utile rammentare che, generalmente⁹², esso si articola attraverso

dell'Unione europea: prove di rilevanza sistemica, in *Diritto del commercio internazionale*, 2022, p. 707 ss.

⁸⁹ Si veda, ad esempio, l'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica socialista del Vietnam del 2019, art. 13.5.

⁹⁰ Ad esempio, vedasi l'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore del 2018 (in prosieguo: UE-Singapore ALS), art. 12.6, par. 3.

⁹¹ In generale sul tema, cfr. A. MARX, F. EBERT, N. HACHEZ, J. WOUTERS, *Dispute settlement in the trade and sustainable development chapters of EU trade agreements*, Leuven, Centre for Global Governance Studies, 2017; M. BRONCKERS, G. GRUNI, *Retooling the Sustainability Standards in the EU Free Trade Agreements*, in *Journal of International Economic Law*, 2021, p. 25 ss.

⁹² Di recente, si è tuttavia assistito ad un cambio di paradigma, il quale ha visto una sostanziale equiparazione tra i meccanismi di risoluzione delle controversie di cui ai capi riguardanti il commercio e lo sviluppo sostenibile ed il meccanismo 'generale' di risoluzione delle controversie, applicabile ai capi di natura prettamente commerciale degli ALS di nuova generazione. Tale cambio di paradigma trova oggi concretizzazione nell'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Nuova Zelanda del 2023. Per un commento, si veda A. MENSI, *Sviluppo sostenibile e meccanismi di risoluzione delle controversie negli accordi commerciali conclusi dall'Unione Europea: criticità e nuove prospettive*, in *La Comunità Internazionale*, 2023, p. 271 ss. È inoltre utile sottolineare che, in alcuni ALS di nuova generazione, il rispetto dell'Accordo di Parigi costituisce una clausola di 'elemento essenziale'. Dunque, in caso di inadempimento «grave e sostanziale» degli obblighi specificati in tali

l'espletamento di una procedura consultiva, alla quale potrà poi seguire l'istituzione di un «gruppo di esperti»⁹³. Quest'ultimo avrà il compito di adottare una relazione finale⁹⁴, la quale dovrà essere «tenuta in considerazione»⁹⁵ dalle Parti nell'attuazione di «misure appropriate»⁹⁶, escludendo comunque la possibilità di adottare sanzioni commerciali in caso di mancato adempimento⁹⁷. Tuttavia, anche ammettendo che il gruppo di esperti chiamato ad esprimersi sulla disputa riscontrasse un'effettiva violazione del principio in esame, il rapporto finale non produrrà effetti vincolanti in capo alla parte ritenuta inadempiente⁹⁸, sollevando alcuni interrogativi circa la concreta efficacia di tale rimedio⁹⁹. A corollario di ciò, la procedura potrà essere espletata unicamente da quei Paesi terzi che hanno concluso un ALS di nuova generazione con l'Unione europea¹⁰⁰, trattandosi di strumenti pattizi di natura bilaterale. Ebbene, tra tali Paesi non figurano quelli che saranno, in termini economici¹⁰¹, maggiormente colpiti

clausole, la Parte che ritenga l'altra parte responsabile dell'inadempimento può denunciare o sospendere, in tutto o in parte, l'Accordo. Si veda, in particolare, l'art. 772 dell'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dall'altra, del 2020. Per un commento si rimanda a A. MUCCIONE, *La tutela dell'ambiente e del clima*, in G. ADINOLFI, A. L. MALATESTA, M. VELLANO (a cura di), *L'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione Europea e il Regno Unito*, Torino, 2022, p. 149 ss.

⁹³ A titolo esemplificativo, cfr. UE-Singapore ALS, art. 12.17.

⁹⁴ *Ivi*, art. 12.17, par. 8.

⁹⁵ *Ivi*, art. 12.17, par. 9.

⁹⁶ *ibidem*.

⁹⁷ Al contrario, qualora la disputa sia instaurata sulla base del meccanismo di risoluzione delle controversie 'generale', potranno essere applicate alla parte inadempiente delle «misure correttive temporanee». A titolo esemplificativo, si veda l'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra del 2010, art. 14.11. Poiché il sistema di risoluzione delle controversie 'generale' offre maggiori garanzie, è dunque probabile che, qualora il Regolamento CBAM sia impugnato nell'ambito di un ALS di nuova generazione, ciò avvenga ai sensi di tale meccanismo, considerata, come accennato precedentemente, l'incerta compatibilità della misura con gli obblighi di diritto internazionale del commercio.

⁹⁸ In tal senso A. MARX, F. EBERT, N. HACHEZ, J. WOUTERS, *Dispute settlement in the trade and sustainable development chapters*, cit., p. 16.

⁹⁹ Criticamente, si veda M. BRONCKERS, G. GRUNI, *Taking the enforcement of labour standards in the EU's Free trade agreements seriously*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 1591 ss.

¹⁰⁰ Per una panoramica, si veda www.policy.trade.ec.europa.eu.

¹⁰¹ *Cfr.* Impact assessment 1, p. 66.

dal Regolamento CBAM, rendendo di fatto poco probabile l'instaurazione di un'eventuale controversia.

A questo punto, ci si deve chiedere se la questione relativa alla compatibilità del Regolamento CBAM con il principio di differenziazione possa essere portata dinnanzi alla CGUE da Paesi terzi.

5.2. Il possibile contributo offerto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea

All'interno dell'ordinamento giuridico UE, la possibilità di rivolgere direttamente alla Corte di giustizia questioni di legittimità sugli atti di diritto derivato, quale il Regolamento CBAM, viene disciplinata dall'art. 263 TFUE¹⁰². La Corte, come noto¹⁰³, è infatti competente a pronunciarsi su tali ricorsi sulla base di quattro motivi di annullamento, tra cui rientra la «violazione dei Trattati o di *qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione*»¹⁰⁴. Questa seconda fattispecie è stata interpretata dalla CGUE come

¹⁰² Occorre tenere a mente che la questione riguardante la legittimità di un atto di diritto derivato può essere altresì sottoposta alla Corte, sebbene in maniera 'indiretta', ai sensi degli artt. 267 e 277 TFUE. Tali disposizioni si riferiscono, rispettivamente, alla possibilità per il giudice nazionale di rivolgere una questione di validità dell'atto di diritto derivato alla CGUE mediante rinvio pregiudiziale e alla c.d. eccezione di invalidità. In dottrina, si rimanda, *ex multis*, a G. TESAURO, *The Effectiveness of Judicial Protection and Co-operation between the Court of Justice and the National Courts*, in *Yearbook of European Law*, 1993, p. 1 ss.; B. CORTESE, *Rinvio pregiudiziale e ricorso di annullamento: parallelismi, intersezioni e differenze*, in F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2020, p. 241 ss. Sembra tuttavia improbabile che la questione riguardante la compatibilità del Regolamento CBAM con l'Accordo di Parigi, sollevata dai Paesi in via di sviluppo, possa, ad oggi, giungere dinnanzi alla CGUE tramite tali vie. Infatti, per quanto riguarda il rinvio pregiudiziale di validità, i Paesi in via di sviluppo dovrebbero essere previamente parti di un procedimento dinnanzi ad un organo giurisdizionale di uno Stato membro, situazione che difficilmente potrebbe verificarsi in concreto. In relazione, invece, all'eccezione di invalidità, i Paesi in via di sviluppo dovrebbero impugnare un atto che presenti un nesso giuridico diretto con quello oggetto dell'eccezione, ossia il Regolamento CBAM. Astrattamente, ciò si sarebbe potuto verificare qualora i summenzionati Paesi avessero impugnato, *ex art.* 263 TFUE, il Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1773 della Commissione, del 17 agosto 2023, recante modalità di applicazione del regolamento (UE) 2023/956 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto concerne gli obblighi di comunicazione ai fini del meccanismo di adeguamento del carbonio alle frontiere durante il periodo transitorio. Tuttavia, essendo spirato il termine di due mesi per impugnare il menzionato regolamento di esecuzione, tale strada non pare percorribile.

¹⁰³ Per una panoramica in dottrina, cfr. K. LENAERTS, *EU Procedural Law*, Oxford, 2014, pp. 253-418.

¹⁰⁴ Art. 263, comma 2, TFUE (enfasi aggiunta).

ricomprendente «i motivi d'invalidità tratti dal diritto internazionale»¹⁰⁵. Si può perciò affermare che, astrattamente, i giudici di Lussemburgo sono competenti a valutare la legittimità del CBAM alla luce dell'Accordo di Parigi.

Tuttavia, è necessario tenere a mente che la possibilità di rivolgere alla Corte una questione di validità *ex art. 263 TFUE* è subordinata a determinati requisiti, primo fra tutti il rispetto del termine di presentazione del ricorso di due mesi «dalla pubblicazione dell'atto (...)»¹⁰⁶. Nel caso del Regolamento CBAM, pubblicato in gazzetta ufficiale il 16 maggio 2023, tale termine è ormai spirato, rendendo irricevibile la presentazione del ricorso.

In via del tutto speculativa, è però interessante chiedersi quale avrebbe potuto essere l'esito del procedimento nel caso in cui i Paesi in via di sviluppo avessero tempestivamente presentato ricorso alla CGUE¹⁰⁷. Da questa prospettiva, sono due le questioni che occorre affrontare. La prima riguarda la legittimazione di uno Stato terzo ad instaurare la controversia dinnanzi alla Corte; la seconda, invece, si riferisce all'idoneità dell'Accordo di Parigi, ed in particolare delle sue disposizioni che codificano e rendono operativo il principio di differenziazione, a fungere da 'norme-parametro' alla luce delle quali vagliare la validità del Regolamento.

Innanzitutto, in relazione alla questione del *locus standi*, è necessario esaminare se i Paesi in via di sviluppo e meno sviluppati possano essere considerati come legittimati non-privilegiati *ex art. 263, comma 4, TFUE*, ai sensi del quale ogni «persona fisica o giuridica» può proporre ricorso contro gli atti «che la riguardano direttamente e individualmente». Procedendo con ordine, la Corte di giustizia, con la sentenza *Venezuela c. Consiglio*¹⁰⁸, ha riconosciuto la possibilità in capo ad uno Stato terzo di qualifi-

¹⁰⁵ Cfr. CGUE, sentenza del 12 dicembre 1972, cause riunite 21 a 24-72, *International Fruit Company NV e altri contro Produktschap voor Groenten en Fruit*, punto 46.

¹⁰⁶ Art. 263, comma 6, TFUE.

¹⁰⁷ La questione continua infatti a presentare rilevanza, in quanto potrebbe astrattamente ripresentarsi in relazione ad atti unilaterali, con effetti extraterritoriali, che potrebbero essere adottati dall'Unione al fine di dare attuazione all'Accordo di Parigi. Ciò assume particolare rilievo a seguito della pubblicazione della comunicazione della Commissione europea, *Un futuro sicuro: Il traguardo climatico europeo per il 2040 e il percorso verso la neutralità climatica entro il 2050 all'insegna di una società giusta, prospera e sostenibile*, COM(2024) 63 *final*, che devolve alla prossima Commissione il compito di elaborare le proposte legislative volte a definire gli obiettivi climatici dell'Unione post-2030.

¹⁰⁸ CGUE, sentenza del 22 giugno 2021, C-872/19 P, *Repubblica bolivariana del Venezuela c. Consiglio dell'Unione europea*. Per un commento, cfr. L. COUTRON, *Clarification des conditions de recevabilité des recours en annulation formés par un État tiers*, in *Revue trimes-*

carsi quale persona giuridica ai sensi dell'art. 263, comma 4, TFUE. In secondo luogo, il riconoscimento dello *status* di persona giuridica in capo ad un Paese terzo «non esenta tale Stato dalla necessità di soddisfare gli altri criteri pertinenti che disciplinano la questione della legittimazione ad agire»¹⁰⁹. Bisogna quindi verificare se un Paese in via di sviluppo o meno sviluppato, invocante la violazione del principio di differenziazione per opera del Regolamento CBAM, possa ritenersi direttamente e individualmente interessato da tale misura.

Secondo costante giurisprudenza della Corte¹¹⁰, il requisito per cui una persona fisica o giuridica dev'essere direttamente interessata dall'atto di diritto UE richiede la cumulatività di due sub-requisiti. Ovvero, tale misura dovrà produrre effetti direttamente nella sfera giuridica del singolo e non dovrà lasciare alcun potere discrezionale ai destinatari atti a dargli attuazione. Con riguardo agli effetti giuridici prodotti in capo al destinatario della norma di diritto dell'Unione, nel menzionato caso *Venezuela c. Consiglio* la Corte evidenzia che, dal momento in cui i divieti previsti dal regolamento impugnato impediscono allo Stato terzo di procurarsi numerosi prodotti, dette disposizioni «producono direttamente effetti sulla situazione giuridica dello Stato in parola»¹¹¹. Tale assunto risulta significativo ai fini della presente analisi. Infatti, come dimostrato, gli obblighi derivanti dal Regolamento CBAM limiterebbero significativamente l'accesso al mercato dell'UE per determinate merci prodotte oltre i confini di quest'ultima. Al contempo, il Regolamento presenterebbe quale intrinseco obiettivo quello di indurre i Paesi terzi di produzione a adottare specifiche politiche climatiche di mitigazione, modificandone dunque la condotta. Ne consegue che, presumibilmente, gli effetti giuridici del suddetto strumento possano estendersi altresì ai Paesi in via di sviluppo e meno sviluppati, in quanto Paesi terzi esportanti nel territorio doganale dell'Unione.

trielle de droit européen, 2022, p. 733 ss.; A. ARNULL, *Non-Member States and Access to the Union Courts*, in *European Law Review*, 2022, p. 264 ss.

¹⁰⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Hogan del 20 gennaio 2021, C-872/19 P, *Repubblica bolivariana del Venezuela c. Consiglio dell'Unione europea*, punto 89.

¹¹⁰ Si veda, in via esemplificativa, CGUE, sentenza del 29 giugno 2004, C-486/01 P, *Front national c. Parlamento europeo*, punto 34 e giurisprudenza ivi citata.

¹¹¹ CGUE, *Repubblica bolivariana del Venezuela c. Consiglio dell'Unione europea*, cit., punto 69.

Alla luce di ciò, occorre ora considerare se tale strumento non conferisca alcun potere discrezionale ai destinatari atti a dargli attuazione¹¹². Tale requisito sembrerebbe, nel caso di specie, soddisfatto. Infatti, se è vero che il Regolamento CBAM devolve alla Commissione il potere di adottare atti delegati e di esecuzione volti alla sua concreta attuazione, essi riguardano unicamente specifiche tecniche¹¹³. Similmente, agli Stati membri viene solamente demandato il potere di concedere, tramite atto interno, la qualifica di dichiarante CBAM autorizzato¹¹⁴.

Ipotizzando dunque che uno Stato terzo, impugnante il Regolamento CBAM, possa provare di essere direttamente interessato dalla misura in esame, esso dovrà nondimeno dimostrare di esserne altresì individualmente colpito¹¹⁵. Come noto, tale criterio è soddisfatto qualora l'atto impugnato riguardi le persone fisiche o giuridiche a causa di «determinate qualità loro personali o di una situazione di fatto che le caratterizza rispetto a qualsiasi altro soggetto e, quindi, le distingue in modo analogo ai destinatari»¹¹⁶. Dunque, tali soggetti dovranno attestare di essere ricompresi all'interno di una categoria chiusa, la cui appartenenza è predeterminata al momento dell'entrata in vigore dell'atto impugnato¹¹⁷. Con riguardo ad uno Stato terzo considerato quale Paese in via di sviluppo, questo requisito difficilmente potrà ritenersi osservato. Ciò poiché tale categoria di Paesi non è predefinita, né nel contesto del regime multilaterale in materia di cambiamento climatico¹¹⁸, né nell'ambito del diritto UE. Ad una conclusione diversa si potrebbe tuttavia pervenire in relazione ai PMS. Essi, infatti, sono specificamente individuati dalle Nazioni Unite, una

¹¹² Cfr. Tribunale, sentenza del 25 ottobre 2011, T-262/10, *Microban International Ltd e Microban (Europe) Ltd c. Commissione europea*, punto 29.

¹¹³ A titolo esemplificativo, cfr. Regolamento (UE) 2023/956, cit., art. 6, par. 6.

¹¹⁴ *Ivi*, art. 17.

¹¹⁵ In giurisprudenza, si veda CGUE, sentenza del 15 luglio 1963, 25-62, *Plaumann & Co. c. Commissione della Comunità economica europea*. Per un approfondimento in dottrina, cfr. C. AMALFITANO, *Standing (Locus Standi): Court of Justice of the European Union (CJEU)*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2021.

¹¹⁶ CGUE, sentenza del 3 ottobre 2013, C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, punto 72.

¹¹⁷ Per un'esaustiva panoramica, si rimanda a A. ALBORS-LLORENS, *Judicial protection before the Court of Justice of the European Union*, in C. BARNARD, S. PEERS (eds), *European Union Law*, Oxford, 2020, p. 283 ss., p. 299.

¹¹⁸ Sul punto, L. RAJAMANI, *Ambition and Differentiation*, cit., p. 513.

categorizzazione che la stessa Unione ha fatto propria¹¹⁹. Si potrebbe perciò affermare che i Paesi meno sviluppati, in quanto appartenenti ad una categoria predefinita, soddisfino il requisito dell'individualmente interessato. In via teorica, essi avrebbero dunque potuto proporre ricorso in annullamento, soddisfacendo tutti i requisiti inerenti al *locus standi*.

Alla luce di quanto precede, alcune brevi riflessioni critiche si rivelano tuttavia necessarie. La sentenza *Venezuela c. Consiglio* potrebbe in effetti rappresentare un precedente sensibilmente rilevante, al quale gli Stati terzi faranno presumibilmente riferimento al fine di dimostrare il soddisfacimento dei requisiti riguardanti la propria legittimazione ad agire in giudizio. Ciò assume una rilevanza significativa in un momento storico, come quello attuale, in cui si assiste ad una vera e propria proliferazione di misure unilaterali volte a subordinare l'accesso al mercato interno dell'UE al soddisfacimento di determinati requisiti di sostenibilità¹²⁰. Certo, la sentenza dev'essere letta prestando particolare attenzione all'atto oggetto di impugnazione nel caso di specie, vale a dire un regolamento attuante specifiche misure restrittive nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune dell'Unione. Non è dunque certo che la Corte decida di seguire il medesimo approccio in relazione a strumenti normativi adottati nell'ambito della politica ambientale dell'UE.

In secondo luogo, come anticipato, anche ammettendo che i Paesi in via di sviluppo e PMS riescano a dimostrare la loro legittimazione ad agire in giudizio, sarebbe stato altresì necessario verificare che le clausole dell'Accordo di Parigi considerate, stando alla giurisprudenza della Corte, parametro di legittimità del Regolamento CBAM (c.d. norme-parametro) soddisfino determinate condizioni di invocabilità, rappresentando disposizioni c.d. *'self-executing'*¹²¹. Ciò si verificherebbe nel caso in cui: (i)

¹¹⁹ Ad esempio, ciò è avvenuto nell'ambito del regolamento (UE) n. 978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate e che abroga il regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio.

¹²⁰ A titolo esemplificativo, si veda il regolamento (UE) 2023/1115 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2023, relativo alla messa a disposizione sul mercato dell'Unione e all'esportazione dall'Unione di determinate materie prime e determinati prodotti associati alla deforestazione e al degrado forestale e che abroga il regolamento (UE) n. 995/2010.

¹²¹ In questo modo, come sottolineato da Lenaerts, il rango di fonti interposte che l'art. 216, par. 2, TFUE conferisce agli accordi internazionali non ha impedito alla CGUE di limitare l'invocabilità degli stessi al fine di vagliare la compatibilità con essi delle norme di diritto derivato dell'UE. Cfr. K. LENAERTS, *Direct Applicability and Direct Effect of International*

l'Unione è vincolata da tali norme; (ii) «la natura e l'economia generale»¹²² dell'accordo internazionale non ostano all'esame della validità dell'atto di diritto derivato e; (iii) le disposizioni pattizie invocate appaiono «dal punto di vista del loro contenuto, incondizionate e sufficientemente precise»¹²³.

In relazione alla prima delle condizioni menzionate, è già stato evidenziato che l'Unione senz'altro è vincolata dall'Accordo di Parigi, essendone Parte contraente. Più problematica risulta l'applicazione della seconda condizione, sulla quale la CGUE si è espressa in numerose pronunce¹²⁴. Per esempio, nell'esaminare la struttura e l'economia generale delle norme OMC, la Corte ha tradizionalmente escluso che esse possano essere invocate quale criterio per vagliare la validità degli atti giuridici dell'Unione¹²⁵. Ad oggi, tuttavia, la Corte di giustizia non si è ancora espressa circa la natura e l'economia generale dell'Accordo di Parigi. Con riguardo agli accordi propri del regime multilaterale in materia di cambiamento climatico, infatti, la CGUE è stata unicamente chiamata a pro-

Law in the EU Legal Order, in I. GOVAERE, E. LANNON, P. VAN ELSUWEGE, S. ADAM (eds), *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*, Leiden, 2014, p. 45 ss., pp. 56-57. Sul tema dell'invocabilità delle norme di diritto internazionale nell'ordinamento giuridico dell'Unione, si veda ampiamente J. H. J. BOURGEOIS, *Effects of International Agreements in European Community Law: Are the Dice Cast?*, in *Michigan Law Review*, 1984, p. 1250 ss.; F. CASOLARI, *L'incorporazione del diritto internazionale*, cit., p. 331 ss.; J. KLABBERS, *The Validity of EU Norms Conflicting with International Obligations*, in *International Law as Law of the European Union*, cit., p. 111 ss.; F. MARTINES, *Direct Effect of International Agreements of the European Union*, in *The European Journal of International Law*, 2014, p. 129 ss.; N. GHAZARYAN, *Who Are the 'Gatekeepers'?: In Continuation of the Debate on the Direct Applicability and the Direct Effect of EU International Agreements*, in *Yearbook of European Law*, 2018, p. 27 ss.

¹²² CGUE, sentenza del 21 dicembre 2011, C-366/10, *Air Transport Association of America e a.*, punto 53.

¹²³ *Ivi*, punto 54.

¹²⁴ Per un resoconto della giurisprudenza maggiormente rilevante, si veda, *inter alia*, F. MARTINES, *Direct Effect of International Agreements*, cit., p. 140 ss.

¹²⁵ *Ex multis*, si veda CGUE, sentenza del 5 ottobre 1994, C-280/93, *Repubblica federale di Germania c. Consiglio dell'Unione europea*, punti 105-109. La letteratura sul tema è ampia. Tra i contributi più significativi, si segnalano F. SNYDER, *The gatekeepers: The European courts and WTO law*, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 313 ss.; P. J. KUIJPER, M. BRONCKERS, *WTO Law in the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 1313 ss.; P. MENGOZZI, *L'invocabilità in giudizio delle regole dell'Organizzazione mondiale del commercio e la giurisprudenza comunitaria*, in F. FRANCONI, F. LENZERINI, M. MONTINI (a cura di), *Organizzazione mondiale del commercio e diritto della Comunità europea nella prospettiva della risoluzione delle controversie*, Milano, 2005, p. 155 ss.; C. DORDI, *The Absence of Direct Effect of WTO in the EC and in Other Countries*, Torino, 2010.

nunciarsi, nel noto caso *ATAA*¹²⁶, circa la validità di un atto di diritto derivato¹²⁷ alla luce del Protocollo di Kyoto¹²⁸. In tale occasione i giudici di Lussemburgo, nell'escludere che quest'ultimo potesse essere invocato al fine di valutare la validità della menzionata direttiva, hanno sottolineato che «anche se il Protocollo di Kyoto prevede degli impegni numericamente quantificati in termini di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra (...), le parti di tale protocollo possono adempiere i propri obblighi con le modalità e nei tempi da esse stabiliti»¹²⁹. Dunque, il Protocollo lascerebbe alle sue Parti contraenti un «ampio margine di discrezionalità quanto alle politiche da realizzare in concreto e alle specifiche misure da adottare»¹³⁰ ai fini della riduzione delle emissioni, fattore che inficerebbe l'idoneità della natura ed economia generale del Protocollo di fungere da criterio per vagliare la validità degli atti giuridici dell'Unione. Sebbene l'Accordo di Parigi presenti una struttura diversa da quella del Protocollo di Kyoto¹³¹, è dubbio che la Corte, seguendo il medesimo *iter* logico sviluppato nella sentenza *ATAA*, possa giungere ad una diversa conclusione, considerata, in particolare, l'ampia discrezionalità che l'Accordo di Parigi accorda alle sue Parti contraenti nella definizione di politiche climatiche di mitigazione¹³².

Ad ogni modo, pur ammettendo che la CGUE riconosca che la natura e l'economia generale dell'Accordo di Parigi non ostano all'esame della validità del Regolamento CBAM, occorrerebbe in ogni caso anche soddisfare la terza condizione del test. Occorrerebbe, cioè, che le disposizioni pattizie invocate siano, quanto al loro contenuto, incondizionate e sufficientemente precise. Secondo la Corte, tale condizione è soddisfatta «allorché la

¹²⁶ CGUE, *Air Transport Association of America e a.*, cit.

¹²⁷ Direttiva 2008/101/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, che modifica la direttiva 2003/87/CE al fine di includere le attività di trasporto aereo nel sistema comunitario di scambio delle quote di emissioni dei gas a effetto serra.

¹²⁸ Protocollo di Kyoto del 1997.

¹²⁹ CGUE, *Air Transport Association of America e a.*, cit., punto 76.

¹³⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 6 ottobre 2011, C-366/10, *Air Transport Association of America e a.*, punto 84.

¹³¹ Per un confronto, si veda T. FRASER, *A comparative architectural analysis of the 1997 Kyoto Protocol and the 2015 Paris Agreement and other ways to counter environmental 'ratification fatigue'*, in V. POPOVSKI (ed.), *The Implementation of the Paris Agreement on Climate Change*, London, 2018, p. 42 ss.

¹³² Per un'esauritiva disamina, si rimanda a B. MAYER, *International Law Obligations on Climate Change Mitigation*, Oxford, 2022, pp. 53-61.

norma invocata stabilisce un obbligo chiaro e preciso che non è subordinato, quanto alla sua esecuzione o ai suoi effetti, all'intervento di alcun atto ulteriore»¹³³. Ebbene, difficilmente le disposizioni dell'Accordo di Parigi che codificano (art. 2, par. 2) e rendono operativo (art. 4, parr. 5 e 6) il principio di differenziazione potranno soddisfare questa condizione. Come illustrato, infatti, tali clausole non pongono in essere alcun obbligo specifico in capo ai Paesi in via di sviluppo e meno sviluppati, necessitando inevitabilmente, per la loro attuazione, di ulteriori atti di implementazione¹³⁴.

Se si esclude che l'Accordo di Parigi, ed in particolare i suoi articoli 2, par. 2, e 4, parr. 5 e 6, possano costituire delle norme-parametro alla luce delle quali vagliare la validità del Regolamento CBAM, alla Corte rimarrebbe la possibilità di percorrere un'ultima strada: quella dell'interpretazione conforme¹³⁵, che considera quale parametro interpretativo rilevante anche le norme pattizie vincolanti per l'Unione¹³⁶. Invero, in diverse occasioni la CGUE ha fatto ricorso all'interpretazione conforme al fine di conferire effetti indiretti¹³⁷ alle norme-parametro di origine internazionale, dopo averne escluso l'idoneità a produrre effetti diretti nell'ordinamento giuridico dell'Unione¹³⁸.

Tuttavia, i giudici di Lussemburgo ci ricordano che l'interpretazione conforme non è esente da limiti, dovendo essere operata «per quanto pos-

¹³³ CGUE, *Air Transport Association of America e a.*, cit., punto 54. Si veda altresì CGUE, *Intertanko e a.*, cit., punto 45.

¹³⁴ In relazione, in particolare, all'art. 2, par. 2, PA, Rajamani sottolinea che «[a]s such it has the potential to create binding legal obligations for parties. However, it is framed carefully so to dilute its legal effect». Si veda L. RAJAMANI, *Guding Principles*, cit. Per una panoramica riguardante il contenuto delle menzionate disposizioni, si veda D. BODANSKY, *The Legal Character of the Paris Agreement*, in *Review of European Community & International Environmental Law*, 2016, p. 142 ss.

¹³⁵ A questo proposito, Lenaerts ben sottolinea che «[w]here an international agreement (...) does not produce direct effect, the principle of consistent interpretation becomes of paramount importance». Cfr. K. LENAERTS, *Direct Applicability and Direct Effect*, cit., p. 61.

¹³⁶ CGUE, sentenza del 7 giugno 2007, C-335/05, *Řízení Letového Provozu ČR, s. p. c. Bundesamt für Finanzen*, punto 16 e giurisprudenza ivi citata.

¹³⁷ Sul punto si veda F. CASOLARI, *Giving Indirect Effect to International Law within the EU Legal Order: The Doctrine of Consistent Interpretation*, in *International Law as Law of the European Union*, cit., p. 395 ss., p. 396.

¹³⁸ Nell'ambito del contenzioso OMC, si veda CGUE, sentenza dell'11 settembre 2007, C-431/05, *Merck Genéricos Produtos Farmacêuticos*, punto 35.

sibile»¹³⁹. Come rilevato in dottrina, l'effettiva portata di tale espressione è stata, nel tempo, chiarita dalla Corte, che sembra aver identificato due specifici limiti entro i quali l'interpretazione conforme deve operare. Da un lato, il rispetto dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione e, dall'altro, il limite del *contra legem*¹⁴⁰. Quest'ultimo riveste una particolare importanza per la presente indagine: esso comporta che il giudice non potrà procedere all'interpretazione conforme se la norma (oggetto di interpretazione) non può ricevere un'interpretazione che la renda compatibile con la norma parametro¹⁴¹. Ciò si verificherebbe, segnatamente, ove l'interpretazione conforme porti a contraddire il significato della norma di diritto UE, operazione che equivarrebbe ad un emendamento di quest'ultima da parte della CGUE¹⁴².

Tenuto conto di ciò, ci si può domandare se il Regolamento CBAM – il quale, come visto, non incorpora *in toto* disposizioni che concretizzano il principio delle responsabilità comuni ma differenziate e delle rispettive

¹³⁹ Si veda, di recente, CGUE, sentenza del 27 febbraio 2024, C-382/21 P, *Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO) c. The KaiKai Company Jaeger Wichmann GbR*, punto 70.

¹⁴⁰ È necessario sottolineare che l'esistenza di tali limiti all'interpretazione conforme è stata esplicitata dalla CGUE in relazione alla dimensione 'interna', riguardante cioè l'interpretazione della norma nazionale alla luce della norma di diritto UE. Sul tema, si rimanda a L. DANIELE, *Vingt-cinq ans d'interprétation conforme: un principe encore en quête de définition?*, in *Revue des affaires européennes*, 2008, p. 705 ss.; V. PICCONE, *L'ordinamento integrato, il giudice nazionale e l'interpretazione conforme*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, 2014, p. 1173 ss.; E. PERILLO, *L'obbligo dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione, prima e dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: un vincolo sempre più problematico o forse ormai obsoleto?*, in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea: Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, p. 53 ss.; R. SCHÜTZE, *Direct Effects and Indirect Effects of Union Law*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles of European Union Law*, Oxford, 2018, p. 265 ss.; A. CIRCOLO, *Il giudice nazionale e l'obbligo di interpretare il proprio diritto in maniera conforme al diritto dell'Unione*, in *rivista.eurojus.it*, 2023, p. 95 ss. Ad oggi, la Corte non ha fornito chiare indicazioni circa la sussistenza di precisi limiti all'interpretazione conforme nella dimensione 'esterna', relativa cioè all'interpretazione della norma di diritto UE alla luce del diritto internazionale. Tuttavia, secondo Bergamaschi, dall'analisi della giurisprudenza della Corte non si vedrebbero «ostacoli all'estensione del limite del *contra legem* alla dimensione esterna, per analogia con la dimensione interna». Cfr. N. BERGAMASCHI, *Come un pendolo tra condizioni e limiti: l'interpretazione del diritto derivato UE in conformità alle norme di diritto internazionale*, in *Quaderni AISDUE*, 2023, p. 744 ss., p. 770.

¹⁴¹ In questo senso, Schütze sottolinea che «[t]he duty of consistent interpretation would find a boundary in the clear wording of a provision». Cfr. R. SCHÜTZE, *Direct Effects and Indirect Effects*, cit., p. 292.

¹⁴² Così N. BERGAMASCHI, *Come un pendolo tra condizioni e limiti*, cit., p. 769.

capacità – possa essere interpretato dalla Corte alla luce delle disposizioni dell’Accordo di Parigi che lo codificano e rendono operativo. Un simile esercizio ermeneutico, invero, potrebbe facilmente tradursi in un’interpretazione *contra legem* delle disposizioni del Regolamento. Sarebbe questo il caso, per esempio, qualora la Corte interpretasse l’art. 2, par. 4, del Regolamento CBAM¹⁴³ alla luce dell’art. 4, par. 6, dell’Accordo di Parigi, al fine di escludere dall’ambito d’applicazione del menzionato Regolamento le merci originarie nei PMS. Ciò contraddirebbe espressamente il senso letterale della norma, conducendo di fatto ad un suo emendamento¹⁴⁴.

6. Conclusioni

Mediante l’adozione del Regolamento CBAM, l’Unione europea ha riaffermato l’ambizioso intento di assumere un ruolo guida nell’azione globale contro il cambiamento climatico, come demandato sia dalla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici¹⁴⁵, sia dall’Accordo di Parigi¹⁴⁶. Tuttavia, l’adozione di tale misura pone alcuni interrogativi circa la sua (in)compatibilità con i principi cardine del regime multilaterale in materia, tra cui un ruolo preminente è rivestito dal principio delle responsabilità comuni ma differenziate e delle rispettive capacità.

Si è visto come il principio delle RCMDRC vincola le istituzioni dell’Unione, *ex art.* 216, par. 2, TFUE. Di conseguenza, queste ultime sono tenute a rispettarlo nell’elaborazione degli atti di diritto derivato, tra cui rientra il Regolamento CBAM. In secondo luogo, si è dimostrato che il principio di differenziazione trova elaborazione all’art. 4 dell’Accordo di Parigi, operando in relazione a due profili. Da un lato, la sussistenza di un obbligo, posto in capo ai Paesi sviluppati, di fornire assistenza tecnica e

¹⁴³ Come illustrato, tale norma esclude dall’ambito di applicazione del Regolamento CBAM le merci originarie nei Paesi parti del sistema ETS dell’Unione o attuanti un sistema ETS collegato a quello dell’UE.

¹⁴⁴ Da questa prospettiva, il Tribunale ha ritenuto *contra legem* un’interpretazione di una norma di diritto derivato dell’Unione, alla luce di una norma di diritto internazionale, che avesse come effetto quello di ampliarne il dettato normativo, segnatamente ricomprendendo nella categoria dei «provvedimenti individuali» altresì provvedimenti di natura generale. Cfr. Tribunale, sentenza del 27 ottobre 2018, T-12/17, *Mellifera c. Commissione europea*, punto 87.

¹⁴⁵ Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, *cit.*, art. 3, par. 1.

¹⁴⁶ Accordo di Parigi, *cit.*, art. 4, par. 4.

finanziaria ai Paesi in via di sviluppo. Dall'altro, l'esplicito riconoscimento della peculiare posizione rivestita dai PMS, sui quali non graverebbe alcun obbligo di intraprendere azioni di riduzione delle emissioni.

Appare insomma evidente che, attraverso il principio di differenziazione, l'Accordo di Parigi miri a bilanciare la delicata ripartizione degli oneri di mitigazione attribuiti a ciascuna parte contraente. Da tale prospettiva il Regolamento CBAM, adottando 'un peso ed una misura' nella configurazione degli obblighi da esso derivanti, sembrerebbe porsi in contrasto con il principio in esame, astrattamente riconfigurando la partizione dei suddetti oneri così come disciplinata in sede multilaterale¹⁴⁷. Ciò in quanto, fatta salva la limitata possibilità per i dichiaranti autorizzati di dedurre dal numero di certificati CBAM da restituire il prezzo del carbonio pagato nel Paese d'origine delle emissioni incorporate, il Regolamento non incorpora *in toto* disposizioni volte a concretizzare il principio di differenziazione, ponendo in essere i medesimi oneri in capo ai diversi Paesi terzi di esportazione delle merci coperte dal Regolamento.

Sono poi stati individuati i rimedi che, astrattamente, potrebbero essere attivati dai Paesi in via di sviluppo al fine di fare valere in giudizio la presunta incompatibilità del Regolamento con il principio di differenziazione. In particolare, si è evidenziato l'apporto che, a tal fine, potrebbe essere fornito dai meccanismi di risoluzione delle controversie previsti dai capi riguardanti il commercio e lo sviluppo sostenibile, propri degli accordi di libero scambio di nuova generazione negoziati e/o conclusi dall'UE con Paesi terzi. Tali meccanismi potrebbero, potenzialmente, conferire esecutività agli obblighi assunti dalle Parti nell'ambito degli accordi multilaterali ambientali di cui esse sono firmatarie, sopperendo in tal modo all'attuale carenza di un efficace sistema di composizione delle vertenze in seno all'Accordo di Parigi. Tuttavia, si è messo in luce che il ricorso a tale rimedio non è privo di ostacoli, tenuto conto, *de jure*, del carattere non vincolante della relazione adottata dal «gruppo di esperti» e, *de facto*, dei Paesi con i quali l'Unione ha concluso i propri ALS di nuova generazione, tra cui non figurano gli Stati terzi che saranno maggiormente colpiti dal Regolamento in esame.

È stata poi riscontrata la possibilità (ad oggi meramente speculativa) per uno Stato terzo di adire la CGUE mediante ricorso in annullamento. Si è dunque sottolineato che, pur ammettendo che i Paesi in via di sviluppo e

¹⁴⁷ Criticamente sul punto, cfr. G. MARÍN DURÁN, *Securing Compatibility*, cit., p. 84.

meno sviluppati possano riuscire a soddisfare i requisiti inerenti al *locus standi*, rimane dubbia l'idoneità delle disposizioni dell'Accordo di Parigi che codificano e rendono operativo il principio di differenziazione a fungere da 'norme-parametro' alla luce delle quali vagliare la validità del Regolamento. Nel caso in cui la Corte escludesse tale possibilità, un'ultima strada percorribile dai giudici di Lussemburgo sarebbe quella dell'interpretazione conforme, tenendo tuttavia bene a mente il limite del *contra legem*.

Alla luce delle esposte criticità sembrerebbe dunque che, allo stato attuale, l'esame della compatibilità del Regolamento CBAM con il diritto internazionale non potrà che essere, verosimilmente, effettuato in sede OMC. In questa eventualità, come ricordato¹⁴⁸, il relativo sistema di soluzione delle controversie sarà però unicamente chiamato a valutare la compatibilità della misura in esame con il diritto dell'Organizzazione. Tuttavia, l'Accordo di Parigi potrebbe, almeno astrattamente, venire in rilievo come strumento interpretativo, *ex art. 31, par. 3, lett. c* della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati¹⁴⁹. Paradossalmente, potrebbe quindi essere proprio quest'ultima la via percorribile dai Paesi in via di sviluppo e meno sviluppati per vedere rivendicato il principio di differenziazione.

¹⁴⁸ V. *supra* nota n. 81.

¹⁴⁹ Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. Da questa prospettiva, nell'interpretare l'art. 3, par. 2, dell'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie, cit., l'Organo d'appello OMC ha evidenziato come la disposizione «reflects a measure of recognition that the [WTO Agreements are] *not to be read in clinical isolation from public international law*». Vedasi Rapporto dell'Organo d'appello, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, doc. WT/DS2/AB/R, 29 Aprile 1996, p. 17, enfasi aggiunta. Sul tema della rilevanza interpretativa delle norme 'esterne' al sistema OMC, si rimanda a G. SACERDOTI, *WTO Law and the "Fragmentation" of International Law: Specificity, Integration, Conflicts*, in M. E. JANOW, V. DONALDSON, A. YANOVICH (eds.), *The WTO: Governance, Dispute Settlement & Developing Countries*, 2008, p. 595 ss.; E. CANNIZZARO, *Il rilievo di accordi esterni nell'interpretazione degli accordi OMC*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia: Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 513 ss.; G. SHAFFER, J. P. TRACHTMAN, *WTO Judicial Interpretation*, in M. DAUNTON (ed.), *The Oxford Handbook on The World Trade Organization*, Oxford, 2012, p. 535 ss.; A. MUCCIONE, *The Vienna Convention on the Law of Treaties and the Compatibility between International Trade Agreements and Treaties on the Protection of Human Rights or the Environment*, in G. PASCALE, S. TONOLO (a cura di), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: The Role of the Treaty on Treaties in Contemporary International Law*, Napoli, 2022, p. 333 ss.

La nozione di legalità alla base dei *Voluntary Partnership Agreement*: autodeterminazione o colonialismo climatico?

FRANCESCA NEYROZ*

SOMMARIO: 1. I *Voluntary Partnership Agreement* come teatro di interazione tra *Global North* e *Global South*. – 2. Colonialismo, potere normativo ed emergenza ambientale: il mondo scisso della crisi climatica. – 2.1. Influenza normativa e ambiente: l'espansione dell'UE oltre i suoi confini – 3. La strategia dell'UE nella lotta al commercio illegale di legname. – 3.1. Analisi comparativa dei *Voluntary Partnership Agreement* (VPA) conclusi con Ghana, Indonesia e Honduras. – 3.2 Alcune considerazioni a margine dell'analisi della matrice di legalità. – 4. Conclusioni.

ABSTRACT: La gestione a livello globale del fenomeno del cambiamento climatico è uno dei campi in cui si registra l'esistenza di uno squilibrio tra Nord e Sud del mondo. Il divario esistente riguarda non solo le cause della crisi ambientale, ma anche la *ratio* e le conseguenze delle misure adottate per farvi fronte. Per descrivere questa situazione alcuni studiosi hanno parlato di «colonialismo climatico». In tale contesto, diviene interessante indagare il ruolo dell'Unione europea, spesso ritratta come *climate norm leader*, il cui attivismo si registra anche con riferimento agli accordi bilaterali conclusi con Paesi terzi allo scopo di abbattere la propria impronta ambientale. Tra questi vi sono i c.d. *Voluntary Partnership Agreement* (VPA), adottati con Paesi partner del *Global South* allo scopo di contrastare la deforestazione illegale. Con il presente contributo si intende, quindi, analizzare, lo specifico scenario di interazione tra *Global North* e *Global South* caratterizzato dai VPA. Lo studio vuole indagare, in particolare, i margini di influenza dell'UE in relazione ad accordi che, ponendo alla base del proprio funzionamento la legalità dello Stato partner, sembrano riservare un ruolo centrale alla dimensione giuridica domestica. Saranno pertanto presi in esame i VPA conclusi con Ghana, Indonesia e Honduras. La partecipazione, poi, delle popolazioni indigene ai negoziati del VPA con l'Honduras apre interrogativi circa l'incidenza di modelli alternativi a quelli occidentali sulla definizione della nozione di legalità.

PAROLE CHIAVE: *Global South* – deforestazione – *Voluntary Partnership Agreement* – FLEGT, legalità – europeizzazione esterna.

1. I *Voluntary Partnership Agreement* come teatro di interazione tra *Global North* e *Global South*

La relazione tra nord e sud del mondo viene ormai indagata declinando i casi di studio a seconda degli scenari possibili di interazione tra i due contesti. Tra questi, l'ambito relativo alla gestione a livello globale del fenomeno del cambiamento climatico è uno dei più interessanti, nonché dei più attuali¹. Si tratta di un rapporto che, in maniera affatto insolita, viene descritto nei termini di un profondo squilibrio, legato non solo alle origini del riscaldamento globale, ma anche alla maggiore esposizione dei Paesi del c.d. *Global South* ai danni che ne conseguono². C'è, tuttavia, un'ulteriore manifestazione della disparità tra Nord e Sud che riguarda la natura, gli scopi e le ripercussioni di alcune delle principali misure adottate per far fronte alla crisi ambientale. In altre parole, il divario esistente riguarda non solo le cause di quest'ultima, ma anche la *ratio* e le conseguenze di certe misure adottate per farvi fronte. Per descrivere questa situazione di recente gli studiosi hanno parlato di «colonialismo climatico»³.

Adottando, quindi, una prospettiva che mette in discussione alcuni degli assunti di fondo degli strumenti adottati per gestire la crisi climatica, si ritiene interessante analizzare il ruolo dell'Unione europea (UE) in materia di governance ambientale globale. Se, infatti, essa rientra certamente tra gli ordinamenti afferenti al Nord del Mondo, d'altra parte è anche un soggetto che si è caratterizzato per un notevole attivismo in campo ambientale, sia in relazione ad altri Paesi del Nord, sia in rapporto a Stati appartenenti al Sud globale.

Uno dei settori in cui è più fertile il contatto tra vecchio continente e Paesi terzi è quello degli accordi commerciali, che negli ultimi anni si sono

* Dottoranda in Diritto Europeo, Università di Bologna, francesca.neyroz2@unibo.it

¹ S. ATAPATTU, C. G. GONZALEZ, *The North – South Divide in International Environmental Law: Framing Issues*, in S. ALAM, S. ATAPATTU, C. G. GONZALEZ, J. RAZZAQUE (a cura di.), *International environmental law and the global South*, Cambridge, 2015.

² *Ibidem*.

³ Cfr. *ex multis* F. SULTANA, *The unbearable heaviness of climate coloniality*, in *Political Geography*, 2022.

arricchiti di capitoli dedicati al nesso tra commercio e ambiente, con l'obiettivo di rendere i traffici internazionali più compatibili con le esigenze dell'ecosistema. Sono i c.d. *Free Trade Agreement* di nuova generazione, che, a livello eurounitario, recepiscono il principio affermato dalla Corte di Giustizia nell'Opinione 2/15, in base al quale lo sviluppo sostenibile è parte integrante della Politica Commerciale Comune ai sensi dell'art. 11 TFUE⁴.

Coerenti con questo principio sono i *Voluntary Partnership Agreement* (VPA), accordi bilaterali di partenariato, conclusi tra l'UE e un Paese partner produttore di legname. I VPA rappresentano uno degli strumenti di cui l'UE dispone nell'ambito del *Forest Law Enforcement Governance and Trade (FLEGT) Action Plan*. Lo scopo di questa strategia, e dei VPA in particolare, è quello di contrastare la deforestazione illegale nelle regioni tropicali, causa non solo di gravi danni ambientali, ma anche di seri fenomeni corruttivi⁵. Per abbattere la quantità di legname di provenienza illecita sul mercato europeo, i VPA mirano all'implementazione nello Stato terzo di un sistema di licenza, che selezionando il legname di provenienza lecita, ne consente l'ingresso sul mercato interno.

Con il presente contributo si intende analizzare, lo specifico scenario di interazione tra *Global North* e *Global South* caratterizzato dai VPA. Se è vero che, da un lato, la legalità coincide con la normativa dello Stato partner, è pur vero, tuttavia, che anche in questo frangente, secondo diversi autori, l'UE punta a diffondere la propria sensibilità interna, dando vita a una forma di «europeizzazione esterna»⁶. D'altra parte, si tratta di strumenti adottati per contrastare il degrado ambientale, rispetto ai quali, in ragione del contatto tra contesti afferenti al Nord globale e altri facenti parte del Sud globale, risulta lecito interrogarsi sulla loro attitudine a essere inquadrati o meno tra le fonti causa di colonialismo climatico.

Si cercherà di riflettere su questi interrogativi, analizzando la nozione di legalità adottata nell'ambito dei VPA conclusi con Ghana, Indonesia e

⁴ V. REMONDINO, *New Generation Free Trade Agreements at a Crossroads. Assessing Environmental Enforcement of the E.U.s Trade and Sustainable Development Chapters from Global Europe to the Power of Trade Partnerships Communication*, in *University of Bologna Law Review*, 2023, p. 160.

⁵ Commissione europea, *Forest Law Enforcement, Governance and Trade (FLEGT): Proposal for an EU Action Plan*, COM(2003)251 final, p. 4.

⁶ S. CARODENUTO, F. R. ZIGA-ABORTTA, M. SOTIROV, *External europeization through timber trade agreements: tracing causality in environmental governance reform*, in *Political Geography*, 2024.

Honduras. Si è scelto di concentrarsi su questi accordi in ragione della loro particolare pregnanza: il primo ha inaugurato la stagione dei VPA, il secondo è l'unico che ha portato all'attivazione di una licenza FLEGT, mentre quello con l'Honduras ha visto ammesse ai negoziati delegazioni in rappresentanza delle popolazioni indigene.

2. Colonialismo, potere normativo ed emergenza ambientale: il mondo scisso della crisi climatica

Quando si parla di *Global North* e *Global South* ci si riferisce a una distinzione che ha la sua ragion d'essere nell'iniqua distribuzione di risorse e controllo economico-politico originata con il fenomeno del colonialismo. Si riprende in questa sede la nozione adottata da Atapattu e Gonzalez, secondo cui appartengono al *Global North* i paesi industrializzati, mentre al *Global South* quelli tendenzialmente caratterizzati da un livello inferiore di benessere socio-economico⁷. Secondo le due studiose, tuttavia, è soprattutto il passato di dominazione economica e politica da parte del primo ai danni del secondo a connotare la linea di demarcazione tra i due contesti geopolitici.

Il colonialismo rappresenta uno dei temi più studiati nell'ambito delle scienze umane e, poiché non è questa la sede in cui ripercorrerne i tratti fondamentali, si rinvia per indicazioni più approfondite agli studi dedicati⁸. Ai fini del presente contributo si ritiene, invece, necessario richiamare alcuni elementi centrali. In primo luogo, è bene notare come il fenomeno coloniale coincida con una forma di dominazione⁹ che, nel solco dello sfruttamento, traccia una linea di demarcazione tra due realtà: quella che sfrutta e quella che viene sfruttata. In altri termini, il mondo in cui si diffonde il colonialismo è quello che Fanon definisce «un mondo scisso in due»¹⁰, in cui un gruppo domina l'altro.

Ciò che qui interessa richiamare, però, è la nozione di «matrice coloniale del potere» che Quijano distingue dal colonialismo. Mentre l'ultimo coincide con il fenomeno storico di controllo e predominio, cessato negli anni '60 (a seguito dell'adozione della Risoluzione dell'ONU n.

⁷ S. ATAPATTU, C. G. GONZALEZ, *The North – South Divide*, cit., p. 2.

⁸ *Ex multis*, F. FANON, *I dannati della terra*, Torino, 2007; D. K. FIELDHOUSE, *Colonialismo*, voce *Enciclopedia del Novecento Treccani* (online), 1975; M. KOHN, R. KAVITA, *Colonialism*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006.

⁹ D. K. FIELDHOUSE, *Colonialismo*, cit.

¹⁰ F. FANON, *I dannati della terra*, cit., p. 5.

1514/1960), la prima descrive, invece, una specifica modalità di manifestazione del potere priva di specifici confini temporali. I tratti essenziali di tale nozione insistono, da un lato, nella codificazione della differenza razziale tra europei e non-europei, dall'altro, nel ricorso a forme e istituti tipicamente 'occidentali', in contesti che occidentali non sono, allo scopo di organizzare e controllare la forza lavoro e le materie prime¹¹. Quest'ultimo aspetto, in particolare, si lega allo stretto legame intercorrente tra il fenomeno coloniale (e matrice coloniale del potere) e il capitalismo, tanto stretto da portare alcuni a sostenere che senza il primo, il secondo non sarebbe stato possibile¹².

Come accennato in apertura, uno degli ambiti in cui più di recente viene denunciato il ricorso a logiche di tipo coloniale, è quello ambientale. In proposito, alcuni studiosi parlano di colonialismo climatico¹³, per riferirsi a un modello di gestione della crisi climatica che affonda le sue radici nello squilibrio tra Nord e Sud inaugurato in epoca coloniale e consolidatosi nei secoli successivi. L'aspetto più interessante di questa nozione riguarda la sua attitudine a rivelare aspetti potenzialmente dannosi di misure, che sebbene adottate allo specifico scopo di risolvere l'emergenza ambientale, in realtà a causa di logiche di dominio insite nelle stesse tuttavia ne aggravano gli effetti¹⁴. Tra gli strumenti che vengono normalmente citati come esempio di colonialismo climatico vi sono i meccanismi di *carbon trading*, i quali a fronte di scarsi risultati, continuano ad essere al centro delle politiche ambientali internazionali¹⁵, contribuendo alla conversione del principio della *responsability to pay in ability to pay*¹⁶. Il *Center of Science and the Environment India* ne denunciava esplicitamente la matrice coloniale, in ragione della loro capacità ad avviare sistemi di controllo territoriale¹⁷.

¹¹ A. QUIJANO, *Coloniality of Power and Eurocentrism in Latin America*, in *International Sociology*, 15(2), 2000, cit. in L. ÁLVAREZ, B. COOLSAET, *Decolonizing Environmental Justice Studies: a Latin American Perspective*, in *Capitalism Nature Socialism*, 31(2), 2020, p. 3.

¹² A. LOOMBA, *Colonialismo/postcolonialismo*, Roma, 2000, p. 21.

¹³ F. SULTANA, *The unbearable heaviness of climate coloniality*, in *Political Geography*, 99, 2022, p. 4.

¹⁴ Cfr. G. K. BHAMBRA, P. NEWELL, *More than a metaphor: 'climate colonialism' in perspective*, in *Global Social Challenges Journal*, XX, 2022.

¹⁵ E. LEONARDI, *Carbon trading dogma. Presupposti teorici e implicazioni pratiche dei mercati globali di emissioni di gas climalteranti*, in *Jura Gentium: Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2019, p. 65.

¹⁶ J. DEHM, *Carbon colonialism or climate justice: interrogating the international climate regime from a TWAIL perspective*, in *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 2016, p. 141.

¹⁷ E. LEONARDI, *Carbon trading dogma*, cit., p. 65.

Farhana Sultana annovera, inoltre, il programma REDD+ tra quelli responsabili di colonialismo climatico¹⁸, mentre lo *Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights in the context of climate change*, Ian Fry, ha osservato come tale meccanismo (spesso messo in relazione con i VPA, in ragione del comune ambito di intervento, ovvero il contrasto alla deforestazione) talvolta risulti associato a violazioni dei diritti umani¹⁹.

Come si è già accennato, uno dei fenomeni che riproduce forme di squilibrio tra Nord e Sud è l'estensione di concetti tipicamente occidentali, in contesti che occidentali non sono. Tra questi, un ruolo di primo piano è ricoperto dal principio per eccellenza in materia di protezione ambientale, centrale anche nelle politiche per il clima dell'UE: lo sviluppo sostenibile, considerato da Kotzé e Adelman la norma fondamentale (*grundnorm*) che radica e orienta la governance ambientale a livello globale²⁰. Locuzione, secondo alcuni, dai tratti ossimorici²¹, formula magica inventata allo scopo di suturare la frattura tra natura e uomo, per altri²², lo sviluppo sostenibile si fonda su «one of the oldest and most powerful of all western ideas»²³, ovvero che il benessere sia legato allo sviluppo e alla crescita economica²⁴. Tale convinzione cominciò ad essere promossa dagli Stati occidentali «as a mean to save benighted and feckless developing countries from themselves»²⁵ e si è riarticolata nel corso del tempo, evolvendo nella versione aggettivata dall'enunciazione dal valore programmatico, sostenibile. L'aspetto più critico di questo principio risiede nel suo essere intrinsecamente parte del sistema economico che ha prodotto la crisi am-

¹⁸ F. SULTANA, *The unbearable heaviness*, cit., p. 4.

¹⁹ I. FRY, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights in the context of climate change*, (A/77/226), 2022, p. 7.

²⁰ L. J. KOTZÉ, S. ADELMAN, *Environmental Law and the unsustainability of sustainable development: a tale of disenchantment and hope*, in *Law and Critique*, 2023, p. 228. Per Kotzé il superamento dell'approccio fondato sullo sviluppo sostenibile rappresenta *solo uno* dei cambiamenti necessari, per l'adesione a un paradigma politico e giuridico nuovo, fondato su quello che l'Autore definisce l'*Earth System Law* (per approfondimento cfr. *ex multis* L. J. KOTZÉ, *Earth System Law for the Anthropocene*, in *Sustainability*, 11, 2019).

²¹ P. JOHNSON, M. EVERARD, D. SANTILO, K. H. ROBERT, *Reclaiming the definition of sustainability*, in *Environmental Science and Pollution Research International*, 2007, p. 60, cit. in *Ivi*, p. 232.

²² M. CARDUCCI, «Estrattivismo» e «nemico» nell'era «fossile» del costituzionalismo, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, p. 70.

²³ B. HETTNE, *Development theory and the three worlds: towards an international political economy of development*, Essex, 1995, p. 29, cit. *ivi*, p. 230.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

bientale in corso, risultando spesso più funzionale alla componente economica, che a quella ambientale. In altre parole, si tratta di un principio ispiratore di politiche inadeguate rispetto all'obiettivo di invertire la rotta della crisi climatica. Anzi, per Kotzé esso rappresenta «a legally sanctioned ideological palliative (...) that enables to rationalize continuing destruction of the fragile ecosystem»²⁶.

Secondo il giurista, un modello alternativo a quello rappresentato dall'universo politico ed epistemologico dello sviluppo sostenibile, potrebbe essere il *buen vivir*²⁷, l'idea centrale nella cosmovisione andina, già recepita nella costituzione dell'Ecuador del 2008 e in quella boliviana del 2009, che vede l'essere umano in relazione e armonia con gli altri esseri viventi e con la Terra (*Pachamama*)²⁸. Questa impostazione si fonda su un radicale rifiuto di ogni logica di dominio dell'uomo nei confronti della natura, che non viene, quindi, vista come risorsa da sfruttare, ma come un'entità con cui sentirsi in relazione reciproca²⁹. Nonostante, tale visione sia stata in parte accolta dalla giurisprudenza Latino-Americana, lo sviluppo sostenibile risulta un quantomai solido principio ispiratore della governance ambientale globale.

Come noto, anche l'UE lo ha adottato tra i propri canoni fondamentali, recependolo all'art. 11 del TFUE, ed eleggendolo a valore da diffondere anche fuori dai propri confini.

2.1. Influenza normativa e ambiente: l'espansione dell'UE oltre i suoi confini

Non è certo una novità che l'UE si collochi sullo scacchiere internazionale con la capacità e l'obiettivo di influenzare contesti politici, economici e giuridici molto diversi da sé, tentando di farvi attecchire valori, principi e categorie che l'Unione ritiene fondamentali. La diffusione dei paradigmi normativi europei può avvenire, attraverso forme di diffusione unilaterale determinate da alcune specifiche condizioni di mercato (il c.d. *Brussels ef-*

²⁶ *Ivi*, p. 229.

²⁷ La locuzione *buen vivir* è a sua volta una traduzione di varie possibili formulazioni di origine indigena. Per esempio, la popolazione Quechuan parla di *Sumak Kawsay*, mentre gli Aymara di *Suma Qamaña*. Secondo alcuni autori, la traduzione più fedele di *Sumak Kawsay* sarebbe "life of fullness". U. VILLALBA, *Buen vivir vs. development: a paradigm shift in the Andes?*, in *Third World Quarterly*, 2013, p. 1429.

²⁸ L. J. KOTZÉ, S. ADELMAN, *Environmental Law*, cit., p. 240.

²⁹ U. VILLALBA, *Buen vivir vs. development*, cit., p. 1430.

fect), oppure attraverso meccanismi di estensione derivanti da intenzionali politiche di armonizzazione³⁰. Tra i sistemi del secondo tipo rientra la strategia di inserimento, in accordi commerciali con Paesi terzi, di capitoli specifici dedicati a temi non economici. È il caso delle disposizioni concernenti il rapporto mercato-ambiente in seno ai *Free Trade Agreement* di nuova generazione³¹. Come osservato dalla dottrina, infatti, l'inserimento di norme relative alla protezione dell'ambiente «rappresenta sicuramente un modo per dare una sorta di esecuzione extraterritoriale alle sensibilità interne in questi ambiti andando così a incidere sulle politiche degli Stati terzi»³².

Diversi studiosi hanno descritto l'atteggiamento europeo, individuandone caratteri e modalità di manifestazione. Manners, in proposito, parla di *European normative power*³³ per descrivere l'attitudine «to shape conceptions of “normal” in international relations»³⁴. Ciò accadrebbe, in particolare, attraverso la diffusione di quattro principi cardine: la centralità della pace, la libertà, la democrazia, la *rule of law* e il rispetto dei diritti umani³⁵. Insieme a questi valori, vi sarebbero, poi, altre quattro norme, considerate 'minori', tra cui lo sviluppo sostenibile e la buona governance³⁶. Secondo Manners «the reinforcement and the expansion of the norms identified here allows the Eu to present and legitimate itself as being more than the sum of its part»³⁷. Si tratta, in altri termini, per l'autore di una questione identitaria, che consentirebbe all'Unione di connotarsi dal punto di vista soggettivo sulla scena internazionale; Manners parla in proposito di questione ontologica³⁸. Tra le modalità attraverso cui l'UE tenta di estendere la portata di questi principi/valori al di fuori dei propri confini, l'Autore menziona il trasferimento (*transference*)³⁹, ovvero la dif-

³⁰ Cfr. A. BRADFORD, *The Brussels effect*, in *Northwestern University Law Review*, Vol. 107, 2012.

³¹ V. REMONDINO, *New Generation Free Trade Agreements*, cit.

³² S. VILLANI, *I capitoli in materia di sviluppo sostenibile negli accordi commerciali dell'Unione europea: prove di rilevanza sistemica*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2022, p. 741.

³³ I. MANNERS, *Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?*, in *Journal of common market studies*, 2002.

³⁴ *Ivi*, p. 239.

³⁵ *Ivi*, p. 242.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ivi*, p. 244.

³⁸ *Ivi*, p. 252.

³⁹ *Ivi*, p. 245.

fusione che si verifica quando l'UE intrattiene relazioni commerciali o garantisce assistenza tecnica e aiuti a paesi terzi.

Analogamente, Schimmelfenning definisce questo fenomeno «europeizzazione esterna»⁴⁰. L'Autore pone qui l'accento sul fronte domestico dei Paesi terzi: l'UE non si limiterebbe a influenzare il diritto e la politica internazionale, bensì sarebbe in grado di contagiare gli ordinamenti interni di Stati non membri dell'UE. In altre parole, attraverso varie forme di contatto con essa si verificherebbe un «process of incorporating formal and informal rules, procedures, policy paradigms, 'ways of doing thing', shared beliefs, and norms» tipici della sfera pubblica europea, fuori dai confini eurounitari⁴¹. Anche Schimmelfenning riconosce un ruolo cruciale al mercato globale nella circolazione delle norme continentali. Per lo studioso, infatti, oltre che attraverso i percorsi di integrazione regionale, l'europeizzazione esterna si realizzerebbe mediante la creazione di mercati transnazionali, da un lato, e la promozione dei diritti umani, della protezione ambientale e della democrazia, dall'altro⁴². Mentre i primi diffondono il modello economico neoliberale europeo, la seconda proietta oltre confine le norme costituzionali dell'UE⁴³.

Le dinamiche di influenza ora descritte appaiono fautrici di cambiamenti positivi e orientati al bene comune. Tuttavia, vi è chi sottolinea come in realtà l'UE, nell'ambito della propria politica internazionale, si orienti, tanto quanto gli USA e altre potenze, in base a calcoli strategici rivolti prioritariamente ai propri interessi, più che a quelli di coloro che intende 'emancipare'⁴⁴. Chi critica la rappresentazione dell'UE come attore per il bene globale, osserva come la narrativa del *normative power* non faccia altro che produrre e alimentare una divisione tra l'UE e gli altri.

Il principale rischio di questo approccio risiede, secondo alcuni, nel fatto che «EU's self-styled mission for humanity inscribes the very agency of those it seeks to empower in relations characterized by epistemic violence, the technologization of politics and administrative arbitrariness»⁴⁵. La teoria della *normative power*, ma soprattutto la postura internazionale

⁴⁰ F. SCHIMMELFENNING, *Europeanisation beyond the member states*, in *Journal for Comparative Government and European Policy*, 2010, cit. in S. CARODENUTO et al., cit., p. 2.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ M. MERLINGEN, *Everything is dangerous: a critique of 'Normative Power Europe'*, in *Security dialogue*, 2007, p. 437.

⁴⁵ *Ivi*, p. 436.

che essa sostiene, rappresenterebbero secondo questi Autori una riproposizione delle logiche coloniali, dimostrando che «the legacy of [it] and dominance of West in setting the global norms still persist»⁴⁶.

Analoga è la critica di chi parla di *ethical power Europe*⁴⁷, riferendosi all'ambizione dell'UE di plasmare a propria immagine il mondo, assumendosi tale responsabilità in quanto *credible force for good*, che da continentale deve farsi globale, come affermato nel 2007 da Javier Solana, all'epoca Alto Rappresentante per la Politica Estera UE⁴⁸. Secondo Lisbeth Aggestam, il problema di questo approccio sta nell'assunto, più o meno implicito, per cui i valori e le *way of doing things* europei siano intrinsecamente superiori⁴⁹. Il rischio che avverte l'Autrice è quello di un 'dirottamento' dell'agenda etica verso esigenze di autolegittimazione e di produzione di consenso, rispetto a politiche che servono fundamentalmente gli interessi europei⁵⁰.

Il punto qui sollevato non si risolve in una censura della volontà di perseguire gli interessi europei, bensì nella stigmatizzazione dell'impostazione emancipatrice che caratterizza queste politiche. Tale postura ricorda quella divisione rispetto agli 'altri' che caratterizza il mondo scisso di cui parla Fanon in relazione al colonialismo storico⁵¹.

Quanto finora osservato, serve a delineare una cornice di indagine che si muove lungo due direttrici complementari: una si concentra sulla rilevazione di fenomeni di dominazione in relazione a strumenti che dovrebbero permettere di risolvere la crisi climatica; l'altra mette a fuoco il potenziale normativo esplicito dall'UE fuori dai propri confini.

Tenendo in considerazione questi aspetti, si analizzerà il contesto in cui è maturata la strategia FLEGT e, conseguentemente i VPA, tentando di comprendere se tali fonti siano in grado di affrontare il problema della deforestazione, oppure se facciano da ulteriore sorgente di diffusione di va-

⁴⁶ G. MARKOS, *Post-Colonial Perspective on the Discourse of 'Normative power Europe' in the African-EU Relations*, in *Journal of Global Economics*, vol. 8(6), 2020, p. 2.

⁴⁷ L. AGGESTAM, *Introduction: ethical power Europe?*, in *International Affairs*, 2008.

⁴⁸ *Ivi*, p. 1. Merita di essere qui riportata la citazione completa: «[t]he peaceful unification of our continent has been our great achievement, and now our main challenge is to act as a credible force for good. From a continental agenda, we should move to a global agenda. From building peace in Europe to being a peace-builder in the world».

⁴⁹ *Ivi*, p. 7.

⁵⁰ *Ivi*, p. 8.

⁵¹ Cfr. FANON, *I dannati*, cit.

lori e principi europei, che poco si confanno ai contesti locali in cui vengono calati.

A fronte, infatti, dell'apparente impronta domestica di questi strumenti, che fondano il proprio funzionamento sulla legalità degli Stati partner, si tenterà di comprendere se sia rinvenibile anche in questo campo il fenomeno della diffusione di procedure formali, *way of doing things* e valori europei, fuori dai confini dell'UE. Rivelandosi, in ultima istanza, strumenti ascrivibili al novero degli istituti di politica ambientale globale che producono forme di colonialismo climatico.

A partire dalle premesse teoriche ora brevemente fornite, si procederà prima con una sintetica descrizione dei VPA e poi con l'analisi della nozione di legalità ivi fornita.

3. La strategia dell'UE nella lotta al commercio illegale di legname

Lo stato di salute delle foreste è particolarmente precario: si stima che dal 1990 siano stati persi 178 milioni di ettari di foreste⁵². Tra le cause del loro progressivo deterioramento, giocano un ruolo decisivo il commercio internazionale di legname e il fenomeno, ad esso correlato, del disboscamento illegale⁵³. Poiché si tratta di una questione di portata globale, tale è la dimensione istituzionale attivata per farvi fronte. L'intervento dell'UE in materia segue il fermento politico innescato dalle denunce avanzate da alcune ONG europee e statunitensi negli anni '90 in merito al legame tra commercio illegale di legname e danneggiamento delle foreste nel Sud Globale⁵⁴. Sebbene tale nesso fosse evidente, si faticò a raggiungere un accordo circa la definizione di legname 'legale', a causa delle resistenze di alcuni paesi produttori del Sud del mondo, i quali rifiutavano l'equazione, proposta nel *Tropical Timber Agreement* (1994), tra *illegal logging* e *undocumented trade*⁵⁵. Tali riserve durarono poco e grazie a una serie di processi regionali in materia di *Forest Law Enforcement and Governance*, si

⁵² Food and Agriculture Organization of the United Nations, *Global Forest Resources Assessment 2020. Main report*, p. XI.

⁵³ R. MYERS, R. RUTT, C. McDERMOTT, A. MARYUDI, E. ACHEAMPONG, M. CAMARGO, H. CÀM, *Imposing legality: hegemony and resistance under the EU Forest Law Enforcement, Governance, and Trade (FLEGT) initiative*, in *Journal of Political ecology*, 2020, p. 127.

⁵⁴ C. OVERDEVEST, J. ZEITLIN, *Forest Law Enforcement Governance and Trade (FLEGT): transnational dynamics of an EU experimental regime*, in J. ZEITLIN (a cura di), *Extending Experimental Governance? The European Union and Transnational Regulation*, Oxford, 2015, p. 156.

⁵⁵ *Ibidem*.

raggiunse presto un «political and epistemic consensus» che confluì nelle dichiarazioni ministeriali di Bali (2001) e Yaounde (2003)⁵⁶. In base a queste fonti, il problema del commercio illegale di legname doveva essere affrontato attraverso «improvements in domestic law enforcement and forest management capacity, involvement of stakeholders and local communities in forest decision-making, monitoring of forest resources, and coordinated efforts to control international trade in illegally harvested timber»⁵⁷. Tuttavia, nonostante la convergenza internazionale su questi punti, non si conclusero accordi capaci di produrre norme vincolanti. Fu di fronte a questa situazione di stallo internazionale che la Commissione europea intervenne adottando l'*Action Plan* del 2003⁵⁸.

Questa strategia, coerentemente con gli sviluppi raggiunti a livello internazionale, ha come obiettivo prioritario l'eliminazione dal mercato europeo del legname prodotto illegalmente⁵⁹. Esso, infatti, da un lato, in ragione della connessione con fenomeni corruttivi, rappresenta una minaccia per lo Stato di diritto, per i principi della *governance* democratica e per il rispetto dei diritti umani⁶⁰, dall'altro, arreca pregiudizio alla competitività delle industrie dei paesi importatori, come di quelli esportatori⁶¹. Per far fronte a questi problemi si è deciso di creare un sistema capace di distinguere il legname prodotto legalmente da quello proveniente da catene di approvvigionamento contrarie alle norme nazionali dei Paesi d'origine. A tal scopo, la strategia FLEGT si fonda sull'implementazione di due ulteriori strumenti: i *Voluntary Partnership Agreement* (VPA) e l'EUTR. Mentre i VPA, in quanto accordi bilaterali conclusi, su base volontaria, con uno Stato produttore di legname, puntano all'istituzione nel paese di origine di un sistema di verifica della legalità per certificare la provenienza lecita del prodotto, il regolamento EUTR (regolamento (UE) n. 995/2010, ora sostituito dall'EUDR - regolamento (UE) 2023/1115 - sui prodotti associati alla deforestazione, che entrerà in vigore a partire dal 30 dicembre 2024) pone in capo alle persone fisiche o giuridiche che commercializzano (cioè che per primi immettono sul mercato interno) legno o prodotti da esso derivati (art. 2.1 lett. b) e c)), una serie di obblighi volti ad assicurare

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ivi*, p. 157.

⁵⁸ COM(2003)251 final, cit.

⁵⁹ R. MYERS et al., *Imposing legality*, cit., p. 127.

⁶⁰ COM(2003)251 final, cit., p. 4.

⁶¹ *Ivi*, p. 4.

l'esclusione dal mercato europeo di legname illegale⁶². In altri termini, mentre i VPA bloccano la merce all'origine, l'EUTR mira a scongiurarne l'ingresso e la diffusione sul lato della domanda⁶³.

Un ulteriore aspetto che differenzia in maniera sostanziale i due meccanismi riguarda i parametri di riferimento per la definizione della legalità⁶⁴. EUTR, infatti, si fonda sulle norme esistenti negli Stati produttori: la 'legislazione applicabile' è quella in vigore nel paese di produzione relativamente a specifiche materie, elencate all'art. 2.1 lett. h). Al contrario, con i VPA l'UE intende incoraggiare le riforme nel settore della governance forestale, soprattutto allo scopo di indurre gli Stati che ne sono privi a dotarsi di legislazioni capaci di creare una sovrapposizione tra legname legale e legname sostenibile.

Come emerge da quanto osservato sin qui per confrontarsi con la propria impronta ambientale legata alla deforestazione, l'UE ricorre fondamentalmente a un requisito, la legalità. Si tratta di un aspetto nevralgico per i VPA, quanto per il presente contributo. Il tema della legalità merita, infatti, a parere di chi scrive di essere problematizzato, a partire dalla decisione originaria di fondare una strategia di contrasto alla deforestazione sulla distinzione tra ciò che è legale e ciò che non lo è. Una simile impostazione suggerisce l'esistenza di un giudizio di valore (positivo) in relazione ad un concetto, la legalità appunto, che in realtà non contiene di per sé elementi virtuosi. Ciò vale a maggior ragione se si tiene conto che quello dell'*Action Plan* del 2003 è un obiettivo qualificato, non risolvendosi nel semplice rispetto delle norme poste dallo Stato, ma avendo come scopo ben più ambizioso quello di combattere la deforestazione, e i danni ambientali che ne derivano. È, infatti, da notare come non vi sia identità necessaria tra la nozione di legalità e quella di sostenibilità. Si tratta, d'altra parte, di un aspetto riconosciuto dalla stessa Commissione, la quale am-

⁶² Regolamento (UE) n. 995/2010 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010 che stabilisce gli obblighi degli operatori che commercializzano legno e prodotti da esso derivati. Legislazioni analoghe a quella inaugurata con l'EUTR a livello europeo, si registrano anche negli Stati Uniti (*US Lacey Act Amendment*) e in Australia (*Australian Illegal Logging Prohibition Act*).

⁶³ A. MARYUDI, E. ACHEAMPONG, R. L. RUTT, R. MYERS, C. L. MCDERMOTT, "A Level Playing Field"? – What an Environmental Justice Lens Can Tell us about Who Gets Leveled in the Forest Law Enforcement, Governance and Trade Action Plan, in *Society and Natural Resources*, 2020, p. 863. Diversamente, il regolamento EUDR impone obblighi anche per i prodotti esportati dall'UE.

⁶⁴ M. DEROUS, E. VERHAEGHE, *When P stands for politics. The role of the EU in the VPAs: A research agenda*, in *Forest Policy and Economics*, 2019, p. 82

mette l'esistenza di «una precisa differenza tra i due tipi di problemi», dal momento che «il legname può essere tagliato legalmente con metodi non sostenibili (...); mentre il legname tagliato illegalmente può provenire da fonti sostenibili, come nel caso di legname raccolto nel quadro di sistemi gestionali controllati dalle popolazioni indigene, che sono sì sostenibili, ma non soddisfano i requisiti formali di legge»⁶⁵. Emerge a questo punto un aspetto che rende evidente come, anche nel caso di FLEGT, l'idea di perseguire uno sviluppo sostenibile possa custodire una maggiore propensione per il mercato, che per la tutela ambientale.

L'affidamento riposto nella legge come bene in sé richiama, infatti, l'esigenza di prevedibilità e calcolabilità che Weber individuava alla base dei sistemi capitalistici⁶⁶. La società organizzata attraverso il diritto si presenta come più intellegibile, non soltanto per gli esseri umani che la abitano, ma soprattutto per il mercato. Katarina Pistor considera la legge una tecnologia potente per ordinare la società⁶⁷, permettendole di superare i confini di comunità ristrette. È così che prende forma un mercato transnazionale, la cui infrastruttura giuridica «ha assunto in genere due forme alternative: l'armonizzazione della legge in stati differenti e il riconoscimento e l'applicazione di una legge straniera»⁶⁸. Con specifico riferimento alla strategia della Commissione, secondo alcuni studiosi «the idea of legality was considered by policy-makers to be a more achievable building block on the way to sustainability than dealing with the complexities of sustainability directly»⁶⁹. Così come, sul lato strettamente europeo, il contrasto al commercio illegale è un'impostazione che distoglie l'attenzione da uno degli aspetti forse più urgenti, ovvero la necessità di attenuare la tendenza consumistica dello stile di vita europeo, e più in generale del Nord del mondo. Tuttavia, un ostacolo al radicamento di tale prospettiva deriva dal fatto che «reducing the overconsumption of tropical commodities in the EU requires deemphasizing the logic of economic growth, wealth accumulation and European domination and competitiveness»⁷⁰, un'ipotesi che al momento non sembra vicina. Anzi, la tutela della competitività è al centro della strategia FLEGT⁷¹.

⁶⁵ COM(2003)251 final, p. 6.

⁶⁶ A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, p. 12.

⁶⁷ K. PISTOR, *Il codice del capitale*, Roma, 2019, p. 28.

⁶⁸ R. MYERS et al., *Imposing legality*, cit., p. 128.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ E. M. KUMEH, S. RAMCILOVIC-SUOMINEN, *Is the EU shirking responsibility for its deforestation footprint in tropical countries? Power, material, and epistemic inequalities in the EU's global*

Il tema della legalità si accompagna, inoltre, a quello dell'implementazione dei meccanismi di certificazione. I VPA, infatti, fanno sorgere in capo agli Stati partner l'obbligo di istituire un sistema di verifica della legalità, che dovrà confluire nell'implementazione di una licenza FLEGT. Le procedure di certificazione e i requisiti richiesti hanno fatto sorgere diversi dubbi circa l'adattabilità di questi strumenti a contesti non abituati a un tale livello di formalizzazione. Numerosi studiosi hanno evidenziato come piccoli e medi produttori locali faticino a osservare le regole imposte dai VPA e anzi «a formalization of such a governance systems could be dangerous as it puts local actors at risk of criminalization and reinforces existing unequal power relations»⁷². Tuttavia, non si tratta di una parte rinunciabile in quanto indispensabile «per poter fornire al mercato garanzie credibili» in merito all'origine legale del legname tagliato⁷³. Questi sistemi ricordano gli strumenti di certificazione adottati nel settore dei c.d. *conflict minerals*, allo scopo di favorire il commercio dei minerali provenienti da filiere produttive estranee a conflitti armati e violazioni dei diritti umani. Un sistema questo che è stato criticato da chi fa notare come l'idea di risolvere con licenze e sistemi di verifica questioni così complesse sia un'illusione tutta occidentale, alimentata dalla consapevolezza di non poter rinunciare a risorse e materie prime cruciali per il proprio modello economico⁷⁴.

Nonostante, i limiti appena evidenziati, è da sottolineare però che in seno ai VPA i parametri di legalità recepiti negli accordi e le riforme da adottare vengono individuati nell'ambito di percorsi partecipativi, caratterizzati dal coinvolgimento di stakeholder e società civile⁷⁵. I VPA, infatti, avrebbero aperto siti di confronto e dialogo come mai prima nel settore

environmental governance, in *Sustainability Science*, 2023, p. 610. Inoltre, un ostacolo alla riduzione dei consumi è da rinvenire nel fatto che essi risultano fattore determinate delle capacità di influenza dell'UE a livello globale. Come nota Bradford, infatti, è proprio la dimensione del mercato europeo, e quindi delle sue ampie potenzialità di consumo, a permettere all'UE di porsi come attore globale condizionante (cfr. A. BRADFORD, *The Brussels Effect*, cit., p. 11).

⁷¹ COM(2003) 251 final, cit., p. 4.

⁷² M. DEROUS, E. VERHAEGHE, *When P stands for politics*, cit., p. 83.

⁷³ Commissione europea, 2003, p. 8.

⁷⁴ A. GUAINAZZI, *Minerali e attori armati nella regione africana dei grandi laghi*, in A. GUAINAZZI (a cura di), *Il grande gioco delle risorse. I minerali del futuro e la maledizione ecologica*, Firenze, 2023, pp. 63-64.

⁷⁵ C. OVERDEVEST, J. ZEITLIN, *Forest Law Enforcement Governance and Trade (FLEGT)*, cit., p. 141.

forestale⁷⁶. Un merito questo riconosciuto anche da parte di chi li critica, ritenendo che mantengano il «forest management in a business as usual mode that exacerbates already longlasting over-exploitation and forest degradation»⁷⁷. D'altra parte, l'attitudine dei VPA ad aprire spazi di confronto e occasioni di influenza a soggetti non istituzionali è stata ulteriormente confermata con il coinvolgimento di delegazioni delle popolazioni indigene in seno ai negoziati con Honduras e Guyana⁷⁸.

Il piano dell'Unione si concentra su quattro regioni, Africa Centrale, Russia, aree tropicali dell'America meridionale e Asia sud-orientale, contesti che insieme rappresentano quasi il 60% delle risorse forestali del pianeta⁷⁹.

Attualmente l'UE ha sottoscritto VPA con i seguenti paesi: Ghana, Repubblica del Congo, Cameroon, Indonesia, Repubblica Centrafricana, Liberia e Vietnam; ha, invece, solo concluso i negoziati con Honduras e Guyana⁸⁰. Al momento l'unico sistema di licenza FLEGT entrato in funzione è quello indonesiano⁸¹.

Coerentemente con il proposito espresso dalla Commissione, si tratta di Accordi tendenzialmente omogenei sul fronte contenutistico⁸², mentre si registra una maggiore aderenza alle peculiarità dei singoli stati partner nei vari Allegati, specialmente nell'Allegato II, dedicato alla nozione di legalità.

Nel complesso, se secondo alcuni autori si tratta di una politica ben riuscita dell'UE, altri manifestano maggiori dubbi. Vi è, in particolare, chi sostiene che si tratti di un modello sperimentale, che grazie a un innovativo coinvolgimento di parti interessate, si è rivelato capace di delineare, praticamente da zero anche per l'UE, un quadro normativo attendibile e credibile in materia di politica forestale⁸³.

⁷⁶ C. P. HANSEN, R. RUTT, E. ACHEAMPONG, *'Experimental' or business as usual? Implementing the European Union Forest Law Enforcement, Governance and Trade (FLEGT) Voluntary Partnership Agreement in Ghana*, in *Forest Policy and Economics*, 2018, p. 81.

⁷⁷ *Ivi*, p. 77.

⁷⁸ E. VERHAEGHE, *Recognition on whose terms? Indigenous justice struggles in the EU-Honduras FLEGT VPA*, in *Geoforum*, 141, 2023.

⁷⁹ *Ivi*, p. 11.

⁸⁰ www.environment.ec.europa.eu.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² COM(2003) 251 final, p. 15.

⁸³ Cfr. C. OVERDEVEST, J. ZEITLIN, *Forest Law Enforcement Governance and Trade (FLEGT)*, cit.

D'altra parte, vi è chi ritiene che i VPA, più che tentare di inaugurare un nuovo approccio, rispondano al modello *business as usual*⁸⁴. Secondo questi autori, non sarebbero state affrontate le cause profonde della deforestazione illegale, ma sarebbe stato semplicemente legittimato un sistema di governance poco coerente con le realtà locali, «seriously compromis[ing] any notion of sustainability, provid[ing] perverse economic incentives, and [...] perpetuating gross inequalities»⁸⁵. Sono, infine, molte le voci che riconoscono anche nell'arena dei VPA un ruolo egemone dell'UE⁸⁶, che attraverso l'attrazione esercitata dal suo mercato, coglie l'occasione del FLEGT per un'ulteriore estensione dei propri valori. Se è vero, infatti, che la legalità presa a riferimento è quella dello Stato produttore, è pure vero che si incentivano riforme che hanno una precisa ispirazione e si impone l'adozione di sistemi di certificazione non necessariamente compatibili con le realtà locali.

L'analisi dei VPA conclusi con Indonesia, Ghana e Honduras permetterà di guardare più da vicino alcuni degli elementi sin qui menzionati e di verificare quali novità abbia comportato con riferimento alla nozione di legalità l'apertura dei negoziati alla partecipazione delle popolazioni indigene, rappresentanti per eccellenza di un modello alternativo a quello occidentale.

3.1. Analisi comparativa dei *Voluntary Partnership Agreement (VPA)* conclusi con Ghana, Indonesia e Honduras

Il VPA con il Ghana, concluso nel 2010, è stato il primo ad essere negoziato, mentre quello con l'Indonesia del 2014 l'unico approdato all'istituzione della licenza FLEGT (la *Sistem Verifikasi Legalitas Kayu (SVLK)*); l'accordo con l'Honduras è, dal canto suo, dei tre quello più giovane e, insieme a quello con il Guyana, il solo ai cui negoziati abbiano preso parte delegazioni delle popolazioni indigene. Il confronto tra i tre VPA rivela un articolato piuttosto omogeneo in ottemperanza a quanto auspicato dalla stessa Commissione nel 2003⁸⁷. Ciò che emerge in prima battuta è la solida contestualizzazione degli accordi nel quadro normativo inter-

⁸⁴ C. P. HANSEN, R. RUTT, E. ACHEAMPONG, 'Experimental' or business as usual? Implementing the European Union Forest Law Enforcement, Governance and Trade (FLEGT) Voluntary Partnership Agreement in Ghana, in *Forest Policy and Economics*, 96, 2018, p. 76.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ R. MYERS et al., *Imposing legality*, cit.

⁸⁷ COM(2003)251 final, p. 15.

nazionale sia commerciale, attraverso il richiamo al GATT e all'OMC, sia ambientale con il rinvio alla Dichiarazione di Rio del 1992 (in particolare ai Principi 10 e 22, l'ultimo relativo al ruolo delle popolazioni indigene nelle questioni ambientali) e al sistema di riduzione delle emissioni REDD+ (che, come si è visto in precedenza, ha sollevato preoccupazioni e critiche). Un altro aspetto che si ritiene interessante evidenziare riguarda l'impegno assunto dalle parti a ridurre al minimo tutti gli effetti negativi che potrebbero derivare, quale diretta conseguenza degli accordi, a danno delle comunità autoctone, locali, indigene e delle popolazioni povere. Questa assunzione di responsabilità, da *consideranda*, acquisisce contorni più concreti negli articoli dedicati alle clausole di salvaguardia sociale: l'art. 17 dei VPA con Ghana e Honduras e l'art. 13 di quello con l'Indonesia pongono in capo alle Parti l'obbligo di minimizzare le possibili conseguenze dannose degli accordi sulle comunità locali. Si tratta di meccanismi tipici delle politiche internazionali portate avanti dalla Banca Mondiale e dalle Nazioni Unite⁸⁸.

Ai sensi dell'art. 1 è obiettivo dei VPA istituire un quadro giuridico idoneo a garantire l'importazione nel mercato europeo di legame prodotto legalmente, nonché fornire una base per il dialogo tra le parti volto al miglioramento della governance forestale (art. 1 VPA Ue-Ghana, Ue-Indonesia e Ue-Honduras). È significativo che per il tramite dell'art. 1 di ciascun VPA si attribuisca a detti accordi il proposito di 'promuovere il commercio' di legname, a conferma del fatto che un rallentamento nello sfruttamento delle risorse non pare annoverabile tra le possibili modalità di reazione dell'UE all'emergenza ambientale.

L'art. 2 di tutti e tre i VPA è dedicato invece alle definizioni. Tra queste interessa qui menzionare quella di 'legname prodotto legalmente', il cui contenuto viene delineato attraverso il rinvio all'allegato II dei VPA. Allo stesso tema sono dedicati gli artt. 7 del VPA UE-Ghana e UE-Honduras, ove si menziona come macro-parametro di riferimento la legislazione nazionale dello Stato partner.

Infine, l'art. 3 prescrive l'istituzione tra le Parti di un sistema di licenze (il sistema FLEGT, appunto), articolato in procedure e condizioni che certificano l'origine legale del legname da immettere sul mercato europeo.

⁸⁸ Y. T. TEGEGNE, S. RAMCLOVIC-SUOMINEN, K. FOBISSIE, I. J. VISSEREN-HAMAKERS, M. LINDNER, M. KANNINEN, *Synergies among social safeguards in FLEGT and REDD+ in Cameroon*, in *Forest Policy and Economics*, 2017, p. 2.

Con questa norma gli accordi vietano l'importo in UE di carichi, provenienti dai Paesi partner, sprovvisti di licenza.

Gli altri articoli sono dedicati all'inquadramento dei sistemi di verifica FLEGT, all'istituzione di organismi imparziali di controllo e alla determinazione delle conseguenze in caso di irregolarità.

Per comprendere come viene delineata la nozione di legalità nei tre VPA diviene quindi fondamentale prendere in esame l'allegato II di ciascuno di essi. Anche in questo caso la struttura riproposta nei tre accordi presenta diversi tratti in comune. In particolare, in tale sede i VPA definiscono la c.d. 'matrice di legalità', che è composta dai parametri di riferimento che devono essere presi in considerazione dalle autorità di controllo per decretare la legalità del legno. Nel VPA con il Ghana si precisa che essa rappresenta il punto di incontro tra le norme adottate per dare attuazione all'accordo e il *Legality Assurance System* (ovvero il sistema di verifica).

La matrice di legalità nel VPA con il Ghana si fonda su sette principi: (1) origine del legname; (2) attribuzione dei diritti del legname; (3) operazione di raccolta del legname; (4) trasporto; (5) lavorazione; (6) commercio; (7) obblighi forestali. Per ogni principio sono previsti specifici criteri che permettono di valutarne l'effettivo rispetto. A conferma della volontà insita in questi accordi di promuovere riforme a livello domestico, il Ghana riconosce che le disposizioni alla base del proprio quadro di definizione della legalità devono essere aggiornate o innovate per far fronte alle inadeguatezze esistenti. Tra i settori che richiedono un intervento figurano ambiti strettamente legati a esigenze di mercato, come la conversione di locazioni/concessioni esistenti nei contratti per lo sfruttamento del legname, lo sviluppo delle piantagioni e la raccolta, lo sviluppo del mercato interno attraverso una disciplina di standardizzazione delle componenti in legno utilizzate nell'industria edile e delle costruzioni.

L'allegato II del VPA con l'Indonesia, dal canto suo, si fonda su cinque 'norme di legalità': (1) norme per le concessioni all'interno delle aree forestali di produzione in terreni demaniali; (2) norme per le foreste di piantagioni comunitarie e per le foreste comunitarie situate all'interno delle aree forestali di produzione in terreni demaniali; (3) norme per le foreste di proprietà privata; (4) norme per i diritti di sfruttamento del legname in aree non forestali in terreni demaniali; (5) norme per l'industria forestale primaria e l'indotto. In tal caso, ognuna di queste norme viene poi valutata sulla base di ulteriori principi, criteri, indicatori e parametri di controllo fondati sulla legislazione pertinente.

Il VPA con l'Honduras, infine, rispetto ai primi due presenta un allegato II di più ampio respiro e, a parere di chi scrive, organizzato in maniera più accessibile e lineare. In apertura, si precisa che solo il pieno e attivo coinvolgimento di attori pubblici e privati, tra cui le popolazioni Indigene e Afro-discendenti, ha permesso di produrre la matrice di legalità ivi riportata. Inoltre, essa è stata strutturata avendo a riferimento varie norme nazionali, tra cui quelle poste a tutela dei diritti ancestrali delle comunità indigene. In questo caso essa si basa su 6 principi (ulteriormente dettagliati da 17 criteri, 36 indicatori e 56 mezzi di verifica): (1) Diritti di proprietà e proprietà fondiaria; (2) Diritti delle popolazioni indigene e afro-discendenti dell'Honduras che vivono nelle aree forestali (3) Rispetto delle leggi e dei regolamenti sulla gestione delle foreste e sulla raccolta, il trasporto, l'industrializzazione e il commercio di prodotti del legno da parte degli operatori del settore forestale (4) Obblighi in materia di lavoro, salute e sicurezza sul lavoro (5) Norme sul commercio internazionale di prodotti del legno; (6) Obblighi tariffari e fiscali. L'aspetto che più risalta in questo elenco è l'impegno a rispettare i diritti delle popolazioni indigene. È questo un tratto che, coerentemente con il loro intervento nei negoziati, ricorre in maniera piuttosto costante in seno al VPA. Infine, si ritiene importante precisare che tra i criteri di verifica del principio n. 2, è menzionata la Convenzione ILO 169, con riferimento al diritto di consultazione, il c.d. *free prior and informed consultation* – FPIC. Questo requisito si riferisce alla necessaria consultazione delle popolazioni indigene in caso di coinvolgimento di terre di loro pertinenza in attività di produzione del legname. Il riferimento è agli artt. 6 e 15 del decreto 26-94, che recepisce la Convenzione ILO 169; manca, invece, una legge nazionale sul FPIC, che, precisa l'accordo, potrà essere inclusa nella matrice di legalità del VPA una volta adottata.

In generale, emerge chiaramente la profonda burocratizzazione alla base di tutti i VPA, che pongono al centro della definizione di legalità la tracciabilità del legno⁸⁹. Tuttavia, risulta evidente come la partecipazione ai negoziati di rappresentanti delle popolazioni indigene abbia portato, almeno a livello formale, al recepimento di principi posti a tutela dei loro diritti ancestrali.

⁸⁹ Cfr. B. ARTS, B. HEUKELS, E. TURNHOUT, *Tracing timber legality in practice: the case of Ghana and the EU*, in *Forest Policy and Economics*, 2021, p. 2.

3.2. Alcune considerazioni a margine dell'analisi della matrice di legalità

Per quanto riguarda il ruolo dell'UE il richiamo allo sviluppo sostenibile e alla buona governance («una migliore governance nel settore forestale rappresenta quindi un passo importante lungo il cammino dello sviluppo sostenibile»)⁹⁰ ricorrenti nell'ambito del FLEGT Action Plan e dei singoli VPA porta a riconoscere anche in questa politica la tendenza a porsi come attore del bene globale. Inoltre, la sostanziale standardizzazione dei testi dei VPA⁹¹ suggerisce una postura solida dell'UE e una tendenza all'adeguamento dei Paesi partner. Se si tiene conto, poi, del fatto che per questi stati il mercato europeo rappresenta una sicura occasione di crescita economica, la tendenza all'adeguamento acquisisce contorni meno spontanei di quanto la locuzione volontari farebbe supporre. Sul fronte dei singoli accordi, se, da un lato, la lettura dei VPA con Ghana e Indonesia ci rivela un approccio piuttosto burocratico e tecnico, lo studio del VPA con l'Honduras ci restituisce un'impostazione più attenta a una concezione dell'ambiente che ne valorizza l'aspetto relazionale, in luogo di quello puramente commerciale.

Per quanto riguarda i VPA con Ghana e Indonesia, numerosi studi hanno messo in luce come, a fronte dell'enunciata volontà di promuovere forme sostenibili di governance forestale, la verifica di legalità finisca per favorire le grandi compagnie, rivelandosi iniqua e vessatoria per i piccoli operatori⁹². A differenza degli ultimi, le prime, infatti, sarebbero attrezzate per far fronte ai costi derivanti dalla licenza FLEGT. A conclusioni del tutto simili è giunto lo studio di Myers et al., in cui i risultati ottenuti vengono esplicitamente collegati a forme di egemonia occidentale⁹³.

Per quanto concerne, invece, il VPA con l'Honduras è opportuno menzionare anche l'opinione di chi ritiene che, sebbene le popolazioni indigene siano state coinvolte come mai prima, tuttavia si sia trattato di una 'il-

⁹⁰ COM(2003)251 final, p. 6.

⁹¹ C. OVERDEVEST, J. ZEITLIN, *Forest Law Enforcement Governance and Trade (FLEGT)*, cit., p. 146.

⁹² A. MARYUDI, et al. "A level playing field"? What an environmental justice lens can tell us about who gets leveled in the Forest law enforcement, governance and trade action plan, in *Society & Natural Resources*, 2020, p. 7.

⁹³ Cfr. R. MYERS et al., *Imposing legality*, cit. Gli autori in questo caso precisano che il ricorso al termine *egemonia* è da intendere nella accezione gramsciana di condizionamento culturale, non invece come specifica intenzione di controllo e dominio europeo.

lusione di inclusione⁹⁴. La forte valenza regolatrice di questi accordi sarebbe servita per riordinare/razionalizzare sistemi che ordinati non sono⁹⁵, più che garantire un vero spazio di influenza alle popolazioni indigene. La corsa alla formalizzazione avrebbe impedito un'adeguata considerazione delle loro istanze, che in un'arena marcatamente fondata sulle esigenze di mercato dello Stato centrale, hanno ricevuto meno attenzione di quella necessaria a garantire un approccio davvero orientato alla sostenibilità della governance forestale, più che al mercato. In proposito risulta utile richiamare l'avvertimento per cui il riconoscimento di spazi di intervento è certamente importante, ma se non confluisce nell'effettiva capacità di incidere rischia di risolversi in un controproducente meccanismo di legittimazione delle forze consolidate e di ulteriore marginalizzazione delle minoranze⁹⁶. Un esempio, nel caso del VPA con l'Honduras, riguarderebbe la legge sul FPIC: sebbene il riferimento a tale principio sia stato inserito grazie alle pressioni delle popolazioni indigene, tuttavia queste ultime avevano chiesto che la legge nazionale venisse adottata prima della firma del VPA, allo scopo di inserirla tra le matrici di legalità, ma così non è stato⁹⁷.

4. Conclusioni

Questo studio vuole fornire un contributo a quel filone di ricerca che indaga il rapporto tra *Global North* e *Global South*, provando a cogliere le dinamiche di potere insite negli strumenti odierni di regolazione dei rapporti internazionali. Un campo particolarmente delicato, in cui il divario esistente alimenta le disuguaglianze e ne produce di nuove, è quello della governance ambientale globale. Se, da un lato, a soffrire di più le conseguenze della crisi climatica sono i Paesi del *Global South*, dall'altro a governare le politiche ambientali sono spesso modelli e canoni giuridici di matrice occidentale, come lo sviluppo sostenibile. A partire da queste premesse, è stata indagata l'interazione tra UE e Stati del *Global South*, in quella specifica cornice regolatoria rappresentata dalla strategia FLEGT e, in particolare, dai VPA. La matrice profondamente domestica dei requisiti posti alla base del loro funzionamento, ma la contemporanea collocazione

⁹⁴ E. VERHAEGHE, *Recognition on whose terms? Indigenous justice struggles in the EU-Honduras FLEGT VPA*, in *Geoforum*, 141, 2023, p. 3.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ L. ÁLVAREZ, B. COOLSAET, *Decolonizing Environmental Justice Studies*, cit., p. 14.

⁹⁷ E. VERHAEGHE, *Recognition on whose terms?*, cit., p. 6.

in uno scenario di interazione con l'UE, rendono questo un campo di indagine particolarmente interessante per cogliere la portata del potere normativo europeo. L'analisi condotta porta a ritenere che anche nel caso dei VPA presi in esame l'UE abbia espresso il suo potenziale di condizionamento normativo; d'altra parte, la partecipazione ai negoziati con l'Honduras di rappresentanti delle popolazioni indigene ha certamente avuto un ruolo importante nel rappresentare in un contesto internazionale un approccio diverso alla questione ambientale. L'effettiva portata di questo passo, però, è tutta da verificare.

Il cambiamento climatico tra equità intra- ed inter-generazionale: applicare l'insegnamento dei Principi di Maastricht IV

GIORGIA PANE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cambiamento climatico ed equità intra/intergenerazionale. – 3. I principi generali del diritto in una *transcivilizational perspective*. – 4. Il percorso dei principi in relazione alla tutela ambientale. – 4.1 Dove siamo: principi di diritto internazionale dell'ambiente e 'nuovi' principi generali del diritto. – 4.2 Dove andiamo: lo sviluppo sostenibile, il colonialismo climatico e il paradosso della 'protezione' dei PVS. – 5. Conclusioni.

ABSTRACT: I Principi di Maastricht IV sui Diritti Umani delle Generazioni Future, recentemente pubblicati da un gruppo di esperti dell'Università di Maastricht, adottano una definizione unica dei principi generali del diritto, definendoli come «leggi, norme, costumi e valori degli Stati e dei popoli di tutte le regioni del mondo e dei sistemi di credenze globali». Tra gli altri, il Principio 7 afferma che gli Stati devono porre rimedio alle violazioni dei diritti umani intra-generazionali, al duplice scopo di realizzare i diritti umani delle generazioni attuali ed evitare di trasmettere queste violazioni alle generazioni future. Pertanto, gli Stati devono imporre restrizioni alle attività che minano i diritti delle generazioni future, come l'uso insostenibile delle risorse naturali e la distruzione della natura, ma queste restrizioni non devono compromettere o annullare il godimento dei diritti umani delle generazioni attuali. Il punto d'incontro fra equità intra- ed intergenerazionale passa attraverso un approccio olistico e intersezionale alle questioni ambientali. Obiettivo del presente contributo è riflettere criticamente su alcune delle soluzioni contemplate in materia di ambiente (*carbon dioxide removal*, progetti REDD+ e altre forme di 'colonialismo climatico') allo scopo di attuare una lettura più consapevole delle stesse. I principi sottesi allo sviluppo sostenibile vengono chiamati in

* Dottoranda di ricerca in Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti, Università degli Studi di Palermo, giorgia.pane@unipa.it.

causa e ridiscussi, sulla base delle esperienze di coloro che ne affrontano le conseguenze.

PAROLE CHIAVE: diritto internazionale dell'ambiente – diritti umani – cambiamento climatico – principi generali del diritto – equità intergenerazionale – sviluppo sostenibile.

1. Introduzione

Il cambiamento climatico può considerarsi «la più grande violazione intergenerazionale dei diritti umani della storia», nelle parole usate da Amnesty International. L'impatto che la crisi climatica ha sulla vita delle persone è globale e devastante. Eppure, la percezione dei suoi effetti è ancora largamente legata alla differenza tra *Global North* e *Global South*.

Seguendo la definizione adottata da Atapattu e Gonzalez, consapevoli dell'indeterminatezza e del retaggio coloniale legati a questi termini, con *Global North* e *Global South* si vogliono intendere rispettivamente le nazioni 'benestanti e industrializzate' – tra cui Stati Uniti, Canada, Australia, Nuova Zelanda, Giappone e gli Stati membri dell'Unione europea – e le loro controparti genericamente individuate come 'Paesi in Via di Sviluppo' in Asia, Africa e America Latina¹. La terminologia è utilizzata, in questa sede, con lo scopo di individuare quella diversità di trattamento – comprensiva di privilegi, potere decisionale e risorse – che intercorre fra i due 'blocchi', particolarmente nel diritto internazionale relativo alla protezione dell'ambiente.

In ragione della presente suddivisione, si possono sin da subito identificare le problematiche sottese al presente contributo. Da un lato, infatti, ci si propone di analizzare l'approccio occidentalocentrico del diritto internazionale in materia di ambiente inteso come monopolio decisionale. Dall'altro, viene in rilievo la qualificazione giuridica delle categorie del diritto internazionale stesso.

L'obiettivo è dunque quello di analizzare la questione del cambiamento climatico attraverso questa duplice prospettiva, alla luce del contenuto dei Principi di Maastricht sui Diritti delle Generazioni Future (di seguito, 'Principi di Maastricht'). L'analisi si propone pertanto di esaminare il

¹ S. ATAPATTU, C.G. GONZALEZ, *The North-South Divide in International Environmental Law: Framing Issues*, in S. ALAM, S. ATAPATTU, C. G. GONZALEZ, J. RAZZAQUE (a cura di), *International environmental law and the global South*, Cambridge, 2015, p. 1 ss.

cambiamento climatico in un'ottica 'intergenerazionale' e 'intra-generazionale' (par. 2), prendendo spunto dai Principi di Maastricht e dalla rilettura dei principi generali del diritto offerta da questi (par. 3). Attraverso una rielaborazione della categoria giuridica dei principi generali, ci si propone poi di rapportarli ai principi esistenti in materia di protezione ambientale per riflettere criticamente su alcune delle soluzioni al problema del cambiamento climatico allo scopo di implementare una lettura più consapevole delle stesse (par. 4).

2. Cambiamento climatico ed equità intra/intergenerazionale

Il degrado ambientale ha indubbiamente un forte impatto sul godimento di una pluralità di diritti umani. Inoltre, i suoi effetti non si limitano alle attuali generazioni, ma si estendono a lungo nel futuro, ostacolando o minacciando la realizzazione dei diritti umani anche per le generazioni future.

Nel suo innovativo saggio del 1992, Edith Brown Weiss ha formulato l'equazione fondamentale secondo cui la vera sostenibilità implica che anche le generazioni future abbiano diritti, mettendo l'accento sul prisma della 'equità intergenerazionale'². Ha sostenuto che la teoria dell'equità intergenerazionale afferma che tutte le generazioni hanno una posizione paritaria all'interno del sistema naturale, e che non vi è alcuna base per preferire le generazioni passate, presenti o future in relazione al sistema stesso³. Tale equazione non è solo un imperativo morale, ma una vera e propria teoria che ha «radici profonde nel diritto internazionale»⁴, e che deriva dal Preambolo della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e dal suo riferimento a «tutti i membri della famiglia umana»⁵.

Weiss definisce tre principi normativi per l'equità intergenerazionale e la sostenibilità. In primo luogo, ogni generazione deve 'conservare le opzioni' per la prossima⁶, garantendo la protezione della biodiversità e delle

² E. B. WEISS, *In Fairness to Future Generations and Sustainable Development*, in *American University International Law Review*, 1992, p. 19 ss.

³ *Ivi*, p. 20: «[t]he theory of intergenerational equity states that all generations have an equal place in relation to the natural system, and that there is no basis for preferring past, present or future generations in relation to the system».

⁴ *Ibidem*.

⁵ Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, Preambolo: «[...] recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world [...]».

⁶ E. B. WEISS, *In Fairness to Future Generations and Sustainable Development*, cit., p. 20.

risorse naturali. In secondo luogo, ogni generazione deve preservare la 'qualità' del pianeta, in modo che la prossima ne goda in un modo che non sia inferiore a quello goduto dalla precedente. In terzo luogo, ogni generazione deve conservare 'l'accesso all'eredità' della precedente, proteggendo l'accessibilità delle risorse naturali.

Questa configurazione non è esente da critiche⁷. Una di queste è quella secondo cui le generazioni future non possono avere diritti perché sono indeterminate in numero e qualità⁸. Non essendo determinate, non possono essere centri di imputazione dei diritti. Tuttavia, come precisa Weiss, i diritti delle generazioni future non devono essere visti come diritti individuali, piuttosto come 'diritti di gruppo'. Inoltre, non esistono in sé, in una sorta di vuoto alienato dai contesti contemporanei, ma sono messi in relazione all'equità intra-generazionale, per almeno tre ragioni.

La prima, evidenziata da Weiss, è di natura pratica: nessun sottogruppo umano (sia esso uno Stato, il *Global North* o le comunità locali) può offrire la piena realizzazione di un ambiente sano per le generazioni future. La cooperazione e la solidarietà sono necessarie per trovare soluzioni efficaci. In quest'ottica, l'equità intergenerazionale si lega a doppio filo con quella intra-generazionale, volta al rispetto e alla salvaguardia di fasce di popolazione diverse all'interno della medesima generazione.

In secondo luogo, e da un punto di vista logico, non c'è modo di prevedere con precisione quale categoria di generazioni future erediterà le risorse e quale no. Allo stato attuale, con il corrente tasso di degrado ambientale globale, e la minaccia imminente di una «tripla crisi planetaria»⁹, tutte le generazioni future soffriranno l'inazione di quelle presenti.

⁷ Per una critica complessiva si veda S. HUMPHREYS, *Against Future Generations*, in *European Journal of International Law*, 2022, p. 1061 ss., e, in risposta, M. WEWERINKE-SINGH, A. GARG, S. AGARWALLA, *In Defence of Future Generations: A Reply to Stephen Humphreys*, in *European Journal of International Law*, 2023, p. 651 ss. Per la dottrina italiana si veda anche I. CIOLLI, *Garantire le pensioni alle generazioni future: le aporie della «solidarietà intergenerazionale» e le responsabilità della politica*, in *Rivista del Diritto e della Sicurezza Sociale*, 2022, p. 479 ss.

⁸ Weiss fa riferimento al cd. 'paradosso di Parfit', secondo il quale per qualsiasi popolazione perfettamente uguale con un benessere positivo molto elevato, c'è una popolazione con un benessere positivo molto basso da considerarsi 'migliore', con rispetto della clausola *ceteris paribus* (D. PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford, 1984).

⁹ Questo è il termine utilizzato all'interno del sistema delle Nazioni Unite per riferirsi alle tre principali crisi intersecanti a livello globale: perdita di biodiversità, crisi climatica e inquinamento. Si veda il sito web della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici su www.unfccc.int

In terzo luogo, e di conseguenza, l'equità intra-generazionale tiene conto della natura intersezionale del degrado ambientale, offrendo così una copertura per la protezione di tutti i diritti da esso influenzati, sia direttamente che indirettamente. L'equità intra-generazionale è in questo senso parte degli obblighi che l'attuale generazione deve a quelle future.

È in questo solco che si vanno a inserire i Principi di Maastricht sui Diritti delle Generazioni Future¹⁰. Essi sono stati elaborati da un gruppo di esperti¹¹ al termine di un seminario presso l'Università di Maastricht, allo scopo di evidenziare la dipendenza intergenerazionale dei diritti umani di fronte all'esistenza di una pluralità di minacce intersecantisi tra loro¹², in risposta all'assenza di strumenti adeguati a questo proposito nel diritto internazionale dei diritti umani.

Il lavoro sui Principi è stato avviato nel 2017 e si è concluso nel febbraio del 2023. Uno dei temi centrali del dibattito in materia è stato quello dell'utilizzo del termine 'diritti' in luogo di 'interessi' delle generazioni future¹³. Da questo punto di vista appare necessario richiamare il Commento generale n. 26 del Comitato dei Diritti del Fanciullo, pubblicato nel 2023 a seguito di un processo di consultazione con la comunità accademica e la società civile. Nella sezione dedicata all'equità intergenerazionale e alle future generazioni, il Comitato sceglie di adottare il termine 'interessi' in luogo di quello, più stringente, di 'diritti'¹⁴.

I Principi di Maastricht optano per una scelta più audace, esplicitamente riferendosi ai diritti delle generazioni future, in ragione della necessità di individuare obblighi legali e rimedi efficaci. I Principi, da questo

¹⁰ Consultabili liberamente su www.rightsoffuturegenerations.org

¹¹ Tra i quali spicca la firma di David R. Boyd, ex Special Rapporteur su Diritti Umani e Ambiente, nonché di altre due dozzine fra precedenti e attuali Special Rapporteurs e membri di *treaty bodies*. Sull'impatto della dottrina nella sistematica delle fonti si veda S. SIVAKUMARAN, *The Influence of the Teachings of Publicists on the Development of International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2017, p. 1 ss., dove viene effettuata una valutazione non solo alla luce della giurisprudenza di corti e tribunali internazionali, ma dell'interesse degli attori che compongono la comunità internazionale.

¹² Tra le quali il cambiamento climatico, l'inquinamento, la perdita di biodiversità e altri fenomeni come le nuove tecnologie (ad esempio, l'intelligenza artificiale), e i conflitti armati.

¹³ Si vedano anche, in maniera completa, gli Atti del XXVI Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale e Diritto dell'Unione Europea: M. FRULLI (a cura di), *L'interesse delle generazioni future nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Napoli, 2023.

¹⁴ Comitato dei Diritti del Fanciullo, *General comment No. 26 (2023) on children's rights and the environment with a special focus on climate change*, U.N. Doc. CRC/C/GC/26 del 22 agosto 2023, par. 11 ss.

punto di vista, pongono le basi per un futuro impatto giuridico strategico. Appare doveroso specificare che i Principi adottano una definizione di generazioni future molto ampia, che include «those generations who do not yet exist but will exist and will inherit the Earth»¹⁵, in questo senso adottando una concezione ‘continuativa’ del tempo che riconosca il profondo impatto di azioni e omissioni presenti su quegli esseri umani che nascono in ogni momento, ma anche decenni o addirittura secoli nel futuro.

Alla luce di questa ricostruzione temporale, i Principi annoverano tra le proprie fonti il riconoscimento dell’universalità dei diritti umani, i doveri di preservare le risorse naturali contenuti in alcuni trattati internazionali¹⁶, nonché i principi generali del diritto.

3. I principi generali del diritto in una *transcivilizational perspective*

Nell’articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, tra le fonti del diritto internazionale al terzo posto dopo gli accordi e le consuetudini, vengono annoverati i «principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili»¹⁷.

L’interpretazione della nozione è stata oggetto di fervente dibattito dottrinale¹⁸, sia con riferimento alla loro origine – da rinvenirsi nei lavori preparatori allo Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale – sia in rapporto alla loro applicazione nella prassi. Nelle parole di Conforti, questa formulazione sarebbe da ricondursi a «una delle strade per affermare la natura internazionalistica di quei principi, oggi universalmente propugnati, che mirano a salvaguardare la dignità umana e ad attuare una

¹⁵ Principi di Maastricht, Principio 1.

¹⁶ Si vedano, ad esempio, la Convenzione sulla diversità biologica del 1992, la Convenzione per combattere la desertificazione del 1994 e la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992.

¹⁷ Art. 38, Statuto della Corte di Giustizia: «1. La Corte, cui è affidata la missione di regolare conformemente al diritto internazionale le divergenze che le sono sottoposte, applica: (...) c. i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili».

¹⁸ Sono numerosi gli studiosi che si sono occupati del tema. In un’ottica puramente esemplificativa si citano D. ANZILOTTI, *Cours de Droit International (Premier Volume)*, Paris, 1929; A. ROSS, *A Textbook of International Law*, London/New York/Toronto, 1947; P. WEIL, *Le Droit International En Quête de Son Identité, Cours Général de Droit International Public*, in *Recueil des Cours*, The Hague, 1996; H. LAUTERPACHT, *International Law - Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht - Vol. I - The General Works*, Cambridge, 1978; A. PELLET, *Article 38*, in A. ZIMMERMANN, C. TOMUSCHAT, K. OELLERS-FRAHM, C. J. TAMS (a cura di), *The Statute of International Court of Justice - A Commentary*, Oxford, 2012, p. 764 ss.

migliore giustizia sociale»¹⁹. In questo senso, i principi generali del diritto fungerebbero da soglia per l'ingresso di diritti umani riconosciuti dal diritto internazionale generale, operando come fonte accanto alla consuetudine per quel che attiene a diritti di provenienza statale piuttosto che internazionale²⁰. Henkin li riconduce a norme di rango 'costituzionale', riferendosi alla loro origine 'suprema'²¹.

La funzione originaria dei principi generali del diritto, però, a ben vedere, era tutt'altra. Nati come formula di compromesso tra la proposta del delegato francese Descamps, che suggeriva di inserire «norme di diritto internazionale riconosciute dalla coscienza giuridica delle nazioni civili» allo scopo di evitare pronunce di *non liquet* in assenza di norme consuetudinarie o pattizie²², e quella opposta dello statunitense Root, i principi generali del diritto sembrano rappresentare quell'agglomerato di regole – di giustizia e logica giuridica – comuni alle procedure e al diritto interni, da applicare in via suppletiva²³.

Seguendo quest'impostazione, e sviluppandola, Focarelli li riporta, infine, a quei principi minimi di civiltà dell'intera comunità umana, riconducibili a fondamenti di 'giustizia e umanità'²⁴.

La terminologia usata – 'comuni alle nazioni civili' – risente chiaramente di un'influenza colonialista, ritenuta anacronistica e offensiva e da tempo abbandonata nella prassi e nei trattati a seguito della decolonizzazione iniziata negli anni '60²⁵.

¹⁹ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, XI ed., Napoli, 2018, p. 51-52.

²⁰ R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, Torino, 2020, p. 35. Sui rapporti fra consuetudine e principi si veda P. DE SENA, *Prassi, consuetudine e principi nel campo dei diritti dell'uomo. Riflessioni internazionalistiche*, in *Ragion pratica*, 2014, p. 511 ss. Sulla sussistenza di principi generali del diritto internazionale, si veda complessivamente il primo Rapporto sui principi generali del diritto, curato da Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur della Commissione di diritto internazionale, pubblicato il 5 aprile 2019 [U.N. Doc. A/CN.4/732]. Si veda anche P. ASKARY, *The ILC Work on the General Principles of Law and its Implications for the Coherence of the International Legal System*, in *OpinioJuris*, 22 maggio 2023.

²¹ L. HENKIN, *Human Rights and State Sovereignty*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1996, p. 31 ss.

²² Per una critica, si veda O. SPIERMANN, *The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: A Purely Platonic Discussion?*, in J. D'ASPREMONT, S. BESSON (a cura di), *Oxford Handbook of Sources of International Law*, Oxford, 2017, p. 167 ss.

²³ Così come proposto dall'inglese Lord Phillimore. Si veda C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, V ed., Milano, 2020, p. 145 ss. nonché la dottrina ivi citata.

²⁴ *Ivi*, p. 149.

²⁵ CIG, sentenza del 20 febbraio 1969, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands; Federal Republic of Germany v. Denmark)*, *Separate Opinion* del

Sebbene parte della dottrina abbia in qualche modo tentato di ricondurre il termine ‘civili’ a una moderna nozione di civiltà, individuata nel rispetto del diritto internazionale dei diritti umani²⁶, le criticità del termine persistono.

La teoria che segue la formulazione dei principi generali del diritto è, in buona parte, rimasta la stessa. La natura essenzialmente occidentalocentrica del diritto internazionale non è stata davvero messa in discussione da quegli autori che difendono una ‘rilettura’ dei principi generali del diritto, e gli stessi *twaiters*²⁷ non sono riusciti a scalfire la concezione positivista e giudiziario-centrica del diritto internazionale.

Onuma Yasuaki invoca a tal proposito un cambio di prospettiva che non sia meramente internazionale o transnazionale, ma *transcivilizational*, in grado di attraversare civiltà diverse²⁸. Solo in questo modo il concetto stesso di ‘nazioni civili’ può essere messo in discussione.

Ed è in quest’ottica che i Principi di Maastricht adottano una definizione più ampia dei principi generali del diritto, includendovi leggi, norme, costumi e valori degli Stati e dei popoli di tutte le regioni del mondo, nonché dei sistemi di credenze globali.

La definizione così posta si pone in netto contrasto con quanto previsto dall’articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia.

In primo luogo, essa rigetta efficacemente l’idea che vi siano ‘nazioni civili’ e ‘nazioni incivili’, individuate pedissequamente secondo un binarismo che riprende la suddivisione fra *Global North* e *Global South*. Anche volendo considerare il rispetto della dignità umana come canone di civiltà, non si può non riconoscere che la violazione del diritto internazionale dei diritti umani è comune agli Stati sia dell’una che dell’altra categoria. In tal

giudice F. Ammoun. Si vedano anche M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of International Law, 1870–1960*, Cambridge, 2002; e L. ESLAVA, S. PAHUJA, *Beyond the (Post)Colonial: TWAIL and the Everyday Life of International Law*, in *Verfassung und Recht in Übersee VRÜ*, 2012, p. 195 ss.

²⁶ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 51: «si tratta semmai di intendersi su un concetto nuovo di ‘civiltà’ ed in quanto Stati incivili (che torturano, o commettono altre gravi violazioni dei diritti umani) esistono anche oggi».

²⁷ Termine che indica gli intellettuali che si riconoscono nella corrente interpretativa dei *third world approaches to international law* (cd. TWAIL). Il termine è ampio e include in sé lavori di studiosi e studiose attivi tra gli anni ‘60 e ‘70 (TWAIL I) e dagli anni ‘90 in poi (TWAIL II). Per un’analisi approfondita si veda A. ANGHIE, *Rethinking International Law: A TWAIL Retrospective*, in *European Journal of International Law*, 2023, p. 7 ss.

²⁸ ONUMA Y., *A Transcivilizational Perspective on International Law*, Leiden, 2010, p. 183. Nel rispetto della tradizione culturale giapponese, viene qui indicato prima il nome di famiglia e poi il nome proprio.

modo i Principi di Maastricht rigettano quella (in)consapevole associazione fra sviluppo economico e sviluppo culturale che reitera la convinzione secondo cui gli Stati appartenenti al *Global South* non abbiano nulla – o ben poco – da contribuire all'avanzamento del diritto internazionale stesso²⁹.

Secondariamente, la definizione contenuta nei Principi di Maastricht mette in discussione la concezione Stato-centrica connaturata al diritto internazionale moderno, percepito ancora come il diritto delle 'nazioni' – e dei loro apparati regolarmente costituiti. Le ragioni dietro questo secondo punto sono coerenti col progressivo ampliarsi dei soggetti di diritto internazionale, e col moltiplicarsi delle istanze degne di considerazione nelle sedi internazionali³⁰.

Infine, i Principi di Maastricht riconoscono valore non soltanto a quei sistemi di diritto positivo comuni al diritto internazionale, ma anche alle 'credenze globali'. Ci si riferisce alla rilevanza delle tradizioni incluse nelle tradizioni religiose e culturali diffuse a livello mondiale. Specifico riferimento è fatto alle conoscenze custodite dai Popoli Indigeni e al loro legame con le terre ancestrali.

La rilevanza di questa nuova concezione dei principi generali del diritto spiega i suoi effetti ben oltre le questioni ambientali. Si pensi, in via puramente esemplificativa, alle potenziali applicazioni in materia di investimenti, diritto dei conflitti armati, diritto internazionale dei diritti umani, diritto penale internazionale.

Allo scopo del presente contributo, tuttavia, ci si soffermerà sull'interazione fra questi e le soluzioni in materia di tutela dell'ambiente.

4. Il percorso dei principi in relazione alla tutela ambientale

La rilettura dei principi generali del diritto fornita dai Principi di Maastricht offre spunti di riflessione per quanto attiene alle *rationes* sottese alle formule che vengono individuate per contrastare il degrado ambientale, a

²⁹ Come dimostrato dall'asserito ruolo 'civilizzatore' del diritto internazionale. Per una ricostruzione diacronica del punto – in senso critico – si veda A. FITZMAURICE, *Scepticism of the Civilizing Mission in International Law*, in M. KOSKENNIEMI, W. RECH, M. JIMÉNEZ FONSECA (a cura di), *International Law and Empire: Historical Explorations*, Oxford, 2016, p. 359 ss. Si veda anche B. BOWDEN, *The Colonial Origins of International Law: European Expansion and the Classical Standard of Civilization*, in *Journal of the History of International Law*, 2005, p. 1 ss.

³⁰ Per un recente appello alla ricalibrazione del diritto internazionale in funzione del moltiplicarsi di queste istanze, si veda M. S. KELSALL, *Disordering international law*, in *The European Journal of International Law*, 2022, p. 729 ss.

partire dai meccanismi consolidati di precauzione, prevenzione e condivisione delle responsabilità, fino alle più moderne soluzioni proposte in seno a progetti REDD+ e altre forme di 'colonialismo climatico'.

4.1 Dove siamo: principi di diritto internazionale dell'ambiente e 'nuovi' principi generali del diritto

La materia della protezione internazionale dell'ambiente è in larga parte rimessa alla disciplina del diritto internazionale dell'ambiente. Non è questa la sede per una disamina approfondita del tema della responsabilità ambientale e delle sue criticità³¹, ma ciò che preme evidenziare è come i principi esistenti in materia si siano sviluppati nella loro interpretazione maggioritaria e come invece possano essere reinterpretati alla luce dei contributi provenienti dal *Global South* e i cd. Paesi in Via di Sviluppo (PVS).

Fra i principi che trovano la loro origine nel diritto consuetudinario, possiamo senz'altro rinvenire il divieto di inquinamento transfrontaliero (cd. *transboundary harm*), sancito dalla Corte internazionale di giustizia nel parere consultivo sulla *Legalità della minaccia o dell'uso di armi nucleari*, in cui la Corte afferma che «[t]he existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment»³².

Sempre la Corte internazionale di giustizia, nell'affermare l'obbligo per lo Stato di condurre una valutazione d'impatto ambientale (*environmental impact assessment*) allo scopo di evitare danni ad altri Stati o 'terri-

³¹ Sul tema degli obblighi statali si rinvia a M. MEGURO, *Litigating climate change through international law: Obligations strategy and rights strategy*, in *Leiden Journal of International Law*, 2020, p. 933 ss. Si segnalano inoltre le tre richieste di parere consultivo presentate alla Corte internazionale di giustizia, alla Corte interamericana dei diritti umani e al Tribunale internazionale del diritto del mare. Per un'analisi critica B. MAYER, *International Advisory Proceedings on Climate Change*, in *Michigan Journal of International Law*, 2023, p. 41 ss. Il parere consultivo del Tribunale internazionale del diritto del mare è stato emanato il 21 maggio 2024. Esso si focalizza sul tema dell'inquinamento marino, facendo riferimento ai diritti umani solo una volta in 153 pagine, brevemente, al paragrafo 66. Sul punto si veda il blogpost di K. ELMARMOUD, *The ITLOS Advisory Opinion: Human Rights as a Withered Branch of International Law?*, in *EJIL:Talk!*, 24 giugno 2024.

³² CIG, parere consultivo dell'8 luglio 1996, *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, par. 29, enfasi aggiunta.

tori', ne ha ricondotto i fondamenti al principio di prevenzione, affermandone l'origine consuetudinaria³³, legata al più generale dovere di esercitare *due diligence* «not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States»³⁴. Il principio di prevenzione opera in questo senso come 'limite intrinseco' al principio della sovranità permanente degli Stati e dei 'popoli' sulle risorse naturali³⁵.

Correlato al principio di prevenzione è poi il principio di precauzione. Quest'ultimo è definito dal Principio 15 della Dichiarazione di Rio sull'Ambiente e lo Sviluppo (da ora "Dichiarazione di Rio") come di seguente: «[w]here there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental damage».

Letti in combinato disposto i due principi operano in maniera non dissimile ma in due circostanze diverse. Il principio di prevenzione, infatti, opera nel campo della 'certezza' scientifica, mentre quello di precauzione in quello della 'incertezza'. In altre parole, dove il principio di prevenzione agisce per evitare rischi laddove le relazioni di causa-effetto siano già note, la precauzione entra in gioco quando la probabilità di realizzazione di un evento non può essere inconfutabilmente dimostrata³⁶.

³³ CIG, sentenza del 20 aprile 2010, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina c. Uruguay)*, par. 101. Si vedano anche, *ex multis*, CIG: sentenza del 31 marzo 2014, *Whaling in the Antarctic (Australia c. Japan)*; sentenza del 16 dicembre 2015, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica c. Nicaragua)* e *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua c. Costa Rica)*. Sul divieto di inquinamento transfrontaliero si veda L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come common concern*, in R. FERRARA, M. A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, p. 93 ss.

Sul principio di prevenzione si veda M. GERVASI, *Prevention of Environmental Harm under General International Law. An Alternative Reconstruction*, Napoli|Baden Baden, 2021.

³⁴ CIG, sentenza del 9 aprile 1949, *Corfu Channel (United Kingdom c. Albania)*, in *I.C.J. Reports 1949*, p. 22.

³⁵ F. X. PERREZ, *The relationship between 'permanent sovereignty' and the obligation not to cause transboundary environmental damage*, in *Environmental Law*, 1996, p. 1187 ss. Sul principio di sovranità permanente si veda anche K. KOHDAY, *The Emerging South and the Evolution of Sovereignty over Natural Resources*, in M. C. BASSIOUNI E ALTRI (a cura di), *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence. Global Trends: Law, Policy & Justice Essays in Honour of Professor Giuliana Ziccardi Capaldo*, Oxford, 2013, p. 41 ss. In senso critic, si veda C. ARMSTRONG, *Against 'permanent sovereignty' over natural resources*, in *Politics, Philosophy & Economics*, 2015, p. 129 ss.

³⁶ N. DE SADELEER, *Environmental Principles*, Oxford, 2002, p. 74-75.

In che modo questa relazione può essere interpretata alla luce di contributi provenienti dal *Global South*? E come entrano in gioco i principi generali del diritto in questo aspetto?

In questo ambito appare particolarmente rilevante menzionare, a titolo esemplificativo, il caso *Los Cedros*, deciso nel 2021 dalla Corte costituzionale dell'Ecuador, nel quale una lettura diversa del principio di precauzione viene adoperata allo scopo di porre limiti più stringenti alla concessione di permessi minerari.

I giudici hanno affermato che vi sono due elementi da prendere in considerazione nella valutazione dell'impatto ambientale di un progetto: l'esistenza di un rischio potenziale di danno grave e irreversibile alla natura e la mancanza di piena certezza scientifica sugli impatti negativi di un'attività³⁷. Entrambi gli elementi sono indicati come applicazioni del principio di precauzione, come sancito dal Principio 15 della Dichiarazione di Rio. Tuttavia, a ben vedere, lo standard posto dal caso *Los Cedros* è più elevato di quello previsto dalla Dichiarazione di Rio, andando a incidere proprio sul requisito della "certezza", sostituendolo alla 'incertezza'³⁸. La Corte costituzionale dell'Ecuador ha previsto infatti che perché una concessione mineraria governativa sia legittima vi debba essere la 'certezza scientifica' che l'attività non avrà effetti negativi sull'ambiente, e nessuna menzione dell'analisi costi-benefici viene fatta.

L'interpretazione maggioritaria, persistente nella giurisprudenza e nella dottrina, dei principi in esame, guarda agli stessi come limiti negativi, prevedendo una soglia oltre la quale non è permesso agire. Ora, l'apposizione della soglia è frutto del bilanciamento esistente fra bisogni economici dello Stato e tutela dell'ambiente. L'intera disciplina del diritto internazionale dell'ambiente è in questo senso improntata al permettere agli Stati di fare tutto quanto non sia proibito.

La lettura offerta dalla Corte costituzionale dell'Ecuador, però, ribalta i ruoli.

Ispirata al rispetto della tradizione indigena e alla tutela dei cd. diritti della Natura – sui quali non è possibile soffermarsi in questa sede³⁹ – la

³⁷ Corte costituzionale dell'Ecuador, sentenza del 10 novembre 2021, 1149-19-JP/20, *Los Cedros*, par. 62.

³⁸ G. PRIETO, *The Los Cedros Forest has Rights: The Ecuadorian Constitutional Court Affirms the Rights of Nature*, in *Verfassungsblog*, 10 dicembre 2021.

³⁹ Si rinvia, per un approfondimento, ai seguenti contributi: C. D. STONE, *Should Trees Have Standing? – Toward Legal Rights for Natural Objects*, in *Southern California Law Review*, 1972, p. 450 ss.; A. FISCHER-LESCANO, *Nature as a Legal Person: Proxy Constellations in Law*,

sentenza in esame s’inserisce nel solco della giurisprudenza costituzionale e regionale in America Latina⁴⁰ e altri Paesi appartenenti al *Global South*⁴¹, da cui proviene l’apertura nei confronti d’interpretazioni che prevedano una iscrizione dello sviluppo economico all’interno del rispetto per l’ambiente in senso lato, inteso come l’intero ecosistema di cui gli esseri umani non sono che una parte⁴².

Senza procedere nel dettaglio sulla delineazione di questo approccio, appare tuttavia rilevante per la presente analisi sottolineare l’emergere di un apprezzamento nei confronti di interpretazioni orientate da contributi culturali e tradizionali – cionondimeno giuridici – in linea con la definizione di principi generali del diritto contenuta nei Principi di Maastricht. Si rinviene lo stesso approccio anche nella giurisprudenza più recente della Corte interamericana dei diritti umani in materia di proprietà e ambiente⁴³. Si segnalano in proposito due recenti pronunce, entrambe facenti le-

in *Law & Literature*, 2020, p. 237 ss.; S. EMMENEGGER, A. TSCHENTSCHER, *Taking Nature’s Rights Seriously: The Long Way to Biocentrism in Environmental Law*, in *The Georgetown International Environmental Law Review*, 1994, p. 545 ss.

⁴⁰ M.A. TIGRE, A. HARRINGTON, N. URZOLA, H. EVANS, A. KASZMAR, A. BERNAL, A. VAN DER KLEYN, *Las respuestas del Sistema Interamericano durante la pandemia por COVID-19: El desarrollo de los derechos humanos verdes en casos de pueblos originarios a nivel nacional y regional*, in *Revista de Derecho Ambiental*, 2021, p. 7 ss.

Sul versante costituzionale si segnala, a titolo esemplificativo, la sentenza della Corte costituzionale della Colombia, che ha riconosciuto una violazione dell’obbligo di *due diligence* in relazione ai diritti fondamentali della comunità Wayúu (Corte costituzionale della Colombia, sentenza 16 dicembre 2019, T-614-19). Dal punto di vista regionale, di rilievo è il parere consultivo della Corte interamericana dei diritti umani su Ambiente e Diritti Umani (15 novembre 2017, OC-23/17).

⁴¹ K. SANDERS, ‘Beyond Human Ownership’? *Property, Power and Legal Personality for Nature in Aotearoa New Zealand*, in *Journal of Environmental Law*, 2018, p. 207 ss.; E. L. O’DONNELL, *At the Intersection of the Sacred and the Legal: Rights for Nature in Uttarakhand, India*, in *Journal of Environmental Law*, 2018, p. 135 ss.; E. DALY, *Environmentalism Constitutionalism in Defense of Nature*, in *Wake Forest Law Review*, 2018, p. 667 ss.

⁴² K. BOSSELMAN, *Shifting the Legal Paradigm: Earth-centred Law and Governance*, in P. MAGALHES, W. STEFFEN, K. BOSSELMANN, A. ARAGO (a cura di), *The Safe Operating Space Treaty: A New Approach to Managing Our Use of the Earth System*, Cambridge, 2016, p. 64 ss.; R. BROOKS, R. JONES, *Law and Ecology: The Rise of the Ecosystem Regime (Ecology and Law in Modern Society)*, London, 2002.

⁴³ Si segnala come il sistema interamericano abbia riconosciuto da tempo risalente l’approccio comunitario al diritto di proprietà riconosciuto in capo ai Popoli Indigeni, nel rispetto della tradizione culturale di riferimento: Commissione interamericana dei diritti umani, risoluzione del 16 maggio 1984, OEA/Ser.L/V/II.62, doc 26, *Resolución sobre el procedimiento de solución amistosa sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito*; Corte interamericana dei diritti umani, sen-

va sulla piena giustiziabilità del diritto a un ambiente sano e sul rispetto della natura collettiva del diritto di proprietà sulle terre ancestrali riconosciuto in capo alle Popolazioni Indigene⁴⁴.

Certamente, permane la possibile obiezione riguardo alla nascita di tali principi. Rimane da vedere se la diffusione di tali principi sia sufficiente a poter sostenere che ci si trova dinanzi a un principio generale del diritto, anche volendo restare nell'alveo dato dai Principi di Maastricht. Tuttavia, per gli obiettivi del presente contributo, questo punto è marginale.

Ciò che appare evidente e degno di nota è la volontà condivisa di trovare soluzioni alternative rispetto a quelle adoperate sinora, in tal senso adottando una declinazione dello sviluppo che sia effettivamente sostenibile.

4.2 Dove andiamo: lo sviluppo sostenibile, il colonialismo climatico e il paradosso della 'protezione' dei PVS

Come la sovranità permanente, anche il diritto allo sviluppo codifica un principio che si può dire derivante dal *Global South*⁴⁵.

La prima menzione del principio dello sviluppo sostenibile viene fatta all'interno de cd. Rapporto Brundtland del 1987⁴⁶, il quale sottolineava il legame tra i problemi critici e globali connessi all'ambiente da un lato e l'estrema povertà del *Global South* e i modelli di produzione e consumo insostenibili del *Global North* dall'altro. Esso veniva definito dal Rapporto Brundtland come «development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs»⁴⁷. Il termine 'sviluppo sostenibile' andava quindi a individuare una strategia volta a integrare sviluppo e sostenibilità attraverso un esplicito richiamo alla soddisfazione dei bisogni della generazione presente e delle generazioni future. Il suo obiettivo era quindi di riequilibrare il divario di poteri e risorse fra le due sfere globali, attenzionando i bisogni dei PVS.

tenza del 31 agosto 2001, Serie C, No 79, [146], *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas*.

⁴⁴ Corte interamericana dei diritti umani: sentenza del 6 febbraio 2020, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*; sentenza del 27 novembre 2023, *Habitantes de La Oroya v. Perú*.

⁴⁵ ONUMA Y., *A Transcivilizational Perspective on International Law*, cit., p. 181.

⁴⁶ Rapporto della Commissione mondiale su Ambiente e Sviluppo, *Our Common Future*, 1987 (Allegato a U.N. Doc. A/42/427 - *Development and International Cooperation: Environment*).

⁴⁷ *Ivi*, capitolo 2, par. 1.

Il concetto in sé è rimasto per lo più nebuloso, ed è stato utilizzato anche per giustificare l'adozione di misure che di sostenibile avevano ben poco. Certo, l'astrattezza del suo contenuto è stata una delle ragioni della sua approvazione, e, come evidenziato da Bruno Simma, «that needs not necessarily be considered a disadvantage»⁴⁸. Tuttavia, alcune delle più recenti e 'illuminate' soluzioni in materia di ambiente sollevano dubbi circa la possibilità di individuare una evoluzione o involuzione del concetto stesso.

Nel 2022, la COP (*Conference of the Parties*) in seno alla Convenzione quadro sui cambiamenti climatici ha approvato l'adozione di un *loss and damage fund*, un fondo per risarcire le perdite e i danni causati dal cambiamento climatico antropogenico. Nel rispetto del principio di diritto internazionale dell'ambiente delle responsabilità comuni ma differenziate (*common but differentiated responsibilities*, da ora CBDR), il Fondo sarebbe accessibile ai Paesi che meno contribuiscono al riscaldamento globale ma ne subiscono gli effetti peggiori. Tralasciando per un momento la circostanza che non tutti i Paesi del *Global South* rientrano in questa categoria, possiamo affermare che la maggior parte di essi corrisponda alla descrizione⁴⁹.

Il principio delle CBDR, come sancito dalla Dichiarazione di Rio e accolto dalla Convenzione quadro sui cambiamenti climatici, comporta infatti che i «developed countries acknowledge the responsibility that they bear in the international pursuit of sustainable development in view of the pressures their societies place on the global environment and of the technologies and financial resources they command»⁵⁰.

Il *loss and damage fund* così inteso dovrebbe – quando implementato – comprendere il trasferimento di risorse finanziarie dai Paesi 'sviluppati' (*rectius* 'industrializzati') verso i PVS. La prima criticità che si può rinvenire riguarda l'assenza d'indicazioni quanto al funzionamento del Fondo, ai

⁴⁸ B. SIMMA, *Foreword*, in N. SCHRIJVER, F. WEISS (a cura di), *International Law and Sustainable Development: Principles and Practice*, Leiden, 2004.

⁴⁹ Si veda il database della Commissione europea, EDGAR (*Emissions Database for Global Atmospheric Research*) consultabile qui www.edgar.jrc.ec.europa.eu. Nello specifico, si segnala il Rapporto del 2023, *GHG emissions of all world countries*.

⁵⁰ Dichiarazione di Rio del 1992, Principio 7.

Sul principio delle responsabilità comuni ma differenziate si veda L. PINESCHI, *Tutela dell'ambiente e responsabilità comuni ma differenziate nei rapporti tra Stati sviluppati e Stati in via di sviluppo*, in N. BOSCHIERO, R. LUZZATTO (a cura di), *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti, XII Convegno della Società italiana di Diritto internazionale (Milano, 8-9 giugno 2007)*, Napoli, 2008, p. 87 ss.

meccanismi di erogazione, e alle loro condizioni. La configurazione è stata demandata a un Comitato di transizione composto per più della metà da Paesi del *Global South* e che doveva prevedere una proposta entro la COP28 che si è tenuta nel 2023 a Dubai⁵¹. La seconda criticità è connessa al Comitato stesso, e all'assenza di consultazione di quei gruppi – comunità locali, Popoli Indigeni, società civile – che sono maggiormente colpiti dalle decisioni dello stesso, ancora una volta individuati come beneficiari (diretti o indiretti) privi di potere decisionale.

Ciò è particolarmente grave se si considera che, per i progetti che hanno un impatto sull'ambiente e sulla popolazione, la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei Popoli Indigeni del 2007 prevede la necessità di ottenere non una mera consultazione ma addirittura il *free, prior and informed consent*⁵².

Il principio non rileva solo per quei progetti che hanno un impatto direttamente negativo sull'ambiente, ma anche per quelli che, al contrario, sono improntati alla conservazione, protezione e ripristino delle risorse naturali – le cd. *nature based solutions* (NBS)⁵³. Fra queste ultime vanno ricondotti anche i progetti REDD+ (*Reducing Emissions from Deforestation and Forest Degradation*), volti a tutelare le foreste attraverso un sistema di incentivi finanziari. In altre parole, ad essere pagato sarebbe il servizio di trattenimento di CO₂ svolto dalle foreste, il quale va però provato. La circostanza non è irrilevante poiché i progetti REDD+ vengono finanziati attraverso i cd. *carbon credits*, cioè quel sistema di vendita e acquisto di emissioni che consente ai *big polluters* di azzerare l'impatto delle loro emissioni, acquistando il 'diritto di inquinare' di coloro che inquinano meno – proprietari del progetto REDD+.

⁵¹ Al momento in cui si scrive è pervenuta una proposta che presenta criticità in ordine al ruolo preminente della Banca Mondiale, all'assenza della previsione di una cifra minima da stanziare nonché delle modalità di finanziamento del Fondo, e alla mancata menzione del principio delle CBDR. Per un'analisi recente v. A. ZUHRA, A. SABIRIN, *Quo Vadis Loss and Damage Fund After Cop28?*, in *ADPEBI International Journal of Business and Social Science*, 2024, p. 45 ss; M. COLLI VIGNARELLI, *Accordo sul loss and damage fund alla COP27: il diritto internazionale alla prova della crisi climatica "qui ed ora"*, in *SIDIBlog*, 26 aprile 2023.

⁵² Il principio è contenuto anche nella Convenzione n. 169 dell'Organizzazione internazionale del lavoro del 1989 e nella Convenzione sulla diversità biologica del 1992.

⁵³ Sul tema dell'impatto indiretto, si segnala anche il caso *Unión Hidalgo v. EDF* pendente in Francia e avente ad oggetto la costruzione di un parco eolico in Messico senza una previa reale consultazione con le comunità locali. Per un approfondimento si veda J. S. CONTRERAS, N. ALTAMIRANO, *STOP EDF MEXIQUE, Colonialisme vert et transition énergétique au Mexique: la face cachée de l'extractivisme et du renouvelable industriel*, in *Mouvements*, 2022, p. 130 ss.

Enormi critiche sono state sollevate sin dall'inizio in relazione alle implicazioni sociali e all'impatto sui diritti umani dell'attuazione di meccanismi incentrati esclusivamente sugli incentivi finanziari legati allo stoccaggio del carbonio in una foresta, ignorando così il valore intrinseco della foresta e la varietà delle problematiche che possono sorgere in relazione alla sua proprietà, specialmente quando questa è contestata, come spesso accade, dai Popoli Indigeni che la abitano⁵⁴. Non a caso in relazione a questo tipo di misure si è parlato di 'colonialismo climatico'⁵⁵.

Appare evidente come la premessa di progetti come REDD+ sia ancora una volta quella della comprensione di una sostenibilità occidentale e occidentalo-centrica, che guarda a un rapporto di costi-benefici in cui il profitto economico resta l'obiettivo principale. Il proliferare di questi progetti, mascherati da meccanismi di tutela dell'ambiente, lungi dal procurare risposte alle istanze di mitigazione e adattamento sancite dall'Accordo di Parigi⁵⁶, perpetuano una concezione dello sviluppo 'a breve termine' che ha mostrato ampiamente di non essere sostenibile nel lungo periodo e si mostrano pertanto incompatibili con l'approccio intergenerazionale sostenuto dai Principi di Maastricht e dal Rapporto Brundtland sullo sviluppo sostenibile.

Nello specifico, i Principi di Maastricht promulgano una lettura delle violazioni dei diritti umani intra- e intergenerazionali che comporti l'apposizione di restrizioni alle attività che minano i diritti delle generazioni future, come l'uso insostenibile delle risorse naturali e la distruzione della natura, senza che queste restrizioni compromettano e annullino il godimento dei diritti umani delle generazioni attuali. Così il Principio 7 sottolinea la necessità che gli Stati rettifichino la sproporzione esistente nei livelli di controllo e utilizzo delle risorse, in linea con la formulazione originaria del principio dello sviluppo sostenibile.

⁵⁴ M. M. BAYRAK, L. M. MARAFA, *Ten Years of REDD+: A Critical Review of the Impact of REDD+ on Forest-Dependent Communities*, in *Sustainability*, 2016, p. 620 ss.

⁵⁵ J. DEHM, *Carbon colonialism or climate justice? Interrogating the international climate regime from a TWAIL perspective*, in *The Windsor Yearbook of Access to Justice*, 2016, p. 129 ss.; F. NEYROZ, *"Colonialismo climatico": una lettura dell'attuale stato del climate law*, in *BioLaw Journal - Rivista Di BioDiritto*, 2023, p. 103 ss.; G. K. BHAMBRA, P. NEWELL, *More than a metaphor: 'climate colonialism' in perspective*, in *Global Social Challenges Journal*, 2022, p. 1 ss.

⁵⁶ Accordo di Parigi del 2015, Articoli 4 e 7.

6. Conclusioni

I Principi di Maastricht non sono uno strumento vincolante, ma possono fungere da guida per la reinterpretazione delle norme del diritto internazionale in materia di ambiente.

Nel promuovere una definizione non-coloniale dei principi generali del diritto, i Principi di Maastricht fanno infatti molto più di un'affermazione politica. Riconoscono il valore che si trova all'interno di sistemi diversi da quelli europei ed occidentalo-centrici. Fanno spazio a diversi paradigmi giuridici e affrontano esplicitamente la questione dell'intersezione tra equità intergenerazionale e intra-generazionale.

In primo luogo, essi rifiutano il mito della 'civilizzazione', rigettando una suddivisione fra nazioni civili e non civili. Riconoscono che i parametri della civiltà variano a livello globale e persino all'interno degli stessi Stati.

Inoltre, non limitano l'indagine sull'esistenza di principi generali del diritto alle sole "nazioni", ma s'interrogano anche sulle tradizioni comuni ai popoli, riflettendo in questo modo la rilevanza di esperienze culturali diverse da quelle delle democrazie occidentali.

Sulla stessa linea, si propongono di andare oltre il diritto positivo, coinvolgendo le "credenze" locali, attraverso una valorizzazione delle tradizioni ancestrali e dei sistemi giuridici fondati su di esse.

L'esigenza di rivedere gli equilibri internazionali e di ottenere risposte efficaci non solo al cambiamento climatico ma alla molteplicità di crisi che impattano sul godimento dei diritti umani a livello globale comporta la disponibilità ad individuare soluzioni interpretative che vadano a modernizzare il diritto internazionale. Applicare tale approccio a principi consolidati nel diritto internazionale dell'ambiente significa aprire alla possibilità di interpretazioni evolutive degli stessi.

In questo modo, attraverso il recepimento delle istanze provenienti dal *Global South* inteso nel suo senso più ampio, non solo come un gruppo di Stati, ma come un agglomerato di tradizioni, culture e credenze, è possibile mettere in discussione i principi generali senza capovolgimenti, con l'obiettivo di renderli realmente 'comuni'.

Donne del *Global South* e mutamenti climatici: da 'vittime' ad 'agenti del cambiamento'

ANNA IERMANO*

SOMMARIO: 1. Gli effetti nefasti 'di genere' del *global warming* e i profili di vulnerabilità delle donne del Sud globale. – 2. Cenni sulla dimensione di genere nelle migrazioni per cambiamenti climatici. – 3. Il ruolo delle donne, specie del Sud globale, come 'agenti del cambiamento'. – 4. Sulla centralità delle donne nelle politiche climatiche e nei processi decisionali. – 5. Brevi considerazioni conclusive.

ABSTRACT: Le donne nei paesi in via di sviluppo sono le maggiori vittime degli effetti nefasti del *global warming* ma al contempo giocano un ruolo chiave nella lotta ai cambiamenti climatici. Vero è che, questi ultimi, non distinguono in base al genere, all'età, all'etnia, alla provenienza geografica, alla condizione sociale ed economica dei singoli; tuttavia generano effetti più marcati laddove già sussistono situazioni di vulnerabilità o di compromissione dei diritti umani, come nei confronti delle donne del *Global South*. Finora le popolazioni del Nord globale – in gran parte esenti dalle realtà catastrofiche dei cambiamenti climatici – hanno dominato il dibattito sul clima, mentre quelle del Sud del mondo, specie donne e comunità indigene, sono state sottovalutate, benché siano le prime a poter effettivamente reagire agli effetti nefasti del *global warming* grazie, in particolare, al loro legame con la natura, alla profonda conoscenza che esse hanno della comunità, delle risorse del territorio e delle tecniche per preservarle, quali indiscusse 'agenti del progresso', portatrici di potenziale trasformativo.

PAROLE CHIAVE: donne – *Global South* – cambiamenti climatici – agenti del cambiamento – Paesi in via di sviluppo – genere.

* Ricercatrice di diritto internazionale, Università degli Studi di Salerno, aiermano@unisa.it.

1. Gli effetti nefasti 'di genere' del *global warming* e i profili di vulnerabilità delle donne del Sud globale

Le donne nei paesi in via di sviluppo sono le maggiori vittime degli effetti nefasti del *global warming*¹ ma al contempo giocano un ruolo chiave nella lotta ai cambiamenti climatici².

Vero è che, questi ultimi, non distinguono in base al genere, all'età, all'etnia, alla provenienza geografica, alla condizione sociale ed economica dei singoli; tuttavia generano effetti più marcati laddove già sussistono situazioni di vulnerabilità o di compromissione dei diritti umani³, come nei confronti delle donne⁴ del *Global South*⁵.

Non a caso il Comitato sull'eliminazione delle discriminazioni contro le donne (CEDAW) nella Raccomandazione generale n. 37 del 2018 *sulle dimensioni di genere della riduzione del rischio di catastrofi in un clima che cambia*⁶, ha riscontrato come, «disuguaglianze strutturali» ravvisabili nei ruoli di genere nella società⁷, nel lavoro e nella vita domestica rendano le donne maggiormente esposte ai rischi derivanti dai disastri e, quindi, alla difficoltà di accesso al cibo, alla salute, alle cure⁸.

¹ Così, l'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC), l'organo delle Nazioni Unite deputato a valutare le evidenze scientifiche relative al cambiamento climatico. Si vedano, a titolo esemplificativo, i dati dello tsunami nell'Oceano indiano nel 2004.

² Cfr. obiettivo 13 dell'Agenda 2030 ONU.

³ S. ATREY, *The Inequality of Climate Change and the Difference it Makes*, in C. ALBERTYN, H. ALVIAR GARCÍA, M. CAMPBELL, S. FREDMAN, M. RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO (a cura di), *Feminist Frontiers in Climate Justice: Gender Equality, Climate Change and Rights*, Cheltenham, 2023, p. 18.

⁴ High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/02/01 7 May 2002 (*Gender Guidelines*); UNHCR 1991, *Guidelines on the Protection of Refugee Women*, July 1991.

⁵ UNCTAD, *The Least Developed Countries Report 2022*, p. 3 ss.

⁶ Comitato CEDAW, Raccomandazione Generale n. 37 (GR 37) *on Gender-Related Dimensions of Disaster Risk Reduction in a Changing Climate*, CEDAW/C/GC/37 del 13 marzo 2018, par. 3.

⁷ *Introduction*, in C. ALBERTYN, H. ALVIAR GARCÍA, M. CAMPBELL, S. FREDMAN, M. RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO (eds), *Feminist Frontiers in Climate Justice: Gender Equality, Climate Change and Rights*, cit., p. 10, ove il cambiamento climatico viene definito «una questione di disuguaglianza nei confronti delle donne e di ingiustizia».

⁸ Nella CEDAW la tutela del diritto alla salute viene richiamata sia nell'art. 12, ove si prevede l'accesso paritario delle donne alle cure mediche, ai servizi di programmazione familiare, nonché ad adeguate cure per la gravidanza, la maternità e l'allattamento, sia nel quadro dell'art. 10 con riferimento alla necessaria informazione delle pratiche di programmazione familiare, che all'art. 11 rispetto alla tutela del lavoro femminile in cui si prevede «The protection of health and to safety in working conditions, including the safeguarding of the

Come segnala l'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura (UNESCO), «[q]uando si verificano disastri, muoiono più donne rispetto agli uomini perché le regole sociali di condotta fanno sì che, ad esempio in caso di allagamento, le donne spesso non sappiano nuotare e abbiano restrizioni comportamentali che limitano la loro mobilità di fronte al rischio»⁹.

Oltretutto, la vulnerabilità è imputabile, in particolare, all'essere soggetti deboli dal punto di vista economico, specie nelle società più povere: le donne spesso sono le principali responsabili dell'approvvigionamento dell'acqua e della legna nelle società rurali in Asia e Africa e, pertanto, siccità e deforestazione le costringono a spostarsi altrove, lontano dai villaggi, spesso a piedi, per chilometri, esponendosi a numerosi rischi.

E così, in generale, cambiamenti climatici, come pure altri fenomeni di deterioramento graduale dell'ambiente, disastri o altri fattori naturali inducono gruppi di individui e, in special modo donne, a lasciare il proprio paese di origine¹⁰, come già evidenziato, nel 2016, dalla Dichiarazione di

functioning of reproduction», oltre che all'art. 14 relativamente alla salute delle «rural women», per consentire loro adeguato accesso alle cure mediche, entro le quali si ricomprendono anche le informazioni, l'assistenza e i servizi concernenti la programmazione familiare. Ciò in ragione del fatto che le donne che vivono in un contesto rurale spesso incontrano molteplici difficoltà a utilizzare la contraccezione, anche quella d'emergenza, per assenza di farmacie geograficamente accessibili, e pertanto non hanno l'opportunità di decidere liberamente e responsabilmente il numero dei propri figli.

⁹ Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura (UNESCO), *Educazione allo sviluppo sostenibile. Una tabella di marcia*, 2021, p. 57, nota 15, ove si evidenzia, altresì, che dovrebbe divenire una priorità fornire alle donne l'accesso all'ESS. A tale proposito, l'ESS promuove attivamente la parità di genere e crea condizioni e strategie che danno potere alle donne". Vedi, altresì, il Rapporto di Oxfam International (2005) del dicembre 2004. L'impatto dello tsunami sulle donne nel Sud e nel Sud-Est asiatico dimostra le differenze di comportamento delle donne. La capacità di salvataggio è in parte determinata dalle competenze apprese: ad esempio, nelle regioni colpite dello Sri Lanka, il nuoto e l'arrampicata sugli alberi veniva insegnato prevalentemente a ragazzi e uomini

¹⁰ Cfr., al riguardo, *inter alia*, J. MCADAM, *Swimming Against The Tide: Why A Climate Change Displacement Treaty is not the Answer*, in *International Journal of Refugee Law*, 2011, p. 2 ss.; E. CORCIONE, *Diritti umani, cambiamento climatico e definizione giudiziale dello standard di condotta*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 197 ss.; L. CARROLL, *Not Quite Migrant, Not Quite Refugee: Addressing the Protection Gap for Climate-Induced Movement; Conceptualisation, Governance, and the Case of Mr. Ioane Teitota*, in *Politikon*, 2020, p. 36 ss.; E. FORMALÉ, *A l'envers: Setting the Stage for a Protective Environment to Deal with 'Climate Refugees' in Europe*, in *European Journal of Migration and Law*, 2020, p. 518 ss.; S. ATAPATTU, *Climate Change and Displacement: Protecting 'Climate Refugees' within a Framework of Justice and Human Rights*, in *The Journal of Human Rights and the Environment*, 2020, p. 86 ss. V., altresì, F. PERRINI, *Verso una tutela internazionale dei migranti ambientali*, Napoli, 2018; J. MCADAM, *Climate Change, Forced Migration, and International Law*, Oxford,

New York per i rifugiati e i migranti¹¹, così come da numerose organizzazioni internazionali (ad es. l'OIM)¹².

Al riguardo, la migrazione indotta dai cambiamenti climatici per le donne è spesso strettamente connessa proprio alla ridotta disponibilità – o ad un accesso discriminatorio¹³ – di risorse naturali vitali, quali acqua e cibo (ad esempio per l'inaridimento del suolo), il che determina, altresì, fenomeni di *food insecurity*¹⁴.

2012; W. KÄLIN, N. SCHREPFER, *Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change Normative Gaps and Possible Approaches*, Ginevra, 2012; G. SCIACCALUGA, *International Law and the Protection of Climate Refugees*, Cham, 2020; M. SCOTT, *Climate Change, Disasters, and the Refugee Convention*, Cambridge, 2020; OHCHR, *Human Rights Climate Change and Migration in the Sahel*, Ginevra, 2021; S. BEHRMAN, A. KENT (a cura di), *Climate Refugees. Global, Local and Critical Approaches*, Cambridge, 2022. Con riguardo all'UE v. F. GAUDIOSI, *Environmental Migrants: UN Recent and "Soft" Sensitivity v. EU Deafening Silence in the New European Pact on Migration and Asylum*, in *Freedom, Security & Justice*, 2021, p. 150 ss. Più in generale, sulle questioni migratorie cfr. A. DI STASI, I. CARACCILO, G. CELLAMARE, P. GARGIULO (a cura di), *International Migration and the Law. Legal Approaches to a Global Challenge*, Torino, 2024; I. CARACCILO, G. CELLAMARE, A. DI STASI, P. GARGIULO (a cura di), *Migrazioni internazionali. Questioni giuridiche aperte*, Napoli, 2022.

¹¹ Assemblea Generale, *New York Declaration for Refugees and Migrants*, UN Doc. A/71/L del 19 settembre 2016, p. 1.

¹² V., ad esempio, Organizzazione internazionale delle migrazioni, *A Gender Approach to Environmental Migration*, Brief n. 13, in *IOM Outlook on Migration, Environment and Climate Change*, Ginevra, 2014, disponibile all'indirizzo publications.iom.int; UNHCR, *Gender, Displacement and Climate Change*, Ginevra, 2022, disponibile all'indirizzo reporting.unhcr.org; UN Women, *Explainer: How gender inequality and climate change are interconnected*, 2022, disponibile all'indirizzo www.unwomen.org

¹³ Così E. NEUMAYER, T. PLÜMPER, *The gendered nature of natural disasters: the impact of catastrophic events on the gender gap in life expectancy, 1981-2002*, in *Annals of the Association of American Geographers*, 2007, p. 551 ss., London School of Economics and Political Science (LSE) Research Online.

¹⁴ Circa gli sfollati, cfr. *Special Rapporteur on the Human Rights of Internally Displaced Persons (SRIDP)*, 2020, che ha messo in rilievo le 'sfide particolari' che le persone sfollate devono affrontare «nel contesto degli effetti avversi *slow-onset* del cambiamento climatico». In particolare, rifacendosi ad un rapporto della *Task Force* sugli sfollati, nel quadro della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico, la SRIDP ha ricordato quattro modi in cui gli effetti avversi *slow-onset* del cambiamento climatico possono trasformarsi in disastro ed aumentare i rischi di *displacement*: *i*) il fatto che il cambiamento climatico gradualmente riduce la disponibilità di risorse vitali, quali acqua e cibo (ad es. attraverso l'inaridimento del suolo), portando a fenomeni di *food insecurity* che causano *displacement* e migrazioni; *ii*) un fenomeno *slow-onset* può tramutarsi in disastro a causa di un *sudden-onset event*, quale ad esempio una alluvione o un incendio; *iii*) eventi *slow-onset* indeboliscono la capacità delle comunità di affrontare rischi futuri, aumentandone la vulnerabilità; *iv*) *slow-onset events* costituiscono un fattore aggravante che moltiplica fattori economici, sociali, culturali e politici di crisi.

Durante gli spostamenti, le donne si trovano a dover affrontare *specific challenges*, inclusi aumentati rischi di violenza soprattutto sessuale¹⁵, omicidi, ridotto accesso ai servizi sanitari essenziali, di salute riproduttiva e sostegno psicosociale, nonché talora seri problemi di salute. E a tal proposito l'Organizzazione Mondiale della Sanità considera il fenomeno migratorio come un fattore indipendente di rischio di HIV per le donne¹⁶ e riscontra casi gravi di salute mentale proprio tra le migranti vittime di disastri ambientali e povertà estrema¹⁷.

Per di più, esse sono esposte a violazioni dei diritti umani che costituiscono forme di violenza e motivo di persecuzione ai fini del riconoscimento dello *status* di rifugiata¹⁸.

¹⁵ Special Rapporteur on violence against women and girls, its causes and consequences (UNSRVAW), Reem Alsalem, *Violence against Women and Girls in the Context of the Climate Crisis, including Environmental Degradation and Related Disaster Risk Mitigation and Response*, UN Doc. A/77/136 del 11 luglio 2022, par. 55.

¹⁶ UNAIDS, *The gap report*, 2014.

¹⁷ Più in generale, la salute mentale è maggiormente colpita nelle donne dalla crisi climatica. La maggiore esposizione al caldo, all'inquinamento atmosferico, alle malattie infettive e ad una più scarsa qualità del cibo incrementa particolarmente il rischio di depressione, suicidio, disturbo post traumatico da stress, aumenta i tassi di natimortalità, di nati pretermine. Al riguardo, si registra una crescente 'eco-ansia', quale ulteriore fattore significativo che influenza negativamente, in particolare nelle donne, ambiti quali la pianificazione familiare e la giustizia riproduttiva. Per eco-ansia o ansia climatica si intende la profonda sensazione di disagio e di paura che si prova al pensiero ricorrente di possibili disastri legati al riscaldamento globale e ai suoi effetti ambientali.

¹⁸ Le migrazioni come conseguenza di cambiamento climatico hanno già ricevuto adeguata attenzione da parte della dottrina internazionalistica, a cominciare dalla rilevazione del silenzio della Convenzione sullo status dei rifugiati del 1951 sul punto. Tuttavia, l'approccio tradizionale che viene comunemente utilizzato per identificare chi possa essere titolare dello status di rifugiato, ovvero quello di individuare: a. l'appartenenza di un individuo ad un gruppo particolare, ad esempio le donne che appartengono ad una comunità affetta da cambiamento climatico; b. il fatto che l'individuo sia specificatamente a rischio in virtù dell'appartenenza a quel gruppo – non coglie la complessità della sfida posta non tanto dai disastri ma da fenomeni di *slow violence*, quali il cambiamento climatico, il depauperamento delle risorse, l'inquinamento da specifiche sostanze. Ad esempio, l'ecofemminismo mette in discussione categorie giuridiche monolitiche, quali appunto lo status di rifugiato. Sul punto degna di nota è la sentenza della CGUE del 16 gennaio 2024, causa C-621/21, *WS c. Intervyuirasht organ na Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet*, ove si afferma che sulla base delle condizioni esistenti nel paese d'origine, possono essere considerate appartenenti a «un determinato gruppo sociale», come «motivo di persecuzione» che può condurre al riconoscimento dello status di rifugiato, tanto le donne di tale paese nel loro insieme quanto gruppi più ristretti di donne che condividono una caratteristica comune supplementare. Così la Corte di giustizia interpreta l'art. 10, par. 1, lett. d) della direttiva qualifiche (direttiva 2011/95/UE). Inoltre, ai sensi dell'art. 9, par. 3, della medesima direttiva, qualora un richiedente alleggi il timore di essere perseguitato

Tra l'altro, nella categoria delle donne vulnerabili, come risultato di intersezionali elementi di discriminazione, vanno incluse anche coloro che difendono, conservano e denunciano la condizione di risorse ed ecosistemi, quali le *defenders* dei diritti umani, ambientali e delle donne.

Le probabilità di subire violenza poi si moltiplicano quando costoro sono dislocate o si trovano in rifugi di emergenza o, come già accennato, quando migrano proprio in conseguenza di uno spostamento forzato o di una ricollocazione pianificata, incontrando difficoltà nell'accesso all'istruzione, al lavoro e a meccanismi di protezione sociale, oltre che ad un'abitazione adeguata. In particolare, l'accesso all'istruzione, già limitato per ragazze e bambine a fronte di barriere sociali, culturali ed economiche, diviene ancora più complesso a seguito di disastri come conseguenza della distruzione di infrastrutture, della mancanza di insegnanti, delle difficoltà economiche.

Anche con riferimento al diritto al lavoro e alla protezione sociale, le disuguaglianze tra uomini e donne spesso impiegate in lavori precari e informali si acuisce, il carico di lavoro domestico delle donne aumenta e, inoltre, quest'ultime sono a rischio di tratta a scopo di lavoro domestico, oltre che di sfruttamento sessuale, come accaduto, ad esempio, nelle Filippine dopo il tifone Haiyan del 2013.

E ancora, si pensi che in Asia le donne, svolgendo lavori di tipo domestico, non sanno nuotare, al contrario dei mariti pescatori, rischiando così di morire con maggiore probabilità nei grandi eventi catastrofici; oppure, rivestendo un ruolo di responsabilità verso bambini e anziani, durante le emergenze hanno maggiori probabilità di rimanere indietro nei salvataggi.

Infine, anche l'educazione gioca un ruolo di rilievo: ad esempio durante un *early warning* per un tifone di classe quattro, in un caso si è scoperto che la maggior parte delle donne non sapesse nemmeno di cosa si trattasse, e pertanto non ha adottato alcuna precauzione al riguardo.

nel suo paese d'origine da soggetti non statuali, non è necessario stabilire un collegamento tra uno dei motivi di persecuzione menzionati all'art. 10, par. 1, e tali atti di persecuzione, se può essere stabilito un tale collegamento tra uno di detti motivi di persecuzione e la mancanza di protezione contro tali atti da parte dei soggetti che offrono protezione. Infine, la nozione di "danno grave" (art. 15, lettere a) e b) della direttiva 2011/95) ricomprende la minaccia effettiva, gravante sul richiedente, di essere ucciso o di subire atti di violenza da parte di un membro della sua famiglia o della sua comunità, a causa della presunta trasgressione di norme culturali, religiose o tradizionali; tale nozione può, quindi, condurre al riconoscimento dello *status* di protezione sussidiaria.

Talvolta, invece, durante tali fenomeni, la migrazione è negata alle donne, in quanto in posizione subordinata nella società, a causa di leggi discriminatorie, stereotipi di genere, responsabilità di cura, al punto tale da correre il rischio di divenire le principali vittime, dirette ed indirette, dei disastri naturali. Per di più, i cambiamenti climatici, causando migrazioni in uscita della componente maschile, lasciano le donne a dover provvedere alla sopravvivenza della famiglia, a doversi inserire in un mercato del lavoro spesso segnato da divario retributivo di genere e *disempowerment* economico o, in molte aree, a condurre attività agricola pur non avendo titolo per possedere la terra. Si pensi che la maggior parte dei piccoli agricoltori a livello mondiale è costituito da donne, le quali possiedono meno del 10% degli appezzamenti che lavorano e non hanno diritti legali sulle terre che coltivano. Le leggi di moltissimi paesi impediscono loro di ereditare ricchezza, possedere terreni, accedere al credito e avere potestà genitoriale sui propri figli.

Nondimeno l'impatto sulla salute di fonti alternative di energia, quali legna da ardere e cherosene, è maggiore nei confronti delle donne, che hanno generalmente la responsabilità della preparazione dei pasti per la famiglia.

In definitiva, dalla sommaria analisi che precede, emerge, dunque, un palese effetto generalmente sproporzionato dei cambiamenti climatici sulle donne, specie del Sud globale, che trova una sua declinazione anche come 'fenomeno di genere' degno di autonoma riflessione, in una prospettiva presente e futura.

2. Cenni sulla dimensione di genere nelle migrazioni per cambiamenti climatici

Per quanto oggi sia diffusamente riconosciuta la dimensione di genere nel peculiare aspetto delle migrazioni per cambiamenti climatici¹⁹, benché es-

¹⁹ Sul riconoscimento della dimensione di genere nei cambiamenti climatici da parte di organizzazioni internazionali cfr., ad es., Organizzazione internazionale delle migrazioni, *A Gender Approach to Environmental Migration*, cit; UNHCR, *Gender, Displacement and Climate Change*, cit; UN Women, *Explainer: How gender inequality and climate change are interconnected*, cit. Più in generale la regolamentazione internazionale della migrazione indotta dal cambiamento climatico costituisce uno sviluppo relativamente recente: fino al 2010 la Comunità internazionale è stata, di fatto, pressoché silente sul tema. Nel 2010, infatti, gli Stati membri della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) hanno ammesso, per la prima volta, l'esistenza del problema. Al riguardo si veda il par. 4 lett. F della decisione 1/CP.16 della Conferenza delle Parti (COP) della Convenzio-

sa sia assente nel diritto internazionale pattizio delle migrazioni²⁰, non altrettanto decisa è la relativa risposta in una prospettiva di genere²¹, capa-

ne, alla cui stregua sono stati adottati alcuni atti particolarmente significativi, sebbene non vincolanti, come la *New York Declaration for Refugees and Migrants*, adottata all'unanimità dalla Assemblea generale delle Nazioni Unite (UN Doc. A/RES/71/1 del 19 settembre 2016) e il *Global Pact for Safe, Orderly and Regular Migration*, adottato il 10 dicembre 2018 nel corso della Conferenza intergovernativa di Marrakech e formalmente approvato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite (UN Doc. A/RES/73/195 del 19 dicembre 2018). Inoltre, si segnala l'adozione della *Nansen Protection Agenda (Agenda for the Protection of Cross-Border Displaced Persons in the Context of Disasters and Climate Change*, adottata il 6 ottobre 2015); la creazione, nell'ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, di una *Task Force on Displacement*, istituita con decisione della COP della UNFCCC il 30 novembre 2015, v. UNFCCC COP decision 1/CP.21, in particolare il par. 49 della decisione; il *Sendai Framework for Disaster Risk Reduction*, adottato in occasione della Third UN World Conference on Disaster Risk Reduction di Sendai-Giappone, il 18 marzo 2015 e le *Guidelines to Protect Migrant in Countries experiencing Conflicts or Natural Disasters*, adottate nel quadro della *Migrants in Countries in Crisis Initiative* il 13 giugno 2016.

²⁰ Basti sottolineare che la Convenzione delle Nazioni Unite del 1951 relativa allo status di rifugiati definisce il 'rifugiato' in modo apparentemente neutrale, ma concepito riproducendo categorie giuridiche di persecuzione che riflettono esperienze maschili; in compenso la dimensione di genere rileva in atti di *soft law* (vedi, ad es., le linee guida UNHCR del 7 maggio 2002, *Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/02/01, *Gender Guidelines*). Sul punto sia permesso rinviare a A. IERMANO, *Donne migranti vittime di violenza domestica: l'interpretazione "gender-sensitive" dei giudici nazionali in conformità alla Convenzione di Istanbul*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, p. 731 ss., ove si prende atto che la Convenzione di Ginevra così come altri trattati internazionali sono stati redatti in una «prospettiva maschile», tuttavia l'interpretazione sensibile al genere contemplata all'interno della Convenzione di Istanbul (art. 60, par. 2) consente l'accoglimento di domande di protezione internazionale anche in casi prima considerati irrilevanti, specie con riguardo ad episodi di violenza domestica, come si evince da un numero sia pure esiguo delle sentenze della Cassazione italiana. Spetta, pertanto, agli operatori del diritto – giudici nazionali *in primis* – interpretare e applicare le norme in una prospettiva di genere continuamente 'aggiornata', capace di cogliere le sollecitazioni sociali al passo coi tempi e a seconda dei luoghi.

²¹ Per approfondimenti sul tema si rinvia all'ampia produzione scientifica di S. DE VIDO: *Un approccio di genere alle migrazioni nella prospettiva del diritto internazionale alla luce della Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa*, in O.M. PALLOTTA (a cura di), *Crisi climatica, migrazioni e questioni di genere. Problemi giuridici*, Napoli, 2022, p. 31-63, ove rileva, in particolare, la tesi definita «protezione *par ricochet* sensibile al genere»; ID., *"Violenza climatica" e migrazioni di genere nel diritto internazionale/"Climate Violence" and Gendered Migration in International Law*, in A. DI STASI, R. CADIN, A. IERMANO, V. ZAMBRANO (a cura di), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo/Migrant Women and Gender-Based Violence in the International and European Legal Framework*, Napoli, 2023, p. 137 ss., in part. p. 142; S. DE VIDO, E. FORNALÉ *Achievements and hurdles towards women's access to climate justice*, in E. FORNALÉ, F. CRISTANI (a cura di), *Women's empowerment and its limits*, Cham, 2023, p. 33 ss.

ce, in quanto tale, di cogliere l'impatto di grandi e devastanti disastri²², come pure il progressivo deterioramento dell'ambiente o la cd. *slow violence*²³ nei confronti delle donne. Tale forma di violenza lenta, «benché apparentemente invisibile, produce i suoi effetti gradualmente tanto sugli esseri umani, in prospettiva intragenerazionale e intergenerazionale, quanto sulla natura»²⁴ e ne sono esempi i cambiamenti climatici, lo scongelamento del *permafrost*, l'acidificazione degli oceani, la deforestazione, l'innalzamento dei mari, l'utilizzo di pesticidi o di sostanze come il mercurio²⁵.

Ebbene, con specifico riguardo alle donne, emblematico in tal senso è il concetto di «violenza climatica»²⁶, inteso non come un fenomeno naturale, bensì sociale, sintomatico dell'ulteriore 'violenza' subita dalle stesse a causa del clima: esso coglie da un lato, il fatto che i cambiamenti climati-

²² Si veda, *inter alia*, A. DE GUTTRY, M. GESTRI, G. VENTURINI, *International Disaster Law Response*, The Hague, 2016; K.L.H. SAMUEL, M. ARONSSON-STORRIER, K. NAKJAVANI BOOKMILLER (a cura di), *The Cambridge Handbook of Disaster Risk Reduction and International Law*, Cambridge, 2019; F. ZORZI GIUSTINIANI, *International Law in Disaster Scenarios – Applicable Rules and Principles*, Cham, 2021; L. BAKOŠOVÁ, M. SCOTT, *Climate Change, Disasters, and the Refugee Convention*, Cambridge, 2020.

²³ Sulle forme di violenza lenta e graduale di inquinamento, cfr. R. NIXON, *Slow Violence and the Environmentalism of the Poor*, Boston, 2011.

²⁴ Così S. DE VIDO, "Violenza climatica" e migrazioni di genere nel diritto internazionale/"Climate Violence" and Gendered Migration in International Law, cit., p. 143, la quale evidenzia come la 'violenza climatica' va oltre il cambiamento climatico per abbracciare altre forme di 'violenza lenta', che sfuggono spesso alla comprensione sul piano giuridico. La violenza – precisa l'A. – è spesso concepita come evento o azione che 'esplode' in un determinato momento della storia, ad esempio un disastro naturale. Il diritto internazionale sulla gestione dei disastri si focalizza sulle questioni giuridiche che originano dalla prevenzione, dalla risposta e dalla *recovery* di diversi eventi catastrofici naturali, ma anche da disastri provocati dall'umanità, quali gli incidenti industriali su larga scala. Tuttavia, questa concezione della violenza è in grado di cogliere solo una parte delle situazioni prodotte dall'attività umana e non riesce ad identificare altre forme che non sono 'né spettacolari né istantanee', quanto piuttosto 'incrementali', ovvero forme di violenza lenta.

²⁵ Emblematica è la c.d. malattia di Minamata, quale sindrome neurologica causata da intossicazione cronica da mercurio, riscontrata nell'omonima città giapponese. Sul punto lo *Special Rapporteur on the implications for human rights of the environmentally sound management and disposal of hazardous substances and wastes* del 2022 ha evidenziato l'elevato impatto neurotossico del mercurio su donne e ragazze di età compresa tra 14 e 45 anni e sui particolari rischi di trasmissione al feto durante la gravidanza, con significativi deficit di QI e disturbi dello sviluppo. Cfr., altresì, *Mercury, small-scale gold mining and human rights*, UN Doc. A/HRC/51/35 dell' 8 luglio 2022.

²⁶ Concetto proposto da S. DE VIDO, "Violenza climatica" e migrazioni di genere nel diritto internazionale/"Climate Violence" and Gendered Migration in International Law, cit., p. 142.

ci siano conseguenza di azioni provocate da una parte dell'umanità²⁷ e, dall'altro, allude a forme di violenza, inclusa quella di genere nei confronti delle donne, che vengono esacerbate a causa dei mutamenti del clima²⁸. Questi ultimi in sostanza, contribuiscono all'inasprimento di forme già presenti di discriminazione nelle società e alla materializzazione di fenomeni di violenza, oltre che a facilitare o meno le migrazioni²⁹. Sul punto la Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa³⁰ non fa riferimento alcuno alla violenza che segue a tali eventi, benché essi colpiscano in modo sproporzionato donne e ragazze; tuttavia, è palese che, ad esempio, la violenza sessuale che si acuisce a fronte di spostamenti forzati rientra nel campo di applicazione della Convenzione medesima, la quale obbliga gli Stati a criminalizzarla in ogni circostanza, in tempo di pace, di guerra, di emergenza.

La Commissione delle Nazioni Unite sullo status delle donne ha così identificato il suo tema prioritario nell'«achieving gender equality and the empowerment of all women and girls in the context of climate change, environmental and disaster risk reduction policies and programmes»³¹. E con specifico riguardo alle migrazioni ha enfatizzato l'importanza di riconoscere il contributo positivo delle donne migranti nella promozione di una prospettiva di genere nelle politiche migratorie e nei programmi volti a rispondere alle situazioni di vulnerabilità da queste vissute, nonché nella risposta alle forme di violenza che possono prodursi come risultato dello spostamento.

²⁷ «Classe medio-alta, umano, tecnologicamente ed industrialmente “sviluppati”, maschio»: G. GAARD, *Living Interconnections with Animals and Nature*, in G. GAARD (a cura di), *Ecofeminism. Women, Animals, Nature*, Philadelphia, 1993, p. 1.

²⁸ Così S. DE VIDO, “Violenza climatica” e migrazioni di genere nel diritto internazionale/“Climate Violence” and Gendered Migration in International Law, cit., p. 142, che include anche la violenza esercitata dagli esseri umani sulle altre specie. L'A., in sostanza, sostiene che il cambiamento climatico è, altresì, una forma di violenza di genere nei confronti delle donne.

²⁹ *Ibidem* si puntualizza che il clima non è mai la sola causa della migrazione (o della non migrazione) ma è «socially mediated».

³⁰ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, Istanbul, 11 maggio 2011.

³¹ Commissione delle Nazioni Unite sullo status delle donne, *Achieving gender equality and the empowerment of all women and girls in the context of climate change, environmental and disaster risk reduction policies and programmes, Agreed conclusions*, sessantaseiesima sessione, UN Doc. E/CN.6/2022/L.7 del 29 marzo 2022. Vedi, anche, *l'Agenda for the Protection of Cross-Border Displaced Persons in the Context of Disasters and Climate Change* e la Piattaforma sugli spostamenti provocati da disastri.

3. Il ruolo delle donne, specie del Sud globale, come ‘agenti del cambiamento’

In tale contesto, la Commissione delle Nazioni Unite sullo *status* delle donne, nelle conclusioni del 29 marzo 2022, ha ribadito l’impatto sproporzionato dei cambiamenti climatici, del degrado ambientale e dei disastri sulle donne, maggiormente esposte – come già sottolineato – a rischi e perdita dei mezzi di sussistenza, ma ha altresì evidenziato l’importanza di riconoscere loro il ruolo di «agenti del cambiamento»³².

Sul punto è oltremodo noto il divario di ricchezza tra le nazioni responsabili delle emissioni e quelle costrette a subire gli effetti nefasti dei cambiamenti climatici, dalle inondazioni alla siccità, agli incendi devastanti.

Finora le popolazioni del Nord globale – in gran parte esenti dalle realtà catastrofiche dei cambiamenti climatici – hanno dominato il dibattito sul clima, mentre quelle del Sud del mondo, in particolare donne e comunità indigene, sono state sottovalutate³³. Ne è risultato un drastico aumento delle emissioni e una carenza di finanziamenti a sostegno delle azioni di mitigazione e adattamento climatici nel *Global South*.

Come sottolineato da un’attivista americana per i diritti civili, Audre Lorde, «[t]he master’s tools will never dismantle the master’s house» («Gli strumenti del padrone non smantelleranno mai la sua casa»): per affrontare la crisi climatica sono, pertanto, necessari ‘strumenti’, *leadership* e principi diversi da quelli finora utilizzati.

Le donne del Sud globale hanno un forte legame con la natura, sono in grado di offrire soluzioni concrete³⁴. Esse sanno come affrontare e adattarsi ai cambiamenti climatici, ad esempio, praticando un’agricoltura più sostenibile, in armonia con la natura, adottando semi resistenti alla siccità.

³² UN Doc. E/CN.6/2022/L.7, cit., art. 22.

³³ Come sottolineato dall’attivista kenyota per il clima e l’ambiente Elizabeth Wathuti: «[s]e vogliamo affrontare seriamente la crisi climatica, dobbiamo iniziare ad ascoltare e accogliere il dolore di coloro che ne subiscono le conseguenze già oggi».

³⁴ CEDAW Committee, *Concluding observations on the combined initial, second and third periodic reports of Kiribati*, UN Doc. CEDAW/C/KIR/CO/1-3 dell’11 marzo 2020. Il Comitato ha espresso preoccupazione per la partecipazione limitata delle donne all’attuazione dei programmi di gestione del rischio di disastri e sul cambiamento climatico; per l’impatto dell’allagamento da acqua marina di terre agricole e pozzi sull’accesso delle donne al cibo, all’acqua, alle piante medicinali; per la limitata partecipazione delle donne alle politiche migratorie dello Stato.

tà, impiegando tecniche di gestione del suolo a basso impatto o guidando sforzi di riforestazione nelle proprie comunità.

E ancora, le donne indigene sono in prima linea nella conservazione ambientale, portatrici quali sono di preziose conoscenze e pratiche ancestrali che creano resilienza in un clima che cambia, ad esempio, preservando la biodiversità delle colture e le varietà di semi, proteggendo gli impollinatori e le popolazioni di api locali, utilizzando metodi naturali di fertilizzazione e costruzione del suolo o lasciando intatte le foreste.

Le *leader*, appartenenti a movimenti ambientali, intendono far sì che il potere passi dalle mani di chi inquina alle mani di chi è più colpito dalla crisi, cercando soluzioni giuste e sostenibili. Si pensi a Wangari Muta Maathai³⁵, la 'signora degli alberi', ambientalista kenyota e prima donna africana insignita del Premio Nobel per la pace, nel 2004, per «il suo contributo allo sviluppo sostenibile, alla democrazia e alla pace», la quale ha fondato movimenti femministi creatisi attraverso esperienze, quali la piantagione di alberi e la difesa della natura³⁶, insegnando alle donne non solo a piantare alberi ma anche a saperli coltivare³⁷.

Come pure degna di menzione³⁸ è Alessandra Korap, cresciuta in un piccolo villaggio nella regione del Parà, nel Brasile settentrionale, la quale

³⁵ Wangari Muta Maathai, biologa, ambientalista e attivista politica keniota, nasce a Nyeri (Kenya) il primo aprile 1940. È la prima donna centroafricana a conseguire una Laurea in Scienze biologiche (1966) e a ottenere una cattedra in veterinaria all'Università di Nairobi.

³⁶ Vedi il *Green Belt Movement* (GBM), fondato nel 1977 da Wangari Muta Maathai, grazie alla quale sono stati piantati oltre 51 milioni di alberi in Kenya. Per la precisione, durante la giornata mondiale per l'ambiente del 1977, con altre donne pianta sette alberi in un parco appena fuori dalla capitale keniota: questi alberi formano la prima 'cintura verde', che dà il nome al movimento ecologista *Green Belt Movement*. GBM lavora a livello locale, nazionale e internazionale per promuovere la conservazione dell'ambiente, costruire la resilienza climatica e dare potere alle comunità, in particolare alle donne e alle ragazze. A partire dagli anni '80 Maathai promuove una forte campagna di sensibilizzazione verso i problemi ambientali e il disboscamento; il suo interesse si allarga poi ai diritti umani, in particolare di donne e bambini, e alla lotta per la democrazia e per una società multietnica. La sua azione contribuisce a sollevare l'attenzione nazionale e internazionale sull'oppressione politica in Kenya, incoraggiando soprattutto le donne africane a battersi per una vita migliore.

³⁷ Si segnala, ad es., l'attivista Elizabeth Wathuti, che ha fondando la *Green Generation Initiative* nel 2015, ispirata dall'opera di Wangari Muta Maathai.

³⁸ Altri esempi sono: Vanessa Nakate, attivista climatica ugandese che ha protestato da sola davanti al Parlamento dell'Uganda dopo aver registrato temperature insolitamente elevate nel suo Paese, ha spinto altri giovani a unirsi a lei, e ha fondato il gruppo *Youth for Future Africa* e il *Rise Up Movement*, aumentando le voci dei giovani africani negli spazi internazionali dedicati al clima; Berta Cáceres, che ha difeso i diritti dei popoli indigeni dell'Honduras, vincitrice del *Goldman Environmental Prize* nel 2015 e assassinata nel mar-

nel 2023 ha vinto il *Goldman Environmental Prize*, riconosciuto come il premio Nobel per l'ambiente, per aver organizzato la resistenza della comunità Munduruku a fronte alle richieste di estrazione di una compagnia mineraria britannica anglo americana³⁹.

Le donne del *Global South* «sono una chiave importante per fermare il *global warming*»⁴⁰, giocano un ruolo di indubbio rilievo sia che si tratti di tutela delle foreste, di gestione intelligente delle risorse agricole e dell'acqua, o di preservazione dei saperi e delle tecnologie tradizionali. Anche a livello professionale, nei paesi in via di sviluppo, si registra un ruolo crescente nel lavorare con tecnologie ambientali ed energie rinnovabili. Sempre più donne in Africa vanno in college per imparare a installare e riparare pannelli solari. Inoltre, sono molto proattive nella comunità, lavorando in associazioni che discutono su come affrontare l'impatto del clima sulle vite dei membri del villaggio; in particolare cercano un ruolo attivo per decarbonizzare e rendere resiliente il proprio territorio.

In sostanza, collocare la parità di genere al centro dell'azione per il clima significa, anzitutto, finanziare progetti e tecnologie che supportano fonti di energia rinnovabili, nonché la partecipazione delle donne al loro sviluppo e utilizzo; come pure sostenere l'attuazione di politiche climatiche e di attività di preparazione, risposta e ripresa dai disastri che tengano conto delle esigenze e diversità di genere⁴¹; e altresì promuovere e finanziare soluzioni al cambiamento climatico guidate e incentrate sulle donne, comprese le soluzioni autoctone e di prossimità basate sulla natu-

zo 2016, dopo aver ricevuto minacce per la sua campagna di difesa del *Rio Gualcarque*, la cui conservazione fu messa a rischio dalla costruzione di una diga; Nemonte Nenquimo che ha intentato una causa guidata dalla comunità contro il governo ecuadoriano per non aver consultato le popolazioni indigene prima di offrire ampie sezioni della foresta amazzonica alle compagnie petrolifere, il che ha condotto la Corte provinciale di Pastaza a deliberare nell'aprile a favore del popolo Waorani, proteggendo 500.000 acri di foresta pluviale dallo sfruttamento; e la giovanissima attivista svedese Greta Thunberg, divenuta un'icona a livello mondiale nella lotta per i cambiamenti climatici.

³⁹ C. INDIANO, *Dal Brasile alla Colombia, le donne della resistenza indigena che stanno salvando l'Amazzonia*, in *economicircolare.com*, 30 settembre 2023.

⁴⁰ M. WILLIAMS, *Gender and Climate Change Financing*, Abingdon, 2016. L'A. è un'economista femminista, collaboratrice del *South Center*, organizzazione intergovernativa dei paesi in via di sviluppo finalizzata a rafforzare azioni congiunte e promuovere interessi comuni sulla scena internazionale dei LCDs (*Least Developed Countries*).

⁴¹ Si segnala K. NORGAARD, R. YORK, *Gender Equality and State Environmentalism*, in *Gender and Society*, 2005, p. 506 ss., ove si evidenzia che i Paesi con una quota maggiore di donne in Parlamento sono più inclini a ratificare trattati ambientali e ad adottare politiche che affrontino il cambiamento climatico.

ra, come la riforestazione⁴² o la protezione delle foreste, la gestione delle risorse e le attività di produzione alimentare. A tal proposito sarebbe opportuno indirizzare i meccanismi di finanza climatica al loro sostegno, specie supportando PMI di donne per favorire un'impresoria *green* e resiliente.

Per la mitigazione, molti fondi sono orientati a progetti di grande scala. Eppure, sostenere il *gender empowerment* attraverso la finanza climatica e i soldi della cooperazione può costare meno ed avere effetti altrettanto rilevanti, lavorando sulla diffusione di colture resilienti ai cambiamenti climatici, sulla diffusione di saperi di gestione dell'acqua, sull'uso intelligente delle energie rinnovabili e delle risorse⁴³. Ad esempio, un progetto classico come le pentole ad energia solare ha impatti di mitigazione, di resilienza alimentare e funge, altresì, da *input* per l'impresoria femminile. Peraltro, le aziende con diversità di genere tendono ad avere una migliore rendicontazione ambientale rispetto alle loro pari e ad investire maggiormente nell'energia rinnovabile.

4. Sulla centralità delle donne nelle politiche climatiche e nei processi decisionali

In tale contesto appare fondamentale garantire che le donne possano influenzare le decisioni in materia di cambiamenti climatici per affrontare in maniera efficace ed equa le sfide future. Non è un caso che l'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici del 2015⁴⁴, sin dal suo preambolo, sotto-

⁴² Si segnala un progetto di riforestazione attualmente in fase di sviluppo in India che offre a *Climate Partner Impact* l'opportunità di collaborare con le donne indigene, fornendo finanziamenti per piantare alberi su terreni degradati di proprietà privata. Questi alberi ospitano i bachi da seta che avviano la catena del valore della seta, fornendo alle donne una nuova abilità e un flusso per generare un reddito regolare. Ciò consente loro di pagare per l'istruzione dei figli, ripagare i debiti e di accumulare risparmi.

⁴³ Nel settore privato, gli studi dimostrano che le aziende con una quota maggiore di donne nei loro consigli di amministrazione hanno maggiori probabilità di migliorare l'efficienza energetica, ridurre l'impatto ambientale complessivo delle aziende e investire in energie rinnovabili (v. Bloomberg NEF, Sasakawa Peace Foundation, *Gender Diversity and Climate Innovation*, 1° dicembre 2020, in assets.bbhub.io; P. TOM, *More Female Board Directors Add Up to Improved Sustainability Performance*, 15 novembre 2012, in newsroom.haas.berkeley.edu). Inoltre, una ricerca della Banca europea degli investimenti, *Support for female entrepreneurs in Europe: Survey evidence for why it makes sense*, 2 novembre 2022, in www.eib.org, ha rilevato che le aziende guidate da donne compiono maggiori sforzi per ridurre le emissioni e ottengono risultati migliori per gli indicatori ambientali, sociali e di *governance*.

⁴⁴ COP 21, Parigi (Francia), dal 30 novembre al 12 dicembre del 2015.

linee la necessità che le Parti, al momento di intraprendere azioni volte a contrastare i cambiamenti climatici, rispettino, promuovano e tengano conto del diritto all'emancipazione delle donne⁴⁵.

Del resto, è noto, ormai da tempo, già in termini più generali, il legame tra sviluppo sostenibile e coinvolgimento delle donne. Si pensi all'attenzione riservata ad esse nel Rapporto Brundtland del 1987⁴⁶ o nell'Agenda 21 del 1992⁴⁷, così come nella Piattaforma d'azione adottata durante la quarta Conferenza mondiale delle donne, tenutasi a Pechino nel 1995 che, nel suo settore critico K (Le donne e l'ambiente), ha definito chiaramente il nesso tra il genere, l'ambiente e lo sviluppo sostenibile e ha sostenuto che le donne debbano svolgere un ruolo strategico nella diffusione di modelli di consumo e produzione sostenibili e rispettosi dell'ambiente, ivi compresa la necessità che esse partecipino in modo equo al processo decisionale in materia ambientale a tutti i livelli. Tra l'altro, al par. 251, la Piattaforma recita: «[I]e esperienze e i contributi delle donne alla instaurazione di un ambiente ecologicamente sano devono avere dunque un posto centrale nelle questioni all'ordine del giorno del ventunesimo secolo. Lo sviluppo durevole è un traguardo difficilmente raggiungibile senza riconoscere e sostenere il contributo delle donne alla gestione dell'ambiente».

In questo contesto nel 2009 prende vita, tra i cosiddetti gruppi di interesse che portano le proprie istanze all'interno della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC), la *Women and gender constituency* (WGC)⁴⁸, una rete composta da 33 organizzazioni, che lavora «per garantire che la voce delle donne e i loro diritti siano integrati in tutti i processi e risultati del quadro UNFCCC, per un futuro sostenibile e giusto», in modo che l'uguaglianza di genere e i diritti delle donne siano

⁴⁵ Si segnala anche l'art. 7, par. 5: «Le Parti riconoscono che l'azione di adattamento dovrebbe basarsi su un approccio guidato dal paese, sensibile all'uguaglianza di genere, partecipativo e pienamente trasparente, che tenga conto di gruppi, comunità ed ecosistemi vulnerabili, e che si basi e ispiri alle migliori conoscenze scientifiche disponibili e, laddove appropriato, alle conoscenze tradizionali, alle culture delle popolazioni indigene e alle culture locali, così da integrare l'adattamento, se del caso, nelle politiche e nelle misure socioeconomiche e ambientali rilevanti».

⁴⁶ World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*.

⁴⁷ Programma d'azione per lo sviluppo sostenibile, Summit della terra, Rio de Janeiro 1992. Nel capitolo 24 invita i Governi ad assicurare alle donne pari diritto di accesso all'istruzione, a creare sistemi sanitari adeguati alle loro necessità e a realizzare una effettiva partecipazione delle stesse alla vita sociale, culturale e pubblica.

⁴⁸ womengenderclimate.org

al centro delle discussioni e in tutte le azioni sul clima previste dall'UNFCCC, con il fine di «sfidare il modello economico estrattivo, di sfruttamento e patriarcale che ha portato alla crisi climatica».

Da qui l'adozione, nel corso della Conferenza delle parti sul clima (COP 17)⁴⁹, anche grazie al lavoro della citata WGC, di un 'Piano d'azione per le pari opportunità', il *Gender Action Plan* (GAP), per rafforzare il ruolo delle donne nell'azione per il clima, garantendo che esse siano ugualmente rappresentate al pari degli uomini in tutti gli aspetti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici⁵⁰. Impegno ribadito nella COP 18⁵¹, in cui le parti alla UNFCCC hanno deciso di adottare⁵² l'obiettivo di raggiungere l'equilibrio di genere negli organi istituiti ai sensi della Convenzione e del Protocollo di Kyoto, allo scopo di incrementare la partecipazione delle donne, garantire una politica più efficace in materia di cambiamenti climatici, che tenga conto in modo equo delle esigenze di donne e uomini, e di tenere traccia dei progressi compiuti verso il raggiungimento dell'obiettivo prefissato. Il Piano è stato poi rinnovato nel 2019, nella convinzione che «la piena, significativa e paritaria partecipazione e leadership delle donne in tutti gli aspetti del processo UNFCCC e nelle politiche e azioni climatiche a livello nazionale e locale è fondamentale per raggiungere gli obiettivi climatici a lungo termine». A tal fine il GAP fornisce una tabella di marcia delle attività con un orizzonte temporale di cinque anni, definendo cinque aree prioritarie (*Capacity-building, knowledge management and communication; Gender balance, participation and women's leadership; Coherence; Gender-responsive implementation and means of implementation; Monitoring and reporting*).

E ancora, si pensi, altresì, al Programma di lavoro di Lima sulle questioni di genere (*Lima Work Programme on Gender - LWPG*)⁵³, adottato in occasione della COP 20⁵⁴ e prorogato⁵⁵ nella COP 22⁵⁶; alla nozione di 'inclusione femminile' promossa nella COP 25⁵⁷, e a quella più avanzata di

⁴⁹ Durban (Sud Africa), dal 28 novembre all'11 dicembre 2011.

⁵⁰ Firmato durante la Conferenza sull'Ambiente e sullo Sviluppo delle Nazioni Unite che si è tenuta a Rio de Janeiro nel 1992.

⁵¹ Doha (Qatar) dal 26 novembre al 7 dicembre 2012.

⁵² Decisione 23/CP.18.

⁵³ Decisione 18/CP.20.

⁵⁴ Lima (Perù), 1-12 dicembre 2014.

⁵⁵ Decisione 21/CP.22.

⁵⁶ Marrakech (Marocco), 7-18 novembre 2016.

⁵⁷ Madrid (Spagna), 2-13 dicembre 2019.

'leadership' delle donne nell'azione per il clima suggellata nella COP 26⁵⁸, in linea con il Piano d'azione sulla parità di genere⁵⁹ e in occasione della quale sono state supportate le spese di viaggio di donne provenienti dai Paesi in via di sviluppo per favorirne la partecipazione; e, a seguire, alla sessione specifica dedicata nella COP 27⁶⁰ alla realtà delle donne africane, tra le più colpite dagli effetti dei cambiamenti climatici.

Oggetto di critiche appare, invece, il testo adottato a Dubai nel corso della COP28⁶¹, a chiusura dei lavori su *Gender and climate change*⁶², che ha visto l'esclusione di due temi fondamentali: quello della finanza climatica, per fronteggiare questioni di genere e di *empowerment* femminile e quello del rilevante ruolo delle donne delle popolazioni indigene e delle comunità locali, da sempre in prima linea nell'affrontare la crisi climatica, quali ancestrali portatrici di un sapere inedito sulla gestione di 'Madre Natura'⁶³.

Nondimeno sul piano giurisprudenziale, emblematica nella direzione dell'indubbia rilevanza del ruolo delle donne, è la sentenza con cui la Grande Camera della Corte europea il 9 aprile 2024⁶⁴ ha condannato la

⁵⁸ Glasgow (Regno Unito), 31 ottobre-13 novembre 2021.

⁵⁹ COP 26, *The Glasgow Climate Pack*, p. 26.

⁶⁰ Sharm el Sheikh, 6-18 novembre 2022.

⁶¹ Dubai (Emirati Arabi Uniti), 30 novembre-13 dicembre 2023.

⁶² Testo finale che sviluppa e monitora l'implementazione dell'*Enhanced Lima Work Programme on Gender* e del relativo *Gender Action Plan*.

⁶³ La COP 29 si svolgerà nel periodo 11-22 novembre 2024 a Baku (Azerbaijan).

⁶⁴ Corte EDU, sentenza del 9 aprile 2024, ric. n. 53600/20, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera*. Come rilevato dalla Corte, ai sensi dell'art. 8 CEDU, gli Stati contraenti si obbligano a garantire ai cittadini una protezione effettiva contro le conseguenze della crisi climatica a tutela della salute e della qualità della vita. La sentenza da una parte riconosce la discrezionalità dei singoli Stati membri nell'adottare le misure a tutela del clima, dall'altra constata la responsabilità per non aver agito con la dovuta diligenza. Nel caso di specie, la Svizzera non ha rispettato tempistiche congrue, né emanato le leggi necessarie a ridurre le emissioni di CO₂. Tali violazioni ed omissioni costituiscono una violazione dei diritti umani dei cittadini svizzeri. Inoltre, la Corte riscontra la violazione del diritto di accesso ad un tribunale ex art. 6, par. 1 CEDU, considerato il rigetto dell'azione legale dell'associazione ricorrente, prima da parte di un'autorità amministrativa, il DATEC, e poi da parte dei tribunali nazionali a due gradi di giurisdizione, i quali non hanno fornito ragioni convincenti circa il motivo per cui non hanno ritenuto necessario esaminare la fondatezza delle denunce, né non hanno considerato le prove scientifiche convincenti riguardanti il cambiamento climatico e preso sul serio le denunce dell'associazione. Contestualmente la Corte ha dichiarato irricevibili gli altri due ricorsi riguardanti la mancata adozione di misure sufficienti per limitare il riscaldamento globale e ridurre le emissioni, presentati rispettivamente da sei giovani attivisti portoghesi (Corte EDU, decisione del 9 aprile 2024, ric. n. 39371/20, *Duarte Agostinho e altri c. Portogallo e altri 32*) e dall'ex sindaco di Grande-Synthe, in Francia (Corte EDU, decisione del 9 aprile 2024, ric. n. 7189/21, *Carême c. Francia*), perché non soddisfano i criteri relativi allo *status* di vittime.

Svizzera per ‘inazione climatica’, ovvero per non aver adottato misure sufficienti a mitigare gli effetti negativi dei cambiamenti climatici, in violazione dell’art. 8 CEDU; sentenza originata proprio da un ricorso presentato da donne, nel caso, di specie, l’Associazione svizzera di donne anziane per il clima (*Verein KlimaSeniorinnen Schweiz*), le quali lamentavano, in particolare, problemi di salute aggravati dalle ondate di caldo, capaci di influenzare in modo significativo le loro condizioni di vita e benessere⁶⁵.

Anche nell’ambito dell’Unione europea, nella Strategia per la parità di genere 2020-2025, le azioni previste nel quadro del *Green Deal* europeo⁶⁶, quali ad es. la strategia UE in materia di adattamento al clima, tengono in debito conto il ruolo delle giovani donne nel guidare la spinta al cambiamento⁶⁷. Donne e uomini – si precisa – non sono influenzati nello stesso modo dalle politiche verdi che mirano a contrastare i cambiamenti climatici (le donne hanno meno possibilità come rifugiati climatici, considerato che l’approccio di genere è pressoché assente nel diritto internazionale pattizio delle migrazioni)⁶⁸ o a promuovere la transizione all’energia puli-

⁶⁵ In generale, sulla relazione tra cambiamenti climatici e rispetto dei diritti umani vedi, altresì, United Nations Human Rights Committee (HRC), *Ioane Teitiota v. New Zealand*, UN Doc. CCPR/C/127/D/2928/2016 del 7 gennaio 2020. Nel caso Teitiota il Comitato ha confermato che l’impatto del cambiamento climatico sul diritto alla vita degli abitanti dell’isola di Kiribati potrebbe essere sufficientemente significativo da giustificare la loro protezione e vietare il loro trasferimento verso l’isola esposta a gravi rischi di scomparsa per effetto del fenomeno di innalzamento del livello del mare associato al (suo) surriscaldamento originato dai mutamenti del clima in generale. Tale decisione ha contribuito a uno sviluppo importante sulla materia, nella misura in cui essa ha confermato che, in casi estremi, l’impatto del cambiamento climatico potrebbe originare una minaccia significativa per il diritto individuale alla vita (che in questo caso si basava sull’art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966).

⁶⁶ Il 14 luglio la Commissione europea ha adottato il pacchetto climatico ‘*Fit for 55*’, che propone le proposte legislative per raggiungere entro il 2030 gli obiettivi del *Green Deal*. In particolare, la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra del 55% rispetto ai livelli del 1990, con l’obiettivo di arrivare alla *carbon neutrality* per il 2050. Vedi, anche, il piano *REPowerEU*, lanciato dalla Commissione nel maggio 2022, in risposta alle difficoltà e alle perturbazioni del mercato energetico mondiale causate dall’invasione russa dell’Ucraina, per risparmiare energia, produrre energia pulita e diversificare l’approvvigionamento energetico.

⁶⁷ V. anche Consiglio d’Europa, *Gender Equality Strategy 2024-2029*, p. 48: «the exchange of practices on the disparate effects of climate change and the links between women’s empowerment and effective, global climate action».

⁶⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 16 gennaio 2018 sulle donne, le pari opportunità e la giustizia climatica, 2017/2086(INI) del 16 gennaio 2018; conclusioni del Consiglio del 25 giugno 2012 sulla Parità di genere e l’ambiente: rafforzare il processo decisionale, le qualifiche e la competitività nel settore della politica di mitigazione dei cambiamenti climatici nell’UE; risoluzione del 20 aprile 2012 su donne e cambiamenti climatici; il docu-

ta⁶⁹ (le donne sono maggiormente vittime della povertà energetica, avendo generalmente la responsabilità nella preparazione dei pasti) o i trasporti a emissioni zero (sono le donne a utilizzare di più i trasporti pubblici)⁷⁰. Quindi, aggiunge la Commissione, tutti gli enti accreditati dal Fondo verde per il clima⁷¹ dovranno includere nelle loro proposte la questione di genere e saranno puntualmente monitorati circa il proprio *modus operandi* in tale direzione. A tal proposito esistono, altresì, delle linee guida fissate dai *Least Developed Countries* (LCDs), per includere la componente di genere nelle strategie di finanziamento dei piani di adattamento nazionali.

Tra l'altro, secondo quanto risulta dalla relazione intermedia comune della Commissione europea e del Servizio europeo per l'azione esterna sull'attuazione del piano d'azione dell'UE sulla parità di genere (GAP III) pubblicata il 21 novembre 2023⁷², nel periodo 2021-2022 l'Unione europea ha aumentato i finanziamenti a supporto dell'*Investment Climate Reform* (ICR), che sostiene le organizzazioni di Paesi dell'Africa, dei Caraibi e

mento di sintesi concernente il nuovo accordo sul clima del 2015, pubblicato il 1 giugno 2015 dal Gruppo sulle donne e sul genere.

⁶⁹ In tema di energia si segnala il progetto *Green Energy for Women and Youth Resilience* dell'organizzazione *non profit* AVSI, finanziato dall'*African Development Bank* che ha permesso a donne e giovani di accedere al mondo del mercato del lavoro nel settore dell'energia in Uganda e Kenya. 1.224 persone formate stanno ora contribuendo attivamente alle azioni sul cambiamento climatico lavorando come agenti di vendita e imprenditori nel settore dell'energia pulita. Grazie a tale progetto le donne hanno potuto, tra l'altro, constatare che stufe tradizionali con legna da ardere e carbone non generano solo irritazione agli occhi e alla gola per il fumo prodotto, ma hanno anche un impatto sull'ambiente, sulla nostra salute e su quella dei figli, mentre le stufe migliorate non producono quasi fumo e permettono di cuocere più a lungo.

⁷⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 5 marzo 2020, *Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere 2020-2025*, COM(2020) 152 final.

⁷¹ Il *Green Climate Fund* (GCF) è un fondo globale istituito per reagire ai cambiamenti climatici e investire in uno sviluppo a emissioni ridotte e resiliente rispetto ai mutamenti in atto. Nasce nel 2010 durante la 16° sessione della Conferenza delle Parti della Convenzione Quadro sul Cambiamento Climatico delle Nazioni Unite (UNFCCC), come entità del meccanismo finanziario della Convenzione. L'obiettivo del GCF è sostenere gli sforzi dei paesi in via di sviluppo nel rispondere alla sfida del surriscaldamento globale, limitando le emissioni di gas serra o favorendo politiche di adattamento.

⁷² Rapporto del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 novembre 2023, *Joint mid-term report on the implementation of the EU Gender Action Plan (GAP III)*, JOIN(2023) 36 final, ove si sottolinea che «Gender equality and women's and girls' empowerment is a focus of the Global Gateway strategy, which underlines the need for projects and investments in its main areas (digital, climate and energy, transport, health, education and research) to be inclusive, particularly in terms of gender equality».

del Pacifico (ACP), specie al fine di potenziare la partecipazione delle donne nell'economia, consentendo loro l'accesso a finanziamenti e all'imprenditorialità attraverso una vasta gamma di azioni integrate nella *Global Gateway Strategy*⁷³.

In sintesi le misure su elencate si fondano sull'inquadramento delle donne come 'gruppo vulnerabile', ma investono, al contempo, nelle stesse come forza di cambiamento, in grado di contribuire concretamente alla soluzione della crisi climatica.

5. Considerazioni conclusive

Come è emerso, appare opportuno approcciarsi al fenomeno dei cambiamenti climatici anche da una 'prospettiva di genere' sia a livello internazionale che europeo, muovendo dalla consapevolezza dell'impatto sproporzionato dei suoi effetti sulle donne in generale, e sulle donne dei Paesi in via di sviluppo in particolare, e ciò al precipuo fine di una risposta efficace ed efficiente.

A tal uopo risulta, pertanto, fondamentale dare voce e supporto alle donne, specie del *Global South*, attraverso la loro inclusione nei processi decisionali relativi al clima. E ne sono esempio, come sopra evidenziato, le donne indigene o le leader del Sud globale portatrici di conoscenze tradizionali, in grado di contribuire a soluzioni più sostenibili. Esse, in sostanza, lungi dall'essere considerate meri soggetti vulnerabili e vittime passive, sono le prime a poter effettivamente reagire agli effetti nefasti del *global warming*, proprio grazie al loro legame con la natura, alla profonda conoscenza che esse hanno della comunità, delle risorse del territorio e delle tecniche per preservarle, quali indiscusse 'agenti del progresso', portatrici di potenziale trasformativo.

Come dichiarato già nel 2009 nell'*Annual Report 2009 UNFPA (The United Nations Population Fund)*, «[l]a comunità internazionale avrà successo nella sua lotta contro i cambiamenti climatici se le politiche, i programmi e i trattati terranno conto dei bisogni, dei diritti e della potenzialità delle donne. Un migliore utilizzo della popolazione femminile potrebbe favorire la crescita economica, ridurre la povertà nel mondo, migliorare il

⁷³ La Commissione europea e l'Alto rappresentante dell'UE hanno definito il *Global Gateway*, una nuova strategia europea per promuovere connessioni intelligenti, pulite e sicure nei settori digitale, energetico e dei trasporti e per rafforzare i sistemi sanitari, di istruzione e di ricerca in tutto il mondo, specie nei paesi in via di sviluppo.

grado di benessere sociale ed aiutare ad assicurare uno sviluppo sostenibile».

E, volendo sintetizzare, sempre secondo le Nazioni Unite, sarebbero almeno tre le ragioni per cui è importante che le donne siano parte integrante dell'azione ambientale: 1) perché «women are environmental stewards», specie nei Paesi in via di sviluppo, ove costituiscono circa il 43% della forza lavoro agricola, motivo per cui, accedendo alle medesime risorse degli uomini, sarebbero in grado di accrescere il rendimento del 20-30%, aumentando la produzione agricola totale in alcuni paesi, con un impatto positivo sull'adattamento al clima sia per lo sviluppo di tecnologie e risorse appropriate, sia per la riduzione della povertà, potendo sfamare più persone (il che eviterebbe, tra l'altro, di tagliare gli alberi per ottenere più terreni agricoli, uno dei maggiori fattori del cambiamento climatico); 2) perché «women are the backbone of resilience» e, pertanto, investire nelle donne crea, altresì, benefici che si ripercuotono sulle famiglie, sulla vita della comunità, sui paesi stessi, comportando una crescita del benessere, in quanto esse spesso sono le prime a intervenire in caso di calamità, salvando bambini, anziani, persone con disabilità e altri membri della comunità e informando le autorità locali e le squadre di emergenza; inoltre, dopo una calamità, esse sono generalmente responsabili della cura dei malati e dei feriti, fornendo supporto alle loro famiglie e aiutando le comunità a riprendersi e ricostruirsi; 3) perché «women are agents of change», svolgendo un ruolo chiave nel guidare il cambiamento come consumatrici, lavoratrici, e talora *leader* politiche e aziendali. Esse, attraverso movimenti globali e nazionali puntano i riflettori sull'urgenza della crisi climatica e sulla necessità di agire; guidano la transizione verso stili di vita più sostenibili, con maggiori probabilità di riciclare, di ridurre al minimo gli sprechi, di acquistare cibo biologico, di risparmiare acqua ed energia in casa⁷⁴.

Tuttavia, nonostante la maturata consapevolezza del ruolo di indubbio rilievo delle donne, a distanza di anni la loro partecipazione è ancora limitata a causa di barriere culturali, economiche e istituzionali. Nonostante i citati progressi in ambito internazionale ed europeo, persistono tuttora

⁷⁴ Nazioni Unite, *Why women are key to climate action*, in www.un.org. A livello politico, la ricerca mostra chiari collegamenti tra la leadership femminile e l'azione per affrontare il cambiamento climatico. Ad esempio, gli studi hanno scoperto che i paesi con percentuali più elevate di donne in parlamento hanno maggiori probabilità di ratificare i trattati ambientali internazionali e di avere politiche climatiche più severe.

sfide significative nell'implementazione delle politiche di genere nel contesto dei cambiamenti climatici. Le donne continuano a essere sottorappresentate nei processi decisionali⁷⁵, e spesso le politiche sul clima non tengono adeguatamente conto delle loro specifiche esigenze. Le stesse sono assenti ai vertici della *leadership* climatica, il che costituisce non solo una questione di parità di genere, uguaglianza o pari opportunità, bensì di scelta di *leaders* a livello governativo come pure imprenditoriale, che privilegino e promuovano soluzioni con ricadute positive sul piano climatico e ambientale.

In conclusione, urge un'integrazione della dimensione di genere nelle politiche climatiche e nell'imprenditoria, il che – giova ribadirlo – rappresenta una strategia essenziale per affrontare il *global warming* in modo più efficace e, al contempo, costituisce una questione di 'giustizia sociale', atteso che, superare le disuguaglianze globali costituisce il primo passo per giungere a soluzioni concrete.

Occorre, pertanto, agire nella logica di tutelare sì le donne in qualità di vittime 'aggravate' dal *global warming*, ma al contempo è necessario supportarle nella convinzione che esse siano in grado di contribuire significativamente a soluzioni climatiche a beneficio delle generazioni presenti e future. Il quadro di iniziative prospettato offre senza dubbio una rilevante base di partenza, ma è necessario un significativo impegno per tradurlo in azioni concrete e inclusive per un futuro più sostenibile.

⁷⁵ Alla Conferenza delle Parti sui Cambiamenti Climatici delle Nazioni Unite (COP26) tenutasi a Glasgow, in Scozia, nel 2021, gli uomini hanno occupato 10 delle 12 posizioni di *leadership* nel team del Regno Unito, mentre la maggior parte delle donne era impiegata come consulente o organizzatrice di eventi (cfr. B. CHIU, *COP26: Why Are Women Still Missing At The Top Climate Table*, in *Forbes*, 1° novembre 2021, www.forbes.com).

Rapporto sul XX Incontro dei giovani cultori delle discipline internazionalistiche

LORENZO GRADONI*

SOMMARIO: 1. *Going Down (Global) South*. – 2. Conclusioni come genere. – 3. *Elevator Pitch*. – 4. Intendenza. – 5. Noi positivisti. – 6. Fermento a Milano. – 7. Esercizi. – 8. Il piano. – 9. Trambusto in via Nirone. – 10. *Jules et Jim*. – 11. Tre terzomondismi. – 12. TWAIL è l'Altro. – 13. *Preaching to the Choir*. – 14. Non possiamo permetterci la critica. – 15. Inconclusioni.

ABSTRACT: Questo scritto racchiude alcune considerazioni sul XX Incontro dei giovani cultori delle discipline internazionalistiche, sotto forma di rapporto basato su osservazioni raccolte durante due giorni trascorsi a Milano in mezzo a un gruppo di esperti di diritto internazionale appartenenti a più generazioni accomunate dall'adesione al metodo 'positivistico' e da una certa diffidenza nei confronti degli approcci critici alla disciplina, diffidenza che affonda le sue radici anche nella crisi economica dell'università italiana, tutto ciò sullo sfondo di una perdita di entusiasmo dell'Occidente per il diritto internazionale e del concomitante emergere di un 'terzo terzomondismo', propenso come il primo a tentare un 'uso alternativo' del diritto internazionale senza (a differenza del primo) rivoluzionarne i contenuti e il cui spirito potrebbe spiegare la scelta di dedicare il predetto Incontro al *Global South*.

PAROLE CHIAVE: *Global South* – terzomondismo – TWAIL – positivismo – lavoro dottrinale – critica del diritto.

1. *Going Down (Global) South*

È novembre con dicembre alle porte. Non è ancora giorno quando il bielicca si stacca dall'asfalto diretto a Sud, destinazione Milano Malpensa. A bordo ci sono anch'io, perché, qualche mese prima, gli organizzatori del XX Incontro dei giovani cultori delle discipline internazionalistiche, che si sarebbe tenuto nella sede milanese dell'Università Cattolica, mi avevano

* Luxembourg Centre for European Law (LCEL), University of Luxembourg.

invitato a «fare le conclusioni» e io avevo accettato, perché la scelta del tema dell'Incontro – «Global South» (così il titolo, semplicemente) – mi aveva entusiasmato e io glielo avevo detto subito, a Mariangela La Manna, con un Whatsapp.

Per la verità, io non sono andato a Milano con l'intenzione di fare le conclusioni; sono partito con un altro piano, più complicato e disonesto, del quale faceva parte, inevitabilmente, il fingere di fare le conclusioni, di acconciarmi cioè a un ruolo del quale bisognerà che io, poiché voglio in parte sottrarmi alla sua presa, dica qualcosa, prima ancora di svelare il mio piano.

2. Conclusioni come genere

Influenzato da un contatto precoce con l'ambiente accademico transalpino, per me le conclusioni sono un genere soprattutto francese e capace di una singolare ambivalenza. Da un lato, le conclusioni sottolineano il carattere collettivo dell'evento riconducendo a unità dialettica i contributi dei diversi *rapporteurs* (i quali a loro volta, come indica il nome, calcano la scena come organi della comunità scientifica); dall'altro, per mezzo di una rete di riferimenti sottilmente discriminatori alle prestazioni individuali, possono generare sordi malumori: prima che cali il sipario, un pubblico sovente allo stremo è invitato ad assistere a un rito di rispecchiamento e celebrazione dello sforzo collettivo che comporta però il rischio di aggettivazioni diseguali e raggelanti *omissis*.

Il conferimento del potere di proferire l'ultima parola, di sintetizzare e valutare, presuppone un riconoscimento di autorevolezza. Chi conclude è, tipicamente, un anziano. C'è, in effetti, una vena di paternalismo e gerontofilia nella tradizione delle conclusioni, la quale dà luogo a un genere letterario effimero: più ascoltate (con un pizzico di apprensione) che lette o citate, le conclusioni hanno un'esistenza prevalentemente cerimoniale e sulla pagina subito appassiscono. Ai suoi esordi, l'Incontro dei giovani cultori delle discipline internazionalistiche – inaugurato a Siena nel 2003 da Giulio Bartolini, con la collaborazione di un pugno di colleghi nati intorno agli anni '70 – non ne aveva bisogno.

3. *Elevator Pitch*

L'Incontro era a tema libero: relatrici e relatori vi divulgavano i risultati delle proprie ricerche dottorali o post-dottorali¹, cosicché la varietà dei temi avrebbe reso la formulazione di conclusioni un'inutile acrobazia. In un certo senso, l'evento doveva restare inconcluso, ripetersi, istituzionalizzarsi. Come Giulio il Fondatore ha ricordato in occasione di questa edizione (che non è una qualsiasi perché segna il ventennale) lo scopo dell'iniziativa era conquistare e mantenere uno spazio espressivo tendenzialmente autonomo contro la maledizione del cosiddetto «intervento programmato», mortificante emblema di un'inclusione escludente del giovane studioso nei riti convegnistici. Naturalmente, era impossibile guadagnarsi tale spazio senza prima negoziare le condizioni della sua occupazione con esponenti della generazione anteriore.

Secondo una tradizione orale ormai assurta a mito fondativo², cruciale fu una conversazione in ascensore tra Giulio Bartolini (testimone unico) e il suo Maestro³, il quale opinò che al massimo si poteva parlare di «aspiranti cultori delle discipline internazionalistiche», certamente non di veri e propri studiosi, ancorché solo «giovani», donde la complicata denominazione dell'Incontro, la quale ricorda – dice Giulio – «il titolo di un film di Lina Wertmüller»⁴. Oggi ci si scherza – d'altronde l'Incontro è ormai parte

¹ Funzione oggi in parte assorbita dall'Incontro tra dottorandi di ricerca a San Ginesio, patrocinato dal Centro internazionale di studi gentiliani e dalla Società italiana di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea e giunto nel 2024 alla XIII edizione.

² Mi è parso che il ventennale fosse senz'altro un'occasione propizia alla codificazione di questa tradizione orale.

³ È lecito chiedersi se il tragitto in ascensore sia cronaca o leggenda (cfr., tuttavia, nota successiva). Comunque sia, questa tradizione orale rispecchia bene l'esigenza che il giovane si spicci un po' come nel famigerato *elevator pitch*. Per chi non lo sapesse, l'*e.p.* è una forma di addestramento para-militare ideata per il bene del giovane accademico contemporaneo. Esso consiste nel concepire e mandare a memoria una o più risposte di durata compresa tra trenta secondi e tre minuti alla domanda «Lei di che cosa si occupa?», idealmente formulata da qualcuno di importante incontrato sull'ascensore, situazione-tipo da intendersi come sineddoche di un contatto fortuito, fugace e carico d'ansia, dove il successo dipende non tanto dal contenuto della risposta (cui l'interlocutore è di regola indifferente) quanto dallo stile oratorio e dagli aspetti extraverbali della *performance*, nella misura in cui questi rivelano un carattere docile e misuratamente ambizioso.

⁴ Così nel suo *amarcord* in occasione del ventennale. Presa visione di una bozza del presente scritto, il Fondatore ha privatamente confermato che la conversazione avvenne in ascensore, tra il primo e il terzo piano della sede di Via Mattioli 10 dell'ateneo senese (email di G.B. al sottoscritto del 14 ottobre 2024), dettagli che senza dubbio conferiscono sapore di verità al mito. Nella stessa comunicazione si precisa che, nell'iniziale valutazione del Maestro, il termine «cultori», già presente nella proposta formulata a nome

integrante della stagione convegnoistica e quel «cultori» è diventato un po' *cult* e forse persino un po' *queer* (rivendicato dai portatori dello stigma e quindi irrinunciabile) – ma è chiaro che, in origine, si trattava di reinscrivere la mortificazione nell'atto di emancipazione. Il segno peraltro è indelebile: quest'anno, nell'esercizio delle sue funzioni di *discussant*, Luigi Crema ha osservato – con le migliori intenzioni – che la qualità delle relazioni era tale che gli pareva «riduttivo parlare di convegno giovani». Ed è forse un bene che l'Incontro resti qualcosa di meno, meno cerimonie, meno discorsi convenzionali, ecc.

4. Intendenza

Con il passare degli anni, l'Incontro è diventato sempre più simile a un convegno standard, con un tema unitario, la tradizionale rappresentazione dei tre Stati (internazionalpubblicisti, internazionalprivatisti ed europeisti), un *format* contemporaneo con *call for papers* e *discussants*, e le conclusioni. L'Incontro è stato anche un luogo di sperimentazione. Nel 2017, nell'Università di Roma Tre, Alice Riccardi e Tommaso Natoli hanno orchestrato i lavori di una pluralità di laboratori di scrittura paritari, un procedimento che ha messo in risalto la dimensione collettiva del lavoro accademico e la sua capacità di trasformare il contributo individuale, peraltro ulteriormente de-enfatizzato con l'attribuzione del ruolo di relatore a un co-lavoratore diverso dall'autore e la preordinazione dell'intero rito convegnoistico al dibattito⁵. Fu un'eccezione rispetto alla tendenza a riprodurre modelli collaudati.

D'altra parte, lo scopo originario dell'iniziativa non era l'espressione di una sorta di controcultura accademica, bensì – solo (e non era poco) – la presa di parola da parte di soggetti già implicati nel lavoro universitario (didattica inclusa), quindi già partecipi di una certa cultura (compresi i suoi aspetti meno nobili), eppure marginalizzati, isolati e sfruttati, tra l'altro in un'epoca in cui attorno all'università italiana si delineava un fosco orizzonte, tenebroso dopo la crisi finanziaria e i governi Berlusconi *quater* e Monti (2008-2012). L'Incontro è insomma nato conservatore e

dei «giovani», sarebbe stato improprio senza l'aggiunta di «aspiranti». Suppongo che il doppio aggettivo sarebbe apparso sovrabbondante persino a Wertmüller, tanto più che «giovani» poteva assorbire «aspiranti» per metonimia, cosicché infine il secondo cadde.

⁵ Ho partecipato a quasi la metà degli Incontri, non però a quello organizzato a Roma Tre, di cui avevo vaga memoria grazie al racconto di Paolo Turrini, uno degli autori-non-relatori. Ho quindi intervistato Alice Riccardi, che ringrazio.

come tale rispettoso delle gerarchie: un'intendenza professorale, spesso reclutata tra i docenti dell'università ospitante, è sempre stata presente per assicurare almeno le presidenze di sessione, con ampia licenza didascalica.

5. Noi positivisti

Se ciò è vero per la forma e la procedura, lo è anche – in termini persino più chiari – per la sostanza. l'Incontro non è nato per respingere l'approccio tradizionale allo studio delle materie internazionalistiche o proporre metodologie alternative⁶. La generazione cui appartengono i suoi ideatori (la mia) era stata a malapena lambita dalla marea montante della critica del diritto internazionale e ciò a dispetto del fatto che l'Incontro inaugurale cadeva tra il battesimo dei *Third World Approaches to International Law* (TWAIL), evento anch'esso promosso da giovani studiosi e celebrato ad Harvard nel 1997⁷, la di poco successiva consacrazione del pluralismo metodologico da parte dell'*American Journal of International Law*⁸, e la riedizione di *From Apology to Utopia* (originariamente pubblicato da una piccola casa editrice finlandese) per i tipi di Cambridge University Press⁹. I 'giovani cultori' non hanno mai preteso di essere agitatori intellettuali; la loro fu una protesta, sommessa ma incisiva, contro la loro marginalizzazione in un ambiente professionale che era e resta culturalmente omogeneo.

Questa omogeneità ha un'insegna, il «metodo positivistico» o semplicemente il «positivismo», denominazione spesso invocata in modo automatico per designare non una famiglia di teorie del diritto ma il lavoro dottrinale in quanto tale¹⁰, con un tono di adesione emotiva, direi persino identitaria e – sottotraccia – la convinzione che vi sia incompatibilità tra il genere di studi e di analisi che il canone positivistico prescrive e gli ap-

⁶ Questa precisazione è ridondante se si ritiene che vi sia un antagonismo necessario tra una certa tradizione di studio e nuovi approcci; se – in altre parole – si crede che l'adesione a nuovi orientamenti di ricerca comporti inevitabilmente l'abbandono di quello tradizionale. Per i motivi che chiarirò in seguito, questo assunto, pur essendo comprensibile sul piano economico e sociologico, è criticabile sul piano teorico (v. *infra* par. 14).

⁷ Per un recente profilo storico di TWAIL, v. A. ANGHIE, *Rethinking International Law: A TWAIL Retrospective*, in *European Journal of International Law*, 2023, p. 7 ss.

⁸ *Symposium on Method in International Law*, in *American Journal of International Law*, 1999, p. 291 ss.

⁹ M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument (Reissue with a New Epilogue)*, Cambridge, 2005. L'edizione originale risale al 1989.

¹⁰ Cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Napoli, 1997, p. 99 ss.

procci critici (TWAIL, per esempio). È poiché questi ultimi hanno ormai travalicato le rispettive nicchie e riscuotono sempre più successo nella società accademica transnazionale integrata e anglicizzata¹¹, può darsi che il riflesso identitario dei positivisti, giovani e non, si rafforzi come in risposta a una minaccia o che, al contrario, si apra una linea di frattura generazionale finalmente anche culturale, con i giovani su posizioni critiche e l'intendenza professorale un poco scandalizzata e forse prima o poi liquidata... questi, grossomodo, i pensieri che mi passavano per la mente in qualità di membro designato della suddetta intendenza in vista del XX Incontro, il cui titolo – «Global South» (così, semplicemente) – forse annunciava una svolta, chissà. A Milano, di sicuro, c'era fermento.

6. Fermento a Milano

Quella primavera, tre università milanesi (Statale, Bicocca e Cattolica) erano state teatro di un ciclo di seminari intitolato «Pensare il diritto internazionale: teorie, approcci e metodi». Ideati e realizzati (talvolta direttamente animati) da Martina Buscemi, Alice Ollino e Mariangela La Manna, i seminari non solo hanno riscosso un certo successo locale ma, complici i dispositivi telematici postpandemici, hanno avuto risonanza nazionale. Uno dei seminari era espressamente dedicato agli «Approcci critici nel diritto internazionale» (chissà perché quel «nel»... come se ci fosse un rischio di travalicare), il solo con tre interventi (invece di due) e tempi di parola un po' stretti considerata la varietà e la complessità delle questioni da trattare, tra cui TWAIL e il Femminismo, a cura rispettivamente di Mariangela La Manna e Sara De Vido¹². I partigiani della critica potevano sentirsi discriminati, visto che il positivismo, benché (sintomaticamente!) non menzionato nel programma, era presente in forze sotto varie denominazioni («Formalismo e pragmatismo», «Idealismo», «Realismo»), oltre che brandito come un vessillo da Giulio Bartolini nel seminario introduttivo¹³.

Con la sua brillante introduzione, Giulio intendeva preparare il pubblico a una sfilata di «vegani che discettano di brasato al barolo», non proprio un complimento ai relatori, presentati in blocco come tradizionalisti che non sanno di cosa parlano o – nella migliore delle ipotesi – non fanno

¹¹ Cfr., in questo senso, A. BECKER LORCA, *After TWAIL's Success, What Next? Afterword to the Foreword by Anyony Anghie*, in *European Journal of International Law*, 2023, p. 779 ss.

¹² C'ero anch'io, con il compito di parlare della 'critica' in generale.

¹³ Animato anche da Rossana De Plano, intervenuta nel segno del pluralismo metodologico.

ciò che insegnano. Eppure, a bene intenderla, la metafora culinaria racchiudeva un elogio dell'astinenza virtuosa (o dello spontaneo ribrezzo) del positivista-vegano di fronte ai banchetti della 'critica', la quale, a forza di ingurgitare storia, filosofia e sociologia, diserterebbe il parco desco della dottrina. La virtù del positivista non è senza ricompensa – assicurava Giulio infine – riportando la testimonianza di un amico, funzionario presso le Nazioni Unite, secondo il quale il «metodo tradizionale» è l'unico che conta quando si tratta di «smaltire pratiche»¹⁴. Ciò nonostante, credo si sia percepita l'insufficienza del seminario dedicato agli approcci critici, al termine del quale alleggiava – mi parve – un'esigenza insoddisfatta di approfondimento. La scelta di dedicare l'Incontro al «Global South» sembrava confermare quella sensazione. Sì, c'era fermento a Milano.

7. Esserci

È vero che il tono del *call for papers* – il 'manifesto' del convegno – era cauto, persino un tantino sospettoso. Si apriva evocando (oltre al nume tutelare Martti Koskenniemi) la tesi, attribuita a TWAIL, delle radici colonialiste e del carattere imperialista del diritto internazionale contemporaneo, per mettere in dubbio l'attendibilità o l'attualità di tale tesi a partire da una tradizionale prospettiva statalista in contrasto con la critica dello Stato postcoloniale formulata dal nuovo terzomondismo: «Si tratta di affermazioni che fanno discutere, presentate da alcuni come comunque bisognose di una rivisitazione alla luce dell'influenza che alcuni Stati... del *Global South*... appaiono oggi capaci di esercitare». È vero che, durante il seminario sugli approcci critici, Mariangela La Manna aveva un poco strapazzato TWAIL; sapevo però che avrebbe cercato di coinvolgere, nel ruolo di *keynote speaker*, Luis Eslava, uno dei più noti esponenti del movimento.

Con l'autunno, poi, erano giunti i *papers*. Questi, a parte presentare un 'criterio di collegamento' con il Sud globale e incorporare alcune parole d'ordine TWAIL (per esempio «decoloniale»), non discutevano né si poteva dire che applicassero un approccio critico alle questioni in gioco, comunque sempre esaminate con competenza e senza complessi metodologici. Alcuni di quegli scritti erano del resto ancora allo stato embrionale:

¹⁴ Ciò era ben noto anche a quel Lucullo di Koskenniemi, per il quale «[t]o write a deconstructive memorandum for a permanent mission to the United Nations would be a professional and social mistake» (M. KOSKENNIEMI, *Letter to Editors of the Symposium*, in *American Journal of International Law*, 1999, p. 357).

qualcosa – mi dissi – accadrà a partire da questi testi provvisori, forse nel confronto con Eslava, nell'improvvisazione dei singoli relatori, nei loro scambi d'idee, nell'interazione con gli organizzatori, l'intendenza, il pubblico... insomma, nell'evento. Valeva la pena esserci. Anche il giorno prima.

8. Il piano

Il piano che avevo in mente spiega il mio arrivo a Milano con oltre ventiquattr'ore d'anticipo, giusto in tempo per assistere a un convegno prestigioso, intitolato «La dottrina italiana e l'Accademia di diritto internazionale dell'Aja: uno sguardo in occasione del centenario dell'Accademia», che si sarebbe svolto il giorno prima dell'Incontro dei giovani, nella stessa stanza, l'aula NI.110 di Via Nirone.

«Stessa aula: vecchi e giovani, maestri e apprendisti, professionisti affermati e neoproletariato accademico, alto e basso, Nord (l'Italia, l'Aja) e Sud (l'Italia?), ortodossia e dissidenza (?), ordine e disordine (?)». Questo è il primo appunto registrato nel mio taccuino di etnografo improvvisato – ecco cosa intendevo fare a Milano – improvvisato e forse un poco abusivo, visto che del *milieu* degli internazionalisti italiani io faccio parte. «I analyze the real world and you analyze me!», sbottò un collega di David Kennedy versione sociologo della professione¹⁵. L'eco di questa rimostranza mi ha accompagnato fino a Milano. A mia parziale discolpa – pensai – potevo far valere una duplice esclusione: dal circolo dell'Aja e, per ragioni anagrafiche, dal gruppo dei giovani. Ed è così che, con il pretesto delle conclusioni, mi sono preparato ad assistere a un dramma intergenerazionale, tra rievocazione di dottrine nostrane scolpite nel *Recueil des cours* e approcci critici non necessariamente compatibili con la 'missione civilizzatrice' dell'Accademia.

9. Trambusto in via Nirone

Il 30 novembre c'era un gran trambusto in via Nirone. L'aula NI.110 non bastava ad accogliere la massa dei partecipanti, che in un turbinio di convenevoli defluiva anche verso una seconda aula dotata di *video-link*. A occhio, tra gli astanti più anziani e quelli più giovani – alcuni dei quali sareb-

¹⁵ D. KENNEDY, *When Renewal Repeats: Thinking Against the Box*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2000, p. 462.

bero stati relatori l'indomani – correva oltre mezzo secolo. Era come se i due eventi, cronologicamente adiacenti, rifluissero l'uno nell'altro: gli allievi accorrevano ad ascoltare i Maestri parlare dei loro Maestri e dei Maestri di questi. Inutile dire che, salvo rare eccezioni, non vi fu reciprocità: il 1° dicembre ci sarebbe stata quiete in via Nirone.

Nel mio taccuino ho registrato tre fatti accaduti durante il convegno del Centenario: Pietro Franzina, organizzatore dell'evento insieme a Giulio Bartolini (sì, sempre lui), traccia un nesso con l'imminente Incontro dei giovani evocando una figura astronomica, un'orbita sulla quale riposerebbero entrambi gli eventi; costretto dalla mancanza di tempo, Sergio Marchisio completa la relazione formulando, a proposito di una serie di corsi antichi e meno antichi che bisognava pur menzionare, elogi lapidari stilisticamente analoghi a quelli di una Commissione ASN, con potente effetto di schiacciamento del passato sul presente; Luca Radicati di Brozolo dice che il *Recueil des cours* è il libro «da portare sull'isola deserta». E poiché questa tipicamente è bagnata dai mari del Sud, l'involontaria metafora del *salut du Tiers-monde par le droit international* (nella massiccia dose di oltre 400 volumi) era servita. E poteva in effetti servire come esergo della giornata successiva.

10. Jules et Jim

Perché il Sud globale? Da buon strutturalista, l'interesse degli organizzatori per il tema mi appariva come un fatto contingente e bisognoso di spiegazione. Forse la famosa Linea di Brandt (evocata da Luis Eslava)¹⁶, che nei primi anni '80 lambiva la Sicilia, e sempre più si annoda e si attorciglia, passava ormai a Nord della penisola? Anche a Nord di Milano? Tutta Milano, Sant'Ambrogio e la Cattolica inclusi? Anche l'aula NI.110 e i suoi elitari occupanti, esperti di diritto internazionale? Ne dubitavo.

Intanto, mentre seduto tra il pubblico pensavo a come concludere, per la mente mi passavano immagini di *Jules et Jim* (il film), pensieri oziosi che provavo a scacciare, finché non ho deciso, da buon strutturalista, di seguirne il filo, che conduceva a ipotizzare l'esistenza di una specie di triangolo amoroso: come nel film Jules e Jim amano entrambi Catherine, così i giovani internazionalisti italiani e il Terzo Mondo, pur essendo soggetti

¹⁶ *North-South: A Program for Survival: The Report of the Independent Commission on International Development Issues under the Chairmanship of Willy Brandt*, Cambridge (Massachusetts), 1980.

non contigui, *amano entrambi il diritto internazionale*, credono (fuor di metafora) nel suo potere di cambiare il mondo e ciò costituisce il loro punto di incontro, il necessario termine medio. Una configurazione simile era già emersa in Italia nell'epoca della decolonizzazione.

11. Tre terzomondismi

In quegli anni, l'Italia, grande potenza industriale un poco in affanno, esprese un minuto ma prestigioso contingente terzomondista, tanto da poter costituire la maggioranza nazionale relativa (con Antonio Cassese, Luigi Ferrari Bravo e Paolo Foïs) degli estensori della radicale Carta di Algeri¹⁷. Questo contingente era parte di un'ampia compagine transnazionale di giuristi, oggi spesso anacronisticamente designata come «primo TWAIL», che credeva nell'uso alternativo del diritto internazionale¹⁸, o meglio, degli strumenti procedurali – le assemblee mondiali ormai numericamente dominate dalle *ex* colonie – che l'ordinamento metteva a disposizione per forgiare un nuovo diritto internazionale postimperialista¹⁹. TWAIL – quello autentico – nacque in un contesto assai diverso e rispondeva a esigenze talvolta opposte.

La cornice era quella dei tardi anni '90, con i vincitori della Guerra fredda che abbracciavano il diritto internazionale e lo usavano creativamente per consolidare un sistema economico globale profondamente diseguale, oltre che per dar la caccia a terroristi e criminali internazionali tipicamente originari del Sud del mondo. TWAIL fu perciò anche un tentativo di *difendersi* dal diritto internazionale, contestandone le credenziali morali, politiche e scientifiche. Mentre lo sguardo del primo terzomondismo era rivolto al futuro – verso l'illusorio delinearci di un ordine internazionale più giusto – TWAIL è stato anzitutto storiografico, nel senso che ha promosso sofisticate ricerche sulle radici imperiali e coloniali (quindi non universali) del diritto internazionale contemporaneo. Mentre il primo terzomondismo credeva nell'*expertise* giuridica come strumento di lotta,

¹⁷ A. CASSESE, E. JOUVE, *Préface*, in Id. (a cura di), *Pour un droit des peuples: essais sur la Déclaration d'Alger*, Paris, 1978, p. 22.

¹⁸ Per usare un'espressione appartenente alla cultura giuridica italiana dell'epoca: cfr. P. BARCELONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Roma-Bari, 1973.

¹⁹ Sul tema v. recentemente G. ABI-SAAB, *The Third World Intellectual in Praxis: Confrontation, Participation, or Operation behind Enemy Lines?*, in *Third World Quarterly*, 2016, p. 1957 ss.

TWAIL si è impegnato a svelare il carattere ideologico (quindi non universale) della scienza del diritto internazionale²⁰.

Recentemente, tuttavia, il pendolo è tornato a oscillare verso un recupero del diritto internazionale come forza progressiva: nelle lotte delle donne, dei contadini, dei migranti, dei piccoli Stati insulari, dei discendenti delle vittime dei crimini coloniali, del popolo palestinese. L'Occidente, d'altro canto, sembra esserselo lasciato alle spalle, il 'suo' diritto internazionale, non nel senso che rinuncia a invocarlo (lo fa a buon titolo contro l'invasione russa dell'Ucraina) ma in quanto *sistema complessivo* di cui nel post-Guerra fredda aveva promosso l'espansione, nel bene e nel male, mentre oggi ne favorisce la contrazione, come quando orchestra la stipula di strumenti sul cambiamento climatico vincolanti, sì, ma senza veri e propri obblighi, oppure osteggia la conclusione di un patto internazionale sul diritto allo sviluppo pretendendo che la propaganda per istogrammi dei *Sustainable Development Goals* lo renderebbe futile. Perciò credo sia generalmente inesatto parlare, oggi, di un uso controegemonico del diritto internazionale, il quale presupporrebbe la continuità di un uso egemonico che invece sembra esaurito.

Frattanto, un terzo terzomondismo, più affine al primo che a TWAIL e diverso da entrambi, ha cominciato a prendere forma in un contesto dove il diritto internazionale giace copioso e deprezzato – e calpestato – e si presta perciò a essere raccolto da categorie, classi, popoli e Stati subalterni. Ricorrendo a una metafora gramsciana, mentre il primo terzomondismo combatté (e perse) una guerra di manovra o frontale la cui posta in gioco era la costituzione di un diritto internazionale nuovo, quello attuale è impegnato in una guerra di posizione con munizioni recuperate prevalentemente nel diritto internazionale vigente, di cui non resta che esigere il rispetto: la temperie è tale che persino il controverso progetto di Patto sul diritto allo sviluppo è tatticamente presentato dagli Stati del *Global South* come codificazione di regole già esistenti!²¹. Se ciò è vero, forse non è azzardato ipotizzare che gli organizzatori del XX Incontro abbiano intercettato questo spirito. Tanto più che l'accertamento del diritto internazio-

²⁰ Su questi aspetti si veda ancora A. ANGHIE, *Rethinking International Law*, cit., *passim*. Come è noto, TWAIL è un movimento plurale e non può certo dirsi in blocco ostile alla politica del diritto elaborata dal primo terzomondismo. Tuttavia, il suo baricentro è più prossimo a una critica radicale del diritto internazionale.

²¹ *Draft International Covenant on the Right to Development with Commentaries*, Chair-Rapporteur Zamir Akram (Pakistan), UN Doc. A/HRC/54/50/Add.1 (2003), p. 4, par. 11: «no concepts, norms, rights, or obligations have been created *de novo*».

nale 'così com'è' è congeniale al dottrinarismo prevalente tra i giovani studiosi italiani, oltre a essere – volendo – un efficace *camouflage* per un certo tipo di militanza.

12. TWAIL è l'Altro

Riavvolgendo il film del XX Incontro,²² una conferma di questa ipotesi giunge nei primi istanti del discorso introduttivo pronunciato da Mariangela La Manna. In poche, rapide battute, Mariangela dichiarava una preferenza per il primo terzomondismo e di essere perciò incline a una «critica della critica» (leggi: di TWAIL), tutto ciò a partire da un approccio «squisitamente positivista», che nel prosieguo non pochi membri dell'intendenza professorale avrebbero rivendicato. Con queste premesse – e ancor di più sullo sfondo dell'intera giornata – la *performance* di Luis Eslava, anche esteticamente (l'abbigliamento informale, lo stile cinematografico delle *slides*, ecc.), è assurta a manifestazione dell'Altro (per ricorrere a una figura cara agli approcci critici), cioè di un modo di studiare il diritto internazionale – autenticamente interdisciplinare e poco propenso alle disquisizioni dottrinali ed esegetiche – che resta per noi essenzialmente estraneo.

Archiviato il prologo TWAIL²³, il XX Incontro ha imboccato direzioni più consuete: relazioni e dibattiti hanno esibito un'elevata perizia tecnica, la tendenza a interrogare luoghi classici della disciplina (i principi generali, la codificazione, la teoria del fatto internazionalmente illecito, il contenzioso davanti alla Corte internazionale di giustizia, la dottrina degli *State contracts*, le tensioni tra legislazione uniforme e pluralismo, ecc.) e una diffusa propensione a ricercare la soluzione di conflitti ideologici e di interessi nel 'mondo delle norme' (l'equità, la sostenibilità, ecc.), nella ferma convinzione che il diritto internazionale sia stato e resti un possibile veicolo di giustizia.

Tuttavia, benché lo spirito del terzo terzomondismo aleggiasse nell'aula NI.110 – se non altro perché (a mio parere) spiega in termini

²² Letteralmente. Ringrazio Mariangela La Manna e gli uffici dell'Università Cattolica di Milano per avermi fornito il file video dietro presentazione di un'autocertificazione d'uso a scopi esclusivamente scientifici.

²³ Considerata la disomogeneità del suo contributo rispetto al resto delle relazioni, è forse un bene che Luis Eslava non abbia scritto per gli atti. D'altro canto, mi pare che alcuni dei lavori qui pubblicati, rispetto alla versione originaria, tengano maggiormente conto della 'prospettiva TWAIL', probabilmente su impulso degli organizzatori/curatori o dei revisori anonimi. Forse non era necessario.

strutturali la scelta del tema del XX Incontro (e faceva capolino in alcune relazioni) – non si può dire che tale spirito si sia incarnato nell’evento, che lo abbia permeato oltre che istigato. Per conseguire questo risultato (ammesso che lo si desideri e ce ne siano le condizioni) sarebbe necessario prendere partito, come fecero i primi terzomondisti, e attaccare il carro della scienza a quello della ‘clinica del diritto’, sublime figura di un’*expertise* militante e di sinistra. Per ora, l’*habitus* dei giovani cultori, nel solco di una lunga tradizione, resta complessivamente improntato a una «studied distance from politics»²⁴. Eppure, la scelta del tema – e del *keynote speaker* – non ha mancato di suscitare apprensioni, specialmente in una parte dell’intendenza.

13. *Preaching to the Choir*

Al termine della prima sessione, presieduta da Giulio Bartolini, questi constatava con sollievo che almeno sin lì si era parlato «di e non contro il diritto internazionale» (lo ha detto anche in inglese, forse per farsi capire meglio da Luis Eslava). Si sarebbe continuato a farlo sino al termine dei lavori. Gianpaolo Maria Ruotolo, aprendo l’ultima sessione, esprimeva un pizzico di irritazione nei confronti delle teorie del diritto come «narrazione» (senza intenzioni confutatorie e anzi sussurrando un «noi lo sapevamo, presumo...») per poi suggerire che, «se il diritto contiene una narrazione, io credo che noi giuristi dobbiamo cercare le norme giuridiche che raccontano questa storia». E ancora, in tono didascalico-confessionale: «io, ci tengo a precisarlo, ho un approccio al diritto internazionale abbastanza, diciamo, rigidamente positivista in qualche maniera [e] credo che questa ricerca delle norme giuridiche che raccontano una storia, perché c’è, vada fatta, indipendentemente dall’approccio metodologico che ognuno di noi si dà»²⁵. Con ciò Gianpaolo voleva dire – o almeno così io ho inteso – che da un giurista è lecito aspettarsi che accerti e interpreti il diritto, proponendone un’adeguata sistemazione concettuale, che svolga cioè un lavoro dottrinale, qualsiasi sia la teoria delle fonti o dell’argomentazione cui aderisce, a patto che di questo – cioè di fonti e argomentazione e non di storiografia, filosofia, sociologia, ecc. – si tratti: *preaching to the choir*,

²⁴ Per citare un’espressione di A. ORFORD, *Scientific Reason and the Discipline of International Law*, in *European Journal of International Law*, 2014, p. 372.

²⁵ Gianpaolo mi perdonerà se trascrivo considerazioni non consegnate agli atti ma, credo, interessanti ai fini di questa piccola indagine.

considerato l'andamento complessivo del XX Incontro! Ma c'è di più in queste parole.

Anzitutto, il velato imbarazzo di appartenere a una tradizione intellettuale ritenuta da alcuni asfittica («abbastanza», «in qualche maniera») – imbarazzo *socialmente* imposto da un ambiente professionale sempre più internazionalizzato e incline a ogni sorta di avventura interdisciplinare – ma anche un'orgogliosa riaffermazione di quella tradizione («rigidamente»), anche sul piano identitario («noi giuristi»). Ci vedo, inoltre, anche il seme di una concezione non conflittuale del rapporto tra lavoro dottrinale e approcci critici.

14. Non possiamo permetterci la critica

In realtà, un conflitto c'è, ma non sul piano teorico (dove una falsa coscienza collettiva tende a situarlo). Tra lavoro dottrinale e approcci critici sussiste – mi sembra – una divisione del lavoro asimmetrica, nel senso che la dottrina, che 'fa' il diritto²⁶, è l'oggetto e quindi il presupposto della critica, il cui discorso appartiene a una dimensione (storiografica, filosofica, sociologica, ecc.) che semplicemente non è quella del lavoro dottrinale. Se in Italia gli approcci critici, come TWAIL, sono perlopiù trascurati, è perché le risorse a disposizione del sistema universitario bastano a malapena per assicurare una prima linea di ingaggio con la realtà sempre più complessa del diritto internazionale – che è costituita, necessariamente, dal lavoro dottrinale²⁷ – mentre non ve ne sono per offrire posti di lavoro a storici, filosofi o sociologi della materia (che ci sono, seppure in numero esi-

²⁶ È d'istinto che ho messo il verbo tra virgolette, dopodiché mi sono chiesto se non fosse il caso di toglierle. Le ho lasciate per segnalare un atteggiamento di riserva e cautela, che tiene conto della diffusa (e tutto sommato assennata) credenza secondo cui la dottrina non farebbe il diritto ma, per così dire, lo troverebbe già fatto. È chiaro, in effetti, che la dottrina non stipula trattati, non partecipa alla formazione della consuetudine, ecc.; è altrettanto chiaro, tuttavia, che il trattato e la consuetudine sono riconoscibili come fonti del diritto solo in quanto il lavoro dottrinale li concettualizza in un certo modo e, in questo senso fondamentale, li fa. Si potrebbe anche dire che la grammatica giuridica è dottrinale, mentre i contenuti sono il frutto di una co-produzione cui la dottrina partecipa occupandosi della grammatica dell'interpretazione.

²⁷ Avrei potuto mettere anche 'realtà' (del diritto internazionale) tra virgolette (v. nota precedente), ma ho pensato che bastasse esprimere la riserva una volta soltanto, essendo il tema il medesimo: il lavoro dottrinale non solo incontra tale 'realtà' ma contribuisce a produrla, per cui ciò che ho chiamato «prima linea di ingaggio» è un fronte non solo di ricognizione ma anche di produzione, per cui il suo smantellamento terminerebbe *ipso facto* il lavoro della critica (perlomeno rispetto al presente), il che rende il lavoro dottrinale non rimpiazzabile ma solo affiancabile da parte di quest'ultima.

guo e afferenti ad altri settori disciplinari, dove la lontananza dal lavoro dottrinale si sconta talvolta gravemente o impone indirizzi di ricerca storico-speculativi).

Il *Methodenstreit* tra positivismo (inteso, lo ribadisco, non come teoria ma come nome convenzionale del lavoro dottrinale) e approcci critici, a tratti messo in scena durante il XX Incontro, essenzialmente a cura dell'intendenza, ha in realtà ben poco a che fare con il metodo, mentre ha radici materiali nella necessità di difendere il lavoro dottrinale in condizioni di risorse scarse. «Non possiamo permetterci la critica», in Italia, ha il significato finanziario della carenza di risorse e non quello ideologico di prevenire la corrosione della fede nel diritto internazionale.

15. Inconclusioni

Il XX Incontro, come previsto, si è chiuso con le mie conclusioni. Avevo protestato che era inutile, perché era tardi e il dibattito non si era ancora spento dopo l'ultima sessione. Ma a quel punto era impossibile tirarsi indietro. Comunque, alla fine, è come se non le avessi fatte.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2024
dalla *Grafica elettronica* - Napoli

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081.5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.it

Direttore responsabile

Pasquale De Sena

Legale rappresentante

Pasquale De Sena

Rivista annuale gratuita pubblicata esclusivamente on-line su

www.sidiblog.org

www.editorialescientifica.com

Registrazione

Tribunale di Napoli n. 3134/15 del 29 luglio 2015

