SIDI

Società Italiana di Diritto Internazionale
e di Diritto dell'Unione Europea
25

BENI E VALORI COMUNI NELLE DIMENSIONI INTERNAZIONALE E SOVRANAZIONALE

XXV Convegno
Lecce
24-25 settembre 2021

a cura di

Susanna Cafaro

zionale e di
pea
00185 ROMA

EDITORIALE SCIENTIFICA

es

SIDI

Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea

25

Pubblicazioni
Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea

1. *La riforma del Diritto internazionale privato italiano* (I Convegno – Roma 1996), Napoli, 1997
2. *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio* (II Convegno – Milano 1997), Napoli, 1998
3. *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale* (III Convegno – Siena 1998), Napoli, 1999
4. *Riforme Costituzionali. Prospettiva europea e prospettiva internazionale* (IV Convegno – Salerno 1999), Napoli, 2000
5. *La Moneta tra sovranità statale e diritto internazionale* (V Convegno – Torino 2000), Napoli, 2001
6. *Il diritto internazionale del mare fra usi antichi e nuove forme di utilizzazione* (VI Convegno – Padova, Treviso, Venezia 2001), Napoli, 2002
7. *L'internazionalizzazione dei mezzi di comunicazione e la sovranità statale* (VII Convegno – Napoli 2002), Napoli, 2003
8. *Ordine internazionale e valori etici* (VIII Convegno – Verona 2003), Napoli, 2004
9. *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno* (IX Convegno – Roma 2004), Napoli, 2005
10. *Regioni e autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo* (X Convegno – Trieste-Gorizia 2005), Napoli, 2006
11. *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente* (XI Convegno – Alghero 2006), Napoli, 2007
12. *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti* (XII Convegno – Milano 2007), Napoli, 2008
13. *La crisi del disarmo nel diritto internazionale. Nel quarto centenario della morte di Alberico Gentili* (XIII Convegno – Roma 2008), Napoli, 2009
14. *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata* (XIV Convegno – Bari 2009), Napoli, 2010
15. *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali* (XV Convegno – Bologna 2010), Napoli, 2011
16. *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale* (XVI Convegno – Catania 2011) Napoli, 2012
17. *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole* (XVII Convegno – Genova 2012), Napoli, 2013
18. *Diritto internazionale e pluralità delle culture* (XVIII Convegno – Napoli 2013), Napoli, 2014
19. *Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche* (XIX Convegno – Cormayeur 2014), Napoli, 2015
20. *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo* (XX Convegno – Macerata 2015), Napoli, 2016
21. *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari* (XXI Convegno – Parma 2016), Napoli, 2017
22. *Migrazioni e Diritto internazionale: verso il superamento dell'emergenza?* (XXII Convegno – Trento 2017), Napoli, 2018
23. *La codificazione nell'ordinamento internazionale e dell'Unione europea* (XXIII Convegno – Ferrara 2018), Napoli, 2019
24. *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni* (XXIV Convegno – Roma 2019), Napoli 2020

SIDI
Società Italiana di Diritto Internazionale
e di Diritto dell'Unione Europea

BENI E VALORI COMUNI NELLE DIMENSIONI INTERNAZIONALE E SOVRANAZIONALE

XXV Convegno
Lecce
24-25 settembre 2021

a cura di

Susanna Cafaro

EDITORIALE SCIENTIFICA

Con il sostegno della Cattedra Jean Monnet
Legal Theory of European Integration: a Supranational Democracy Model?

With the support of the
Erasmus+ Programme
of the European Union

Proprietà letteraria riservata

© Copyright maggio 2022

Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 979-12-5976-314-3

INDICE-SOMMARIO

Presentazione IX
Angela Di Stasi

Relazione introduttiva XI
Susanna Cafaro

Prima Sessione

Ambiente, salute, sostenibilità: valori, strumenti, emergenze

Francesco Francioni
Beni comuni e sovranità: il diritto internazionale dopo la pandemia 3

Fulvio Maria Palombino, Donato Greco
La valutazione d'impatto ambientale e sanitario nel prisma della frammentazione del diritto internazionale 25

Francesca Romanin Jacur
The Contribution to Sustainable Development of "Megaregional" Free Trade and Investment Agreements 59

Flavia Zorzi Giustiniani
La solidarietà nella risposta ai disastri ai tempi del Covid-19. Il quadro normativo internazionale e dell'Unione europea 87

Raffaele Cadin
La prassi del Consiglio di sicurezza sul cambiamento climatico: le dinamiche giuridiche prevalenti e la chimera della catartica risoluzione tematica sul binomio clima/sicurezza 111

Marianna Pace
Il valore della norma sul diritto umano all'acqua nel dibattito sui beni comuni 127

Seconda Sessione

Valori democratici e *rule of law*

Fausto Pocar
Patrimonio comune dell'umanità e diversità culturale 149
Jean Paul Jacqué
Democratie et état de droit dans l'Union européenne 155
Alessandra Pietrobon
Verso un rafforzamento della rule of law *nel diritto internazionale pubblico?* 165
Maria Rosaria Mauro
Istituzioni finanziarie internazionali e democrazia: alla ricerca di un nuovo multilateralismo 181
Sara Poli
Il rispetto dei valori comuni nell'azione esterna e nel procedimento di adozione delle misure restrittive 213
Elisa Baroncini
Unione europea e rule of law *nella* governance *dell'economia globale: l'approccio al contenzioso per il libero scambio* 237
Michael Ioannidis
Institutional Weakness as a Rule of Law Challenge: The Powers of Conditionality 269
Marco Evola
Lo stato di diritto nella procedura di ammissione all'Unione europea 289

Terza Sessione

Diritti umani e nuove tecnologie

Fabio Bassan
Nuove tecnologie e governance *della regolazione sovranazionale* 311
Jan Von Hein
Determining Jurisdiction for Violations of Personality Rights and Data Protection Rules 331
Rosanna Palladino
La tutela dell'identità e dei dati personali nell'era digitale: il bilanciamento dei diritti tra "valori comuni" europei e specificità nazionali 349
Gianpaolo Maria Ruotolo
Imparzialità e indipendenza dei giudici, intelligenza artificiale, diritto internazionale 369

Diego Mauri
La nozione di «dignità umana» nel dibattito sulle armi autonome 391
Ilja Richard Pavone
Riflessioni sul Gene Editing *e il patrimonio comune dell'umanità nell'era del CRISPR-Cas9* 407
Antonio Lazari
Di ciberleviatani e valori: cartografia della governance *digitale nel prisma del diritto europeo e comparato* 433

Appendice 463

PRESENTAZIONE

Angela Di Stasi*

Il presente volume raccoglie gli Atti del XXV Convegno annuale della Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione europea (SIDI), tenutosi presso l'Università degli Studi di Lecce il 24 e 25 settembre 2021, a distanza di due anni dall'ultimo Convegno SIDI. Per la prima volta dalla costituzione della nostra Società scientifica non è stato possibile, in ragione della pandemia da Covid-19, rispettare la calendarizzazione annuale e, dunque, il Convegno di Lecce si è connotato, nel complesso cammino di ripresa dell'agognata normalità, come una delle prime iniziative culturali tenutasi in presenza.

La scelta del tema dei "Beni e valori comuni nelle dimensioni internazionale e sovranazionale" è stata mossa dalla consapevolezza di un ormai consolidato – e per certi versi risalente – interesse, da parte della dottrina e della giurisprudenza, cui si aggiungono, negli ultimi anni, ulteriori elementi di interesse scientifico. Essi riguardano molteplici settori dell'ordinamento interno, internazionale ed europeo che, con dinamiche diverse, registrano un orientamento nella direzione del collegamento della garanzia dei beni e dei valori comuni alla tutela della persona e dei suoi diritti fondamentali ma che testimoniano anche un rafforzato richiamo alla partecipazione nonché alla responsabilità di tutti per la salvaguardia degli stessi.

Orbene, se l'indagine di taglio giuridico sui beni comuni, nelle varie declinazioni di *public goods, common goods, global goods, global public goods*, etc., ha ispirato, negli ultimi decenni, importanti studi di Diritto internazionale e di Diritto dell'Unione europea e se quella intorno ai valori comuni ha rinvenuto nuovo slancio nel richiamo agli stessi quali (valori) fondativi dell'Unione europea, sicuramente le conseguenze giuridiche della pandemia e l'adozione di misure di contrasto ad essa hanno arricchito il tema di nuovi fattori di interesse scientifico.

Il lungo percorso di costruzione del programma dei lavori del Convegno di Lecce ha saputo cogliere tali dinamiche realizzando un interessante spazio di riflessione che è riuscito a snodarsi tra *veteres* e *novae* sfide ai beni e valori comuni: da quelle derivanti dalla promozione della *rule of*

* Segretario Generale della SIDI.

law e dei valori democratici nell'ordinamento internazionale ed europeo a quelle attinenti alla tutela dell'ambiente e alla garanzia della sostenibilità dello sviluppo senza dimenticare gli effetti dirompenti delle nuove tecnologie e del perfezionamento dello spazio virtuale.

La riflessione scientifica intorno ai "Beni e valori comuni nelle dimensioni internazionale e sovranazionale", come testimonia questa raccolta di studi, è stata molto ricca e partecipata come altrettanto partecipata è stata la risposta alla Call lanciata dagli organizzatori del Convegno il che ha consentito un significativo arricchimento del programma dei lavori, in senso quantitativo e qualitativo.

Lo sviluppo del tema, ampio e composito nei suoi molteplici *volet* e talvolta di difficile riconduzione alle categorie tradizionali della scienza giuridica, è stato condotto nella prospettiva della piena valorizzazione delle sensibilità giuridiche riferibili alle tre "anime" culturali che connotano la SIDI: quella internazional-pubblicistica, quella internazional-privatistica e quella europea. Questa lente di osservazione plurima, come ha testimoniato il dibattito congressuale, non ha trascurato di conferire un'attenzione privilegiata anche agli apporti di altri saperi, giuridici e non giuridici (dalle analisi economiche e socio-politiche agli studi in tema di Relazioni Internazionali). Essa è riuscita a sintetizzare l'approfondimento di delicate questioni generali (relative a fonti, a regimi di responsabilità, a vuoti normativi e/o alla parziale inadeguatezza degli strumenti normativi esistenti a garantire forme di azione collettiva a tutela di interessi generali, allo sviluppo progressivo del diritto internazionale, etc.) assieme alla disamina di problematiche settoriali.

L'impostazione di questo volume sulla base di una struttura tripartita (dedicata ad Ambiente, salute, sostenibilità: valori, strumenti, emergenze; Valori democratici e *Rule of law*; Diritti umani e nuove tecnologie), nel parziale superamento della originaria articolazione dei lavori congressuali, in omaggio a criteri di più compiuta ricostruzione sistematica, arricchisce e in certo modo sedimenta i risultati del vivace dibattito intercorso nella sede leccese.

Un ringraziamento sentito alla Professoressa Susanna Cafaro, Vice-Presidente della SIDI per il biennio 2019-2021, al Comitato scientifico (da lei presieduto e composto dai Professori Domenico Damascelli, Saverio Di Benedetto, Giuseppe Gioffredi e Claudia Morini) nonché al Comitato organizzativo per il significativo sforzo profuso nell'organizzazione di questa importante iniziativa culturale ma anche per la feconda interrelazione ed attitudine al confronto con il Consiglio direttivo della SIDI, in tutte le fasi prodromiche alla realizzazione del XXV Convegno annuale della Società Italiana di Diritto Internazionale e dell'Unione europea.

INTRODUZIONE

Susanna Cafaro*

Viviamo oggi un'epoca di acuta e dolorosa consapevolezza quanto all'esistenza di beni comuni globali – quelli che, nella terminologia giuridica anglosassone si definiscono *global commons* – e al fatto che essi sono in pericolo.

La cosiddetta tragedia dei *commons* è sotto gli occhi di tutti: il riscaldamento dell'atmosfera, la perdita di biodiversità e di superfice a foresta, la presenza massiccia di plastiche negli oceani, gli eventi atmosferici estremi sempre più frequenti e le catastrofi provocate dall'uomo – guerre e minacce terroristiche – e le conseguenze delle une e delle altre sul patrimonio culturale oltre che, drammaticamente, sulle vite umane.

Tale accresciuto livello di rischio si accompagna ad una interconnessione transfrontaliera senza precedenti generata dal progresso tecnologico. Per quanto vi siano importanti ricadute positive nell'intensificarsi della comunicazione in rete tra società aperte, anche essa porta con sé delle minacce, che riguardano beni comuni materiali – la rete stessa – e ancor più preziosi beni immateriali, come la democrazia e le libertà di pensiero e di espressione o la sicurezza.

La pandemia, che ha seguito da presso la crisi finanziaria globale e si è accompagnata ad una altrettanto globale crisi migratoria, hanno evidenziato le lacune di regolazione e di governance tanto nella sfera europea che in quella globale. L'impatto dell'insieme di tali trasformazioni ed emergenze su sistemi economici e politici compartimentati da frontiere nazionali apre scenari di riflessione per tutti e sicuramente per i giuristi, particolarmente per coloro che svolgono la propria attività di ricerca nell'ambito del diritto europeo ed internazionale.

Il prisma attraverso cui si è scelto di esaminare queste molteplici sfide, la cui trattazione non si esaurisce certamente in un convegno, è quella che si focalizza su beni e valori comuni. Tra questi, tre blocchi concettuali selezionati, per rilevanza e carattere esemplare, hanno costituito le sessioni del convegno ed ora i capitoli di questo volume, pur con qualche "risistemazione". Il primo di questi blocchi riguarda l'ambiente, la salute e la

* Professoressa ordinaria di Diritto dell'Unione europea, Università del Salento.

sostenibilità; il secondo la democrazia e lo stato di diritto, la terza i diritti umani in relazione alle nuove tecnologie. Si tratta di ambiti estremamente ampi al cui interno i contributi al volume offrono spunti di riflessione molto diversi uno dall'altro, chiaramente senza alcuna pretesa di esaustività. Il tema dei beni e dei valori comuni, dunque, è affrontato (poco più che scalfito, in realtà) nella consapevolezza che esso costituirà una direttrice di ricerca per molti di noi nei decenni a venire.

In sé, l'argomento non è nuovo. La storia della nozione di bene comune ha conosciuto svariate declinazioni e definizioni, nel diritto interno e nel diritto internazionale, tutte oggi rese obsolete dagli accadimenti della storia, dal progresso economico e tecnologico, dall'evoluzione demografica.

Era, in principio, la nozione di *res communes omnium*, presenti in natura in quantità illimitata e dunque non sono suscettibili di essere oggetto di diritti individuali. Vi rientravano tradizionalmente la luce, l'aria, l'acqua, il calore del sole, l'energia del vento. Vi erano poi – e vi sono tuttora – beni la cui inappropriabilità è frutto di scelta e di un disposto normativo. Nel diritto internazionale ne sono esempio il trattato antartico del 1959, quello sullo spazio extra-atmosferico del 1967, seguito dal Trattato sulla Luna del 1979, ma anche il regime dell'alto mare come codificato nel 1982 dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare. È possibile spingersi indietro di diversi secoli, tuttavia, al Seicento per trovare già una chiara affermazione del principio di libertà dei mari. Vi sono poi beni inappropriabili per scelta etica ancor prima che normativa, come il genoma umano.

Vi sono d'altro canto beni comuni non pubblici, che ricadono nel diritto di proprietà -pubblica o privata- ma preservati nell'interesse collettivo come quelli censiti dall'UNESCO a partire dalla Convenzione sul patrimonio dell'umanità adottata dalla conferenza generale dell'organizzazione internazionale nel 1972.

Le definizioni più recenti sono caratterizzate dalla larghezza delle maglie che consentono di far ricadere nella categoria dei beni comuni tutte le "cose" che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. Una nozione che si è arricchita – soprattutto in diritto internazionale – ad abbracciare tra i beneficiari le generazioni future, le quali costituiscono una chiave di volta nella nozione di sostenibilità, che ci consente di poter affermare che la fruizione del bene è sostenibile, se non risulta in una privazione permanente e irreversibile da parte dei potenziali futuri fruitori o in un depauperamento irrimediabile dell'ambiente inteso nella sua totalità e biodiversità. Questo tema si lega ad un altro percorso normativo evolutivo che ha portato diversi ordinamenti

a riconoscere i diritti della natura, ampliando così ulteriormente la gamma dei soggetti interessati e sfidando la visione consolidata di un diritto che ruota esclusivamente intorno ai bisogni umani.

L'accesso, la tutela e la fruibilità dei beni comuni sono al centro di questa indagine. Inevitabilmente, tuttavia questa porta anche ad interrogarsi sulla dimensione del "come": su quali basi di principio e secondo quali criteri si possono garantire protezione, accesso e fruizione. Il discorso sui beni comuni interseca qui, inevitabilmente, la riflessione sui valori, che nella dimensione internazionale ed in quella sovranazionale si auspica siano anch'essi comuni, ovvero condivisi.

Valori come il rispetto della dignità umana, l'uguaglianza, la solidarietà, sono presupposti logici della parità d'accesso. Quindi la categoria dei beni comuni è pressoché indeclinabile, monca, senza i valori comuni che ne sono un presupposto implicito. I valori possono essere articolati in modi diversi, garantendo maggiore o minore godibilità ad un numero più o meno ampio di persone di un numero più o meno ampio di beni. Beni e valori comuni, quindi, costituiscono un'endiadi, oggetto di scelte politiche che risentono delle ideologie, delle logiche economiche e dei modelli culturali. La tragedia dei *commons* ci porta a collocare oggi questa endiadi nella cornice della sostenibilità perché la tutela, l'accesso, la fruibilità di ciascun bene comune deve armonizzarsi con quella degli altri beni e ciascuno di essi non può essere depauperato a danno delle future generazioni. Il punto di equilibrio va trovato, come tra beni, anche tra valori. Il tema di questo volume sembra pensato proprio per passare il testimone al prossimo convegno e al prossimo volume, dedicati proprio alle generazioni future.

Solo dopo aver identificato i beni e i valori è possibile procedere verso il passaggio logico successivo: l'elaborazione di assetti di governance regole, parametri, strumenti normativi della più varia natura. Quest'ultimo passaggio svela l'importanza, tra i valori comuni, della democraticità e del rispetto della *rule of law*, come strumentali rispetto agli altri.

Gli obiettivi dello sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite per il 2030 sono un importante catalogo di beni e valori insieme, che rispondono ad una visione tematica piuttosto che scientifica o analitica e dunque in diversi casi aprono campi di indagine piuttosto che definirli. Tuttavia, essi dimostrano l'esistenza di una visione che abbraccia entrambi, pur essendo lacunosa nella dimensione del come. L'unico indizio in tal senso è fornito dall'ultimo dei Goals, la "partnership per i goals" ovvero la necessità di un perseguimento condiviso a tutti i livelli e tra tutti gli attori, un modello che potremmo definire di governance *multilevel* e *multistakeholder*.

Nell'Unione europea, che in questa prospettiva potremmo definire una repubblica (res publica, appunto, proprio in quanto ordinamento che tutela una serie di beni e valori comuni) i beni oggetto di tutela sono, insieme ai valori, esplicitati dai Trattati: libertà, sicurezza e giustizia, stabilità dei prezzi, qualità dell'ambiente, progresso scientifico e tecnologico, coesione sociale e territoriale. Può il principio di sussidiarietà aiutarci a coordinare un numero maggiore di livelli di governo rispetto a quelli immaginati nel trattato di Unione? E se sì, attraverso quali meccanismi?

La sfida del globale non è una partita che si gioca solo nel palazzo di vetro o sul tavolo del G20, ma anche a Lecce, a Lampedusa, e ovunque in tutte le grandi e piccole sedi di aggregazione della famiglia umana. Così come la globalizzazione è visibile anche nel più piccolo dei supermercati, così la risposta alle sue minacce – di esclusione, di impoverimento, di emarginazione – va elaborata a tutti i livelli. La sfida dell'inclusione e della partecipazione non è mai stata così acutamente percepita come nell'era dell'interdipendenza che viviamo, in cui tutti sono connessi ed interconnessi, non solo dalla tecnologia, ma anche dai fenomeni di causa- effetto (quelli ambientali ed atmosferici, per esempio).

Ringrazio il direttivo della SIDI per aver creduto nel progetto di questo convegno e per il costante appoggio e sostegno, in un momento così particolare; è stato un onore e un piacere farne parte per ben due anni. Ringrazio il presidente uscente Fausto Pocar e il segretario uscente, oggi presidente, Pasquale De Sena, per il costante incoraggiamento in un periodo difficile che ha visto un doppio slittamento del convegno e una gestione difficoltosa della società in epoca di lockdown. Ringrazio ancora il segretario generale della Società, Angela Di Stasi, che ci è stata accanto nel momento complesso degli ultimi preparativi e della gestione del convegno.

Ringrazio sentitamente, per il prezioso contributo, il comitato scientifico che ho avuto l'onore di presiedere, i colleghi Saverio Di Benedetto Giuseppe Gioffredi, Claudia Morini, e Domenico Damascelli, e la segreteria organizzativa, particolarmente Stefania Attolini, Vincenzo Lo Rubbio, Francesco Viggiani e Francesco Spera. Ringrazio, infine, tutti i collaboratori che hanno reso possibile l'evento nonché Stefania Montinaro, il cui supporto è stato prezioso nella redazione di questo volume.

Infine, e non da ultimo, ringrazio tutti gli autorevoli colleghi che hanno sviluppato il tema di questo convegno, arricchendo e approfondendo sia la nozione di bene comune che la declinazione della stessa nei tre ambiti tematici.

Prima Sessione

AMBIENTE, SALUTE, SOSTENIBILITÀ: VALORI, STRUMENTI, EMERGENZE

BENI COMUNI E SOVRANITÀ: IL DIRITTO INTERNAZIONALE DOPO LA PANDEMIA

Francesco Francioni*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La pandemia e il diritto internazionale dei beni comuni. – 3. La Risoluzione dell'Institut de droit international su "*Epidemics, Pandemics and International Law*". – 3.1. Tipo di strumento adottato. – 3.2. Fini e principi della Risoluzione. – 3.2.1 I principi generali. – 3.2.2. La *due diligence*. – 3.3. Interazione tra norme. – 3.4. Obblighi procedurali. – 3.5. Specifici obblighi. – 3.6. Azione post-epidemia. – 3.7. *International responsibility*. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Voglio prima di tutto ringraziare gli organizzatori di questo convegno e la SIDI per l'invito rivoltomi a introdurre il tema dei beni e valori comuni alla luce dell'esperienza della Pandemia. Ho accettato volentieri di ritornare su questo tema che, come ricorderete, era già stato oggetto di un convegno annuale della SIDI (Parma 2016)[1], e oggi ritorna di drammatica attualità davanti al disastro sanitario, economico e sociale che ci ha lasciato la pandemia di Covid-19 degli ultimi due anni. Anche l'*Institut de droit international* si è doverosamente occupato di questo tema costituendo un apposito gruppo di lavoro, di cui ho fatto parte, allo scopo di elaborare un progetto di articoli che nelle intenzioni dell'Istituto, dovrebbero contribuire al progresso del diritto internazionale in tema di protezione delle persone e dei popoli dal rischio di epidemie e pandemie. Il gruppo di lavoro ha completato tra il 2020 e il 2021 la redazione di un articolato che è divenuto il testo di una Risoluzione adottata dall'Istituto alla fine di agosto del 2021. Si è trattato, com'è facile capire, di un tema alquanto divisivo che ha visto posizioni divergenti in seno al gruppo di lavoro e nell'Istituto stesso, in particolare con riguardo al ruolo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), alle cause della pandemia, alle eventuali responsabili-

* Professore Emerito di Diritto internazionale, Istituto Universitario Europeo, Firenze.

[1] *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari* (a cura di L. Pineschi), Napoli, 2017.

tà nel prevenirla e controllarla e alle implicazioni di diritto internazionale dell'economia relative all'accesso e alla equa distribuzione dei vaccini. Mi soffermerò su questa Risoluzione cercando di metterne in evidenza gli aspetti innovativi ed i limiti. Prima però permettetemi d'inquadrare il problema della pandemia nel tema generale di questo convegno: beni e valori comuni nel diritto internazionale.

2. La Pandemia e il diritto internazionale dei beni comuni

È di tutta evidenza come la pandemia da Covid-19 abbia posto in primo piano il tema della salute come bene pubblico globale. Ma esiste veramente un diritto internazionale dei beni pubblici? A tale domanda sono dedicate molte delle relazioni di questo convegno, che si interrogano proprio sul ruolo del diritto internazionale e dell'Unione Europea nella promozione dei diritti umani, della diversità culturale, della sostenibilità ambientale, e della sicurezza internazionale come beni e valori della comunità internazionale nel suo complesso. Una risposta a tale domanda presuppone la trasformazione del diritto internazionale da sistema di regole create e applicate al fine di proteggere e co-ordinare sfere di sovranità statuale a un sistema di regole capaci di proteggere interessi generali della comunità internazionale e della stessa umanità in quanto tali.

Ma il concetto di beni comuni, *public goods, common goods, global goods* rimane abbastanza elusivo nel diritto internazionale. L'analisi economica ne ha dato una definizione in base ai due criteri della "*non-rivalry*", nel senso che ognuno può beneficiarne senza diminuirne l'utilità per gli altri, e della "*non excludability"* per cui a nessuno può esserne negato l'accesso e la fruizione[2]. Per l'analisi economica, tali beni possono essere prodotti e mantenuti anche da soggetti privati. Ma questa è l'eccezione – come nel caso del faro per i naviganti. La regola è che i beni comuni – sicurezza, salute, educazione, ambiente sano, etc. – siano prodotti e tutelati ad opera di autorità pubbliche anche allo scopo di disincentivare il fenomeno del *free riding,* cioè l'opportunistico godimento di vantaggi e utilità prodotte dallo sforzo di pochi altri.

Anche le discipline sociopolitiche e di relazioni internazionali si sono occupate di beni comuni analizzandone il concetto come elemento legittimante l'azione delle istituzioni internazionali quali trustees dell'interesse

[2] P.A. Samuelson, *The Pure Theory of Public Expenditure*, in *Review of Economics and Statistics,* 1954, p. 387 ss.

generale della comunità internazionale. Ciò è avvenuto in particolare nel contesto dei lavori dell'UNDP (il programma delle Nazioni Unite per lo sviluppo) al fine di fornire una base condivisa di valori e beni comuni nella formulazione dei programmi di sviluppo umano, la cui applicazione avviene inevitabilmente sullo sfondo di una realtà internazionale caratterizzata dalla sovranità statale, dalle relative diversità culturali e da un pluralismo politico e giuridico[3].

Nel diritto internazionale il concetto di beni comuni è stato allargato a quello di "*global public goods*", beni pubblici globali, al fine di ricomprendervi quei beni e valori essenziali e irrinunciabili non solo per i singoli stati ma per la comunità internazionale nel suo complesso[4]. La salute pubblica, così come la sicurezza internazionale, la salvaguardia dell'ambiente che contiene la nostra vita, rientrano in questo concetto. Però, a livello globale la produzione e la salvaguardia di tali beni rimane problematica. Non c' un governo globale che possa agire come arbitro dell'interesse generale della comunità internazionale e come agente legittimato alla produzione e al mantenimento di tali beni. C'è invece una pluralità di stati sovrani, una diversità di ordinamenti giuridici e di sistemi politici variamente coordinati a livello orizzontale e organizzati, in senso verticale, in istituzioni internazionali o sovranazionali nelle quali gli stati tendono inevitabilmente a collocare la nozione di bene comune in un orizzonte nazionale. La difficoltà del diritto internazionale di organizzare un'azione collettiva per la tutela di un bene pubblico globale è emersa in tutta la sua drammaticità sia nella travagliata vicenda della lotta ai cambiamenti climatici, sia nel caso corrente della pandemia da Covid-19. Nel primo caso, l'assenza di una effettiva governance globale ha impedito una tempestiva transizione ecologica nelle fonti di energia ed ha lasciato spazio al *free riding* di molti stati, o alla ricorrente argomentazione dei grandi inquinatori del Global South che la responsabilità storica del riscaldamento globale ricade sugli stati industrializzati, i quali non avrebbero, quindi, alcuna legittimazione a pretendere uno stop allo sviluppo di chi è arrivato più tardi. Questo ha impedito, e continua a ritardare la riduzione programmata di gas serra. Nel

[3] I. Kaul et al., *Providing Global Public Goods. Managing Globalization,* UNEP, New York, 2003.

[4] Per una analisi giuridica del concetto di beni pubblici globali, si rinvia al convegno dell'Istituto Universitario Europeo di Firenze "Global Public Goods and the Plurality of Legal Orders" organizzato congiuntamente dalla Società Europea di Diritto internazionale e dalla American Society of International Law, i cui atti sono pubblicati nello *European Journal of International Law,* vol 23, 2012, pp. 643-792.

secondo caso, a fronte di una efficace collaborazione scientifica, che ha portato in tempi brevissimi allo sviluppo e alla distribuzione di vaccini, la risposta sul piano politico e giuridico è stata per lo più all'insegna della sovranità e perfino della marginalizzazione della organizzazione competente a coordinare la risposta all'epidemia, l'OMS (Organizzazione Mondiale della Sanità)[5]. Questo è avvenuto proprio quando più pressante era l'esigenza di una solidarietà e cooperazione internazionale.

Queste inadeguatezze strutturali del diritto internazionale in materia di azione collettiva per la salvaguardia di beni pubblici globali rimangono nonostante gli indubbi progressi che sono stati fatti nella elaborazione teorica di concetti che dei beni e valori comuni riflettono l'idea. Mi riferisco alla importante, e spesso dimenticata, disposizione dell'Articolo 48, para. 1, b) del Progetto di Articoli della Commissione del diritto Internazionale sulla responsabilità internazionale degli Stati per atti illeciti internazionali, che riconosce la legittimità ad agire di ciascuno stato nell'interesse generale quando l'obbligo che si presume violato "… is owed to the international community as a whole". Questa disposizione recepisce la categoria delle obbligazioni internazionali *erga omnes* riconosciuta nella giurisprudenza costante della Corte Internazionale di Giustizia a partire dal famoso *dictum* nel caso *Barcelona Traction* del 1970[6] fino alla recente ordinanza sulle misure provvisorie nel caso della *Convenzione sul genocidio (Gambia v. Myanmar*) del 2020[7]. Ma è nel campo delle risorse naturali che si è realizzato un esplicito riconoscimento di certe risorse come beni comuni della comunità internazionale. Mi riferisco ovviamente al concetto di patrimonio comune dell'umanità codificato all'articolo 136 della Convenzione delle NU sul diritto del mare, e al concetto correlato di "*common concern of humankind*" applicato al clima e alla biodiversità nelle rispettive convenzioni del 1992, e al concetto di "*fair and equitable sharing of benefits*" nello sfruttamento delle risorse biologiche del pianeta[8]. È in questo contesto che si inserisce anche il già menzionato Programma delle NU per lo Sviluppo, che, nel promuovere il concetto di beni pubblici globali, non solo lo ha posto al di là del limitato orizzonte degli interessi nazionali e della sovranità

[5] Ciò si è risolto addirittura nel recesso dall'Organizzazione degli Stati Uniti proprio nel pieno dell'epidemia.

[6] Judgment 5 February 1970, ICJ *Reports,* 1970.

[7] Order of 23 January 2020, ICJ *Reports,* 2020.

[8] Nagoya Protocol on Access to Generic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization, 29 Ottobre 2010. Testo pubblicato a cura del Segretariato della Convenzione sulla Biodiversità, Montreal, 2011.

statale, ma lo ha anche utilizzato per controbilanciare le pretese di sovranità degli Stati e come risposta politica alla crescente questione della "legittimità" delle organizzazioni internazionali. È sottolineando il ruolo di tali organizzazioni quali enti produttori di beni pubblici quali salute, ambiente, sviluppo, che se ne rafforza l'aspetto positivo e la legittimità.

Ma passiamo ad esaminare in che modo la Risoluzione dell'IDI su epidemie, pandemie e diritto internazionale può contribuire allo sviluppo progressivo del diritto internazionale in tema di beni pubblici globali.

3. La Risoluzione dell'Institut de droit international su "Epidemics, Pandemics and International Law"

La Risoluzione "*Epidemics, Pandemics and International Law*", allegata alla presente relazione, è stata adottata a larghissima maggioranza nell'ultima settimana di agosto 2021 nella sessione virtuale di Pechino, interamente svolta per via telematica (per la prima volta nella storia dell'IDI). Si tratta di un documento elaborato dalla 12° Commissione (gruppo di lavoro) dell'Istituto sotto la guida del rapporteur Shynia Murase (Giappone) in un arco di tempo eccezionalmente breve (almeno per i normali tempi dell'Istituto), poco più di un anno. L'impulso ad avviare questo tentativo di codificazione era venuto dallo stesso segretario generale dell'Institut, il prof. Marcelo Kohen, che nel marzo 2020, quando il Covid-18 si stava ormai rapidamente diffondendo, con lettera circolare a tutti i membri dell'Istituto invitava a considerare i possibili modi in cui l' Istituto avrebbe potuto contribuire a identificare il ruolo del diritto internazionale con riguardo alla pandemia, mettendo in evidenza anche aspetti non ancora regolati o insufficientemente regolati da norme internazionali. Il collega giapponese Murase rispondeva prontamente all'invito proponendo la creazione di una apposita commissione e sottoponendo un concept paper di 7 pagine sugli obiettivi e il metodo di lavoro. Data l'urgenza della situazione, il Bureau dell'Istituto decideva il 29 marzo di istituire una nuova commissione (la Commissione 12) utilizzando il titolo "*Epidemics and International Law*". La Commissione così costituita aveva come rapporteur lo stesso Murase ed era formata da 15 membri dell'Istituto rappresentativi di varie regioni e culture giuridiche del mondo. Come tutte le iniziative dell'IDI, anche questa doveva procedere per gradi attraverso la stesura e la discussione di successivi *draft articles* proposti dal *rapporteur* e dei relativi commenti. Quello che ha caratterizzato i lavori della commissione sono stati, da un lato i tempi molto stretti con la relativa urgenza di completare il progetto,

dall'altro la pluralità e a volte la netta divergenza di posizioni all'interno della commissione. I punti di divergenza tra membri della commissione sono stati molteplici e hanno riguardato il tipo di strumento giuridico da adottare – un progetto di convenzione, *draft articles*, o una semplice risoluzione – il ruolo dell'OMS, i limiti della cooperazione internazionale in relazione alla sovranità statale, il delicato bilanciamento tra diritti di proprietà intellettuale e salute pubblica come bene globale. Come sempre, il risultato è stato il frutto di compromessi tra le diverse posizioni dei membri della commissione e dell'Istituto.

3.1. Tipo di strumento adottato

Per quanto riguarda il tipo di strumento giuridico da adottare, l'idea originaria del rapporteur era di predisporre un progetto di convenzione multilaterale su epidemie e diritto internazionale. Tale opzione è stata ritenuta prematura dalla maggioranza dei membri della commissione e si è infine scelto di utilizzare lo strumento tradizionale dell'Istituto, cioè la Risoluzione. Questo strumento contiene in sé il potenziale di una ricognizione del diritto esistente (codificazione) e di una indicazione *de lege ferenda* di aspetti della pandemia non ancora regolati o insufficientemente regolati (sviluppo progressivo).

3.2. Fini e principi della Risoluzione

Buona parte del testo della Risoluzione è dedicata alla enunciazione dei fini e principi del diritto internazionale in tema di epidemie e pandemie.

Il Preambolo esordisce affermando che "la protezione delle persone dalle epidemie senza discriminazione di sorta e indipendentemente dalla fonte e dalle cause della malattia è *un common concern of humankind*". Ciò comporta il dovere di solidarietà e di cooperazione internazionale nella prevenzione e nel controllo delle epidemie e al tempo stesso l'obbligo di rispettare e proteggere i diritti umani delle persone, e in particolare di coloro che si trovano in situazione di particolare vulnerabilità nella fase di applicazione della legislazione sanitaria interna e internazionale (minori, migranti, persone con disabilità o in situazione di povertà). Il quinto capoverso del Preambolo riconosce il "ruolo vitale" della OMS nella protezione della salute pubblica ed in particolare delle *International Health Regulations* (IHR)[9] come strumento di coordinamento internazionale nella

[9] WHO, International Health Regulations (2005), Third Edition, Geneva, 2016.

risposta degli stati alle epidemie. Infine, il Preambolo richiama l'attenzione sulla necessità di applicare le norme internazionali in materia di salute pubblica in modo da renderle compatibili con altre norme rilevanti di diritto internazionale.

3.2.1. I principi generali

Un ruolo preminente fra le altre norme di diritto internazionale è riconosciuto dall'articolo 4 ai principi generali in materia di protezione dei diritti umani, in particolare, il diritto alla vita e alla salute come limiti alla stessa sovranità dello stato. L'articolo 4, primo comma, proclama anche il diritto di ogni persona all'accesso alle cure mediche ed ai vaccini. Peccato però che questa disposizione si limiti a una enunciazione di principio che rischia di rimanere vuota retorica se non si considera che proprio l'accesso alle cure mediche, ai vaccini ed ai farmaci idonei a combattere le epidemie hanno inevitabilmente un costo che molti stati non sono in grado di sostenere. La Risoluzione cerca di compensare questa debolezza attraverso l'enunciazione all'articolo 6 di un obbligo procedurale di cooperazione a livello internazionale nello spirito di "*mutual solidarity*" e di "*common and shared responsibilities*". Il dovere di cooperazione non si applica solo agli stati ma riguarda anche i rapporti con e fra le organizzazioni internazionali, incluse le organizzazioni regionali competenti, al fine di promuovere le conoscenze scientifiche sulle cause e sull'impatto delle epidemie e la condivisione dei benefici e degli oneri stessi della cooperazione (Articolo 6 para. 3).

3.2.2. La due diligence

Altro principio generale di fondamentale importanza nella Risoluzione è quello della "*due diligence*". Ogni Stato è tenuto, in base all'articolo 5, a esercitare la dovuta diligenza nel prendere le misure di carattere legislativo, amministrativo e giudiziario al fine di prevenire, controllare e ridurre le epidemie. Questo articolo, tuttavia, non specifica se la dovuta diligenza debba essere commisurata alle effettive capacità dello stato interessato (*diligentia quam in suis*) o debba essere determinata da parametri internazionali come nel caso delle IHRs. La frase conclusiva dell'articolo 5 para 1 fa propendere per la prima soluzione dal momento che chiarisce che "le competenze dello stato colpito [dall'epidemia] e di altri stati nell'affrontare l'epidemia devono essere rispettate in conformità con il diritto internazionale". Ciò implica che lo standard di *due diligence* rimane

essenzialmente di carattere nazionale, con la conseguenza di indebolire il carattere vincolante delle IHRs che mirano invece a fissare parametri internazionali di *due diligence.*

3.3 Interazione tra norme

L'esperienza della pandemia, così come di tutte le epidemie, dimostra che l'applicazione di specifiche regole in materia di prevenzione e controllo delle epidemie può interferire con l'osservanza di altre norme internazionali come quelle per la protezione dell'ambiente, per la tutela degli investimenti e del libero commercio, della proprietà intellettuale, e perfino con le norme in materia di sicurezza internazionale di diritti umani e di diritto internazionale umanitario. L'articolo 7 della Risoluzione tiene conto di ciò e prescrive che "*rules of international law relating to epidemics and other relevant rules of international law should, to the extent possible, be identifies, interpreted, applied and implemented as coherent obligations in line with the principles of harmonization and systemic integration, in order to avoid conflicts between obligations*". Al di là della infelice confusione linguistica tra *rules* e *obligations*, questo testo segue la pratica ormai consueta delle clausole di compatibilità inserite in molti trattati internazionali al fine di evitare il fenomeno della "frammentazione" del diritto internazionale. Questa disposizione non prevede alcun criterio di prevalenza di un tipo di norme su altre. Si limita ad affermare l'esigenza di una ricerca di armonizzazione e integrazione sistemica tra norme internazionali in materia di epidemie e norme relative ad altri settori del diritto internazionale. Sul piano pratico questa ricerca si risolve nella applicazione del principio di presunzione di conformità cui l'interprete deve attenersi ogni qual volta si trovi davanti ad un conflitto apparente tra norme di diversa natura. Purtroppo, il principio di presunzione di conformità non aiuta sempre a risolvere il problema del conflitto tra norme. È questo il caso, ad esempio del dovere di ogni stato di assicurare l'accesso alle cure e ai vaccini (articolo 4 para 1), che può essere incompatibile con la rigorosa osservanza dei diritti di proprietà intellettuale richiamati dall'articolo 7.

3.4. Obblighi Procedurali

Accanto agli obblighi sostanziali appena esaminati la Risoluzione prevede anche una serie di obblighi procedurali a carico sia dello stato interessato dall'epidemia sia di altri stati. L'articolo 9 e l'articolo 11 para 2 prevedono l'obbligo di trasmissione alla OMS e altri stati interessati di tut-

te le misure prese in risposta all'insorgere di un'epidemia nel proprio territorio, nonché il pieno e libero accesso del pubblico a tutte le informazioni riguardanti l'epidemia. L'articolo 11 prevede l'obbligo dello stato colpito da epidemia di cercare prontamente assistenza esterna da parte dell'OMS, di altri stati e attori potenzialmente capaci di fornirla se il danno causato dall'epidemia appare eccedere la capacità di contenimento delle autorità e delle strutture sanitarie nazionali. Questo, ovviamente, richiede anche l'adozione da parte dello stato di misure idonee a facilitare l'accesso nel proprio territorio di persone e mezzi di assistenza, nonché l'adozione di misure di protezione di tali persone e mezzi dislocati nel proprio territorio in zone sotto la propria giurisdizione o il proprio controllo. Al dovere di richiedere assistenza esterna come previsto dall'articolo 11. corrisponde l'obbligo previsto dall'articolo 13 di offrire assistenza da parte di altri stati, dell'OMS e di altri attori in grado di fornirla secondo modalità da convenire prontamente tra gli enti interessati.

3.5. Specifici obblighi

La Risoluzione riconosce che nell'eccezionalità di un'epidemia non possa essere assicurato il normale godimento delle libertà individuali e dei diritti fondamentali previsti a livello nazionale e internazionale. Tuttavia, l'articolo 12 prevede che misure restrittive di tali libertà e diritti debbano essere giustificate da evidenze scientifiche, in conformità con i principi di necessità, proporzionalità e non discriminazione. Lo stesso articolo sancisce due obblighi particolari di carattere umanitario. Il primo riguarda il divieto di estradizione, espulsione o trasferimento di persone verso uno stato colpito da epidemia qualora sia stato accertato che in quello stato non esistono le condizioni per assicurare una protezione adeguata delle persone contro il contagio. Il secondo obbligo concerne eventuali sanzioni economiche adottate o applicate nei confronti di stati colpiti dall'epidemia. L'articolo 12 para 4 stabilisce l'obbligo degli stati di astenersi dall'adottare sanzioni economiche tali da compromettere la capacità dello stato colpito di controllare un'epidemia sul proprio territorio. Analogo obbligo riguarda la sospensione di sanzioni già in vigore nella misura in cui precludano l'accesso a servizi, farmaci e vaccini necessari a contenere e ridurre l'epidemia. Peccato che questa disposizione in materia di sanzioni economiche trascuri di condannare anche la pratica di sanzioni economiche adottate da alcuni stati come ritorsione contro scomode richieste di fornire in modo trasparente e completo dati e informazioni sulle cause della pandemia. È

emblematico al riguardo il caso delle sanzioni commerciali adottate dalla Cina nei confronti dell'Australia come conseguenza della più che legittima richiesta di quest'ultimo stato di promuovere nell'ambito della OMS una indagine indipendente sulle cause della pandemia. La richiesta ha irritato il governo cinese. Ma è questa un motivo valido per l'adozione di sanzioni commerciali unilaterali in un momento di grave emergenza sanitaria?

3.6. Azione Post-Epidemia

La Risoluzione riconosce che una valutazione accurata dell'azione svolta dagli stati e dalla OMS all'indomani di una epidemia costituisce la migliore garanzia per prevenire il ripetersi di simili eventi. Ogni stato significativamente colpito dalla pandemia è tenuto a istituire una commissione di esperti al fine di condurre una "… *post-epidemic review to assess the propriety of its actions and omissions*" (Articolo 14 para 2). Anche l'OMS deve avviare una procedura di valutazione delle sue attività secondo quanto previsto dalla sua Costituzione e dalle norme applicabili. Al tempo stesso un panel indipendente di esperti può (*may)* essere costituito al fine di valutare la condotta di ciascuno stato chiave (*each key state*). Non è chiaro cosa si intenda per *key state*, ma sicuramente l'espressione include lo stato di origine del virus, o gli stati che hanno contribuito maggiormente all'espansione del contagio. Gli stati in ogni caso sono tenuti a condividere tutte le informazioni rilevanti fra di loro, con le organizzazioni internazionali competenti e con la loro popolazione (Articolo 14 para. 3).

3.7. International Responsibility

La Risoluzione tocca anche il problema della responsabilità internazionale sia dello stato che di organizzazioni internazionali. Benché il tema della responsabilità per l'origine e lo scatenarsi della pandemia abbia infiammato il dibattito internazionale sulle cause del virus, con le accuse rivolte alla Cina e alla OMS, e con le numerose azioni giudiziarie intentate davanti a tribunali nazionali in varie parti del mondo, la disposizione in materia di responsabilità adottata nella Risoluzione risulta alquanto generica e direi quasi che si limita a dichiarare l'ovvio. L'articolo 15 dispone infatti, al primo comma, che "*A breach of the obligation under international law of a state to prevent, reduce and control epidemics or to provide early information of the outbreak of epidemics to other States concerned or affected and to the competent international organizations shall entail the responsibility of that State*". Lo stesso principio viene applicato alle

organizzazioni internazionali dal secondo comma dell'articolo 15. Queste semplici affermazioni di principio eludono gli aspetti più scomodi della responsabilità per la pandemia. Quali sono i modi più idonei per affrontarla? Partendo dal danno particolare subito da singoli stati o comunità? O piuttosto attivando il concetto di bene comune della salute pubblica per il quale ogni Stato può agire nell'interesse generale della comunità internazionale? E nel caso di azioni di responsabilità intentate davanti a tribunali interni che ruolo avrebbe l'immunità giurisdizionale dello stato convenuto? E ancora, perché la responsabilità è limitata al caso di mancata informazione del contagio ad altri stati e alle organizzazioni internazionale e non anche alla popolazione dello stesso stato, la vittima principale della negligenza o della eventuale mala fede dello Stato?

4. Conclusioni

L'iniziativa dell'IDI di elaborare una Risoluzione sul tema della pandemia e diritto internazionale aveva come obiettivo la codificazione e lo sviluppo progressivo del diritto internazionale in materia di protezione delle persone e di risposta tempestiva ed efficace all'insorgere di epidemie. Tale obiettivo è stato perseguito in tempi estremamente brevi e sotto l'incalzare degli eventi che hanno caratterizzato il prolungarsi dell'epidemia e delle varie forme di risposta al contagio da parte degli Stati. Il risultato, a mio avviso, è più di una codificazione di principi generali che di sviluppo progressivo del diritto internazionale. La Risoluzione contribuisce, prima di tutto, a consolidare il principio del *common concern of humankind* estendendolo dal settore del diritto internazionale dell'ambiente, dove era stato originariamente concepito, a quello della salute pubblica. Correlato a tale principio è il valore della *solidarietà* internazionale e della condivisione delle responsabilità nella lotta alle epidemie e della protezione delle persone dal contagio. La riaffermazione di tali principi è importante specie in un momento in cui la pandemia offre il drammatico bilancio di centinaia di migliaia di morti e al tempo stesso sta riaccendendo nazionalismi e sfiducia nelle istituzioni internazionali, e perfino sfiducia e sospetto riguardo alla evidenza scientifica della malattia e della sicurezza ed efficacia dei vaccini. Questi rimangono i maggiori ostacoli alla solidarietà e alla cooperazione internazionale. La Risoluzione contribuisce a identificare quali siano gli obblighi sostanziali e procedurali degli stati in caso di epidemia, sia con riguardo alla prevenzione, riduzione e controllo del contagio, secondo il principio della *due diligence*, sia con riguardo alla pronta comunicazione

di tutte le informazioni concernenti l'origine e la diffusione dell'epidemia nel proprio territorio. Quest'obbligo appare di fondamentale importanza anche alla luce delle persistenti incertezze e resistenze degli stati a collaborare per l'accertamento delle cause del virus. Esso va anche considerato in connessione con l'obbligo di richiedere e offrire assistenza quando il danno causato dall'epidemia superi le capacità di risposta a livello nazionale.

Certamente, la Risoluzione avrebbe potuto contenere maggiori spunti innovativi per uno sviluppo progressivo del diritto internazionale in tema di rafforzamento delle istituzioni sanitarie internazionali e rispettivi regolamenti – vedi l'OMS e le IHR – in tema di IPRs, e di responsabilità internazionale per violazione di obblighi di informazione e cooperazione. Vedremo se questa Risoluzione avrà un seguito. Allo stato, essa costituisce una testimonianza del valore del diritto internazionale come lingua comune dei governi e dei popoli per continuare a dialogare su come proteggere il bene comune della salute delle persone, in ogni parte del mondo, dal rischio di epidemie.

ALLEGATO

INSTITUT
DE DROIT
INTERNATIONAL
JUSTITIA ET PACE

12th COMMISSION

4 September 2021

Epidemics, Pandemics and International Law

Rapporteur: Mr Shinya Murase

RESOLUTION

Preamble

The *Institute of International Law*,

Affirming that protection of persons from epidemics without discrimination of any kind and regardless of the sources and cause of the disease is a common concern of humankind,

Recognizing that States bear the obligation to prevent, protect against, control and provide public health responses to the international spread of epidemics,

Emphasizing the need for international solidarity and cooperation for the prevention of epidemics and in responding to the threats of epidemics,

Recognizing that respect for, and protection of, human rights is fundamental in applying and implementing international and national health law, and that certain populations in situations of vulnerability may need particular protection from exposure to epidemics, especially women, children, older persons, people living in poverty and persons belonging to minorities, refugees, internally displaced persons and migrants, persons in detention, persons living with co-morbidities and persons with disabilities,

Recognizing also the vital role of the World Health Organization (WHO) in the

protection of human health related to epidemics, especially WHO's International Health Regulations (IHR) which facilitate a coordinated and effective response to epidemics,

Considering that international health law must be interpreted, applied and implemented in a coherent manner with other relevant rules of international law,

Considering also that epidemics may take different forms and that in extraordinary events they can be recognized as public health emergencies of international concern,

Adopts the following Resolution:

Scope, Objective and the Use of Terms

Article 1
Scope

The present Resolution concerns the rules of international law applicable to the protection of persons, communities and States from epidemics.

Article 2
Objective

The objective of the present Resolution is to promote the progress of international law through its codification and its progressive development for the protection of persons from epidemics and, by so doing, to facilitate timely, adequate and effective responses to epidemics, and to reduce the risk of epidemics, so as to meet the essential needs of the persons concerned, with full respect for their human rights established under international law, and to ensure that epidemics do not create adverse transboundary effects to other States and their communities.

Article 3
Use of Terms

For the purposes of this Resolution:

"epidemic" means an infectious disease that is likely to spread rapidly to a large number of persons in one country or in different countries within a short period of time. For the purposes of the present Resolution, the term "epidemic" includes

"pandemic", as meaning an extraordinary form of an epidemic, affecting a wider geographical area, often worldwide, infecting a much larger number of persons, causing more deaths, and often creating more severe social disruption and economic loss;

"public health emergency of international concern" means an extraordinary event, posing a risk to human health, the risk of international spread 0of disease and/or the risk of interference with international traffic;

"affected State" means a State under whose jurisdiction or control an epidemic occurs;

"assisting State" means a State providing assistance to an affected State with its consent;

"other assisting actor" means a competent intergovernmental organization, or a relevant non-governmental organization or entity, providing assistance to an affected State with its consent;

"relief personnel" means civilian, public and military personnel sent by an assisting State or other assisting actor for the purpose of providing medical and other relief assistance;

"equipment and goods" include medical and other supplies, tools, machines, clothing, bedding, vehicles and tents.

General Principles

Article 4
Human Rights

Everyone has the right to life and the right to the full enjoyment of the highest attainable standard of health. As part of the efforts for the full realization of these rights, States shall take all necessary steps for the prevention, reduction and control of epidemics and their adverse effects, as well as to ensure equitable access to medical services, vaccines and medicines to all.

Persons affected actually or potentially by epidemics are entitled to respect for, and protection of, their human rights in accordance with international law.

States shall not act in a way that hinders other States from complying with their human rights obligations mentioned in paragraph 1.

State measures must be aimed at preventing, reducing and controlling disease, and be necessary and proportionate to that aim. The measures must be implemented in a manner so as to avoid discrimination of any kind.

States may not derogate from their human rights obligations in any epidemic beyond those derogations already allowed under international law.

Article 5
The Role of States

Every State has the obligation to prevent, reduce and control epidemics and accordingly to exercise due diligence in taking appropriate legislative, administrative, judicial and other measures in accordance with applicable rules of international law. States shall have due regard for the measures taken by other States to fulfil their obligations in accordance with international law.

To the extent that international organizations have been given powers relating to epidemics, the obligations formulated in paragraph 1 also apply to such organizations.

Article 6
International Cooperation

For the purpose of the protection of persons from epidemics, States shall cooperate with other States, as well as within the framework of the United Nations, the World Health Organization (WHO) and other relevant international organizations.

The duty to cooperate also applies with and between other relevant international organizations and bodies, including regional organizations, whose specific competence is engaged.

The duty to cooperate includes, inter alia, further strengthening and enhancing scientific knowledge relating to the causes and impacts of epidemics by sharing information, assessment and responses, and sharing the burdens and benefits of the cooperation efforts. It also includes access to patents and technologies relating to vaccines. Cooperation shall take into account the geographical situation, capacities and resources of States and, in particular, the needs of developing countries.

The duty to cooperate also applies to equitable access to medical services, vaccines and medicines, protected by Article 4.1 of this Resolution, taking appropriate measures regarding intellectual property rights.

Article 7
Interrelationship among Relevant Rules

The rules of international law relating to epidemics and other relevant rules of international law should, to the extent possible, be identified, interpreted, applied and implemented as coherent obligations, in line with the principles of harmonization and systemic integration, in order to avoid conflicts between obligations, as well as the due diligence obligation and the need for international solidarity and cooperation in responding the threats of epidemics. "Other relevant rules" include *inter alia* rules of international environmental law, international trade and investment law, international intellectual property law, international transport law, international law on peace and security and international humanitarian law.

International humanitarian law must be strictly observed when an international or non-international armed conflict occurs, including its humanitarian principles relevant to prevention, reduction and control of epidemics.

Risk Reduction and Preparedness

Article 8
Risk Reduction and Preparedness

States shall develop, strengthen and maintain the capacity to respond promptly and effectively to the risk of the spread of epidemics, including overall strategies, policies and institutional structures, in particular monitoring and early warning systems, coordination mechanisms among government ministries and guidelines on containment and control measures. For preparedness, consideration should be given by States, while fully respecting the human rights of persons affected, to the creation and design of specific protocols concerning the state of emergency in relevant situations, the adoption of preventive measures which could facilitate speedy isolation or, in the worst scenario, effective and sustained quarantines, along with the necessary budget reserves allocated for this purpose.

States shall establish, within their capacity, scientific institutions, laboratories and hospitals to prepare for possible outbreaks of epidemics. In so doing, States shall conduct health impact assessments on these and other relevant facilities in an open, transparent manner.

States shall provide adequate health education of the population for the prevention of epidemics with a view to promoting the epidemic prevention culture.

Obligations of the Affected States during Epidemics

Article 9
Obligation of the Affected States to Ensure Information Disclosure

If a State has indications of an unexpected or unusual public health event within its territory or areas under its jurisdiction or control, it must immediately notify WHO, other States and relevant international organizations by the most rapid means of communication available, and must also notify any public health measure implemented in response to those.

The affected State must guarantee prompt disclosure of relevant information and complete transparency as well as full and unimpeded access to the information by the public. For this purpose, it must guarantee the freedom of expression and communication of individuals within its jurisdiction and protect that of the media in relation to information regarding the outbreak of the epidemic.

States must guarantee the privacy of affected persons in accordance with international law.

Article 10
Emergency Measures by the Affected State

Taking into account the nature of the epidemic, the affected State must take and implement in a timely manner, in accordance with its laws and regulations, appropriate emergency measures which may include entry and exit restrictions, testing/screening and contact tracing programmes, treatment or vaccination programmes where available, isolation, quarantine or social distancing in parts or the whole of its territory in order to avoid the spread of the epidemic. Those measures must take into consideration the needs of all populations in situations of vulnerability, including the rights of nationals located abroad who may wish to re-enter their State of nationality. They must be taken in conformity with scientific evidence and applicable rules of international law, including the IHR and human rights law, and must fully comply with the requirements of necessity, proportionality and non-discrimination.

Information on measures taken by the State must be immediately transmitted to WHO, to other States likely to be affected by the measures and to other relevant international organizations.

Article 11
External Assistance

The affected State must seek external assistance from other States and relevant international organizations, particularly WHO, as well as from other potential assisting actors, without delay, if the harm of the epidemic appears likely to exceed national response capacity.

The affected State shall take the necessary measures, within its national law, to facilitate the prompt and effective provision of external assistance.

The affected State shall take appropriate measures to ensure protection of relief personnel, and equipment and goods present in its territory or areas under its jurisdiction or control, for the purpose of providing external assistance.

Obligations of other States during Epidemics

Article 12
Preventative Measures

States other than the affected States shall undertake preventative emergency measures in order to avoid further transmission of the disease. The measures may include closure of the border, travel restrictions and quarantine which must be taken in conformity with scientific evidence and applicable rules of international law, including the IHR and human rights law and international refugee law, taking into consideration the needs of all the populations in situations of vulnerability. The measures must fully comply with the requirements of necessity, proportionality and non-discrimination.

The State must immediately inform other States, WHO and other relevant international organizations on the measures taken, and conduct good faith negotiations and consultations with them concerning necessary response coordination.

States shall abstain from proceeding to the forced displacement or transfer of persons to an affected State, be it through extradition, administrative expulsion or other measure if it is established that that State to which persons are to be transferred is not in a position to provide the protection required to safeguard their health during an epidemic.

States shall abstain from including in economic sanctions directed against affected States any measure that prevents such States from preventing, reducing or con-

trolling an epidemic, such as receiving delivery and service of vaccines and other medical assistance. States shall also take appropriate measures in lifting or suspending any measures already in place as part of economic sanctions imposed on one or more affected States to enable them to perform the task of preventing, reducing or controlling an epidemic and seek all necessary assistance in accordance with international law.

Article 13
Offer of Assistance

When external assistance is sought by affected States, other States, along with WHO, the United Nations and other potential assisting actors, must offer assistance as appropriate to the affected State in an expeditious manner. The modalities of the provision of external assistance shall be agreed expeditiously between the States concerned.

Measures in the Post-epidemic Phase

Article 14
Review and Information Sharing

Given that a review conducted in the post-epidemic phase is of paramount importance for preventing similar events in the future, WHO shall conduct a thorough review of its performance in accordance with its Constitution and other applicable procedures. An independent panel of experts may also convene to review the performance of each key State. External reviews may be conducted, as appropriate. All applicable information shall be shared by all States, the relevant international organizations and other relevant stakeholders.

Each State that was most seriously affected by the epidemic shall, by establishing an independent panel of experts, conduct a thorough post-epidemic review to assess the propriety of its own actions and omissions.

States shall share all applicable information among themselves and with the relevant organizations and other relevant stakeholders as well as their own populations.

Article 15
International Responsibility of States and International Organizations

States and international organizations shall ensure that all measures to prevent, reduce and control epidemics are in conformity with international law.

A breach of the obligation under international law of a State to prevent, reduce and control epidemics or to provide early information on the outbreak of epidemics to other States concerned or affected and to the competent international organizations shall entail the responsibility of that State.

A breach of the obligation under international law of an international organization to prevent, reduce and control epidemics or to provide early information of the outbreak of epidemics to States concerned or affected and to other competent international organizations shall entail the responsibility of that international organization.

Article 16
Dispute Settlement

Disputes between States relating to epidemics shall be settled by peaceful means, including negotiation, inquiry, mediation, conciliation, arbitration and judicial means, resort to regional agencies or arrangements, or any other peaceful means of their own choice.

Without prejudice to other obligations which may be applicable to the dispute, State parties to the dispute shall proceed expeditiously to an exchange of views regarding its settlement by negotiation, failing which they may elect to use one of the following means of peaceful settlement of the dispute:

A party to the dispute may invite the other party or parties to a mutually agreed conciliation procedure.

A party to a dispute concerning epidemics may invite the other party or parties to submit the dispute, by mutual agreement, to an arbitral procedure.

The parties should also consider referring their legal disputes relating to epidemics to the International Court of Justice.

Given that disputes concerning epidemics may be of a fact-intensive and science-dependent character, due consideration should be given to the use of technical and scientific experts.

Article 17
Saving Clauses

The general principles stated above do not undermine additional, more specific obligations of prevention, reduction and control that commit States to cooperate with other States and with international organizations that States have undertaken in relation to epidemics pursuant to an international convention, whether under the IHS or otherwise.

These general principles are without prejudice to the State's human rights and humanitarian law obligations, including the prohibition to go beyond the limitations or derogations authorized by these bodies of law.

LA VALUTAZIONE D'IMPATTO AMBIENTALE E SANITARIO NEL PRISMA DELLA FRAMMENTAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE*

Fulvio M. Palombino**
Donato Greco***

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Lo sviluppo dell'obbligo di valutare l'impatto ambientale (e sanitario). – 3. Le origini di *soft law* della norma: da Stoccolma a Rio e oltre. – 4. Il consolidamento nel contesto europeo: la Direttiva n. 85/337/CEE. – 4.1. *Segue*: la Convenzione di Espoo. – 4.2. *Segue*: la valutazione ambientale strategica. – 5. Sistemi convenzionali di protezione ambientale: il regime dell'ambiente antartico. – 5.1. *Segue*: il regime degli spazi marini. – 5.2. *Segue*: in materia di biodiversità e biosicurezza. – 5.3. *Segue*: in materia di cambiamento climatico. – 6. Il diritto del commercio internazionale. – 7. Il diritto internazionale degli investimenti. – 8. Il diritto internazionale finanziario. – 9. La valutazione del rischio sanitario nel Regolamento sanitario internazionale. – 10. Conclusioni.

1. Introduzione

Un rapporto di sempre più stretta interdipendenza lega la vita civile dei membri della comunità internazionale, esponendo ciascuno di essi all'impatto delle attività condotte nel territorio degli altri Stati, o comunque sotto il loro controllo. Gli incidenti alle centrali nucleari di Chernobyl (1986) e, più di recente, di Fukushima (2011), i sempre più frequenti sversamenti in mare, finanche, *mutatis mutandis*, lo scoppio della pandemia di COVID-19 rendono plasticamente evidente l'assetto di interdipendenza che il processo di globalizzazione ha accelerato in maniera esponenziale.

In tale scenario, principi generali del diritto internazionale dell'ambiente e gli obblighi sostanziali di diligenza (*due diligence*) e prevenzione assumono un ruolo decisivo nel garantire l'ordinato sviluppo della vita di

* Sebbene queste pagine raccolgano il frutto del lavoro congiunto dei due autori, i paragrafi 1, 2, 7 e 8 sono da attribuire a Fulvio Maria Palombino, i restanti a Donato Greco.

** Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

*** Assegnista di ricerca in Diritto internazionale, Università degli Studi di Napoli Federico II.

relazione internazionale. Ebbene, un corollario procedurale delle norme appena richiamate è rappresentato dalla valutazione dell'impatto ambientale (VIA) – o anche "valutazione del rischio" (VR), come viene denominata in specifici regimi –, la quale costituisce un segno concreto, certo non l'unico, dell'effettiva osservanza di obblighi tanto generali da apparire altrimenti difficilmente ponderabili, se considerati nella propria autonomia[1].

In chiave di prima approssimazione, è possibile affermare che l'obbligo di effettuare una VIA vincola il proponente di un progetto – indipendentemente dalla natura privata o pubblica – e, in via solidale, lo Stato territoriale a identificare e valutare le conseguenze pregiudizievoli per l'ambiente e la salute connesse all'attività proposta, attraverso un procedimento trasparente e aperto alla partecipazione del pubblico. In altre parole, la norma fa sorgere una responsabilità solidale di effettuare la VIA, la quale, in prima battuta, può anche essere assolta dal soggetto proponente, in base alla legislazione vigente, ma, se per qualunque motivo questi non dovesse provvedere autonomamente, resta fermo che la responsabilità internazionale dell'obbligo grava in capo allo Stato territoriale. All'esito del procedimento, la VIA si ricollega ad altri due obblighi procedurali quali quelli di notifica e consultazione. Il procedimento, infatti, sfocia in una dichiarazione documentale che deve essere notificata alle parti interessate, le quali hanno diritto di essere consultate. Tale norma intende procedimentalizzare il processo decisionale che conduce a intraprendere una nuova attività, di modo che lo Stato, attraverso la propria amministrazione pubblica, dimostri di aver preso in considerazione l'interesse dell'ambiente e della salute, anche attraverso misure alternative o di mitigazione. La VIA, dunque, assume la forma di un procedimento amministrativo che si ispira e dà esecuzione al principio dello sviluppo sostenibile, in quanto volto a bilanciare lo sviluppo economico con interessi di diversa natura[2].

Il dovere di valutare impatto e rischi di una certa attività ha assunto

[1] Nel caso delle *cartiere sul Fiume Uruguay* (2010) la Corte internazionale di giustizia (CIG) ha affermato che "due diligence, and the duty of vigilance and prevention which it implies, would not be considered to have been exercised, if a party planning works liable to affect the régime of the river or the quality of its waters did not undertake an environmental impact assessment on the potential effects of such works": *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, sentenza del 20 aprile 2020, in *ICJ Reports*, 2010, p. 14 ss., p. 83, par. 204. Nello stesso caso la Corte osserva che "whereas the substantive obligations are frequently worded in broad terms, the procedural obligations are narrower and more specific" (p. 49, par. 77).

[2] Beyerlin, *Sustainable Development*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, ottobre 2013.

una centralità che trova puntuale conferma non soltanto nell'attenzione che la dottrina non ha mai smesso di manifestare nei suoi confronti[3] ma anche, e forse soprattutto, nel crescente protagonismo che esso ha rivestito nel più recente contenzioso. Diverse giurisdizioni internazionali, infatti, hanno affermato che tale istituto avrebbe assunto natura di norma consuetudinaria[4],

[3] Sul tema in esame si è sviluppata un'ampia letteratura, di cui qui ci si limita a citare alcuni lavori più rappresentativi: Okowa, *Procedural Obligations in International Environmental Agreements*, in *British Year Book of International Law*, 1996, 67, pp. 275-336; Knox, *The Myth and Reality of Transboundary Environmental Impact Assessment*, in *American Journal of International Law*, 2002, 96(2), pp. 291-319; Morgan, *Environmental Impact Assessment: A Methodological Perspective*, Dordrecht, 2002; Gray, *International Environmental Impact Assessment: Potential for a Multilateral Environmental Agreement*, in *Colorado Journal of Environmental Law and Policy*, 2000, 11(1), pp. 83-128; Bastmeijer, Koivurova (a cura di), *Theory and Practice of Transboundary Environmental Impact Assessment*, Leiden-Boston, 2008; Epiney, *Environmental Impact Assessment*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, gennaio 2009; Craik, *The International Law of Environmental Impact Assessment. Process, Substance and Integration*, Cambridge, 2008; Id., *Environmental Impact Assessment*, in *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, vol. VI. *Principles of Environmental Law*, a cura di Krämer, Orlando, Cheltenham, 2018, pp. 195-207; Noble, *Introduction to Environmental Impact Assessment: A Guide to Principles and Practice*, Oxford, 2010; Jančářová, Vomáčka, *Transboundary Impact Assessment from the Central European Perspective*, in *Czech Yearbook of International Law*, 2012, 3, pp. 19-37; Tromans, *Environmental Impact Assessment*, II ed., Haywards Heath, 2012; Glasson, Chadwick, Therivel, *Introduction to Environmental Impact Assessment*, IV ed., Abingdon, 2012; Pineschi, *The Duty of Environmental Impact Assessment in the First ITLOS Chamber's Advisory Opinion: Towards the Supremacy of the General Rule to Protect and Preserve the Marine Environment as a Common Value?*, in Boschiero *et al.* (a cura di), *International Courts and the Development of International Law. Essays in Honour of Tullio Treves*, L'Aia, 2013, pp. 425-439; Fisher (E.), *Environmental Impact Assessment: "Setting the Law Ablaze"*, in Id. (a cura di), *Research Handbook on Fundamental Concepts of Environmental Law*, Cheltenham-Northampton, 2016, pp. 422-448; Tanaka, Costa Rica v. Nicaragua *and* Nicaragua v. Costa Rica*: Some Reflections on the Obligation to Conduct an Environmental Impact Assessment*, in *Review of European Community and International Environmental Law*, 2017, 26(1), pp. 91-97; Id., *Obligation to Conduct an Environmental Impact Assessment (EIA) in International Adjudication: Interaction between Law and Time*, in *Nordic Journal of International Law*, 2021, 90(1), pp. 86-121; Dupuy, Viñuales, *International Environmental Law*, II ed., Cambridge-New York, 2018, pp. 78-80; Morrison-Saunders, *Advanced Introduction to Environmental Impact Assessment*, Cheltenham, 2018; Sands, *Principles of International Environmental Law*, IV ed., Cambridge, 2018, pp. 657-681; Negri (a cura di), *Environmental Health in International and EU Law: Current Challenges and Legal Responses*, Abingdon *et al*., 2020; Elias, Wong, *Environmental Impact Assessment*, in Fitzmaurice *et al.* (a cura di), *Research Handbook on International Environmental Law*, Cheltenham-Northampton, 2021, pp. 188-208; Boyle, Redgwell, *Birnie, Boyle, and Redgwell's International Law and the Environment*, IV ed., Oxford, 2021, pp. 184-199; Gervasi, *Prevention of Environmental Harm Under General International Law. An Alternative Reconstruction*, Napoli, 2021, p. 307 ss.

[4] *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, sentenza del 25 settembre 1997, in *ICJ Reports*, 1997, p. 7 ss., opinione separata del Vicepresidente Weeramantry, p. 88 ss., pp. 111-112; *Pulp Mills*, cit., in *ICJ Reports*, 2010, p. 83, par. 204. Posizione

pur tuttavia restando debitrici di evidenze che potessero adeguatamente giustificare una tale affermazione.

In questo quadro, la presente indagine si propone un duplice obiettivo. In primo luogo, si cercherà di evidenziare come tale istituto opera, nell'ordinamento internazionale, in vista della tutela dell'ambiente e della salute quali beni giuridici distinti, ma strettamente collegati. Sebbene, infatti, un paragrafo sia stato specificamente dedicato alla valutazione del rischio sanitario (VRS), delineata dal Regolamento sanitario internazionale (RSI) del 2005[5], ciò non deve trarre in inganno, poiché, in realtà, l'interesse della tutela della salute umana è sotteso alla VIA tanto quanto quello della protezione ambientale, la quale, a sua volta, viene in considerazione nella prevenzione di danni alla salute[6]. In proposito, infatti, la CIG ha rilevato, nel parere sulla *liceità delle armi nucleari* (1996), che "the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very *health of human beings*, including generations unborn" (corsivo aggiunto)[7].

In secondo luogo, essa mira a raccogliere e analizzare la prassi statale sottesa ai molteplici regimi convenzionali esistenti in diversi settori materiali dell'ordinamento internazionale, per portare luce sul contesto in cui le corti e i tribunali internazionali hanno raggiunto certe conclusioni circa la natura della norma in esame. A tal fine, saranno presi in esame diversi regimi convenzionali e le risoluzioni adottate nell'ambito di organizzazioni

successivamente ribadita dalla Corte in *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* e *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, sentenza del 16 dicembre 2015, in *ICJ Reports*, 2015, p. 665 ss., p. 706, par. 104; *Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area*, parere consultivo del 1° febbraio 2011, in *ITLOS Reports*, 2011, p. 10 ss., p. 50, par. 145.

[5] Revision of the International Health Regulations, risoluzione WHA58.3, 23 maggio 2005.

[6] Villarreal, *Pandemic Risk and International Law. Laying the Foundations for Proactive State Obligations*, in *Yearbook of International Disaster Law Online*, 2022, 3(1), pp. 154-179.

[7] *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, parere consultivo dell'8 luglio 1996, in *ICJ Reports*, 1996 (I), p. 226 ss., p. 241, par. 29. Nella stessa direzione *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., in *ICJ Reports*, 1997, p. 41, par. 53; *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, 24 maggio 2005, in United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, 2007, 27, p. 35 ss., p. 28, par. 58. Per la dottrina si veda Fehr *et al.* (a cura di), *Health in Impact Assessments: Opportunities not to be missed*, Copenhagen, 2014; Pakowski, Garus-Pakowska, *Health Impact Assessment as an Essential Element of Environmental Law in the National Legal Order. Considerations on the Basis of International Law*, in *Problems of Sustainable Development*, 2021, 16(2), pp. 199-208.

internazionali o conferenze interstatali, poiché tali atti, assieme alla prassi interna, possono concorrere all'accertamento di entrambi gli elementi costitutivi della consuetudine internazionale[8].

2. Lo sviluppo dell'obbligo di valutare l'impatto ambientale (e sanitario)

L'obbligo di effettuare una valutazione d'impatto ambientale, come norma di diritto interno, trova la propria origine nella legislazione di Stati che, a partire dai primi anni Settanta, ovvero dopo un periodo di grande crescita economica, progressivamente hanno sviluppato una maggiore coscienza circa la necessità di assicurare uno sviluppo ordinato dell'impresa, pubblica e privata, e delle infrastrutture, di modo che questo risultasse compatibile con le esigenze dell'ambiente e della salute. In tale contesto si suole richiamare, innanzitutto, il National Environmental Policy Act (NEPA), varato dagli Stati Uniti nel 1969[9], il quale richiede che le agenzie nazionali effettuino una VIA (*environmental impact assessment*, EIA) di un'opera o di un'attività, prima di realizzarla o autorizzarla, mediante un processo che scaturisce in una dichiarazione d'impatto ambientale (*environmental impact statement*, EIS)[10]. Come è evidente, più che ad introdurre veri e propri parametri sostanziali da rispettare, il procedimento è congegnato in modo tale da costringere la pubblica amministrazione – e, più in generale, le autorità di governo – a dimostrare di aver considerato, nel processo decisionale, anche i profili legati alla tutela dell'ambiente. D'allora, il modello statunitense ha sortito una notevole influenza, sicché il numero degli Stati che, ispirandosi ad esso in modo più o meno esplicito, hanno introdotto un'analoga normativa nella propria legislazione interna è andato via via crescendo, attestandosi oggi ad una grandezza che sfiora le due centinaia[11].

[8] Con riguardo al contributo dei trattati e delle risoluzioni, si vedano rispettivamente le conclusioni 11 e 12 delle Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries 2018, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2018, II, parte 2.

[9] National Environmental Policy Act of 1969, Public Law 91-190, in vigore il 1° gennaio 1970, in *United States Statutes at Large*, 1969, 83, p. 852 ss.

[10] Bartlett, *The Rationality and Logic of NEPA Revisited*, in Canter, Clark (a cura di), *Environmental Policy and NEPA: Past, Present and Future*, Boca Raton, 1997, pp. 51-60; Boggs, *Procedural v. Substantive in NEPA Law: Cutting the Gordian Knot*, in *Environmental Professional*, 1993, 15(1), pp. 25-34.

[11] In tal senso Morgan, *Environmental impact assessment: the state of the art*, in *Impact Assessment and Project Appraisal*, 2012, 30(1), pp. 5-14, p. 6; Tarlock, *Ecosystems*,

Ciò detto sul piano della prassi interna, occorre adesso incentrare l'attenzione sulle fonti normative di varia natura che, per regolare la materia *de qua*, gli Stati hanno prodotto nelle loro relazioni internazionali.

3. Le origini di soft law *della norma: da Stoccolma a Rio e oltre*

L'emersione del concetto di VIA nel diritto internazionale risale all'inizio degli anni Settanta, quando, a seguito della fase di grande espansione economica registrata nel ventennio successivo alla Seconda guerra mondiale, la comunità internazionale, dovendosi confrontare per la prima volta con l'esigenza di governare gli "effetti collaterali" dello sviluppo economico, ha cominciato a maturare una coscienza giuridica dell'ambiente.

In tal senso non vi è dubbio che un contributo decisivo sia venuto dal lavoro di organizzazioni internazionali come le Nazioni Unite (NU), in particolare attraverso il Programma per l'ambiente (UNEP), l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) e le allora Comunità europee. Esse, infatti, hanno prodotto numerosi strumenti normativi che, pur non vincolanti, hanno fortemente influenzato tutto il diritto internazionale dell'ambiente, gettando le basi per la successiva istituzione di altrettanti regimi convenzionali. La risultante di queste fonti ha progressivamente plasmato la nozione di VIA nel diritto internazionale.

Partendo dalla Conferenza delle NU sull'ambiente umano (Stoccolma, 5-16 giugno 1972), a cui hanno preso parte 113 Stati, occorre rilevare che, sebbene essa abbia segnato un momento costitutivo dell'identità dell'intero settore del diritto internazionale dell'ambiente, in realtà proprio con riguardo alla VIA ha prodotto un risultato assai modesto. Infatti, nel Piano d'azione per l'ambiente umano è stato possibile includere una disposizione *ad hoc*, in particolare nella raccomandazione 61, essenzialmente in ragione dell'impianto complessivamente programmatico e prospettico che caratterizza l'atto, il quale ha consentito alla diplomazia internazionale di raggiungere un consenso sul testo[12]. Per di più, nella formulazione accolta, la norma non si rivolge direttamente agli Stati – di cui si limita a richiedere

in Bodansky, Brunnée, Hey (a cura di), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, 2007, pp. 574-596, p. 592.

[12] Cfr. Raccomandazione 61, Action Plan for the Human Environment, Stoccolma 16 giugno 1972, in *Report of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm, 5-16 giugno 1972)*, Doc. NU A/CONF.48/14/Rev.1, New York, 1973, p. 6 ss.

la collaborazione –, bensì al Segretario generale delle NU, che viene invitato a intraprendere studi pilota sulla VIA.

Con riguardo alla Dichiarazione finale di Stoccolma[13], invece, bisogna prendere atto del fatto che manca un'apposita disposizione, nonostante essa lasci intravedere, nell'ambito di diversi principi enunciati, l'esigenza di un bilanciamento tra le esigenze dello sviluppo economico e quelle della tutela dell'ambiente e, dunque, di un momento necessario a individuarlo. Tale lacuna è dovuta alla circostanza che l'originario principio 20 sia stato espunto dal testo per la contrarietà di molti Paesi a basso e medio reddito, i quali temevano che l'istituto, in particolare per la parte che implica un dovere di consultazione, potesse diventare uno strumento d'ingerenza nei propri affari interni da parte di quegli Stati che avevano già raggiunto e consolidato un notevole livello di sviluppo economico.

Tuttavia, questo *vulnus* è stato quasi immediatamente colmato allorquando, pochi mesi dopo, l'Assemblea generale delle NU è tornata sul punto, adottando una risoluzione in cui ha esplicitamente richiamato l'originario principio 20, affermando che

> "co-operation between States in the field of the environment […] will be effectively achieved if *official and public knowledge is provided of the technical data relating to the work to be carried out by States within their national jurisdiction, with a view to avoiding significant harm that may occur in the environment of the adjacent area*" (corsivo aggiunto)[14].

Ad ogni modo, la Conferenza di Stoccolma ha seminato bene il settore normativo in esame e, pur non riuscendo a raggiungere risultati immediatamente apprezzabili con riguardo alla VIA, ha preparato le basi degli sviluppi successivi. Infatti, tra il 1974 e il 1985, l'OCSE ha adottato una serie di raccomandazioni che hanno contribuito all'affermazione della nozione di VIA anche sul piano internazionale, invitando gli Stati membri "[to e] stablish procedures and methodologies for forecasting and describing the environmental consequences of significant public and private projects likely to have a major impact on the quality of the environment"[15]. Il valore

[13] Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Stoccolma 16 giugno 1972, in *Report of the Stockolm Conference*, cit., p. 3 ss.

[14] Co-operation between Slates in the field of the environment, risoluzione AGNU n. 2995 (XXVII) del 15 dicembre 1972, par. 2.

[15] Recommendation of the Council on the Analysis of the Environmental Consequences of Significant Public and Private Projects, 14 novembre 1974, Doc. OECD C[74]216, a cui in quegli anni seguono Recommendation of the Council on the Assessment of Projects with Significant Impact on the Environment, 8 maggio 1979, Doc. OECD C[79]116 e Rec-

di tali atti è ancora più significativo, se solo si tiene conto di due elementi: per la prima volta vi è stata un'affermazione puntuale della necessità di effettuare la VIA e, inoltre, l'Organizzazione raccoglieva allora al proprio interno 24 Stati dell'Occidente industrializzato, la cui attività economica rappresentava quella maggiormente suscettibile di impattare sull'ambiente.

In secondo luogo, la Conferenza di Stoccolma ha avuto l'indiscutibile merito di condurre all'istituzione del già menzionato UNEP, che, con i suoi 193 Stati membri, agisce come foro specializzato, a carattere universale, in materia ambientale e fortemente ha contribuito alla definizione dell'istituto oggetto di discussione. Nel 1978, l'UNEP ha adottato i Principi sulle risorse naturali comuni[16], che successivamente hanno ricevuto l'autorevole avallo dell'Assemblea generale delle NU[17]. Il principio 4, in particolare, dispone che "States should make environmental assessments before engaging in any activity with respect to a *shared natural resource* which may create *a risk of significantly affecting the environment of another State or States sharing that resource*". È interessante notare come nelle definizioni allegate in calce si legga che "[i]n the present text, the expression 'significantly affect' refers to any appreciable effects on a shared natural resource and excludes *de minimis* effects".

L'UNEP ha proseguito il proprio lavoro su questa scia. Quattro anni più tardi, infatti, ha licenziato le Conclusioni dello studio sugli aspetti giuridici in materia ambientale relativi alle attività estrattive e alle perforazioni al largo delle coste nei limiti della giurisdizione nazionale (1982)[18], che hanno offerto ulteriori indicazioni sulle modalità operative con cui condurre la VIA. Quindi, nel 1987, ha adottato gli Obiettivi e principi sulla va-

ommendation of the Council on Environmental Assessment of Development Assistance Projects and Programmes, 20 giugno 1985, Doc. OECD C[85]104. Più di recente, l'OCSE è tornato sul tema in più occasioni: *Applying Strategic Environmental Assessment: Good Practice Guidance for Development Co-operation*, OECD, 2006; Revised Council Recommendation on Common Approaches on Environment and Officially Supported Export Credits, 12 giugno 2007, TAD/ECG(2007)9.

[16] Principles of Conduct in the Field of the Environment for the Guidance of States in the Conservation and Harmonious Utilization of Natural Resources Shared by Two Or More States, Decisione dell'UNEP Governing Council n. 6/14 del 19 maggio 1978, in *International Legal Materials*, 1978, 17(5), p. 1094 ss.

[17] Co-operation in the field of environment concerning natural resources shared by two or more States, risoluzione AGNU n. 34/186, adottata per consenso il 18 dicembre 1979.

[18] Conclusions of the Study of Legal Aspects Concerning the Environment Related to Offshore Mining and Drilling Within the Limits of National Jurisdiction, Decisione dell'UNEP Governing Council n. 10/14/VI del 31 maggio 1982.

lutazione dell'impatto ambientale[19]. Evidenziando le diverse implicazioni della norma in esame, il principio 12 ha chiarito che:

> "When information provided as part of an EIA indicates that the environment within another State is likely to be significantly affected by a proposed activity, the State in which the activity is being planned should, to the extent possible: a) notify the potentially affected State of the proposed activity; b) transmit to the potentially affected State any relevant information from the EIA, the transmission of which is not prohibited by national laws or regulations; and c) when it is agreed between the States concerned, enter into timely consultations".

Nell'autunno 1982, l'Assemblea generale, con il solo voto contrario degli Stati Uniti e 18 astensioni, ha adottato la Carta mondiale per la natura[20], il cui par. 11, lett. b) e c), afferma che:

> "(b) Activities which are likely to pose a significant risk to nature shall be preceded by an exhaustive examination; their proponents shall demonstrate that expected benefits outweigh potential damage to nature, and where potential adverse effects are not fully understood, the activities should not proceed;
> (c) Activities which may disturb nature shall be preceded by assessment of their consequences, and environmental impact studies of development projects shall be conducted sufficiently in advance, and if they are to be undertaken, such activities shall be planned and carried out so as to minimize potential adverse effects".

La Conferenza delle NU su ambiente e sviluppo (anche nota come Summit della Terra), tenutasi a Rio nel giugno del 1992, con la partecipazione di più di 170 Stati, ha rappresentato l'ultimo importante momento che preme richiamare in chiusura di questo *excursus*, il quale, senza pretese di esaustività, ha inteso ripercorrere le tappe fondamentali che hanno condotto all'emersione della norma sulla VIA. In particolare, il principio 17 della Dichiarazione di Rio sancisce che "[e]nvironmental impact assessment, as a national instrument, shall be undertaken for proposed activities that are likely to have a significant adverse impact on the environment and are subject to a decision of a competent national authority"[21]. Inoltre,

[19] Goals and Principles of Environmental Impact Assessment, Decisione dell'UNEP Governing Council n. 14/25 del 17 giugno 1987; successivamente, i principi hanno ottenuto l'autorevole sostegno dell'Assemblea generale delle NU: Report of the World Commission on Environment and Development, risoluzione AGNU n. 42/187 dell'11 dicembre 1987.

[20] World Charter for Nature, risoluzione AGNU n. 37/7 del 28 ottobre 1982.

[21] Rio Declaration on Environment and Development, Rio de Janeiro 14 giugno 1992,

l'Agenda 21, adottata alla stessa Conferenza di Rio, contiene molteplici riferimenti alla VIA[22]; ad esempio, il par. 7.41, lett. b), afferma che "[a]ll countries should, as appropriate, adopt the following principles for the provision of environmental infrastructure: […] Ensure that relevant decisions are preceded by environmental impact assessments and also take into account the costs of any ecological consequences". La successiva prassi dei *summit* sull'ambiente ha sostanzialmente riaffermato l'impianto generale delineato dal ricco patrimonio normativo lasciato in eredità dagli atti richiamati sin qui[23].

Da ultimo, della VIA si è occupata, sempre in seno alle NU, la Commissione del diritto internazionale (CDI) nel corso dei lavori che hanno condotto all'elaborazione del Progetto di articoli sulla prevenzione del danno transfrontaliero da attività pericolose, del 2001[24], e nelle Linee guida sulla protezione dell'atmosfera[25]. L'art. 7 (*Assessment of risk*) del Progetto del 2001 afferma che "[a]ny decision in respect of the authorization of an activity within the scope of the present articles shall, in particular, be based on an assessment of the possible transboundary harm caused by that activity, including any environmental impact assessment". Sul piano lessicale risulta evidente la scelta della Commissione di preferire, in luogo del più comune "impact", il concetto di "risk", che, secondo la definizione riportata all'art. 2, corrisponde, alternativamente, ad un'alta probabilità che da un'attività pericolosa derivi un significativo danno transfrontaliero o a una bassa probabilità che da un'attività ultrapericolosa derivino danni transfrontalieri dalla portata disastrosa.

in *Report of the United Nations Conference on Environment and Development (Rio de Janeiro, 3-14 June 1992)*, A/CONF.151/26/Rev.1, vol. 1, New York, 1993, p. 3 ss. Sul punto si veda Craik, *Principle 17: Environmental Impact Assessment*, in Viñuales (a cura di), *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*, Oxford-New York, 2015, pp. 451-470.

[22] Agenda 21, Rio de Janeiro 14 giugno 1992, in *Report of the Rio Conference*, cit., p. 9 ss.

[23] Nello specifico ci si riferisce all'Implementation Plan, licenziato dal Summit mondiale sullo sviluppo sostenibile (Johannesburg 26 agosto-4 settembre 2002), e al par. 201 del documento finale *The Future We Want*, adottato alla Conferenza delle NU sullo sviluppo sostenibile, anche nota come Rio+20 (Rio de Janeiro 20-22 giugno 2012).

[24] Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with commentaries 2001, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, II, parte 2, p. 148 ss.

[25] Report of the International Law Commission Seventieth session (30 April-1 June and 2 July-10 August 2018), in *General Assembly Official Records Seventy-third Session Supplement No. 10*, Doc. NU A/73/10, pp. 177-179.

4. Il consolidamento nel contesto europeo: la Direttiva n. 85/337/CEE

Non vi è dubbio che sul piano convenzionale la VIA sia stata fortemente influenzata innanzitutto dalla prassi regionale europea. Una prima disposizione ad essa dedicata compare già nell'art. 6 della Convenzione sulla protezione dell'ambiente del 1974[26], conclusa però soltanto tra i Paesi scandinavi. A introdurre un tale obbligo nello spazio giuridico europeo è stata la Direttiva n. 85/337/CEE del 27 giugno 1985 sulla valutazione dell'impatto ambientale[27], laddove, all'art. 2, prevede che gli Stati membri introducano le disposizioni necessarie affinché, prima del rilascio dell'autorizzazione, i progetti per i quali si prevede un impatto ambientale importante, segnatamente per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione, formino oggetto di una valutazione d'impatto. Quanto al contenuto, l'art. 3 dispone che la VIA individui, descriva e valuti, in modo adeguato, gli effetti diretti e indiretti di un progetto su "l'uomo, la fauna e la flora; – il suolo, l'acqua, l'aria, il clima e il paesaggio; – l'interazione tra i fattori di cui al primo e secondo trattino; – i beni materiali ed il patrimonio culturale".

La Direttiva, poi, si preoccupa anche di definire quando è necessario procedere alla VIA, individuando a tal fine diverse categorie di attività in base al rischio. Per quelle riportate nell'Allegato 1 la significatività dell'impatto viene presunta e, pertanto, è sempre necessario procedere alla VIA; per quelle indicate nell'Allegato 2, invece, viene concesso allo Stato un ampio margine di discrezionalità nel valutare la significatività dell'impatto, con l'unico limite della non ammissibilità di esenzioni in blocco[28].

L'art. 5 obbliga gli Stati a fare in modo che i committenti dell'opera forniscano informazioni indispensabili alla valutazione come, ad esempio, la descrizione dettagliata del progetto (la sua collocazione geografica e la portata del potenziale danno), dei dati necessari a individuare l'impatto e delle misure idonee a prevenirlo. L'art. 6 impone di disporre le procedure necessarie affinché le autorità nazionali per la protezione ambientale e il pubblico interessato dalla realizzazione dell'opera possano essere adeguatamente informati e consultati nel corso della VIA; lo stesso prevede l'art.

[26] Art. 6 della Convention on the protection of the environment (anche nota come "Nordic Environmental Protection Convention"), Stoccolma 19 febbraio 1974, in vigore il 5 ottobre 1976, in United Nations, *Treaty Series*, 1978, 1092, No. 16770, p. 295 ss.

[27] Direttiva del Consiglio n. 85/337/CEE del 27 giugno 1985 concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, in *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, 5 luglio 1985, 28, L 175, p. 40 ss.

[28] Epiney, *Environmental Impact Assessment*, cit., par. 30.

7, ma in una prospettiva transnazionale, in favore degli Stati eventualmente interessati dall'impatto transfrontaliero.

In un giudizio intentato dalla Commissione contro la Germania per presunta violazione dell'obbligo di effettuare una VIA in relazione all'autorizzazione della costruzione di un nuovo lotto della centrale termica di Großkrotzenburg, la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) ha avuto modo di precisare che gli obblighi derivanti dagli artt. 2-3 e 8 della Direttiva hanno efficacia diretta e, dunque, vincolano direttamente le amministrazioni pubbliche nazionali a cui si rivolgono[29]. La disciplina sostanziale sulla VIA, inizialmente dettata dalla Direttiva del 1985, pur emendata più volte, è tutt'oggi in vigore per i Paesi membri dell'Unione europea (UE)[30].

4.1. Segue*: la Convenzione di Espoo*

Ancora nel contesto europeo è stata conclusa la Convenzione di Espoo del 1991[31]: ad oggi, l'unico regime convenzionale istituzionalmente diretto a regolare la VIA in contesto transfrontaliero. Negoziata sotto l'egida della

[29] CGUE, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, causa C-431/92, sentenza dell'11 agosto 1995, in *European Court Reports*, 1995, I, p. 2211 ss., p. 2220, parr. 24-25 e soprattutto p. 2224, parr. 37-40. In senso analogo, *The Queen, on the application of Delena Wells v Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, Reference for a preliminary ruling: High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) – United Kingdom, causa C-201/02, sentenza del 7 gennaio 2004, in *European Court Reports*, 2004, I, p. 723 ss., pp. 764-766, parr. 54-61.

[30] Dapprima sono intervenute le Direttive n. 97/11/CE del 3 marzo 1997 [in *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, 14 marzo 1997, L 73 p. 5 ss.], n. 2003/35/CE del 26 maggio 2003 [in *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, 25 giugno 2003, L 156, p. 17 ss.], n. 2009/31/CE del 23 aprile 2009 [in *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, 5 giugno 2009, L 140, p. 114 ss.]. Sul punto si veda Krämer, *The development of environmental assessments at the level of the European Union*, in Holder, McGillivray (a cura di), *Taking Stock of Environmental Assessment. Law, Policy and Practice*, Londra, 2007, pp. 131-148. Quindi, nel 2011, la normativa frutto dei diversi interventi è confluita nella Direttiva n. 2011/92/UE del 13 dicembre 2011 [in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, 28 gennaio 2012, L 26, p. 1 ss.], che è stata da ultimo emendata dalla Direttiva n. 2014/52/UE del 16 aprile 2014 [in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, 25 aprile 2014, L 124, p. 1 ss.].

[31] Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Espoo 25 febbraio 1991, in vigore il 10 settembre 1997, in United Nations, *Treaty Series*, 1997, 1989, No. 34028, p. 309 ss. In proposito si veda Boyle, *Developments in the international law of environmental impact assessment and their relation to the Espoo Convention*, in *Review of European Community and International Environmental Law*, 2011, 20, pp. 227-231; Papantoniou, *Espoo Convention on Transboundary Environmental Impact Assessment and Kiev Protocol on Strategic Environmental Assessment*, in Fitzmaurice, Tanzi, Papantoniou (a cura di), *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, vol. V. *Multilateral*

Commissione economica per l'Europa – organo regionale del Consiglio economico e sociale delle NU –, la Convenzione raccoglie come membri, oltre all'UE, 44 Stati, per lo più europei ad eccezione di Canada e Kazakistan. Essa ha costituito un modello per la revisione, nel '97, della già esaminata Direttiva n. 85/337/CEE, da cui, a sua volta, aveva tratto ispirazione.

A differenza degli altri regimi settoriali che saranno esaminati di seguito, il campo di applicazione della Convenzione di Espoo ha una portata generale. Grazie alla definizione onnicomprensiva di "impatto", di cui all'art. 1[32], esso si estende a qualsiasi fenomeno proveniente da una "parte di origine" e capace di influire negativamente sull'ambiente di altri Stati ("parti interessate"). Quanto alle attività per le quali è necessario procedere alla VIA, la Convenzione adotta un sistema a doppio binario. Per quelle indicate nell'Allegato I occorre sempre verificare se possano produrre un significativo impatto transfrontaliero, nel qual caso bisognerà poi procedere alla VIA prima di autorizzarne lo svolgimento. Per le attività non ricomprese in questo elenco sorge in capo alle parti contraenti un obbligo di consultazione volto a stabilire se esse possano determinare un significativo impatto transfrontaliero, utilizzando i criteri dettati dall'Allegato III.

Per quanto concerne la parte di disciplina sostanziale di maggiore interesse in questa sede, occorre evidenziare come l'art. 2, par. 3, disponga che:

> "The Party of origin shall ensure that in accordance with the provisions of this Convention an environmental impact assessment is undertaken prior to a decision to authorize or undertake a proposed activity listed in Appendix I that is likely to cause a significant adverse transboundary impact".

La *ratio* della VIA consiste nel prevenire l'adozione di decisioni da cui possano derivare danni ambientali a Stati terzi; pertanto, essa deve essere condotta prima che una certa attività sia autorizzata o avviata. Per tale ragione, a ciascuno Stato è richiesto di introdurre, a livello interno, tutte le misure legislative e amministrative necessarie a tal fine.

Environmental Treaties, Cheltenham-Northampton, 2017, pp. 403-421; Sands, *Principles*, cit., pp. 667-671; Epiney, *Environmental Impact Assessment*, cit., parr. 8-16.

[32] Ai sensi dell'art. 1, "'Impact' means any effect caused by a proposed activity on the environment including *human health and safety*, flora, fauna, soil, air, water, climate, landscape and historical monuments or other physical structures or the interaction among these factors it also includes effects on cultural heritage or socio-economic conditions resulting from alterations to those factors" (corsivo aggiunto).

Sul piano procedurale, la Convenzione delinea un vero e proprio procedimento di VIA, che, scandito da una serie di passaggi, confluisce nella preparazione di un documento sulla VIA. L'art. 3, infatti, prevede specifici obblighi di informazione e partecipazione che devono essere assolti prima e in vista della preparazione di tale documento. Espletata una prima valutazione preliminare, se uno Stato parte raggiunge la conclusione che è probabile che l'attività proposta possa causare un significativo impatto ambientale, esso, allora, ha l'obbligo di notificare la notizia dell'iniziativa alla parte potenzialmente interessata, in modo tempestivo e comunque non più tardi di quando sarà comunicata alla propria cittadinanza, così che essa possa effettivamente concorrere alla valutazione finale con proprie osservazioni. Tra le altre cose, la notifica deve contenere una descrizione dell'attività proposta, dell'impatto individuato in via preliminare e un termine entro il quale sono attese le deduzioni della parte interessata. Ai sensi dell'art. 3, par. 7, qualora sia stata omessa la notifica in relazione a un'attività elencata nell'Allegato I, la parte che ritenga di poter essere interessata da un significativo impatto ambientale può richiedere uno scambio di "informazioni sufficienti" a valutare congiuntamente la significatività dell'impatto del progetto. Se si trova un accordo, si procede di conseguenza; in caso contrario, la questione viene rimessa a una commissione d'inchiesta istituita ai sensi dell'Allegato IV. Questa scansione della procedura è volta a consentire lo scambio di informazioni tra le parti coinvolte e, più in generale, risponde a una logica di condivisione delle responsabilità e di cooperazione. Inoltre, in capo a entrambe le parti il par. 8 pone l'obbligo di informare le comunità locali più direttamente toccate dal possibile impatto dell'opera, di modo che esse possano presentare le proprie osservazioni nel processo di valutazione; qui viene in rilievo una logica, più propriamente democratica, di buona amministrazione.

Conclusa questa prima fase di scambio e raccolta delle informazioni, e sulla base delle risultanze istruttorie, occorre stilare il documento sulla VIA ai sensi dell'art. 4, il quale deve essere poi trasmesso alla parte interessata e alle comunità locali più direttamente coinvolte. Secondo quanto indicato nell'Allegato II, tale documento deve necessariamente riportare: l'attività proposta; ragionevoli alternative, compresa la rinuncia al progetto; una descrizione dell'ambiente interessato e del potenziale impatto calcolato; misure di mitigazione; la metodologia adottata e i dati rilevanti; eventuali profili di incertezza nello stato delle conoscenze; eventuali programmi di monitoraggio e gestione; una sintesi non tecnica.

A questo punto, la parte d'origine, ai sensi dell'art. 5, deve intrapren-

dere senza ritardo una fase di consultazione con la parte interessata, al fine di individuare possibili alternative (compresa la scelta di non proseguire), misure di mitigazione e monitoraggio e stabilire eventuali forme di assistenza reciproca. Fermo restando che la scelta finale spetta sempre alla parte d'origine e rimane nella sua sfera di dominio riservato, questa – secondo quanto disposto dall'art. 6 – ha l'obbligo di tenere in debito conto la VIA nell'assumere tale decisione, che, comunque, essa ha il dovere di comunicare alla parte interessata, assieme con le considerazioni che ne sono alla base.

Da ultimo, ai sensi dell'art. 7, le parti interessate devono concordare un'attività di monitoraggio, con modalità adeguate alla VIA precedentemente condotta, al fine di verificare il rispetto delle condizioni stabilite nell'autorizzazione dell'opera, l'effettività delle misure di mitigazione adottate e la correttezza delle previsioni calcolate. Se, a seguito di tale analisi, una delle parti interessate dovesse concludere che esistono ragionevoli motivi per ritenere che sussiste (o può derivare) un significativo impatto transfrontaliero, questa deve immediatamente informare l'altra parte e in capo ad entrambe sorge l'obbligo di entrare in consultazione per stabilire le misure necessarie a ridurre o azzerare tale impatto[33].

4.2. Segue*: la valutazione ambientale strategica*

Rispetto alla VIA, la valutazione ambientale strategica ha un oggetto ben più ampio, prendendo in considerazione non già singoli progetti di attività o opere, ma piani e programmi di sviluppo, di cui il decisore politico si impegna a valutare gli effetti di lungo corso, in termini di sostenibilità ambientale, compresa la salute umana. Espressione di buona amministrazione ambientale, tale istituto intende realizzare i principi dello sviluppo sostenibile e dell'equità intergenerazionale[34].

Una disciplina sulla valutazione ambientale strategica è contenuta a livello europeo, nella direttiva n. 2001/42/CE del 27 giugno 2001[35] e in diversi regimi convenzionali come, ad esempio, l'art. 14, par. 1, lett. b), della

[33] Con riguardo ai profili istituzionali e ai meccanismi esecutivi e attuativi si rinvia a Papantoniou, *Espoo Convention*, cit., pp. 408-410.

[34] Per dei riferimenti generali riguardo alla valutazione ambientale strategica si veda Schmidt, Joao, Albrecht (a cura di), *Implementing Strategic Environmental Assessment*, Berlin, 2005; Marsden, *Strategic Environmental Assessment in International and European Law*, London, 2008; Jones QC, Scotford (a cura di), *The Strategic Environmental Assessment Directive: A Plan for Success?*, Oxford, 2017.

[35] Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 2001/42/CE del 27 giugno

Convenzione sulla biodiversità. Inoltre, a tale istituto è stato espressamente dedicato il Protocollo di Kiev del 2003[36], che ha dato attuazione all'art. 2, par. 7, della Convenzione di Espoo. Infatti, in materia di agricoltura, selvicoltura, pesca, energia, industria, estrazione mineraria, trasporti, sviluppo regionale, gestione dei rifiuti, gestione delle acque, telecomunicazioni, turismo, pianificazione urbanistica o territoriale, l'art. 4, par. 1, sancisce che "[e]ach Party shall ensure that a strategic environmental assessment is carried out for plans and programmes referred to in paragraphs 2, 3 and 4 which are likely to have significant environmental, including health, effects".

5. Sistemi convenzionali di protezione ambientale: il regime dell'ambiente antartico

Vi è poi una serie di regimi convenzionali che pongono in capo agli Stati parte l'obbligo di effettuare una VIA in relazione agli specifici beni giuridici alla cui tutela essi sono istituzionalmente preordinati.

Con riguardo all'area dell'Antartico, i 37 Stati parte del Protocollo sulla protezione dell'ambiente del 1991 al Trattato antartico del 1959[37] hanno convenuto, all'art. 8 (*Environmental Impact Assessment*), par. 1, che le decisioni concernenti programmi di ricerca scientifica, turismo, e le altre attività governative e non governative da realizzarsi nell'area protetta, comprese quelle a esse strumentali, nonché le modifiche che dovessero intervenire successivamente devono essere condizionate a una valutazione d'impatto sull'ambiente Antartico e sugli ecosistemi associati. Nello specifico, tale esame deve essere condotto in conformità a una delle tre procedure previste dall'Allegato 1, a seconda che il progetto proposto possa causare un impatto a) meno che minore o transitorio, b) minore o transitorio, c) più che minore o transitorio.

In una fase preliminare, ai sensi dell'art. 1 dell'Allegato, occorre innanzitutto stabilire se l'attività proposta può causare un effetto meno che

2001 concernente la valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull'ambiente, in *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, 21.7.2001, L 197, p. 30 ss.

[36] Protocol on Strategic Environmental Assessment to the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, Kiev 21 maggio 2003, in vigore l'11 luglio 2010, in United Nations, *Treaty Series*, 2010, 2685, No. 34028, p. 140 ss.

[37] Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, Madrid 4 ottobre 1991, in vigore il 14 gennaio 1998, in *International Legal Materials*, 1991, 30(6), p. 1461 ss. [quindi in United Nations, *Treaty Series*, 2013, 2941, p. 3 ss.].

minore o transitorio, nel qual caso può procedere senza ulteriori oneri. Se il responso è negativo, è necessario allora determinare, attraverso una "VIA iniziale" *ex* art. 2, par. 1, dell'Allegato, quale delle due ipotesi sub b) e c) ricorra in concreto. Infatti, qualora – sulla base dell'informazione disponibile concernente la descrizione del progetto, il suo scopo, l'ubicazione, la durata, l'intensità, la considerazione di misure alternative e l'impatto complessivo – si concluda che l'attività proposta può produrre un effetto minore o transitorio, essa può allora procedere, salvo l'obbligo di monitoraggio continuo.

Se, invece, si addiviene alla conclusione che sussiste la probabilità di un impatto più che minore o transitorio, in base all'art. 3 dell'Allegato occorre procedere a una "VIA completa" che oltre ai dati già menzionati indichi probabili effetti diretti, quelli indiretti, di second'ordine e cumulativi, le misure di mitigazione, gli effetti inevitabili, il grado di certezza delle conoscenze scientifiche connesse all'impatto, nonché un referente.

A questo punto, la bozza della VIA deve essere resa pubblica, trasmessa alle altre parti contraenti e al Consiglio per la protezione dell'ambiente istituito dal Protocollo. Devono essere garantiti un termine libero di almeno 90 giorni per eventuali commenti e un termine dilatorio di 120 giorni dalla data della successiva Riunione consultiva del Trattato antartico. L'attività proposta non può procedere prima che la bozza sia stata esaminata dalla Riunione consultiva, fino a un massimo di 15 mesi dalla data di notifica.

5.1. Segue*: il regime degli spazi marini*

Per quanto concerne i risvolti della VIA nel diritto internazionale del mare, bisogna necessariamente partire, a livello universale, con l'esame della Convenzione delle NU del 1982 (UNCLOS)[38], di cui oggi sono parte 167 Stati e l'UE. L'art. 206 (*Assessment of Potential Effects of Activities*), infatti, dispone che:

> "When States have reasonable grounds for believing that planned activities under their jurisdiction or control may cause substantial pollution of or significant and harmful changes to the marine environment, they shall, as far as practicable, assess the potential effects of such activities on the marine environment and shall communicate reports of the results of such assessments in the manner provided in article 205".

[38] United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay 10 dicembre 1982, in vigore il 16 novembre 1994, in United Nations, *Treaty Series*, 1994, 1883, No. 31363, p. 3 ss.

Sembrerebbe che la disposizione intenda dare attuazione al più generale obbligo di cui all'art. 194, con cui gli Stati si impegnano ad adottare, a livello interno, tutte le possibili misure necessarie a prevenire che da attività soggette alla propria giurisdizione o controllo derivi un danno da inquinamento "to other States and their environment", e in certa misura ciò è senz'altro vero. Tuttavia, rispetto alla *ratio* puramente transfrontaliera sottesa all'art. 194, l'art. 206 sembra avere una portata più ampia, riferendosi a "the marine environment", come conferma l'inclusione di tale disposizione nella sezione dedicata alla cooperazione globale e regionale[39].

L'art. 206 ha costituito il quadro normativo rilevante in più di una controversia internazionale. Nel 2001, nel caso *Mox Plant*, l'Irlanda ha avviato un procedimento arbitrale contro il Regno Unito ai sensi dell'Allegato VII dell'UNCLOS, lamentando – *inter alia* – la violazione dell'art. 206, in ragione del fatto che lo Stato convenuto avesse autorizzato la British Nuclear Fuel plc a costruire, nella località costiera di Sellafield, una piattaforma nucleare per la produzione di combustibile a ossido misto sulla base di una VIA risalente al 1993 (e non più aggiornata), la quale, a suo

[39] In proposito si veda Warner, *Environmental Assessment in Marine Areas beyond National Jurisdiction*, in Rayfuse (a cura di), *Research handbook on international marine environmental law*, Cheltenham, 2015, pp. 291-312; Id., *Environmental Assessment in Marine Areas Beyond National Jurisdiction: Practice and Prospects*, in *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 2017, 111, pp. 252-255; Oude Elferink, *Environmental Impact Assessment in Areas beyond National Jurisdiction*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2012, 27(2), pp. 449-480. Sul piano regionale, numerosi regimi convenzionali hanno tratto ispirazione dall'UNCLOS per quanto concerne la VIA. Il caso forse più emblematico è quello dell'art. 16, parr. 2-3, della Convenzione di Noumea, di cui sono parte 12 Paesi insulari del Pacifico meridionale: Convention for the Protection of Natural Resources and Environment of the South Pacific Region, Noumea 25 novembre 1986, in vigore il 22 agosto 1990, in *International Legal Materials*, 1987, 26(1), pp. 38-76. Altri esempi rilevanti sono rintracciabili nei seguenti trattati: art. 12, Convention for the Protection and Development of the Marine Environment of the Wider Caribbean Region, Cartagena 24 marzo 1983, in vigore l'11 ottobre 1986, in United Nations, *Treaty Series*, 1988, 1506, No. 25974, p. 157 ss.; art. 13, Convention for the Protection, Management and Development of the Marine and Coastal Environment of the Eastern African Region, Nairobi 21 giugno 1985, in vigore il 30 maggio 1996, in *Register of International Treaties and Other Agreements in the Field of the Environment*, No. 124, p. 337 ss.; art. 8, Protocol for the Protection of the Marine Environment against Pollution from Land-based Sources, Kuwait City 21 febbraio 1990, in vigore il 1° febbraio 1993, in *Register of International Treaties and Other Agreements in the Field of the Environment*, No. 157, p. 423 ss.; art. 7, Convention on the Protection of the Marine Environment of the Baltic Sea Area, Helsinki 9 April 1992, in vigore il 17 gennaio 2000, in *Register of International Treaties and Other Agreements in the Field of the Environment*, No. 171, p. 464 ss.; art. 15, par. 15, Convention on the Protection of the Black Sea against Pollution, Bucharest 21 aprile 1992, in vigore il 15 giugno 1994, in *Register of International Treaties and Other Agreements in the Field of the Environment*, No. 172, p. 466 ss.

avviso, non aveva adeguatamente valutato l'impatto che l'opera avrebbe avuto sul Mare d'Irlanda[40]. Nelle more dell'istituzione del procedimento arbitrale, lo Stato attore ha anche avanzato la richiesta di misure cautelari al Tribunale internazionale per il diritto del mare (ITLOS), che, in parziale accoglimento, ha ordinato alle parti di cooperare tra loro e consultarsi, al fine di scambiarsi informazioni, monitorare i rischi e considerare misure volte a prevenire l'inquinamento marino, senza però ordinare anche la sospensione dell'autorizzazione delle attività, ritenendo che nell'imminente istituzione del procedimento arbitrale non sussistessero i necessari requisiti di urgenza[41].

Sfortunatamente una decisione di merito non è mai stata assunta, in quanto il tribunale arbitrale ha deciso di sospendere il giudizio in attesa che si pronunciasse la CGUE, dopo che la Commissione ha presentato un ricorso per inadempimento contro l'Irlanda[42]. I giudici di Lussemburgo, quindi, hanno accolto il ricorso, rilevando essenzialmente che, intentando un procedimento arbitrale contro il Regno Unito, al fine di dirimere la controversia relativa allo stabilimento MOX, l'Irlanda ha violato la competenza esclusiva della Corte per quanto riguarda le controversie relative all'interpretazione e all'applicazione del diritto comunitario, ai sensi dell'art. 292 CE[43].

Nel 2003, lo Stato della Malesia ha intentato un procedimento arbitrale, ai sensi dell'Allegato VII UNCLOS, contro Singapore in relazione alla *bonifica del territorio dentro e intorno allo Stretto di Johor*, che il secondo aveva intrapreso. Contestualmente, ha presentato all'ITLOS una richiesta di misure cautelari, con cui, prospettando una violazione da parte di Singapore tanto della Convenzione quanto – si badi – del diritto internazionale generale, per aver questi intrapreso i lavori senza assolvere gli obblighi di notifica e consultazione, chiedeva che Singapore sospendesse immediatamente i lavori "until it has conducted and published an adequate assessment of their potential effects on the environment and on the affected coastal areas, taking into account representations made by affected

[40] *The Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, misure cautelari, ordinanza del 3 dicembre 2001, in *ITLOS Reports*, 2001, p. 95 ss., p. 99, par. 26.

[41] *Ibidem*, p. 110, par. 81.

[42] Tribunale arbitrale costituito ai sensi dell'Allegato VII, *The Mox Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, ordinanza n. 3 del 24 giugno 2003 e ordinanza n. 4 del 14 novembre 2003, disponibili all'indirizzo <pca-cpa.org>.

[43] CGUE (grande sezione), *Commissione delle Comunità europee c. Irlanda*, causa C-459/03, sentenza del 30 maggio 2006, in *European Court Reports*, 2006, I, p. 4635 ss., p. 4699 ss., par. 80 ss.

parties"[44]. Il Tribunale, riconoscendo come plausibile il rischio di un impatto negativo[45], ha ritenuto di accogliere la richiesta, ordinando che fosse condotta una VIA attraverso una commissione congiunta di rappresentanti delle parti interessate. Tale decisione ha costituito la base della soluzione concordata accolta nel lodo che ha definito il procedimento di merito[46].

Una terza disputa incentrata sull'art. 206 UNCLOS riguarda l'*arbitrato sul Mare cinese meridionale* (2016)[47], in cui – pur con significative difficoltà, stante la decisione di Pechino di rifiutare l'arbitrato e di non comparire – è stato possibile raggiungere una decisione di merito. Le Filippine, infatti, lamentavano, per quanto qui d'interesse, che la Cina avesse violato l'art. 206, avendo omesso di condurre e comunicare una VIA in relazione alla costruzione di isole artificiali a ridosso delle Isole Spratly, dalla quale sarebbero potuti derivare seri danni all'ecosistema marino del Mare cinese meridionale, alle barriere coralline interessate, nonché alla biodiversità e alla sostenibilità delle risorse viventi e delle specie a rischio. All'esito del giudizio, il tribunale arbitrale istituito ai sensi dell'Allegato VII ha concluso che, in ragione della mole dell'opera, la Cina avrebbe dovuto presumere l'operatività dell'art. 206 e, nell'impossibilità di pronunciarsi sulla questione della completa omissione della VIA, si è limitato a rilevare una violazione nella parte relativa all'obbligo di comunicazione.

Un ulteriore precedente in materia di VIA, sempre inerente al diritto del mare, è rintracciabile nel parere consultivo sulle *attività nell'Area*, del 2011, in cui il Consiglio dell'Autorità internazionale per i fondali marini chiedeva all'ITLOS, *inter alia*, di precisare quali responsabilità sorgano in capo agli Stati che sponsorizzano attività di esplorazione e sfruttamento dei fondali marini nell'area esterna alla giurisdizione nazionale, qualora

[44] *Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)*, misure cautelari, ordinanza dell'8 ottobre 2003, in *ITLOS Reports*, 2003, p. 10 ss., p. 15, par. 22.

[45] *Ibidem*, p. 26, par. 96.

[46] *Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)*, 1° settembre 2005, consultabile all'indirizzo <https://pcacases.com/web/sendAttach/1126>.

[47] *The South China Sea Arbitration (Philippines v. China)*, lodo del 12 luglio 2016, consultabile all'indirizzo <pca-cpa.org>, p. 396 s., par. 991 ss. In proposito si veda Kong, *Environmental Impact Assessment in the Law of the Sea: Safeguarding Environmental Sustainability of the South China Sea*, in Wu, Zou (a cura di), *Non-Traditional Security Issues and the South China Sea: Shaping a New Framework for Cooperation*, Farnham-Burlington, 2014, pp. 257-275; Scanlon, Beckman, *Assessing Environmental Impact and the Duty to Cooperate: Environmental Aspects of the Philippines v China Award*, in *Asia-Pacific Journal of Ocean Law and Policy*, 2018, 3(1), pp. 5-30; Qin, Hou, *Environmental Impact Assessments in Protection and Preservation of the Marine Environment*, in *Cooperation and Engagement in the Asia-Pacific Region*, Leiden, 2020, pp. 139-160.

il soggetto sponsorizzato violi gli obblighi derivanti dall'UNCLOS[48]. In questo caso il quadro normativo rilevante era rappresentato, innanzitutto, dall'Accordo attuativo della Parte XI dell'UNCLOS, del 1994[49], il quale, alla Sezione 1, par. 7, dell'Allegato prescrive che: "An application for approval of a plan of work shall be accompanied by an assessment of the potential environmental impacts of the proposed activities […] in accordance with the rules, regulations and procedures adopted by the Authority".

Ebbene, in relazione alla disposizione testé menzionata la Camera per le dispute sui fondali marini ha concluso che "[t]he sponsoring State is under a due diligence obligation to ensure compliance by the sponsored contractor with this obligation", vale a dire condurre una VIA, appunto[50]. Inoltre, essa ha evidenziato come la portata del dovere di diligenza – e, dunque, la sua concreta osservanza – andassero valutate alla luce dell'obbligo di condurre una VIA come previsto in capo agli Stati dalla Regola 31, par. 6, del Regolamento sui noduli[51] e dalla Regola 33, par. 6, del Regolamento sui solfuri, entrambi adottati dall'Autorità internazionale per i fondali marini, e vincolanti[52]. Tali disposizioni, infatti, prevedono che "[c]ontractors, sponsoring States and other interested States or entities shall cooperate with the Authority in the establishment and implementation of programmes for monitoring and evaluating the impacts of deep seabed mining on the marine environment". Secondo il Tribunale, tali Regolamenti intendono chiarire e assicurare il rispetto degli obblighi di cooperazione con l'Autorità internazionale per i fondali marini, da un lato, e dei doveri di diligenza, dall'altro, rispettivamente previsti agli artt. 153, par. 4, e 139 UNCLOS[53]. Per tale ragione, gli Stati sono sì responsabili per le attività di esplorazione e sfruttamento condotte dai soggetti da essi sponsorizzati,

[48] Durden *et al.*, *Environmental Impact Assessment process for deep-sea mining in "the Area"*, in *Marine Policy: The International Journal of Ocean Affairs*, 2018, 87, pp. 194-202; Lallier, Maes, *Environmental impact assessment procedure for deep seabed mining in the area: Independent expert review and public participation*, in *Marine Policy: The International Journal of Ocean Affairs*, 2016, 70, pp. 212-219.

[49] Agreement relating to the implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982, New York 28 luglio 1994, provvisoriamente in vigore il 16 novembre 1994, in United Nations, *Treaty Series*, 1994, 1836, No. 31364, p. 3 ss.

[50] *Activities in the Area*, cit., in *ITLOS Reports*, 2011, p. 49, par. 141.

[51] Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Nodules in the Area, ISBA/6/A/18, e Regulations on Prospecting and Exploration for Polymetallic Sulphides in the Area, ISBA/16/A/12/Rev.1, adottati per consenso dall'Assemblea dell'Autorità internazionale per i fondali marini rispettivamente il 13 luglio 2000 e il 7 maggio 2010.

[52] *ITLOS Reports*, 2011, pp. 49-50, par. 142.

[53] *Ibidem*.

ma tale responsabilità assume la forma di un'obbligazione di mezzo[54], che consiste nell'introdurre, a livello interno, le misure legislative e amministrative idonee a prevenire che tali soggetti arrechino danno all'ambiente marino; tra queste rientra la VIA[55].

5.2. Segue*: in materia di biodiversità e biosicurezza*

In materia di biodiversità bisogna menzionare la Convenzione del 1992 (CBD)[56], la quale, all'art. 7 (*Identification and Monitoring*), lett. c), sancisce che

> "Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate, […] (c) Identify processes and categories of activities which have or are likely to have significant adverse impacts on the conservation and sustainable use of biological diversity, and monitor their effects through sampling and other techniques".

L'obbligazione sembra assumere una dimensione globale, poiché, in base a quanto disposto dall'art. 4, par. 1, lett. b), essa si estende a qualsiasi processo o attività sia condotta sotto la giurisdizione o il controllo delle parti contraenti, all'interno o all'esterno della loro giurisdizione nazionale, indipendentemente dal luogo in cui si producono gli effetti.

Tale disciplina viene quindi integrata dall'art. 14 (*Impact Assessment and Minimizing Adverse Impacts*), par. 1, lett. a), che impone agli Stati parte di introdurre, nei propri ordinamenti interni, le procedure necessarie a garantire l'effettività dell'obbligo internazionale[57]. A tal fine, nel

[54] Freestone, *Advisory Opinion of the Seabed Disputes Chamber of International Tribunal for the Law of the Sea on "Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area"*, in *ASIL Insights*, 2011, 15(7).

[55] Ai sensi dell'art. 139, par. 2, UNLCOS: "damage caused by the failure of a State Party or international organization to carry out its responsibilities under this Part shall entail liability [...]. A State Party shall not however be liable for damage caused by any failure to comply with this Part by a person whom it has sponsored under article 153, paragraph 2(b), if the State Party has taken all necessary and appropriate measures to secure effective compliance".

[56] Convention on Biological Diversity, Rio de Janeiro 5 giugno 1992, in vigore il 29 dicembre 1993, in United Nations, *Treaty Series*, 1993, 1760, No. 30619, p. 79 ss.

[57] Rilevante in tal senso è la prassi di Stati Uniti, Canada e UE, che hanno adottato degli appositi strumenti: US Council on Environmental Quality, Incorporating Biodiversity Considerations into Environmental Impact Analysis under the National Environmental Policy Act (CEQ 1993); Canadian Environmental Assessment Agency, Guide on Biodiversity and Environmental Assessment (CEAA 1996); Commissione europea, *Linee guida per l'integrazione del cambiamento climatico e della biodiversità nella valutazione d'impatto ambientale*, Unione europea, 2013.

2006, la Conferenza degli Stati parte ha adottato una decisione contenente delle linee guida che intendono fornire agli Stati delle indicazioni su come introdurre nella propria legislazione nazionale istituti e procedure che assicurino di tenere adeguatamente conto della biodiversità, quando si conduce una VIA[58]. L'atto, di origine intergovernativa, può assumere rilievo nell'interpretazione dell'art. 14, par. 1, nei termini di un accordo successivo sull'interpretazione del trattato *ex* art. 31, par. 3, lett. a), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (CVDT) del 1969[59]. Inoltre, lo stesso articolo, relativamente ad attività per le quali sussiste la probabilità di un significativo impatto sulla biodiversità, obbliga le parti contraenti a promuovere, attraverso la conclusione di trattati internazionali, la notifica, lo scambio di informazioni, e la consultazione con gli altri Stati (lett. c), nonché a garantire la risposta a livello interno a eventi che possano minare la biodiversità (lett. e).

Una disposizione sulla VIA è rintracciabile anche nell'art. 15 (*Risk Assessment*), par. 1, del Protocollo sulla biosicurezza del 2000[60], il quale intende prevenire i rischi – anche transfrontalieri – per la biodiversità e la salute umana, derivanti dal trasferimento, dalla manipolazione e dall'impiego di organismi viventi geneticamente modificati attraverso moderne tecniche biotecnologiche.

5.3. Segue*: in materia di cambiamento climatico*

Da ultimo, occorre brevemente richiamare la più recente prassi in materia di contrasto al cambiamento climatico, considerato che tanto l'art. 4, par. 1, lett. f), della Convenzione quadro del 1992[61] quanto l'art. 7, par. 9,

[58] *Impact assessment: Voluntary guidelines on biodiversity-inclusive impact assessment*, Decisione VIII/28 adottata dall'ottava Conferenza degli Stati parte alla Convenzione sulla biodiversità, 15 giugno 2006, UNEP/CBD/COP/DEC/VIII/28.

[59] Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna 23 maggio 1969, in vigore il 27 gennaio 1980, in United Nations, *Treaty Series*, 1980, 1155, No. 18232, p. 331 ss. Sul punto si rinvia a Greco, *Some Remarks on the Role of Soft Law in Treaty Interpretation: 50 Years After the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in Pascale, 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, pp. 249-283.

[60] Art. 15, par. 1, Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity, Montreal 29 gennaio 2000, in vigore l'11 settembre 2003, in United Nations, *Treaty Series*, 2003, 2226, No. 30619, p. 208 ss.

[61] Art. 4, par. 1, lett. f), United Nations Framework Convention on Climate Change, New York 9 maggio 1992, in vigore il 21 marzo 1994, in United Nations, *Treaty Series*, 1994, 1771, No. 30822, p. 107 ss.

lett. c), dell'Accordo di Parigi del 2015[62] impongono agli Stati parte l'adozione di misure interne come la VIA, al fine di individuare gli effetti di attività sociali ed economiche sul cambiamento climatico e di considerare l'introduzione di misure volte a mitigarne l'impatto sulla sanità pubblica e sulla qualità dell'ambiente.

Un aspetto particolarmente interessante concerne l'emissione di gas serra, i quali, con ogni evidenza, rappresentano uno dei fattori che maggiormente impatta sul surriscaldamento globale e, dunque, sul cambiamento climatico, a livello non semplicemente transfrontaliero, bensì globale, riproponendo quella dinamica di stretta interdipendenza già evidenziata sopra in relazione alla biodiversità. In tale contesto, tuttavia, risulta particolarmente difficile valutare la "significatività" dell'impatto capace di attivare l'obbligo di VIA, considerato come esso dipenda dal cumulo delle emissioni degli operatori industriali e non dal singolo progetto il cui impatto occorre valutare. Pertanto, onde evitare una situazione di sostanziale elusione della disciplina esistente, Stati Uniti, Canada e UE si sono orientati verso un approccio quantitativo, fissando delle soglie oltre le quali l'impatto delle emissioni di gas serra viene ritenuto significativo *ex lege*, in modo tale da attivare l'obbligo di VIA[63].

6. Il diritto del commercio internazionale

La crescente importanza della VIA quale strumento di tutela tanto dell'ambiente quanto della salute (umana, animale, vegetale) è confermata – in una prospettiva di armonizzazione in luogo della frammentazione che tradizionalmente caratterizza l'articolazione dell'ordinamento internazionale – dal ruolo che le è riconosciuto, pur sotto forme diverse, nei tre rami che compongono il c.d. diritto internazionale dell'economia.

Nel quadro normativo dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) il diritto (che per altri settori ordinamentali è un dovere) degli Stati parte di agire per *prevenire* rischi per la vita o la salute umana, animale, ve-

[62] Art. 7, par. 9, lett. c), Paris Agreement, Parigi 12 dicembre 2015, in vigore il 4 novembre 2016, in United Nations, *Treaty Series*, No. 54113, ancora non pubblicato.

[63] Commissione europea, *Linee guida per l'integrazione del cambiamento climatico*, cit.; US Council on Environmental Quality, Final Guidance for Federal Departments and Agencies on Consideration of Greenhouse Gas Emissions and the Effects of Climate Change in National Environmental Policy Act Reviews, in *Federal Register*, 2016, 81(151), p. 51866 s.; *The NCEA's recommendations on Climate Change in Environmental Assessment*, a cura di Draaijers e van der Velden, in *Views and experiences*, 2009, p. 16 ss.

getale è riconosciuto e regolato all'art. 2 dell'Accordo sull'applicazione di misure sanitarie e fitosanitarie (Accordo SPS), del 1994[64]. La disposizione, infatti, prevede che le parti contraenti possano adottare misure sanitarie o fitosanitarie (misure SPS), purché esse siano effettivamente tali, ovvero rivolte alla tutela dei beni giuridici appena menzionati e applicate in maniera non discriminatoria, non arbitraria e ingiustificata, così che, insomma, non celino intenti pretestuosi o protezionistici. A tal fine, l'articolo, al par. 2, richiede che, salvo il principio di precauzione cristallizzato all'art. 5, par. 7, dell'Accordo, queste misure si fondino su principi ed evidenze scientifici, di modo che la base scientifica sia ragione e limite per la loro adozione.

Tale diritto/dovere degli Stati membri trova ulteriore specificazione nell'obbligo di condurre una valutazione del rischio (VR), *ex* art. 5 dell'Accordo SPS, il quale sancisce che

> "Members shall ensure that their sanitary or phytosanitary measures are based on an assessment, as appropriate to the circumstances, of the risks to human, animal or plant life or health, taking into account risk assessment techniques developed by the relevant international organizations".

Il par. 4 dell'Allegato A offre una definizione, vincolante nel contesto dell'Accordo, secondo cui "valutazione del rischio" impone di considerare due aspetti: da un lato, la probabilità di ingresso, insediamento o diffusione di un parassita o di una malattia nel territorio di un membro importatore in base alle misure sanitarie o fitosanitarie che potrebbero essere applicate, e delle relative potenziali conseguenze biologiche ed economiche; dall'altro lato, i potenziali effetti negativi sulla salute umana o animale derivanti dalla presenza di additivi, contaminanti, tossine o organismi che causano malattie in alimenti, bevande o mangimi.

La giurisprudenza dell'Organo di appello ha chiarito che il processo di VR deve: (i) identificare le malattie il cui ingresso, stabilimento o diffusione, nonché le potenziali conseguenze biologiche ed economiche si intende prevenire; (ii) valutare le probabilità che una di tali circostanze si verifichi; (iii) condurre un giudizio prognostico circa le probabilità che un

[64] Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, in Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Allegato 1A, Marrakesh 15 aprile 1994, in vigore il 1° gennaio 1995, in United Nations, *Treaty Series*, 1995, 1867, No. 31874, p. 493 ss. Sulla tutela della salute e dell'ambiente nel contesto del TRIPs si veda Gruszczynski, *Regulating Health and Environmental Risks under WTO Law: A Critical Analysis of the SPS Agreement*, Oxford, 2010; van Calster, Prévost (a cura di), *Research Handbook on Environment, Health and the WTO*, Northampton-Cheltenham, 2013.

tale scenario si realizzi, a seguito dell'adozione delle misure SPS di cui si sta considerando l'introduzione[65].

È dunque chiaro che, in generale, la norma in esame mira a tutelare da possibili rischi transfrontalieri gli stessi beni giuridici che la VIA intende salvaguardare; a differenza di quanto normalmente accade con la VIA, però, qui prevale una logica difensiva su quella di non arrecare danni a terzi, considerato come l'obiettivo prevalente sia quello di evitare che minacce provenienti da uno Stato membro si diffondano a livello domestico; prevalente, appunto, e non esclusivo, in quanto nel tutelare il proprio dominio riservato dalla diffusione di malattie, parassiti, contaminanti o tossine, lo Stato territoriale indirettamente sta assolvendo un obbligo di *due diligence*, onde evitare che, a sua volta, dal proprio territorio derivi un danno a terzi. Inoltre, come la VIA, anche la VR deve precedere il processo decisionale, il quale, tuttavia, in questo caso riguarda l'adozione di un provvedimento legislativo o amministrativo e non l'autorizzazione di un progetto edile, industriale o infrastrutturale.

Per quanto concerne la forma, non sussistono particolari requisiti; non è necessario, ad esempio, che la VR sia contenuta in un rapporto governativo ufficiale[66], mentre è consentito che uno Stato possa anche fare propria una VR materialmente condotta da un altro Stato membro o da un'organizzazione internazionale, purché dimostri di averla effettivamente presa in considerazione[67].

Più stringenti condizioni, invece, sussistono sul piano sostanziale. Come affermato dalla giurisprudenza del meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC, se è vero che l'inciso "as appropriate to the cir-

[65] Appellate Body Report, *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon* [*Australia -Salmon*], 20 ottobre 1998 WT/DS18/AB/R, p. 36, par. 121. Quindi, Appellate Body Report, *Japan – Measures Affecting Agricultural Products* [*Japan – Agricultural Products II*], 22 febbraio 1999, WT/DS76/AB/R, pp. 30-31, par. 112; Panel Report, *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon – Recourse to Article 21.5 by Canada* [*Australia – Salmon (Article 21.5 – Canada)*], 18 febbraio 2000, WT/DS18/RW, pp. 113-114, par. 7.41.

[66] Panel Report, *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon* [*Australia – Salmon*], 12 giugno 1998, WT/DS18/R, pp. 183-186, parr. 8.136-8.137.

[67] "Article 5.1 does not insist that a Member that adopts a sanitary measure shall have carried out its own risk assessment […]. The SPS measure might well find its objective justification in a risk assessment carried out by another Member, or an international organization": Appellate Body Report, *European Communities – EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)* [*EC – Hormones*], 16 gennaio 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, p. 77, par. 190. Così anche Panel Report, *EC – Approval and Marketing of Biotech Products* [*EC – Biotech*], 29 settembre 2006, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, p. 961, par. 7.3024.

cumstances" intende riconoscere allo Stato un certo grado di discrezionalità nell'operazione di VR[68], è altresì vero che la specificità delle circostanze lo debbano indurre a una valutazione caso per caso, valorizzando la natura del prodotto, l'origine, la destinazione e la specifica situazione del Paese[69]. La VR non può consistere in uno studio generale, ma deve aver considerato una possibile minaccia nelle specifiche circostanze del caso. L'Organo di appello, ad esempio, in *EC – Hormones* ha negato che gli studi allegati dall'UE fossero "sufficiently specific to the case at hand" e che, dunque, potessero soddisfare gli obblighi di cui all'art. 5, par. 1, dell'Accordo SPS[70]. Mentre è consentito che una VR possa costituire la base di più di una misura SPS[71], non è ammissibile che la valutazione condotta con riguardo a una sostanza potenzialmente tossica possa coprire anche altri elementi, se questi non sono stati presi in considerazione separatamente[72]. Inoltre, la discrezionalità dello Stato è ulteriormente circoscritta dall'esistenza di tecniche di VR sviluppate dalle organizzazioni internazionali rilevanti *ratione materiae*[73], di cui gli Stati sono obbligati a tenere conto nella determinazione delle modalità, più idonee in base alle circostanze, con cui procedere.

L'art. 5 pone ulteriori vincoli circa gli elementi che bisogna considerare in sede di VR, graduandoli in modo differente a seconda della solidità del quadro scientifico. In primo luogo, infatti, gli Stati devono prendere in considerazione evidenze scientifiche, processi e metodi di produzione rilevanti, metodi d'ispezione, campionamento ed esame pertinenti, il grado di diffusione di malattie o parassiti specifici, l'esistenza di aree libere da essi e le condizioni ecologiche e ambientali rilevanti[74]. Nel caso in cui, invece, le conoscenze scientifiche manchino del tutto o siano insufficienti, restituendo uno scenario di incertezza, onde evitare che questo si tramuti

[68] Appellate Body Report, *EC – Hormones*, cit., p. 50, par. 129.

[69] Panel Report, *Australia – Salmon*, cit., p. 156, par. 8.71.

[70] Appellate Body Report, *EC -Hormones*, cit., p. 81, par. 200. Così anche Appellate Body Report, *Japan – Measures Affecting the Importation of Apples* [*Japan – Apples*], 26 novembre 2003, WT/DS245/AB/R, pp. 73-74, parr. 202-203.

[71] Panel Report, *EC – Biotech*, cit., p. 970, parr. 7.3063-7.3064.

[72] Panel Report, *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) – Complaint by the United States* [*EC – Hormones (US)*], 18 agosto 1997, WT/DS26/R/USA, pp. 223-224, par. 8.257; Panel Report, *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) – Complaint by Canada* [*EC – Hormones (Canada)*], 18 agosto 1997, WT/DS48/R/CAN, p. 253, par. 8.258.

[73] Panel Report, *Australia – Salmon*, cit., p. 156, par. 8.71.

[74] Appellate Body Report, *EC – Hormones*, cit., pp. 75-76, par. 187. L'Organo di appello ha precisato che non si tratta di un'operazione interamente scientifica, quanto meno non nel senso che le metodologie ammissibili siano esclusivamente quelle delle scienze naturali.

in un impedimento alla tutela della salute e dell'ambiente, uno Stato può comunque agire per prevenire il rischio. Si avverte qui l'eco del principio 15 della Dichiarazione di Rio, adottata quando le negoziazioni dell'Uruguay Round che hanno portato all'Accordo di Marrakesh erano ancora in corso. Ebbene, in tal caso, esso dovrà basare la propria valutazione del rischio sull'informazione disponibile, compresa quella che gli proviene dalle organizzazioni internazionali rilevanti e dalle iniziative adottate dagli altri Stati membri. L'idea che emerge è quella di tendere a un consenso o, comunque, a soluzioni avallate a livello multilaterale. Al contempo, però, lo Stato che adotta la misura ha l'obbligo di rivedere le proprie decisioni, a tal fine sforzandosi di ottenere maggiori informazioni entro un ragionevole arco di tempo.

In termini generali, i parr. 1-2 dell'Allegato B all'Accordo SPS impongono allo Stato che adotti una misura SPS di darne pubblicazione tempestivamente, in anticipo sulla sua entrata in vigore. Inoltre, ai sensi del par. 5 dello stesso Allegato, se non esiste uno standard internazionale o la misura SPS proposta non sia integralmente basata su di uno standard esistente, oltre alla pubblicazione è necessaria la notifica agli altri Stati membri, attraverso il Segretariato. In tale atto è necessario allegare una copia del provvedimento e indicare l'obiettivo perseguito, le ragioni alla base, la parte che devia dallo standard esistente, nonché un termine ragionevole entro il quale gli Stati interessati possono presentare proprie osservazioni.

In senso del tutto complementare l'art. 5, par. 8, prevede che, qualora uno Stato membro ritenga che una misura SPS possa limitare le proprie esportazioni e tale misura non sia basata su uno standard internazionale o, semplicemente, uno standard non esista affatto, tale Stato, allora, ha il diritto di richiedere spiegazioni circa le ragioni che hanno condotto all'adozione della misura, e lo Stato territoriale ha l'obbligo di rispondere.

7. Il diritto internazionale degli investimenti

Fermo restando il tradizionale problema del coordinamento tra i diversi settori normativi dell'ordinamento internazionale e degli strumenti giuridici più idonei se non a realizzarlo quanto meno a coltivarne le ragioni, anche il diritto internazionale degli investimenti mostra, nella prassi convenzionale, la crescente presenza di disposizioni che impongono l'obbligo di condurre una VIA[75], con l'unico limite che tali norme compaiono – al

[75] Sul punto si rimanda a Pavoni, *Environmental Rights, Sustainable Development,*

di fuori di un regime sostanziale permanente – disseminate negli accordi internazionali di investimento (IIAs), particolarmente in quelli bilaterali (BITs). Così, ad esempio, l'art. 19 (*Environmental Aspects*) del Trattato sulla Carta dell'energia del 1994[76] sancisce, al par. 1, lett. i), che ciascuna parte contraente si adopera per ridurre al minimo, in modo economicamente efficiente, l'impatto ambientale dannoso nell'ambito del ciclo energetico della propria area e, conseguentemente, è tenuta a "promote the transparent assessment at an early stage and prior to decision, and subsequent monitoring, of Environmental Impacts of environmentally significant energy investment projects"[77].

Più di recente, il Model BIT della Comunità di sviluppo dell'Africa meridionale (SADC)[78], del 2012, e il BIT Marocco-Nigeria, del 2016[79], si sono spinti ancora oltre. Rispettivamente agli artt. 13 e 14, essi impongono agli investitori di condurre una VIA dell'attività economica in progetto, prima della fase di *establishment*, secondo la legislazione più severa tra quella dello Stato ospite e quella dello Stato della nazionalità. Peraltro, entrambi gli accordi richiedono all'investitore, all'investimento e alle autorità dello Stato ospite di applicare il principio di precauzione alla VIA e alle decisioni che riguardano un possibile investimento, comprese misure di mitigazione, approcci alternativi o, *in extremis*, anche la rinuncia. Più precisi obblighi di pubblicità sono previsti nel Model BIT SADC che, all'art. 13, par. 3, impone, tra le altre cose, di consentire l'accesso alla VIA da parte delle comunità locali potenzialmente interessate, di modo che possano presentare proprie osservazioni[80].

and Investor-State Case-Law: A Critical Appraisal, in Dupuy, Francioni, Petersmann (a cura di), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, 2009, pp. 525-556; Collins, *Environmental Impact Statements and Public Participation in International Investment Law*, in *Manchester Journal of International Economic Law*, 2010, 7(2), pp. 4-23.

[76] Energy Charter Treaty, Lisbona 17 dicembre 1994, in vigore 16 aprile 1998, in United Nations, *Treaty Series*, 1999, 2080, No. 36116, p. 95 ss.

[77] Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment*, Cheltenham-Northampton, 2013, p. 13 ss.

[78] SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary, luglio 2012, consultabile all'indirizzo <www.iisd.org>.

[79] Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement Between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria, 3 dicembre 2016, non in vigore, consultabile all'indirizzo <https://investmentpolicy.unctad.org>.

[80] Per un'analisi della giurisprudenza dei tribunali arbitrali in materia di VIA si rimanda a Vadi, *Environmental Impact Assessment in Investment Disputes: Method, Governance*

8. Il diritto internazionale finanziario

Soffermandoci in tale contesto sulla Banca mondiale, occorre rilevare che, dalla fine degli anni Ottanta, tale istituzione ha deciso di valutare la sostenibilità ambientale dei progetti presentati dai potenziali beneficiari dei suoi finanziamenti. A tal fine, essa ha adottato dapprima la direttiva operativa 4.00 (1989)[81] e, successivamente, la *policy* operativa 4.01 del 1999[82], cui si accompagnano delle specifiche procedure bancarie[83].

Dalla nuova disciplina deriva che il debitore deve condurre una VIA che si articola in modo diverso a seconda della categoria con cui la Banca mondiale ha preliminarmente classificato il progetto presentato. La categoria A ricomprende progetti per i quali sussiste la probabilità di un significativo impatto ambientale, che abbia caratteri irreversibili, ad ampio raggio o senza precedenti. In tal caso occorrerà procedere ad una piena VIA. Alla categoria B, invece, appartengono quei progetti il cui impatto ambientale su popolazioni umane o su aree importanti dal punto di vista ambientale, comprese zone umide, foreste, praterie e altri habitat naturali, sia meno negativo rispetto alla categoria precedente. Ciò in quanto gli effetti di tali progetti sono limitati al livello locale, quasi nessuno è irreversibile, ed esistono misure di mitigazione più facilmente adottabili. Per questi la portata della VIA dipende caso per caso, ma è certamente più ristretta che nella prima ipotesi. Per queste due prime categorie di progetti la *policy* operativa richiede al beneficiario dei finanziamenti di consultare, nel corso della VIA, i gruppi sociali interessati e le organizzazioni non governative.

I progetti che presentano una probabilità minima o nulla di impatto

and Jurisprudence, in *Polish Yearbook of International Law*, 2010, 30, pp. 169-204, pp. 191-201.

[81] World Bank Operational Directive 4.00, ottobre 1989. Sulla politica ambientale della Banca mondiale si veda Freestone, *The World Bank and Sustainable Development. Legal Essays*, Leiden-Boston, 2013, capp. 2, 5-6; Mercier, *The World Bank and Environmental Impact Assessment*, in Bastmeijer, Koivurova (a cura di), *Theory and Practice*, cit., pp. 291-311; Latino, *Up-keeping non-economic values in development assistance Does the World Bank practise what it preaches? Answers from the Inspection Panel*, in Sacerdoti *et al.* (a cura di), *General Interests of Host States in International Investment Law*, Cambridge, 2014, pp. 218-236; Guidi, *The protection of indigenous peoples' concerns in World Bank-funded projects*, in *ibidem*, pp. 237-262. Con riguardo alle *policy* della Banca mondiale, in termini più generali, si veda Boisson de Chazournes, *Policy Guidance and Compliance: The World Bank Operational Standards*, in Shelton (a cura di), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, pp. 281-303.

[82] World Bank Operational Policy 4.01, "Environmental Assessment", gennaio 1999.

[83] Bank Procedures (BP) 4.01, 1999.

ambientale rientrano nella categoria C e per essi è sufficiente lo *screening* fatto dalla Banca mondiale. Da ultimo, la categoria FI ricomprende i progetti per i quali i fondi della Banca sono investiti attraverso un intermediario in sotto-progetti da cui può derivare un impatto ambientale.

9. La valutazione del rischio sanitario nel Regolamento sanitario internazionale

Sin qui si è cercato di evidenziare come i diversi regimi convenzionali esistenti nei vari settori materiali dell'ordinamento internazionale sanciscano l'obbligo procedurale di condurre una VIA. In questo contesto, come si è avuto modo di evidenziare volta per volta, il bene giuridico protetto dell'ambiente, in realtà, ingloba in sé anche quello della salute, in ragione dei legami di dipendenza che tengono legata la seconda al primo. Passando adesso ad analizzare analoghi doveri nel settore del diritto internazionale sanitario, dove il valore giuridico tutelato senza dubbio è innanzitutto la salute, occorre preliminarmente far notare che, come precisa il preambolo della Costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità (OMS)[84], essa non consiste solo in assenza di malattia, ma rappresenta uno stato di completo benessere e, infatti, l'Organizzazione, tra le altre cose, opera per il miglioramento di tutti i fattori di sanità ambientale (art. 2, lett. i). Inoltre, il c.d. *one-health approach* è ormai un principio generale che informa tutto il settore normativo in esame, prescrivendo l'adozione di un'impostazione multisettoriale – attraverso il coinvolgimento delle organizzazioni internazionali attive in materia di ambiente e sanità animale – nel perseguimento dello scopo istituzionale di "portare tutti i popoli al più alto grado possibile di sanità".

Ebbene, uno specifico dovere di condurre una valutazione del rischio sanitario (VRS) è previsto nel già menzionato RSI, il quale delinea il quadro normativo della cooperazione internazionale in materia di sanità pubblica. L'art. 6, infatti, delinea uno schema ormai canonico con riguardo agli obblighi procedurali di valutazione. In primo luogo, ciascuno Stato parte deve valutare *eventi*[85] all'interno del proprio territorio, basandosi sul-

[84] Constitution of the World Health Organization, New York 22 luglio 1946, in vigore il 7 aprile 1948, in United Nations, *Treaty Series*, 1948, 14, No. 221, p. 185 ss.; il trattato è stato successivamente emendato più volte: nel 1960, 1975, 1977, 1984 e 1994.

[85] In base alle definizioni di cui all'art. 1 RSI, "evento" indica "una manifestazione di una malattia o il verificarsi di una situazione che costituisca un potenziale patologico", mentre per "malattia" bisogna intendere "una condizione patologica, indipendentemente

lo Strumento di decisione di cui all'Allegato 2, che fornisce gli indicatori rilevanti per la VRS[86]. Dunque, salvo che si tratti di vaiolo, poliomielite, SARS o influenza umana causata da un nuovo sottotipo – nel qual caso la pericolosità è presunta *ex lege* e, dunque, occorre sempre procedere alla notifica –, nelle altre ipotesi è necessario considerare aspetti come la gravità dell'evento dal punto di vista sanitario, la sua natura insolita o inaspettata, il rischio che esso si diffonda a livello internazionale e che possa richiedere restrizioni ai traffici internazionali.

In secondo luogo, se l'operazione porta a individuare un evento che può costituire un'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale[87], entro 24 ore, lo Stato territoriale, attraverso il proprio Centro nazionale per il RSI, deve notificare la notizia all'OMS, indicando anche le misure sanitarie adottate (o in corso di adozione) per farvi fronte[88]. Durante la crisi da COVID-19, proprio il rispetto di tale norma è stato motivo di tensione con la Cina, a più riprese accusata di aver omesso la notifica, nonostante avesse da tempo contezza di tutti gli elementi che rendono operativo l'obbligo. In terzo luogo, anche dopo la notifica, lo Stato parte deve continuare ad aggiornare tempestivamente l'OMS, fornendole un'informazione sanitaria accurata e sufficientemente dettagliata includendo, se possibile, le diagnosi dei casi, i risultati di laboratorio, la fonte e il tipo di rischio, il numero dei casi e dei decessi, le condizioni che incidono sulla diffusione della malattia e le misure sanitarie adottate. Esso, inoltre, deve comunicare, laddove necessario, le difficoltà incontrate e il sostegno di cui ha bisogno per rispondere alla possibile emergenza. Peraltro, l'art. 7 RSI estende a tutti gli Stati parte l'obbligo di condividere con l'OMS le informazioni rilevanti, qualora maturino contezza del fatto che un evento sanitario si è manifestato anche all'interno del proprio territorio.

dall'origine o dalla fonte, che rappresenti o possa rappresentare un sostanziale pericolo per gli esseri umani".

[86] Decision instrument for the assessment and notification of events that may constitute a public health emergency of international concern, Allegato 2 al RSI. Sul punto sia consentito rinviare a Greco, *L'Organizzazione mondiale della sanità davanti alla pandemia di COVID-19. La* governance *delle emergenze sanitarie internazionali*, Milano, 2022, pp. 23 e 70 ss.

[87] "'[E]mergenza sanitaria di rilevanza internazionale' indica un evento straordinario che, come sancito dal presente Regolamento, si ritiene possa: (i) costituire un rischio per la sanità pubblica in altri Stati a causa della diffusione internazionale della malattia, e (ii) richiedere potenzialmente una risposta internazionale coordinata": art. 1 RSI.

[88] La dichiarazione dell'emergenza rientra poi tra le competenze del Direttore generale dell'Organizzazione, che, a sua volta, dovrà condurre un'autonoma VRS, servendosi di un apposito comitato, prima di procedere in tal senso.

Qualora, invece, la VRS condotta in base allo Strumento di decisione non consenta – allo stato di sviluppo dei fatti e delle conoscenze scientifiche – di individuare un evento per il quale sussiste l'obbligo di notifica, resta fermo che, ai sensi dell'art. 8, lo Stato territoriale è tenuto ad aggiornare l'OMS e a consultarsi con essa in merito alle misure sanitarie da adottare.

Alla luce di quanto evidenziato, è possibile affermare che, al pari di altri regimi sulla VIA, l'obbligo di VRS previsto dal RSI è espressione di un principio generale di *due diligence* e intende prevenire un fenomeno transfrontaliero, con la differenza che, in questo caso, il rischio non proviene da un'attività edile, industriale o infrastrutturale, ma da un evento patologico – in genere non causato dall'uomo e fuori della sua immediata disponibilità –, che minaccia direttamente la salute umana. Anche qui la VRS precede la decisione sull'adozione delle misure più idonee a rispondere all'evento, ma, in aggiunta, è funzionale ad attivare un sistema internazionale di sicurezza comune istituito in seno all'OMS. Tuttavia, diversamente dalla VIA, che deve essere condotta in relazione al singolo progetto proposto, la VRS, pur avendo ad oggetto specifici casi di pazienti già individuati, presuppone una costante attività di monitoraggio su tutto il territorio nazionale da parte dell'amministrazione sanitaria locale.

10. Conclusioni

Sulla base dell'analisi condotta in queste pagine è possibile svolgere alcune considerazioni conclusive. In primo luogo, come si è avuto modo di evidenziare, nel frammentato ordinamento internazionale una norma che sancisca l'obbligo di valutare l'impatto su (o i rischi per) l'ambiente e la salute è prevista all'interno di diversi e numerosi regimi. Ad un attento esame emerge una concezione olistica dei concetti di ambiente e salute, secondo la quale, come la CIG ha avuto modo di osservare, quand'anche essi sembrano venire in rilievo autonomamente l'uno dall'altro, sono in realtà intimamente connessi, e gli istituti diretti a tutelare il primo finiscono per salvaguardare anche la seconda, e viceversa.

In secondo luogo, si è avuto modo di sottolineare in apertura come diverse giurisdizioni internazionali siano giunte ad affermare la natura consuetudinaria della norma sulla valutazione dell'impatto o del rischio transfrontaliero, pur tuttavia senza preoccuparsi di giustificare adeguatamente tale approdo. In questa prospettiva, il presente contributo ha inteso rimediare – almeno in parte – a tale mancanza attraverso un esame delle

fonti. Infatti, la raccolta e l'analisi delle risoluzioni e dell'ampia prassi convenzionale che gli Stati hanno prodotto consentono di sottoporre a revisione critica i più recenti arresti giurisprudenziali e di comprendere le ragioni che hanno condotto a concludere per la natura consuetudinaria della norma in esame.

THE CONTRIBUTION TO SUSTAINABLE DEVELOPMENT OF 'MEGAREGIONAL' FREE TRADE AND INVESTMENT AGREEMENTS

Francesca Romanin Jacur*

Summary: 1. Introduction. – 2. Megaregionals agreements as instruments of comprehensive regulation. – 3. Environmental Chapters in Megaregionals: an assessment of their contribution to enhanced environmental protection. – 3.1. The connection with Multilateral Environmental Agreements (MEAs): a mere reference or a strengthened commitment? – 3.2. Reference to International Standards and instruments of Corporate Social Responsibility. – 3.3. The protection of natural resources through the promotion of sustainable trade and investments. – 4. Good regulatory practices and international regulatory cooperation. – 5. Specifying and narrowing the scope of substantive standards of trade and investment protection. – 6. Dispute settlement mechanisms under Megaregionals and sustainable development matters. – 6.1. The limitations to investor-state arbitration. – 6.2. Procedures controlling the implementation of the sustainable development and environmental chapters. – 7. Concluding remarks.

1. Introduction

There is now a well-established consensus that Free Trade Agreements liberalizing investments and trade in goods and services (FTAs) shall not aim to achieve mere economic advantages at the expense of the protection of the public interest, but instead, should be instruments to achieve sustainable development.

Megaregional free trade and investment agreements like the Comprehensive Economic and Trade Agreement EU-Canada (CETA)[1], the Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership (CPTPP)[2], the draft

* Ricercatrice di Diritto internazionale, Università degli studi di Brescia, Francesca.romaninjacur@unibs.it.

[1] CETA provisionally entered into force on 21 September 2017 ((2017) OJ L11/23). Entry into force follows its approval by European Member States, according to EU procedures involving the Council and the Parliament. The agreement will definitely enter into force when all states finalize their ratification procedures.

[2] The Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) is a free trade agreement (FTA) between Australia, Brunei Darussalam, Canada, Chile, Japan, Malaysia, Mexico, Peru, New Zealand, Singapore and Vietnam. The CPTPP

Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)[3], the US–Mexico- Canada Trade Agreement (USMCA) [4]; the EU-China Comprehensive Agreement on Investment (CAI) and others[5] provide for a great opportunity to reform in a more sustainable direction the economic domestic regulatory practices as well as the trade and investment relationships among some of the most influential states and regions of the world.

The purpose of the present study is to evaluate how these agreements integrate sustainable development and in particular environmental concerns with their mainstream economic objectives. To draw a more comprehensive picture, it examines substantive standards as well as institutional and procedural aspects relating to sustainable development and environmental matters, in light of their interdependent connection. The analysis proceeds as follows. After briefly setting the stage by describing the general characters of so-called 'megaregional' agreements (hereinafter, Megaregionals), the second part looks at their general and more specific provisions related to the environment. In particular, this part considers whether the broadening of the substantive scope of these provisions reflects a deepening of ambition in protecting the environment. The third part of this study examines different ways in which these agreements specify the content of substantive standards of investment protection and their effects on environmental matters. The fourth part considers the innovative chapter on good regulatory practices and cooperation that has important implications for environmental protection. The fifth part addresses selected institutional and procedural matters relating to dispute settlement mechanisms and the enforceability of sustainable development chapters. The final chapter concludes by showing two trends: the first one is a still incomplete 'top-down'

entered into force on 30 December 2018 for: Australia, Canada, Japan, Mexico, New Zealand, Singapore on 14 January 2019 for Vietnam and on 19 September 2021 for Peru.

[3] Negotiations between the EU and the US on TTIP have officially stopped in 2016 and at present it is not clear whether there is sufficient level of shared ambition and common ground between the Parties to resume negotiations. The text of the agreement https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/november/tradoc_153955.pdf.

[4] The renegotiation of NAFTA led to the adoption of USMCA, which entered into force on July 1, 2020. The text of USMCA is available online: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between>.

[5] There is no official definition of "megaregional". This study considers CETA, USMCA, the Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership (CPTPP), the (draft) EU-US Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) and the CAI. Other bilateral FTAs and Bilateral Investment Treaties (BITs) may be considered when they provide for relevant provisions or experience.

harmonization of substantive environmental clauses and investment protection standards among the examined regulatory regimes; the second one is an emerging, potentially promising and long-lasting 'bottom-up' alignment on procedural aspects and cooperation of State Parties' regulatory processes.

2. Megaregionals agreements as instruments of comprehensive regulation

There is a general trend across many regions of the world to rely on FTAs to regulate trade, services and investment liberalization. Recent FTAs and Megaregionals cover a wide range of sectors that include government procurement, financial services, digital trade, intellectual property rights, anticorruption, environment and labor, which were previously considered as falling into the domestic sphere. These FTAs ultimately cover wide areas of the world and aim at creating comprehensive regulatory regimes and at deepening economic integration. They bind together a variety of states and with the growing importance of emerging markets as outward investors, they leave behind the distinction between 'host' and 'home' states. As a consequence of investment flows being bidirectional, these agreements ideally need to achieve the highest level of protection for their investors abroad as well as the broadest regulatory space at home.

The negotiations of many recent FTAs take into account the mounting criticisms that have paralyzed global institutions, such as the WTO[6], or weakened and questioned the legitimacy of bilateral investment treaties (BITs) and their Investor-State Dispute Settlement (ISDS)[7]. Albeit maintaining many of the core elements of trade and investment regimes like 'non-discrimination' or 'fair and equitable treatment', they provide for variations on those "themes" in an attempt to minimize their controversial

[6] In December 2019 the functioning of the Appellate Body has been impaired by the impossibility to proceed to the election of two of its members due to the US's consistent veto on the appointment of new appellate judges on grounds of the court's 'overreach,' its undue reliance on 'precedent,' and its alleged disregard for the rules set forth under the Dispute Settlement Understanding. On the WTO institutional crises and the ensuing reforms, see E. Baroncini, *Preserving the Appellate Stage in the WTO Dispute Settlement Mechanism: the EU and the Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2019, vol. 29, p. 33-52.

[7] On the backlash against investment agreements and ISDS and its impact on recently negotiated FTAs, see D. D. Caron & E. Shirlow, *Dissecting Backlash: The Unarticulated Causes of Backlash and its Unintended Consequences*, in G. Ulfstein & A. Føllesdal (eds.), *The Judicialization of International Law – A Mixed Blessing?*, Oxford, 2018, p. 159.

interpretation. They present new models that should better meet the need of combining today's increasingly integrated and globalized economic society with sustainable development goals[8]: innovative features include substantive as well as procedural and institutional aspects.

The evolution of how human rights, the environment and social matters are considered under FTAs shows that these issues, initially considered as exceptions, over time gained autonomous recognition. Non-derogation provisions that expressly require states not to lower their human rights, social and environmental standards to encourage trade flows and foreign investments are still a recurrent pattern in FTAs[9]. Beside these "negative" obligations, to better take into account their environmental and social impacts, recent FTAs and Megaregionals include substantive provisions that require states to promote sustainable development by enhancing coordination of their respective labor, environmental and trade policies, to strengthen the enforcement of their respective labor and environmental laws as well as to effectively implement international labor conventions and standards, and multilateral environmental agreements (MEAs)[10].

From a structural point of view, FTAs used to be quite different depending on whether they were agreed by the EU or by American states, notably Canada or the United States.

The leading "American model" follows, the North American Free Trade Agreement (NAFTA), with its two side-agreements requiring the parties to adopt domestic laws and policies to enhance labor (NAALC) and environmental standards (NAAEC)[11]. In the 2000s, North American models were pioneers, for instance, in narrowing the content of certain

[8] In September 2015 the UN General Assembly adopted a plan of action setting 17 Sustainable Development Goals (SDGs), specified by 169 targets. See "UNGA, Transforming our world: the 2030 Agenda for "Sustainable Development" (2015), https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf. On the SDGs, see I. Bantekas, F. Seatzu (eds), *Commentary on the Sustainable Development Goals*, Oxford, 2022, (forthcoming).

[9] On the inclusion of public interest values by FTAs, see L. Bartels, *Social Issues: Labour, Environment and Human Rights,* in S. Lester, B. Mercurio & L. Bartels (eds.), *Bilateral and Regional Trade Agreements. Commentary and Analysis,* 2 ed., Cambridge, 2015, p. 364 at p. 368.

[10] For a comprehensive analysis on these developments, see vol. 15 *Journal of World Investment & Trade*, 2014.

[11] The North American Agreement on Environmental Cooperation Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America (NAAEC) and the North American Agreement on Labor Cooperation Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America (NAALC).

investors' protection clauses and in broadening public policy space. These elements were not found in contemporaneous European agreements[12]. The modern "European model" has been developing since 2009, when – with the Lisbon Treaty – the competence to negotiate agreements including foreign direct investments passed from the Member States to the EU. This change is accompanied by a policy shift towards more sustainable agreements, which include chapters devoted respectively to sustainable development, the environment and labor[13]. Other megaregionals, such as the CPTPP and CAI, also follow this latter format with specific sections and chapters devoted to various topics, including sustainable development and the environment[14]. These various models do not lead to major substantive differences and are increasingly converging.

3. Environmental Chapters in Megaregionals: an assessment of their contribution to enhanced environmental protection

Environmental chapters are very similar and their convergence appears at first glance to include even the numbering of many provisions of their respective initial parts. Environmental chapters start by addressing general issues of the trade-environment nexus. For instance, they refer to general principles relevant to sustainable development – like mutual support – and recognize the importance and their relationships with other sources of law, like multilateral environmental agreements (MEAs) and international standards[15]. CETA stands out for its express recognition of

[12] On the different approach on environmental issues across FTAs and investment agreements, see S. Jinnah, E. Morgera, *Environmental Provisions in American and EU Free Trade Agreements: A Preliminary Comparison and Research Agenda*, in *Review of European Comparative & International Environmental Law*, 2013, p. 22; R. Leal-Arcas, M. Anderle, F. da Silva Santos, L. Uilenbroek & H. Schragmann, *The contribution of free trade agreements and bilateral investment treaties to a sustainable future*, in *Zeitschrift für europarechtliche Studien,* 2019, p. 18: "The EU's approach to the inclusion of environmental provisions in its FTAs with third countries differs from the USA's approach. Rather than perceiving its trade partners as competitors with whom a level playing field should be established, the EU traditionally aims to achieve greater coherence between its trade, environmental and developmental objectives".

[13] On the substantive and procedural innovations of this 'new generation' of EU Agreements, see C. Titi, *International Investment Law and the European Union: Towards a New Generation of International Investment Agreements*, in *European Journal of International Law*, 2015, p. 639.

[14] See, for example, CAI, Section IV: Investment and Sustainable Development; CPTPP, Chapter 20 "Environment".

[15] CPTPP, art. 20.2 and ff.

the precautionary principle, compared to other Megaregionals, such as USMCA and the CPTTP, which are silent on the matter[16]. This different position reflects the European position in the longlasting controversy on this delicate sustainable development matter before WTO and other dispute settlement bodies[17].

Going beyond the mere recognition of states' regulatory space in the public interest, agreements commit to be more ambitious and to enhance their environmental standards of protection. These provisions – although drafted with soft wording – reflect the no regression principle that is gaining increased recognition in international investment and environmental law [18].

[16] See CETA, art. 24.8.2: Parties "acknowledge that where there are threats of serious or irreversible damage, the lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation".

[17] WTO, Report of the Appellate Body, *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones),* AB-1997-4, Doc. WT/DS26/AB/R- WT/DS48/AB/R, paras. 123-125; WTO, Reports of the Panels, *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, Doc. WT/DS291/R WT/DS292/R WT/DS293/R, 29 September 2006 at 97. International courts have carefully avoided taking a clear position on the matter. Cfr. the timid approach of the International Court of Justice, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)* at para.164: where it only recognizes that "a precautionary approach may be relevant in the interpretation and application of the provisions of the statute." The European Court of Human Rights, *Tatar v. Romania* No 67021/01, 2009, ECHR 61 at paras.125-135 and the International Tribunal on the Law of the Sea showed an open attitude towards the recognition of the precautionary principle. (ITLOS Seabed Dispute Chamber, Advisory opinion, *Responsibilities and obligations of states sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area,* 1 February 2011 at paras. 125-135). More progressive is European law and its jurisprudence consistently recognizing the customary nature of the precautionary principle. See, for instance, the cases before the European Court of Justice: *Pfizer Animal Health SA v. Council* T- 13/99, [2002] ECR II-03305 at para.139; *Gowan Comércio Internacional e Serviços Lda v. Ministero della Salute* C-77/09 [2010] ECR I-13533 at paras 75-76; *Blaise and others*, C-616 [2019] at para. 43.

[18] See CETA at preamble: "Parties (...) determined to implement this Agreement in a manner consistent with the enforcement of their respective labour and environmental laws and that enhances their levels of labour and environmental protection, and building upon their international commitments on labour and environmental matters;" CETA, art. 24.3: "Each Party shall *seek to ensure* that those laws and policies provide for and encourage high levels of environmental protection, and shall *strive to continue to improve* such laws and policies and their underlying levels of protection." (italic added). Similarly, the parallel USMCA provision, art. 24.3 reads: "Each Party shall *strive to ensure* that its environmental laws and policies provide for, and encourage, high levels of environmental protection, and *shall strive to continue to improve* its respective levels of environmental protection." (italic added) See A. D. Mitchell & J. Munro, *No Retreat: An Emerging Principle of Non-Regression from Environmental Protections in International Investment Law*, Georgetown Journal of International Law, 2019, p. 625. In the environmental context, this principle is one of the central elements of the Paris Agreement on climate change (see, notably art. 4.3; 4.5; 4.11).

Environmental chapters then generally define 'environmental law' using slightly different formulations[19]. For example, the CPTPP defines "environmental law" as: "a statute or regulation of a Party, or provision thereof, including any that implements the Party's obligations under a multilateral environmental agreement, the primary purpose of which is the protection of the environment, or the prevention of a danger to human life or health, through: (i) the prevention, abatement or control of the release, discharge, or emission of pollutants or environmental contaminants, (ii) the control of environmentally hazardous or toxic chemicals, substances, materials and wastes, and the dissemination of information related thereto, or (iii) the protection of wild flora or fauna, including endangered species, their habitat, and specially protected natural areas"[20].

This definition appears rather narrow and sectorial because it includes only regulatory measures, whose 'primary' purpose is environmental protection. On a positive note, by adding "including any that implements the Party's obligations under a multilateral environmental agreement", provides for a significant expansion of the scope of environmental law. In fact, laws implementing MEAs may go beyond the list of subject matters covered by the definition of environmental law. This provision fails to embrace an integrated approach and a comprehensive notion of environmental matters. For instance, it does not mention topical matters like the sustainable management of natural resources, such as water, soil, forests, etc. and expressly excludes issues related to worker safety or health as well as those managing the subsistence or aboriginal harvesting of natural resources[21]. The interpretation of this notion has been controversial in the implementation of NAAEC: for example, submissions relating to the impact of air emissions on human health, environmental crimes such as the illegal disposal of hazardous waste, the release of genetically modified organisms and the allocation of water rights have been considered outside the scope of 'environmental law.' A further example of the criticizable

[19] CPTPP, art. 20.1.

[20] CPTPP, art. 20.1. USMCA, art. 24.1 is identical to this provision. Cfr. also an earlier version in NAAEC, art. 45.2(a).

[21] Maize and Biodiversity: The Effects of Transgenic Maize in Mexico: Key Findings and Recommendations. Commission for Environmental Cooperation of North America (CEC), (2004), online *http://www.cec.org/maize.* For a critical and thorough account on the interpretation of 'environmental law' under NAAEC, see P. Solano, *Choosing the Right Whistle: The Development of the Concept of Environmental Law under the Citizen Submission Process,* in H. L. Kong & L. Kinvin Wroth (eds.), *NAFTA and Sustainable Development. History, Experience, and Prospects for Reform,* Cambridge, 2018, p. 75.

narrow and formalistic reading upheld by Mexico in the Transgenic Maize case was that only laws enforced by environmental authorities were covered by the category of environmental law. These narrow interpretations fail to take into account the principle of integration of environmental matters with other sectors of regulation. An integrated approach requires due consideration of environmental concerns across the different horizontal regulatory sectors (economic, administrative, labor, industrial, etc.) and vertical governance levels (international, regional, national and local) and is essential for effective and comprehensive environmental protection[22].

CETA opts for a broader definition, which covers a law or other legally binding measure whose purpose, although not necessarily its primary one, is the protection of the environment [23].

Similarities continue as Environmental Chapters illustrate their scope and objectives by recognizing the importance of the environment as an 'integral element' and as a 'fundamental pillar' of sustainable development and affirm the need to strengthen cooperation in environmental matters to complement the objectives of the agreement[24]. The recognition of the interdependence and mutually reinforcing relation between trade and environmental policies promotes the complementarity and integration of economic rules with provisions focused on human rights and environmental protection [25].

Another matter on which there is alignment across the examined Megaregionals is the reaffirmation of States parties' sovereign right and discretion to set their own priorities and to establish their levels of protection on environmental matters, combined with the commitment not to lower those levels to encourage trade and investment flows[26]. This obligation finds a parallel formulation in the respective investment chapters[27].

[22] Cfr. Rio Declaration, principle 4: "In order to achieve sustainable development, environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it."

[23] CETA, art.24.1.

[24] See, for instance, CETA and USMCA, arts. 24.2 respectively; CPTPP, art. 20.2.1; CAI, Section IV, Sub-section I, art.1.

[25] On the principle of mutual support between trade and human rights and environmental regimes, see R. Pavoni, *Mutual Supportiveness as a Principle of Interpretation and Law-Making: A Watershed for the 'WTO-and-Competing-Regimes' Debate?,* in *European Journal of International Law*, 2010, p. 649.

[26] See CETA, art. 24.5; See USMCA, art. 24.3; CPTPP, art. 20.3; CAI, Section IV, Sub-section II, arts.1 and 2.1.

[27] Two CETA provisions are relevant: with regard to investments, art. 8.9 in the investment chapter; with regard to trade in goods and services, reproducing the chapeau of

The "location" of these provisions in the investment chapters adds strength to the principle they envisage, even though their alleged violation is not always justiciable before investment tribunals[28].

3.1. The connection with Multilateral Environmental Agreements (MEAs): a mere reference or a strengthened commitment?

While the majority of examined megaregional (CETA, CPTPP and CAI) contain only generic and declaratory references to MEAs, recognizing their importance in addressing environmental problems of a transboundary and global nature and reaffirming the Parties' commitments to effectively implement them at the domestic level[29], USMCA goes beyond the mere recognition of MEAs' importance and envisages an autonomous obligation for its state parties to "adopt, maintain and implement law, regulations and all other measures necessary to fulfil" obligations under specific MEAs[30]. Upon meeting certain requirements, failure to comply with MEAs obligations may end before USMCA dispute settlement mechanism. First, the alleged violation must affect trade or investment between the parties. Favouring recourse to dispute settlement, the impact on trade and investment is presumed, unless the respondent state proves otherwise. This first requirement is carefully described learning from previous experience under NAFTA: in order to avoid discretion in interpreting this clause, USMCA clarifies that this requirement is met if it involves "(i) a person or industry that produces a good or supplies a service traded between the Par-

GATT art. XX, art. 28.2 (b) of CETA. See also USMCA ,chapter 14, art. 14.16; CPTPP, art. 9.16; CAI, Section IV, Sub-section 2, art. 2.2.

[28] For example, USMCA at Annex D specifically limits arbitration to claims regarding national treatment and most favorable nation treatment.

[29] CETA, art. 24.4; CPTPP, art. 20.4; CAI, Section IV, Sub-section 2, art.4.

[30] Pursuant to USMCA, art. 24.8.4, covered MEAs are: the Convention on International Trade in Endangered Species (CITES), the Montreal Protocol on ozone layer protection, the 1978 Protocol on the prevention of pollution from ships, the Ramsar convention on Wetlands, the Convention on the conservation of the Antarctic Marine Living Resources, the Whaling Convention and the Convention on the Establishment of the Inter-American Tropical Tuna Commission. Under the precedent NAFTA regime (art. 104), trade measures incorporated in listed MEAs shall prevail in the event of inconsistencies with NAFTA. Another condition, which proved determinant in practice, applied: where a party had a choice among equally effective and reasonably available means of complying with such obligations, the party must choose the alternative that is the least inconsistent with NAFTA. These issues have been at the center of the NAFTA case *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, UNCITRAL, Partial Award of 11 November 2000. For a description and comment of the environmental dimension of the case, see S. Di Benedetto, *International Investment Law and the Environment*, Cheltenham, 2013, p. 93.

ties or has an investment in the territory of the Party that has failed to comply with this obligation; or (ii) a person or industry that produces a good or supplies a service that competes in the territory of a Party with a good or a service of another Party" [31]. The second condition to be met requires that the complaining state shall also be a party to the MEA whose compliance is under review. If these conditions are met, USMCA establishes an important institutional linkage with MEAs' bodies by requiring that in disputes involving the interpretation of matters covered by MEAs, "the panel of experts should seek views and information from relevant bodies established under these agreements, including any pertinent available interpretative guidance, findings, or decisions adopted by those bodies" [32].

3.2. Reference to International Standards and instruments of Corporate Social Responsibility

A common feature of the examined agreements is the recognition of the importance of relevant international standards that should inform the adoption and implementation of regulatory measures, particularly those of a technical nature. The rationale behind these provisions is that international standards support greater regulatory alignment and good regulatory practices, and reduce unnecessary barriers to trade. Arguably, rules that incorporate international standards beside being a powerful convergence tool, also enjoy a presumption of conformity[33]. Reference to international standards is addressed in broad terms in the environmental chapter but is more specifically regulated, as will be further examined, by the chapters on regulatory matters and on technical barriers to trade[34].

[31] USMCA, art. 24.8, footnote 6.

[32] See USMCA at art. 24.15.9. Similarly, CETA at art.24.15.9. Similar provisions are found in investment agreements to which the US is a party. See, for instance, US-Peru, Art. 18(12)(8)(a); US-Colombia, Art. 18(12)(8)(a); US-Panama, Art. 17(11)(8)(a); US-Korea, Art. 20(9)(6)(a).

[33] Cfr. USMCA, art.11.4.1. This provision builds upon the previous NAFTA, art. 905: "Use of International Standards: "1. Each Party shall use, as a basis for its standards-related measures, relevant international standards (...) 2. A Party's standards-related measure that conforms to an international standard shall be presumed to be consistent with Article 904(3) and (4). 3. Nothing in paragraph 1 shall be construed to prevent a Party, in pursuing its legitimate objectives, from adopting, maintaining or applying any standards-related measure that results in a higher level of protection than would be achieved if the measure were based on the relevant international standard."

[34] Cfr. CETA, art. 24.8 and chapter 4; USMCA, chapter 11. Furthermore, substantive convergence, albeit with minor differences, may be found by the incorporation of the

Other international instruments to which treaties refer are the *OECD Guidelines on Multinational Corporations*, in the context of enhancing corporate social responsibility (CSR). Under CPTPP, CETA and USMCA the recognition of the importance of promoting CSR initiatives on behalf of companies of the respective states' nationality is found in the preamble and in operative parts of the treaties, in both cases framed in rather generic language[35]. The CAI and other FTAs make reference to specific instruments, such as the OECD Principles of Corporate Governance, the UN Global Compact, the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, the ISO 26000 guidelines or the ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy[36].

3.3. The protection of natural resources through the promotion of sustainable trade and investments

Environmental Chapters include cutting-edge provisions that promote trade and investment in environmentally friendly goods and services. While CAI chooses a rather generic encouragement[37], CETA takes a groundbreaking position by expressly acknowledging that these goods and services could benefit from reduced non-tariff barriers, hence not considering them as similar ("like") to their polluting or "unsustainable" substitutes[38], USMCA more timidly delegates the Environment Committee the task to consider similar issues[39]. CETA's approach marks a determinant step forward towards the differentiation between goods, services and investments according to their process and production methods (PPMs) and their environmental impact. Under WTO law the notion of "non-product

relevant provisions of the WTO TBT Agreement and its further normative developments, achieved through the TBT Committee decision-making.

[35] Cfr. CPTPP, art. 9.17; CETA, preamble; USMCA, art. 14.17.

[36] See, for instance, CAI, Section IV, Sub-section I, art. 2; recent EU FTAs with Ukraine (art. 422) and Moldova in 2014, and the proposed TTIP (Sustainable Development Chapter, art. 20) that refer to specific internationally recognized instruments. On corporate social responsibility clauses in FTAs and their potential evolution towards more stringent standards, see F. Romanin Jacur, *Corporate Social Responsibility in Recent Bilateral and Regional Free Trade Agreements: An Early Assessment,* European Revue of Foreign Affairs, 2018, p. 463.

[37] CAI, Sect. IV, Sub-section 2, art. 5: "In accordance with their commitment to enhance the contribution of investment to the goal of sustainable development, including its environmental aspects, the Parties shall facilitate and encourage investment in environmental goods and services ...".

[38] CETA, art. 24.9

[39] USMCA, art. 24.24.2 and 3.

related PPMs"– namely PPMs of which there is no trace in the final product and, as a consequence, cannot be objectively identified – is still very controversial[40].

A second category of provisions considers the sustainable management of natural resources, and may include forests, fisheries and biodiversity, wildlife flora and fauna.

USMCA, CETA and, although in a weaker way, the CPTPP, recognize the value and critical role of forests as ecosystem services that provide for economic, environmental and social benefits for present and future generations, including for Indigenous people, and commit to promote trade in forest products that have been legally harvested from sustainably managed forests and conversely to combat illegal logging and associated trade[41]. These provisions may serve as powerful complementary tools that strengthen the effectiveness of programs to reduce deforestation[42].

USMCA follows this regulatory approach also with regard to sustainable management of fisheries and promotes trade in legally harvested fish and fish products, and makes reference to legal instruments specifically devoted to the sustainable management of fisheries[43]. Almost citing WTO jurisprudence on the requirements that must be met by trade restrictive measures adopted by an importing country for environmental purposes, USMCA codifies the criteria set by the WTO Appellate Body by expressly requiring that these measures meet three requirements. First, they must be based on the best available scientific evidence. Second, they must be tailored to the conservation objective and, finally, the measures must be implemented after the importing Party has consulted with the exporting Party and provided her with an opportunity to address the issue[44].

[40] On PPMs in WTO law see: S. Charnovitz, *The Law of Environmental 'PPMs' in the WTO: Debunking the Myth of Illegality*, in A. H. Qureshi (ed.), *International Economic Law*, Abingdon-on-Thames, 2011, p. 350; J. Potts, *The Legality of PPMs Under the GATT. Challenges and Opportunities for Sustainable Trade Policy*, 2008, online: https://www.iisd.org/system/files/publications/ppms_gatt.pdf.; C. R. Conrad, *Processes and Production Methods (PPMs)in WTO Law. Interfacing Trade and Social Goals,* Cambridge, 2013.

[41] USMCA, art. 24.23, CETA, 24.10, CPTPP, art. 20.17.

[42] For example, one may think at REDD+ initiatives adopted in the framework of the international climate change and biodiversity regimes. REDD+ is the acronym for Reducing Emissions from Deforestation and Forest Degradation. See *Decision 1/16* (2010) adopted by the Conference of the Parties of the *UN Framework Convention on Climate Change*.

[43] See USMCA, art. 24.18. Far-reaching and very precise are the commitment not to use poisons and explosives for commercial fishing, the prohibition of shark finning, and the killing of specifically identified species of great whales.

[44] See USMCA, art. 24.17.3. Cf the WTO Appellate Body case, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, (2012),

Furthermore, Parties undertake obligations to prevent overfishing, reduce by-catch of non targeted species and juveniles and protect the marine habitat. A cutting-edge provision requires states to take measures to prevent and reduce marine litter. This provision is particularly progressive because it contributes to advance a global concern, especially considering that there is no established global response on the matter yet[45].

Although these commitments are mainly of a due diligence type and hence require best efforts by states' parties, their content is specified and strengthened by referencing to standards and other 'benchmarks' set by MEAs or other international organizations like the FAO. These linkages to external and multilaterally-agreed sources strengthen coherence between the regulatory approaches of the parties and support their legitimacy, as their substantive content can be traced back to the authority of highly competent institutions. All of these elements strongly reduce the risk that state measures will be qualified as discriminatory.

CPTPP and USMCA are particularly detailed and ambitious with regard to the illegal take and trade in wild fauna and flora, going beyond the implementation of CITES and its resolutions. Parties reaffirm their commitments to strengthening their domestic institutional apparatus as well as their cooperation, but USMCA goes even farther with a very far- reaching commitment to take measures, including sanctions and penalties, to prevent and combat trade of wild fauna and flora that have been illegally taken abroad, in violation of the host country's law. The extraterritorial reach of these provisions reaffirms the regulatory approach of tracking and giving relevance to illegal practices that occurred abroad and in early stages of the process. At the same time, to ensure an adequate respect for State sovereignty, deference is shown to the host country, because the illegality must be assessed according to its domestic law[46].

4. Good regulatory practices and international regulatory cooperation

Each country in the exercise of its sovereignty adopts fairly diverse regulatory approaches on a variety of domestic matters. This is one of the

WTO Doc WT/DS381/AB/R ('US Tuna II (Mexico)'); A. Cosbey and P. C. Mavroidis, *Heavy Fuel: Trade and Environment in the GATT/ WTO Case Law*, in *Review of European & Comparative International Environmental Law*, 2014, p. 288

[45] USMCA, art. 24.12.

[46] USMCA, art. 24.22.4; CPTPP, art. 20.17.5.

reasons why improving regulatory practices and strengthening cooperation on these sectors play a crucial role in reducing unnecessary regulatory differences and allowing to effectively combine the promotion of economic interests, namely trade and investments, and the state's ability to pursue its public interests objectives, including health and environmental protection.

The importance of establishing good regulatory practices at home and effective regulatory cooperation with other states' parties is recognized from the outset in the relevant chapters of recent megaregional and FTAs which include provisions setting guidelines for the adoption of regulatory measures within the parties and setting obligations to strengthen reciprocal cooperation in this area[47].

Good regulatory practices aim at ensuring that the domestic processes are conducted in a transparent framework that allows interested persons– including nationals of other parties– to participate at an early stage in the decision-making process[48].

While other FTAs only provided for generic cooperation, the examined megaregionals present far more detailed frameworks setting due process requirements with regard to the adoption of regulatory measures. This strengthening of procedural safeguards leads to positive developments in terms of transparency, predictability and mutual understanding and, if adequately implemented, will increase convergence and reciprocal confidence of state's parties. It will also help States to build trust with their investors by providing timely and relevant information on public interest regulations, in particular those of a technical nature[49].

USMCA promotes regulatory quality by enhancing objective analysis on the basis of the best available information, accountability and predictability. This extends from the early planning phase[50], to the adoption and review of regulations: in designing the regulation, states must explain the objectives and how the planned regulatory act achieves them, as well as any major alternatives. Although it is not a mandatory requirement, parties are encouraged to carry out a regulatory impact assessment to evaluate the

[47] CETA, art. 21.3; USMCA, art. 28.1.

[48] See, for example, CETA, art. 4.4; USMCA, art. 11.7.

[49] On these innovative provisions with regard to trade in services under CETA, USMCA and CPTPP, see F. Ortino & E. Lydgate, *Addressing Domestic Regulation Affecting Trade in Services in CETA, CPTPP, and USMCA: Revolution or Timid Steps?*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2019, p. 680.

[50] From the early planning phase, USMCA requires parties to publish annually the necessary information regarding the regulations they intend to adopt in the following year, including their potential impacts on trade and investment.

need for, and the potential impacts of, the proposed regulations and minimize unnecessary negative side-effects. The regulatory impact assessment shall consider: "(a) the need for a proposed regulation, including a description of the nature and significance of the problem the regulation is intended to address; (b) feasible and appropriate regulatory and non-regulatory alternatives (...), including the alternative of not regulating; (c) benefits and costs of the selected and other feasible alternatives, including the relevant impacts (such as economic, social, environmental, public health, and safety effects) as well as risks and distributional effects over time, recognizing that some costs and benefits are difficult to quantify or monetize; and (d) the grounds for concluding that the selected alternative is preferable"[51].

As for international cooperation, treaties provide for similar, rather weak pledges on how parties should cooperate throughout their regulatory process[52]. While recognizing the sovereign right of parties to freely choose their own preferred regulatory approaches, both treaties encourage regulatory convergence and compatibility. In order to minimize unnecessary regulatory divergences, consultations and exchanges of technical and scientific information should start at an early stage and explore possible common regulatory approaches[53]. Agreements establish a body in charge of monitoring the implementation of these obligations and domestic contact points[54].

These good regulatory practices and cooperation provisions represent a promising approach in reducing the divergences between the different regulatory approaches adopted by the parties. If domestic public interest regulatory measures respect common procedural requirements, the likelihood of disputes challenging their adoption and implementation for negatively affecting trade or foreign investment is greatly reduced, if not eliminated altogether. In fact, if these measures will be effectively enforced, they could ease the inherent tension between domestic public policy space and the protection of investors' rights in many ways. First, they require states to declare in advance what kind of initiatives they are adopting. Sec-

[51] CETA, art. 21.4(a)(g); USMCA, art. 28.11.2 and 11.5.1; CPTPP, art. 25.5.

[52] Cfr. USMCA, art. 28.17; CETA, art. 21.5 requires that states' parties "shall, when appropriate, consider the regulatory measures or initiatives of the other party on the same or related topics".

[53] Agreements favor regulatory approaches based on performance requirements, rather than on design features and, as previously illustrated, encourage the use of relevant international standards as the basis for regulations, but also for testing and approval procedures.

[54] These are, for example, the Committee on Good Regulatory Practices under USMCA (art. 28.18); and the Regulatory Cooperation Forum under CETA (art. 21.6).

ond, they provide for the possibility to participate in the decision-making process. And finally, they strengthen cooperation at an early stage and increase transparency and accessibility of information. All these elements should prevent protectionist challenges, because potential conflicts or critical aspects should emerge and be dealt with in a preventive way without resorting to ex post dispute settlement.

However, some limitations exist with regard to their effective and successful implementation. On the one hand, in many agreements pledges to cooperate are expressed with weak wording and may be left to the good will of the Parties, even notwithstanding the creation of international and domestic institutions and procedure in charge of monitoring their correct implementation[55]. Furthermore, concerns have been raised that the 'export' of 'Western-style' regulatory models could impose too demanding standards on developing countries and undermine their autonomy in choosing their own procedures.

5. Specifying and narrowing the scope of substantive standards of trade and investment protection

Traditionally, investment protection standards are drafted in very broad terms: "non- discrimination," "national treatment," "fair and equitable treatment," and "indirect expropriation." They also include broad requirements, such as "necessity," "disguised restriction," or "protectionism" and, as such, are open to inconsistent readings. These standards have been referred to as "incomplete contracts" because their content is a matter of interpretation on a case-by-case basis and requires an adjudicating body to "complete" the contract by filling the gaps and determining whether the regulatory measure under scrutiny meets the requirements and, hence, is legitimate or not. The lack of legal certainty deriving from the unpredictable interpretations of these substantive notions undermines the trust of investors and of host countries in the adjudicatory bodies and weakens the legitimacy of the entire system. In fact, one of the criticisms moved

[55] On limits of cooperation provisions due to their soft character, see Ortino, *Addressing Domestic Regulation* cit., p.702: "Despite the fact that regulatory cooperation envisaged in USMCA is in principle subject to the general dispute settlement mechanism, such cooperation remains a soft obligation as the relevant provisions are casted in non-mandatory language (...). This suggests that international regulatory cooperation in the context of USMCA, as well as CETA and CPTPP, will actually take place only if, and to the extent, the contracting parties are willing to pursue it".

to investment as well as trade disputes with a sustainable development dimension relates to the diverging interpretations of general clauses on trade or investment protection provided by ISDS and WTO dispute settlement bodies.

While several reform processes regarding the procedural and institutional aspects of ISDS are ongoing, at present there is no parallel comprehensive effort that focuses on the shortcomings relating to substantive rules governing investor-state relations[56].

In the meantime, the examined megaregionals and recently negotiated FTAs, provide a decentralized approach to achieve gradually – across different states and regions of the world – greater consistency, coherence and predictability on the substantive rules governing trade and investor-state relations[57].

A common feature found in recent FTAs and megaregionals is the increased precision in the drafting of substantive standards of treatment. Although the clarification of investors' protection often entails a narrowing down of their scope, nonetheless, the level of protection granted remains still generally high.

To reduce the negative effects deriving from these broadly phrased clauses, recent treaties have resorted to three approaches. A first way to narrow their scope, embraced by North American treaties, is to link them to customary law[58]. Considering this as a first but not satisfactory limitation to the discretion of interpreters, treaties further clarify their content with lists describing – most likely in a non-exhaustive way – the cases covered by the applicable standard. For instance, with regard to "fair and equitable treatment," CETA does not refer to customary law, but expressly lists the cases that entail breach of this standard[59]. The CPTPP refers to custom-

[56] In the past, political obstacles have derailed many multilateral projects on these issues under the auspice of the UN and of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). See K. P. Sauvant, *Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2015, p. 11.

[57] The EU Commission is working towards the achievement of a higher level of coherence and convergence within the EU by requiring member states that negotiate new FTAs to align them and embrace the European substantive standards. To achieve this purpose, the European Commission grants authorization to negotiate through a detailed decision, listing the criteria to be respected in the negotiations. This explains why the recently negotiated BITs and FTAs, like the one with Singapore or Vietnam and including CETA, are aligned.

[58] Cfr., for example, USMCA, art. 14.6.2.

[59] CETA, art. 8.10.2: "A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment

ary law[60] and, in a similar way, USMCA with regard to the controversial notion of "legitimate expectations" expressly states that "For greater certainty, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor's expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result"[61]. Another noteworthy and welcome clarification in USMCA with regard to the concepts of "National Treatment" and "Most Favorable Nation Treatment" reads as follows: "For greater certainty, whether treatment is accorded in "like circumstances" under this Article depends on the totality of the circumstances, including whether the relevant treatment distinguishes between investors or investments on the basis of legitimate public welfare objectives"[62]. The outright recognition that states are allowed to treat products, services and investments differently depending on their contribution to public interest objectives endorses in a sustainable-friendly way the outcomes of the long-lasting and controversial jurisprudence under trade and investment agreements[63].

referenced in paragraph 1 if a measure or series of measures constitutes: (a) denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings; (b) fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency, in judicial and administrative proceedings; (c) manifest arbitrariness; (d) targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief; (e) abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment; or (f) a breach of any further elements of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph 3 of this Article. (...) 6. For greater certainty, a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement does not establish a breach of this Article.". This CETA list reaffirms and "codifies" the ones identified in the NAFTA case, *Waste Management v. Mexico*. Cfr. *Waste Management v. Mexico*, (2004), ARB (AF)/00/3, para. 98. For a critical take on the recourse to lists, see J. E. Alvarez, *Is the Trans-Pacific Partnership's Investment Chapter the New "Gold Standard?*, in *IJIL Working Paper 2016/3*, p. 26. Alvarez argues that "The actual 'closeness' of (the) list and the ostensible value to host states seeking clarity or certainty with respect to what treatment they owe investors may be less than meets the eye".

[60] CPTPP, art. 9.6.1.

[61] USMCA, art. 14.6.2 (a).

[62] USMCA, arts. 14.4.4 and 14.5.4. Similar provisions are found in recent BITs, like the *Brazil-India BIT*, art. 5.2 and in the CPTPP, art. 9.4, footnote 14.

[63] On the notion of 'like circumstances' see the *Myers case* cit., para. 250: "The Tribunal considers that the interpretation of the phrase 'like circumstances' in Article 1102 must take into account the general principles that emerge from the legal context of the NAFTA, including both its concern with the environment and the need to avoid trade distortions that are not justified by environmental concerns. The assessment of 'like circumstances' must also take into account circumstances that would justify governmental regulations to treat contending investors differently in order to protect public interest. For a comprehensive account of the consideration of environmental matters before ISDS, see Di Benedetto, *International Investment Law* cit. See also F. Francioni, *Foreign Investments, Sovereignty and the Public Good*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2013, p. 1.

Furthermore, these provisions must be read in conjunction with the previously examined provisions of the environmental chapter promoting environmentally friendly trade and investment.

Of great importance to better define the state regulatory space on environmental matters is the notion of "indirect expropriation," defined as "the action or series of actions by a Party that have an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure"[64]. This clause envisages a fluid concept, which requires a case-by-case and fact-based inquiry. To support the interpreters in this hermeneutic exercise, USMCA sets detailed criteria that serve as a "check list" for arbitrators and specific indications on how to address the matter. One of the factors to consider is the adverse economic impact of government action on the investment. This factor alone, however, cannot lead to establish that indirect expropriation occurred. Other elements to consider are "the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations" and "(iii) the character of the government action, including its object, context, and intent." To further specify when these expectations can be considered "reasonable," it is required that the government releases "binding written assurances" and due consideration should be given to "the nature and extent of governmental regulation or the potential for government regulation in the relevant sector"[65].

In the same line, particularly favorable to public interests, megaregionals further narrow arbitrators' discretion by setting the strong presumption that non-discriminatory measures designed and applied to protect legitimate public welfare objectives do not constitute indirect expropriation[66].

In many cases, these narrower definitions of substantive investment protections are drafted taking into account or even incorporating interpretations found in previous investment awards. While setting these parameters certainly narrows the scope of broadly phrased clauses, they remain themselves open to interpretation[67].

The third tool that reduces arbitrators' discretion, this time by reaf-

[64] USMCA, Annex 14-B, art. 3.

[65] *Ibidem*, art. 3.a(ii), footnote 19.

[66] See CETA, Annex on expropriation; See also USMCA, Annex 14-B, art. 3(b): "Non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations, *except in rare circumstances*. (italic added)". An identical provision is the CPTPP, Annex 9-B.

[67] For example, in the Bilcon case, the Tribunal found a violation of the standard of fair and equitable treatment by acknowledging that legitimate expectations of the US inves-

firming the states' control over the treaty commitments, is to resort to legally binding interpretations by the parties' joint commissions[68]. This is a codification of previous practice inaugurated by NAFTA, where the parties resorted to this tool to clarify the interpretation of "fair and equitable treatment" [69]. Embracing this precedent, the CETA Joint Commission may periodically review the content of the obligation to provide fair and equitable treatment upon the Parties' request[70].

6. Dispute settlement mechanisms under Megaregionals and sustainable development matters

6.1. The limitations to investor-state arbitration

Discussions to reform the procedural aspects of investor-state arbitration are ongoing in different fora to "redeem" these institutions perceived as unable or unwilling to adequately consider and deal with public interest concerns, including environmental protection[71].

Limiting our reflections on institutional and procedural aspects relevant to sustainable development matters and the environment, a change that should better ensure legitimacy to these dispute settlement mechanisms is the establishment of permanent courts, instead of ad hoc arbitration bodies[72]. Megaregionals and investments agreements to which the EU participates endorse this solution. The EU's TTIP proposal, CETA as well as the EU-Vietnam FTA establish permanent courts of fifteen members[73].

These Courts are competent to hear claims for violation of the in-

tor based on brochures and other statements of Canadian officials were wrongfully discarded. This is a controversial NAFTA case, *Bilcon v. Canada*, PCA Case no.2009-04, 2015.

[68] See CETA, art. 8.31.3; USMCA, art. 30.2.2(f) *iuncto* with art. 14.D.9.2.

[69] NAFTA Free Trade Commission, *Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provision*, 31 July 2001. This practice has been criticized because it allegedly constitutes an amendment rather than a clarification of the treaty, see G. Kaufmann-Kohler, *Interpretive Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law*, in E. Gaillard & F. Bachand (eds.), *Fifteen Years of NAFTA Chapter 11 Arbitration* (2011), online: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:86101>.

[70] CETA, art. 8.10.3.

[71] See the ongoing process of the *Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform under the auspices of the UN Commission on international trade law* (UNCITRAL), online:<https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state>.

[72] For a harsh criticism of the project to establish Multilateral Investment Courts as a "European imperialist exercise," see J. E. Alvarez, Mythic Courts, *iCourts Working Paper Series No 214*, 2020.

[73] CETA, art. 8.29; TTIP, Chapter II, Section 3, Sub-section 4, art. 9.2.

vestment protection standards, while alleged violations arising under the sustainable development, environmental and labor chapters remain outside their jurisdiction. Also, other megaregionals, such as USMCA interstate dispute settlement Chapter 31 excludes cases arising under its chapters on labor or the environment (alongside a number of other chapters), but covers the chapter on good regulatory practices, at least to cover "sustained or recurring course of action or inaction that is inconsistent with a provision of this Chapter" [74]. The CPTPP excludes the application of interstate dispute settlement to its regulatory chapter.

Another trend sees the diminishing trust on behalf of States in ISDS and, as a consequence, their withdrawal from their compulsory dispute settlement and the limitation of their jurisdiction *ratione materiae*. Thus, for instance, Canada opted out from USMCA investor-state arbitration, which remains applicable only to the US and Mexico[75].

Another element of convergence found, for instance, in USMCA and CETA in favor of the right of states to regulate in the public interest, is the so called "selective judicialization." These clauses limit the type of claims that are justiciable before international arbitration. Particularly noteworthy for its potential impact on environmental related disputes, is the exclusion under USMCA ISDS of disputes regarding alleged indirect expropriation between the USA and Mexico[76]. Besides limiting the type of justiciable claims, CETA and USMCA further shrink the power of arbitrators with respect to domestic regulatory powers through self-judging clauses relating to national security matters. Most of these are strictly connected with the exercise of governmental authority (claims relating to public debt restructuring, government procurement and subsidies), financial services and taxation. The environment is not expressly referred to in these provisions and hence, these clauses would unlikely be applicable to environmental matters, except for extraordinary circumstances such as natural disasters leading to emergency situations that threaten national security[77]. These

[74] See USMCA at art. 28.20.

[75] Canada has been the state facing the most claims and has the least successful record, both as respondent and with regard to Canadian investors acting as claimants. On the contrary, the US has never lost a case against a foreign investor under NAFTA ISDS (as of February 2019). The effect of Canada withdrawal is limited to the US, since Canada and Mexico are bound by ISDS under the CPTPP. Canadian investors may still have recourse to ISDS under the CPTPP against Mexico and vice versa, while with regard to the US the only remedies will be state-to-state arbitration under USMCA Chapter 31 or domestic courts.

[76] See USMCA, Annez 14-D, art. 14.D.3.

[77] See CETA, art. 28.6(b); USMCA, art. 32.2(b).

provisions coupled with the ones specifying the substantive standards for investors' protection lead to a further limitation of the controversial power of arbitrators to review governmental regulatory powers on particularly sensitive matters.

Another potentially promising tool to broaden adjudication on environmental matters relates to the possibility to bring environmental counterclaims. Because of the inherent asymmetry of investment arbitration, access to arbitration is granted to investors and precluded to those that may be negatively affected by investors' misconduct, namely host states, but also local communities and other stakeholders. However, respondent states may raise environmental concerns before ISDS by raising counterclaims against investors. The recourse to environmental counterclaims depends on the relevant treaty provisions and has been an uphill exercise. Although the ICSID Convention and UNCITRAL arbitration rules envisage the jurisdiction of the tribunal to hear counterclaims under certain conditions, scholars debate whether these legal bases are sufficient or whether additional consent is necessary[78]. In case the jurisdictional basis to bring counterclaims is uncertain, counterclaims could still be admitted if the investors agree not to raise jurisdictional objections to counterclaims. Megaregional and investment agreements do not explicitly address the admissibility of counterclaims by the respondent state. However, since their relevant provisions indirectly admit the possibility to bring counterclaims by setting certain limitations to the respondent[79]. It may be argued *a contrario*, that other counterclaims are admissible before their arbitral tribunals. On this matter, arbitral tribunals enjoy a degree of discretion and recent case law shows a variety of different positions that have been taken with regard to the admissibility of counterclaims. Recent cases have shown that arbitrators are starting to open up to counterclaims, demonstrating a certain consideration for public interests and environmental concerns[80].

[78] Cfr. ICSID Convention, art. 46. See A. Asteriti, *Environmental Law in Investment Arbitration: Procedural Means of Incorporation*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2015, p. 248. See for instance: *The Burlington Resources v Ecuador* (2012), ICSID Case No ARB/08/5, Decision on Liability (14 December 2012).

[79] See CETA, art. 8.40 and USMCA, art. 14.D.7.8.

[80] For an analysis of recent cases in which counterclaims have been accepted, see J. Harrison, *Environmental Counterclaims in Investor-State Arbitration*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2016, p. 479.

6.2. Procedures controlling the implementation of the sustainable development and environmental chapters

Under CETA and USMCA, two separate procedures exist with regard, on one hand, to questions relating to the enforcement of domestic environmental law and, on the other hand, to questions relating to the implementation of the environmental Chapter.

As for the former, CETA and USMCA converge to a large extent with regard to their respective provisions regarding the recognition of procedural guarantees for "interested" persons who claim that the state is failing to enforce its environmental laws. Both agreements require that their domestic authorities and procedures respect due process and provide for timely and effective remedies. Keeping with the American tradition, USMCA refers expressly to the possibility to issue "sanctions", while CETA more generically refers to "appropriate remedies"[81]. Under the USMCA/ECA procedure any person – including individuals and non-governmental organizations – of a party may start the procedure by filing a written submission directly[82] to the CEC Secretariat stating the necessary elements to substantiate its allegation that there has been a failure to enforce a specific environmental law. If the CEC Secretariat, after ascertaining that the submission meets the substantive and procedural criteria, considers that the submission warrants the preparation of a factual record, it requests the Council to proceed[83].

As for questions regarding the implementation of the environmental chapter, under USMCA questions of implementation may be brought by States Parties, who can request up to three rounds of consultations to reach a mutually satisfactory resolution of the matter. Only as a last resort, if the consultations fail, the requesting party can ask for the establishment of a panel[84].

As previously examined, it is worth highlighting that, if the dispute concerns the implementation of covered MEAs, in deciding the matter, the panel shall seek advice and give due consideration to the guidance received

[81] USMCA, art. 24.6.7; CETA, art. 24.6.1(b).

[82] The procedure does not require the prior exhaustion of domestic remedies, but merely envisages as an admissibility requirement that the submission "indicates whether the matter has been communicated in writing to the relevant authorities of the Party and the Party's response, if any" (USMCA, art. 24.27.2(e)).

[83] USMCA, art. 24.27 and 24.28.

[84] USMCA, art. 24.32.1. *iuncto* with art. 31.6.

by the relevant MEAs bodies[85]. Interestingly, through this long procedure, breaches of MEAs might be enforced by the Megaregional's dispute settlement mechanism, which will apply its environmental-related provisions according to MEA's bodies' authentic interpretation. This mandatory obligation of consulting with MEA entities and of giving due consideration to the guidance received innovates the regulatory approach under *NAFTA* at art. 104[86].

This institutional cooperation establishes a hybrid dispute settlement procedure which reflects a constructive implementation of the principle of mutual support in the integration of economic and environmental matters. Further developing the mutual consideration between economic and environmental treaties, the positive effects of this exchange of views at an early stage of the dispute settlement procedure allows to prevent potential normative conflicts and ensure mutually coherent solutions. A similar attitude of institutional cooperation can be seen also in the ICJ's environmental jurisprudence[87].

Under CETA, the provisions of its environmental chapter are subject to a review process based on consultations between the state parties that only as a last resort may end up before a panel[88]. This "differential treatment" of environmental and more generally of sustainable development matters reflects their still incomplete integration with economic objectives. While still quite exceptional, binding dispute settlement for environmental provisions exists, for instance, in the *US-Korea FTA*[89].

A more progressive approach with regard to integration has been advocated by "Third World Approaches to International Law" (TWAIL) scholars and recently has been shown by African courts. Through a "judicial environmentalism," Africa's international courts manifested great institutional flexibility and have overcome the compartmentalization of trade with respect to human rights and environmental matters. They have

[85] USMCA, art. 24.32.2.

[86] According to this provision, environmental measures implementing a covered MEA should be considered compatible with NAFTA if there was no less-restrictive trade alternative. This latter requirement proved difficult to meet in practice, as shown by the Myers case. USMCA changed the approach by shifting from the substantive interaction of norms to institutional cooperation with MEAs.

[87] International Court of Justice, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua),* Order of 8 March 2011. In this case, the ICJ requested the Secretariat of the Ramsar Convention to serve as a facilitator of the implementation of certain activities by the parties to the dispute.

[88] CETA, art. 24.15.

[89] Cfr. Us-Korea FTA, art. 20.9.3 (a-b).

embraced the principle of systemic integration, promoting coherence in a still fragmented system of international legal rules[90].

7. Concluding remarks

Megaregionals are considered with "mixed feelings": there are criticisms voiced by scholars who consider them as instruments that export values of the more powerful states and widen their influence, threaten state equality and lead to fragmentation, at the expense of global institutions like the WTO and the UN[91]. Others, embracing perhaps an excessive optimistic view, welcome them as treaties that, by ensuring greater and more comprehensive regulatory cooperation, better achieve sustainable development objectives, enhance environmental protection and promote labor and human rights standards[92]. Taking a middle ground stand, Megaregionals may be seen as useful tools to achieve state consent on progressive and cutting-edge non-trade related matters. By so doing they serve as front-runners in tackling sustainable development challenges and they exercise a pull with regard to other multilateral negotiations specifically devoted to tackle sustainable development matters.

[90] For further discussion on recent environmental cases before Africa's international courts, see J. T. Gathii, *Saving the Serengeti: Africa's New International Judicial Environmentalism*, in *Chicago Journal of International Law*, 2016, p. 386 at p. 431; J. T. 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, 25 June 2020, p. 9.

[91] For an account of the criticisms moved to international economic agreements, in general, see N. Lamp, *How Should We Think about the Winners and Losers from Globalization? Three Narratives and Their Implications for the Redesign of International Economic Agreements*, in *European Journal of International Law*, 2019, p. 1359 at p. 1397. More focused on megaregionals, see E. Benvenisti, *Democracy Captured: The Mega-Regional Agreements and the Future of Global Public Law*, Global Trust Working Paper 08, 2015. Minimizing some of the alleged negative aspects with regard to environmental matters, see J. Hollway, J.-F. Morin & J. Pawelyn, *Structural conditions for novelty: The introduction of new environmental clauses to the trade regime complex*, in *International Environmental Agreements*, 2020, p. 61. The study argues that: "while there are a few well-known examples of novel clauses that have been introduced by or with powerful actors, power does not always lead to novelty being introduced and novelty is often introduced without the presence of power asymmetries".

[92] R. Leal-Arcas, *Mega-regionals and Sustainable Development. The Transatlantic Trade and Investment Partnership and the Trans-Pacific Partnership*, in *Renewable Energy Law & Policy Review*, 2015, p. 248. The authors consider that these agreements are more efficient tools to promote sustainable development objectives compared to multilateral treaties, like multilateral environmental agreements.

Some Megaregional, like USMCA and CETA, converge to a great extent in embracing a similar approach to the integration of environmental concerns into their economic objective, thereby strengthening environmental protection and reducing the risk of regulatory chill and of environmentally-unfriendly arbitral awards. Two converging trends can be identified.

The first one is based on a top-down and content-based approach and aims at broadening public policy space by expressly recognizing and strengthening environmental obligations. Global standards and MEAs – at a minimum, i.e. in more conservative agreements – become common denominators to which Parties are encouraged to refer to. In agreements spousing a more progressive and cutting-edge approach, States agree to go beyond what is required by relevant MEAs, by allowing parties to adopt measures setting higher level of environmental protection. Furthermore, strengthening substantive convergence, MEAs' treaty bodies must be involved when dispute settlement bodies of USMCA, CPTPP and CETA are called to decide on alleged violation of environmental provisions stemming from MEAs. These forms of institutional cooperation are positive elements that enhance mutual supportiveness by encouraging dialogue and thereby preventing contradictory or incoherent interpretations by judicial or quasi-judicial bodies.

Welcome novel sustainable development provisions allow states to provide preferential treatment to sustainable goods and services and to promote green trade and investment, thereby tackling illegal trade and discouraging unsustainable practices and production techniques. These trade-related provisions are complementary to MEAs in that they indirectly contribute to environmental protection by intervening in the markets where these natural resources are exchanged. Always using a "top-down" approach, these megaregionals, following up on the reforms of investment agreements and ISDS, provide more certainty and predictability with regard to investors' protections through substantive clarifications of these standards. In this way, and by resorting to legally binding interpretations by the parties' joint commissions, they correspondingly reduce the discretion of arbitral tribunals.

The second trend showed by these megaregionals via a "bottom-up" perspective, aims at promoting transparent and effective regulatory processes at home to better support public policy objectives. By opening public participation at an early stage in the process and using regulatory impact assessments, they strengthen due process. Furthermore, by promoting international cooperation on regulatory matters, megaregionals may favor mutual

understanding, recognition and foreseeability of the expected impacts and eventually could overcome regulatory divergences. This approach enhances the convergence of procedural safeguards and strengthens domestic governance, thereby reducing the risk of challenges to state regulatory measures and increasing compliance of host states with their treaty obligations.

These provisions show that states pursuing trade and investment liberalization are less keen to rely on substantive standards and prefer to focus on strengthening procedural obligations.

The substantive improvements that strengthen the presumptions of legitimacy in favor of non-discriminatory public interest regulatory measures, on the one hand, combined with the due process requirements of domestic regulatory procedures, on the other hand, may result in valuable and useful tools which will greatly enhance the transparency, predictability and coherence of awards and thereby also the legitimacy of ISDS.

A still egregious downside of these agreements remains the differentiation between the *soft* implementation mechanisms of environmental commitments and the *harder* dispute settlement procedures resolving trade and investments claims. This aspect clearly shows that there is still a long way to go for the full integration of environmental protection into Megaregionals, which remain (still) predominantly economic agreements.

An integrated and comprehensive reform that endorses sustainable trade and investment would lead to more effective levels of environmental protection. In light of the reformed sustainable mission of FTAs, an outright step forward in this direction would be to revisit how the agreements define "investment" to account for sustainable development and environmental concerns. Traditionally, under FTAs and BITs, investments are characterized only according to their economic and financial features. A promising – although still early – step in this direction might be seen in Model BIT, advancing provisions that grant protection only to "sustainable" investments[93]. Furthermore – noteworthy, although still minoritarian – is the jurisprudence of arbitral tribunals excluding investments in violation of human rights from the protection of the investment treaty[94].

In this direction, State Parties could set a qualitative screening of the

[93] See, for instance, the *Model Treaty on Sustainable Investment for Climate Change Mitigation and Adaptation*. K. P. Sauvant and H. Mann, *Making FDI more sustainable: towards an indicative list of FDI sustainability characteristics*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2019, p. 916.

[94] See, for instance, the *Phoenix Action Ltd v Czech Republic* (2009), ICSID Case No. ARB/06/5 at para 78.

foreign investments they are willing to attract and to whom hence they recognize the guarantees by identifying criteria that investments should meet to be considered "sustainable."

In this "reformed" mandate of pursuing and promoting sustainable investments, States' regulatory powers and investors' behaviors would be conceived as aligned and not as conflicting: the ultimate interests and objectives pursued by companies and by states would converge, with companies going beyond the realization of the maximum economic revenue because their shareholders (and stakeholders) are more and more keen on recognizing their broader mandate, which includes social and environmental objectives[95]. Accordingly, a combination of the recalibration of the ultimate objective of FTAs and the clarifications on the content of investment protection clauses would achieve a long-desired balance between the need of business operators for protection and predictability and the need of governments for flexibility to pursue legitimate public interest policies.

[95] There is growing public awareness of capital markets toward investments attentive to environmental, social and governance (ESG) aspects: while conventional investment analysis focuses on value in the sense of financial performance, the integration of ESG factors in the assessment of financial performance are increasingly being recognized and required in many jurisdictions. In Europe the recently adopted Regulation on Taxonomy of sustainable investments would allow to set objective criteria that need to be fulfilled in order for an investment to be considered sustainable.

LA SOLIDARIETÀ NELLA RISPOSTA AI DISASTRI AI TEMPI DEL COVID-19. IL QUADRO NORMATIVO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA

Flavia Zorzi Giustiniani*

Sommario: 1. La solidarietà nella risposta ai disastri nel diritto internazionale. – 2. La solidarietà nei disastri nell'ordinamento dell'Unione europea. – 3. La solidarietà ai tempi del Covid-19. – 3.1. Il quadro internazionale. – 3.2. La solidarietà dell'Unione europea.

1. La solidarietà nella risposta ai disastri nel diritto internazionale

Originariamente il mio intervento avrebbe dovuto esaminare la portata della solidarietà nella risposta ai disastri nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea. La pandemia mi ha tuttavia indotto a valutare pure, e più specificatamente, se le considerazioni applicabili ai disastri in genere possano considerarsi valide con riguardo alla risposta al Covid-19, che come osservava ieri la professoressa Cafaro è la "prima esperienza mondiale condivisa".

La solidarietà, benché venga frequentemente utilizzata come sinonimo di cooperazione internazionale o associata a quest'ultima in una endiadi[1], ha fatto la sua apparizione nel pensiero giuridico internazionale in tempi assai recenti. Malgrado trovi origine nel diritto civile romano, in particolare nell'espressione *obligatio in solidum* per indicare l'obbligazione che impegna più debitori ad eseguire ciascuno la prestazione per intero (*solidum*), il concetto è stato sviluppato sul piano teorico solo nel diciannovesimo secolo e deve la sua fama a Emile Durkheim. L'illustre sociologo francese considerava la solidarietà il principio costituente di ogni società[2].

* Professoressa associata di Diritto dell'Unione europea, Link Campus University.

[1] V. da ultimo il recente progetto di risoluzione dell'Institut de Droit International *Les épidémies et le droit international*, terzo considerando preambolare, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 81.

[2] Durkheim ha introdotto la nota distinzione tra solidarietà "meccanica", tipica a suo dire delle società primitive, nelle quali i singoli erano legati da una situazione sociale comu-

Nel diritto internazionale, un primo importante tentativo di teorizzazione si deve a Georges Scelle. Partendo dal presupposto che la sovranità dello Stato è una finzione giuridica, Scelle considerava gli individui, nella comunità internazionale come nelle società nazionali, l'unica fonte e finalità di solidarietà e diritto[3], che a loro volta sarebbero dovuti a necessità biologiche. Come efficacemente riassunto da Koskenniemi, "[t]he bonds of solidarity (solidarity as fact, not as a 'feeling' or a moral principle) formed innumerable groups or societies, within and between which different needs give basis to different laws. Such societies were hierarchically related so that the more inclusive ones overrode the less inclusive ones"[4]. In altri termini, per Scelle la solidarietà globale prevaleva sulle sue equivalenti "locali" e il diritto internazionale – più precisamente il *droit des gens* – sul diritto nazionale. Di conseguenza, soltanto la società globale deteneva la sovranità e l'inesistenza di organismi internazionali superiori agli Stati all'epoca era dovuta, a suo dire, ad una "carence institutionnelle" alla quale sarebbe necessario e possibile porre rimedio. Benché suggestiva, la sua concezione della solidarietà, come più in generale la sua idea di progresso indefinito del diritto internazionale verso una dimensione sovrastatale, non hanno tuttavia ricevuto lo stesso plauso della dottrina del *dedoublement fonctionnel*. In tempi più recenti, è importante ricordare tra gli altri Michel Virally, essendo stato il primo a concettualizzare la solidarietà come principio giuridico del diritto internazionale. Secondo Virally la solidarietà esprime "les exigences de l'interdépendance, comme la souveraineté exprime celles de l'indépendance"[5].

Nell'odierno mondo globalizzato, l'esistenza di un principio di solidarietà che caratterizza l'ordinamento giuridico internazionale è stata sostenuta da autorevoli giuristi quali Ronald St. John Macdonald, Karel Wellens e Rudiger Wolfrum. Tuttavia, nonostante i ripetuti richiami all'importanza cruciale della solidarietà in svariati consessi internazionali, la solidarietà rimane un concetto sfuggente, il cui significato, come pure la precisa collocazione nell'ordinamento internazionale restano dibattuti. Non a caso

ne e dalla coscienza collettiva che ne deriva, e solidarietà "organica", che contraddistingue le società moderne dove prevale la divisione del lavoro e la conseguente interdipendenza reciproca (cf. E. Durkheim, *De la division du travail social*, Paris, 1893).

[3] Non a caso Scelle parlava di "droit des gens" e non di "droit international" (si veda al riguardo G. Scelle, *Précis de droit des gens*, Paris, 1932.

[4] Cfr. M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The rise and fall of international law 1870–1960*, Cambridge, 2001, p. 331.

[5] Cfr. M. Virally, *Le droit international en devenir: essais écrits au fil des ans*, Geneva, 2015, p. 448.

la stessa è definita assai raramente[6]. Un qualche sforzo definitorio è stato invero fatto dall'Assemblea Generale nelle risoluzioni 56/151 and 57/213 sulla Promozione di un ordine internazionale democratico ed equo, dove si afferma che

> "[. . .] a democratic and equitable international order requires, inter alia, the realization of the following:
> [. . .]
> (f) Solidarity, as a fundamental value, by virtue of which global challenges must be managed in a way that distributes costs and burdens fairly in accordance with basic principles of equity and social justice and ensures that those who suffer or who benefit the least receive help from those who benefit the most"[7].

Una definizione più generale, e soprattutto più strutturata, è offerta dalla Routledge Encyclopedia of Philosophy, secondo la quale la solidarietà

> "exists among a group of people when they are committed to abiding by the outcome of some process of collective decision-making, or to promoting the wellbeing of other members of the group, perhaps at significant cost to themselves. Many regard solidarity as an important political ideal on the grounds that it is related to community and fraternity, and conducive to social cohesion and stability […]".

La suddetta definizione, alla stregua di altre fornite da dizionari di linguistica, evidenzia le caratteristiche principali della solidarietà: l'esistenza di un gruppo i cui membri sono uniti da alcuni interessi e obiettivi comuni e concordano di realizzarli, anche se ciò dovesse implicare il rinvio di interessi e obiettivi individuali. A differenza del puro altruismo, richiede quindi un certo grado di identificazione di gruppo. Applicando tale nozione

[6] V., ad esempio, la Convenzione ONU contro la desertificazione nei paesi gravemente colpiti dalla siccità e/o dalla desertificazione, in particolare in Africa (17 giugno 1994), dove ci si limita ad evocare lo "spirit of solidarity" che dovrebbe guidare le parti nel migliorare la cooperazione e il coordinamento tra loro (cfr. artt. 3 b, 4.1 b).

[7] Cfr. Assemblea Generale, ris. 56/151, 8 febbraio 2002, par. 3 f); *id.*, ris. 2002/72, par. 4 f). Una definizione simile è contenuta nella *Millennium Declaration*, dove la solidarietà – considerata tra i 'fundamental values to be essential to international relations in the twenty-first century' – è così definita: "Global challenges must be managed in a way that distributes the costs and burdens fairly in accordance with basic principles of equity and social justice. Those who suffer or who benefit least deserve help from those who benefit most" (Cfr. Assemblea Generale, *United Nations Millennium Declaration*, ris. 55/2, 8 settembre 2000, par. 6).

al diritto internazionale, un primo problema a porsi, come già avvertito da Robert Michels agli albori del ventesimo secolo, è dovuto al fatto che

> "in order to establish a group of solidarity it is a priori necessary to have a sharp contraposition: one is sympathetic to another only against somebody else [. . .] a universal solidarity of a society – solidarity in its purest form [. . .] can exist only before certain natural disasters".[8]

Con riguardo al mondo attuale, pare potersi affermare l'esistenza di una vera e propria *comunità* internazionale – intesa "as an overarching system which embodies a common interest of all States and, indirectly, of mankind"[9] –. Un siffatto raggruppamento fittizio, in cui gli interessi e i valori comuni – incorporati negli obblighi *erga omnes* e nelle norme di *jus cogens* – sono prioritari rispetto agli interessi individuali degli Stati, coesiste con la *società* internazionale, con l'ulteriore conseguenza che anche "the law of coexistence, the law of cooperation and the law of solidarity continue to 'co-exist' in parallel"[10]. In questo quadro, la solidarietà costituisce "undoubtedly one of the most interesting witnesses of the transformation of international law into 'a value based international legal order'"[11].

La solidarietà internazionale deve poi essere distinta dalla carità, giacché è una relazione tra pari – almeno sul piano formale – basata sull'interdipendenza e su di una certa misura di mutualità, se non di stretta reciprocità[12]. Ne consegue che, se e nella misura in cui è realizzata in un certo

[8] Cfr. R. Michels, *Zum Problem: Solidarität und Kastenwesen*, in *Probleme der Sozialphilosophie*, Leipzig, p. 55.

[9] Cfr. C. Tomuschat, *Obligations arising for states without or against their will*, in *RCADI*, 241, Leiden, p. 227. Analogamente, per Villalpando "la communauté internationale se caractérise par un degré de cohésion particulier qui découle de la solidarité des membres du groupe social dans la sauvegarde de certains intérêts identiques collectifs" (cfr. S. Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats*, Paris, 2005, p. 26).

[10] Cfr. K. Wellens, *Revisiting solidarity as a (re-)emerging constitutional principle: some further reflections*, in R. Wolfrum, C. Kojima (eds.) S*olidarity: a structural principle of international law*, Heidelberg, 2010, p. 5.

[11] Cfr. R. Wolfrum, *Solidarity amongst States: an emerging structural principle of international law*, in P.M. Dupuy, B. Fassbender, M. N. Shaw, K.-P. Sommermann (eds.), *Common values in international law: essays in Honour of Christian Tomuschat*, Kehl, 2006, p. 1087.

[12] A questo proposito, la definizione di solidarietà fornita da R. St. J. MacDonald è particolarmente esemplificativa:

"Solidarity is neither charity nor welfare; it is an agreement among formal equals that will all refrain from actions that would significantly interfere with the realization of common goals and fundamental interests. Solidarity requires an understanding that every member of the community must consciously and constantly conceive of its own interests

settore, dovrebbe risultare nell'instaurazione dell'eguaglianza sostanziale tra gli Stati. Malgrado la tendenza, sempre più diffusa nella dottrina come nella prassi internazionale, ad utilizzare in modo ultroneo il concetto, con il rischio di annacquarlo nel più generale concetto di cooperazione[13], la solidarietà attualmente permea solo alcuni limitati settori del diritto internazionale. La risposta ai disastri è sicuramente uno di questi. La forte interconnessione tra cambiamento climatico e disastri[14] fa poi sì che la risposta alle catastrofi possa essere ricondotta al supremo *common interest* o *concern* della comunità internazionale: la protezione dell'umanità[15].

L'analisi degli obblighi di cooperazione internazionale enunciati in vari trattati ONU sui diritti umani (*in primis* il Patto sui diritti economici, sociale e culturali) induce a considerare la solidarietà internazionale sicuramente come un "valore" che sta a fondamento di tali obblighi, per come sono interpretati e applicati dai pertinenti organi pattizi di controllo[16]. Ci limitiamo qui a richiamare in sintesi quanto affermato dal Comitato per i diritti economici, sociali e culturali (CDESC) con riguardo alla dimensione internazionale dell'art. 2.1 dell'omonimo Patto. Ad avviso del Comitato, anzitutto, gli obblighi transnazionali che discendono dalla suddetta disposizione non sono soltanto complementari ma si applicano simultaneamente a quelli che ogni Stato parte deve rispettare nei confronti di coloro che si trovano sotto la sua giurisdizione. Nella sua prassi il CDESC fa inoltre riferimento ad un vero e proprio *obbligo* "to assist", benché limitato a situazioni eccezionali; nondimeno, tali situazioni eccezionali concernono

as being inextricable from the interests of the whole. No State may choose to use its power to undertake actions that might threaten the integrity of the community" (cfr. R. St. J. Macdonald, *The principle of solidarity in public international law*, in C. Dominicé, R. Patry, C. Reymond (eds.), *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1993, p. 293.

[13] Emblematico al riguardo è quanto affermato dall'ex esperto ONU sui diritti umani e la solidarietà internazionale Rudi Muhammad Rizki: "*The notion of solidarity corresponds to the notion of cooperation*, because one could only cooperate in an act of solidarity" (Commissione per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Human rights and international solidarity – Note by the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 1° febbraio 2006, E/CN.4/2006/96, par. 13, corsivo nostro).

[14] V. per tutti *International Strategy for Disaster Reduction, Climate Change and Disaster Risk Reduction*. Briefing Note 01, Ginevra, 2008.

[15] Non a caso, una delle più recenti opere della dottrina sul tema (E. Benvenisti, G. Nolte (eds.), (2018) *Community interests across international law*, Oxford, 2018) dedica un capitolo ai disastri, il cui titolo è assai evocativo (*Law on Natural Disasters: From Cooperation to Solidarity?*).

[16] Per un'analisi approfondita del tema sia permesso di rinviare a F. Zorzi Giustiniani, *International law in disaster scenarios. Applicable rules and principles*, Cham, 2021, p. 107 ss.

precisamente i casi in cui uno Stato parte è colpito da un disastro o da un'altra emergenza umanitaria che non riesce a gestire con le proprie risorse[17]. Quanto alla natura giuridica di detto obbligo, che sarebbe posto sugli Stati che si trovano "in a position to assist", durante i lavori preparatori del recente Protocollo addizionale al Patto solo pochissimi tra i Paesi interessati (ovvero ad alto reddito) hanno contestato che il Patto ponga obblighi giuridici in tema di cooperazione internazionale ed assistenza[18]. Inoltre, una siffatta posizione è stata probabilmente dettata dal timore che l'art. 2.1, nella sua dimensione internazionale, potesse divenire giustiziabile. Nel complesso, i progressi compiuti dagli Stati più ricchi, sotto la guida *in primis* del CDESC e a seguire di altri comitati onusiani di controllo[19], nel mettere in pratica la cooperazione internazionale in situazioni di emergenza sono stati costanti e continui. Per quanto concerne precipuamente la risposta ai disastri, è possibile affermare che questa sia sempre più informata dalla solidarietà come un vero e proprio "principio strutturale" del settore[20]. L'obbligo di assistere, tuttavia, e più precisamente, utilizzando il linguaggio del CDESC, quello di "*provide-fulfil*", soffre tuttora di una limitazione importante: l'impossibilità di determinare con esattezza, in mancanza di un accordo tra gli Stati, il *quantum* e il *quomodo* del contributo dovuto da ciascun Stato ricco singolarmente[21].

[17] Cfr. ad. es. CDESC, *General Comment 12: The Right to Adequate Food (Art. 11)*, 12 maggio 1999, E/C.12/1999/5, par. 38.

[18] Cfr. M. Hesselman, *A right to international (humanitarian) assistance in times of disaster: fresh perspectives from international human rights law*, in F. Zorzi Giustiniani, E. Sommario, F. Casolari, G. Bartolini (eds.), *Routledge handbook of human rights and disasters*, London/New York, 2018, pp. 71-73.

[19] Cfr. F. Zorzi Giustiniani, *International law in disaster* cit., p. 130 ss.

[20] In quanto principio strutturale la solidarietà "reorients international law from a set of rules for preserving the present state of existing international relations, into a regime for fulfilling a certain mission, namely the promotion of international social justice among states" (R. Wolfrum, *Solidarity*, in D. Shelton (eds.), *The Oxford handbook of international human rights law*, Oxford, 2013, p. 338).

[21] E' dunque ancora valida l'osservazione di Alston e Quinn secondo i quali l'art. 2.1 del Patto sui diritti economici non può essere interpretato nel senso di imporre "a legally binding obligation *upon any particular state* to provide *any particular form* of assistance" (cfr. P. Alston, G. Quinn, *The nature and scope of states parties' obligations under the international covenant on economic, social and cultural rights*, in *Human Rights Quarterly* 9(2), 1987, p. 191, corsivo nostro).

2. La solidarietà nei disastri nell'ordinamento dell'Unione europea

Attualmente, è nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione che la solidarietà nei disastri ha trovato la sua espressione più completa. Come è stato osservato dal Relatore speciale della Commissione del diritto internazionale (CDI) sulla *Protection of persons in the event of disasters* Valencia-Ospina, la cosidetta clausola di solidarietà ex art. 222 TFUE "sets the Union apart from other regional coordination schemes"[22]. In effetti, è l'unica norma esistente a livello regionale che impone l'obbligo di prestare assistenza in caso di disastro. La clausola di solidarietà è stata introdotta dal trattato di Lisbona, ma riprende una disposizione di analogo contenuto che era stata originariamente inserita nel Trattato costituzionale dell'UE[23]. La clausola si inserisce in uno sforzo più ampio volto ad allargare la lista degli scenari di minacce ai quali deve far fronte l'Unione e ad integrare la clausola di mutua difesa ex art. 42.7 TUE. Contrariamente a quest'ultima, però, la clausola di solidarietà non ha un carattere meramente intergovernativo. Come si è giustamente rilevato, l'art. 222 è "both rather ambitious and somewhat vague"[24]. Assegna un chiaro obbligo all'Unione come agli Stati membri "*to act jointly in a spirit of solidarity if a Member State is the object of a terrorist attack or the victim of a natural or man-made disaster*"[25].

Tale obbligo potrebbe (almeno in teoria) divenire oggetto di un ricorso per infrazione dinanzi alla Corte di giustizia. Ciò appare tuttavia assai improbabile, anche alla luce del fatto che la Dichiarazione n. 37 sull'art. 222 allegata all'Atto Finale della Conferenza intergovernativa di Lisbona consente agli Stati membri "di scegliere i mezzi più appropriati per assolvere ai loro obblighi di solidarietà nei confronti dello Stato membro in questione"[26]. In altri termini, ogni Stato membro gode di un certo grado di flessibilità quanto alle modalità di attuazione dell'obbligo.

[22] Cfr. CDI, *Sixth report on the protection of persons in the event of disasters*, A/CN.4/662, 3 maggio 2013, par. 103.

[23] All'art. I-43.

[24] Cfr. J. Keller-Noellet, (2011) *The solidarity clause of the Lisbon Treaty*, in E. Fabry (ed.), *Think Global – Act European: the contribution of 16 European think tanks to the Polish, Danish and Cypriot trio presidency of the European Union*. Notre Europe, Paris, p. 329.

[25] Art. 222.1 TFUE.

[26] In quanto allegato all'Atto finale della Conferenza di Lisbona e non ai Trattati, la Dichiarazione non è parte integrante del diritto dell'Unione *ex* art. 52 TUE. Deve tuttavia essere presa in considerazione ai fini dell'interpretazione dell'art. 222 TFUE "as forming part of the 'context' of the EU treaties, in accordance with Article 31(2)(b) of the 1969

La rilevata vaghezza dell'art. 222 è stata colmata, ma solo in parte, dalla decisione 2014/415/UE, giacché quest'ultima è dedicata esclusivamente all'attuazione della clausola da parte della Commissione[27]. In merito all'invocazione della clausola di solidarietà, l'art. 4.1 della Decisione afferma che:

> "In caso di catastrofe o attacco terroristico, lo Stato membro interessato può invocare la clausola di solidarietà se, dopo essersi avvalso delle possibilità offerte dai mezzi e dagli strumenti esistenti a livello nazionale e dell'Unione, *ritiene che la crisi* oltrepassi chiaramente le capacità di risposta di cui dispone".

La disposizione chiarisce così una volta per tutte che sta allo Stato colpito valutare se attivare o meno la clausola[28]. Nel contempo, fornisce una lettura restrittiva dell'applicabilità dell'art. 222 poiché lo considera una opzione di ultima istanza.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione materiale della clausola, la decisione di esecuzione chiarisce che per disastro si intende "qualsiasi situazione che colpisce o rischia di colpire gravemente le persone, l'ambiente o i beni, compreso il patrimonio culturale"[29]. Il disastro è così definito in base alle sue conseguenze, che devono raggiungere, almeno potenzialmente, una certa gravità, e non è per contro limitato a eventi di carattere transfrontaliero o che interessano più Stati membri[30]. L'enfasi sull'impatto

Vienna Convention on the law of treaties" (cfr. M. Gestri, *EU disaster response law: principles and instruments*, in A. De Guttry, M. Gestri, G. Venturini (eds.), *International disaster response law*, Springer, 2012, p. 114). Il suo rilievo è ulteriormente confermato dalla decisione 2014/415/EU, che la richiama nel suo preambolo (primo considerando).

[27] Cfr. decisione 2014/415/EU del 24 giugno 2014.

[28] Una posizione più esplicita sul punto era stata espressa dal Parlamento europeo, il quale rimarcava che "quando uno Stato membro abbia deciso di invocare la clausola, l'assistenza non debba essere messa in discussione da parte degli altri Stati" (ris. del Parlamento europeo del 22 novembre 2012 sulle clausole di difesa reciproca e di solidarietà dell'UE: dimensioni politiche e operative (2012/2223(INI), par. 22). Secondo Martino, "the decision to leave it exclusively to the discretion of the affected Member State to activate the Clause could lead to false or from a strictly legal point of view questionable activation" (cfr. A.-M. Martino, *The "Solidarity Clause" of the European Union – dead letter or enabling act?*, in *SIAK-Journal_ Zeitschri für Polizeiwissenscha und polizeiliche Praxis*, 2 (2015), p. 48). In risposta a tali preoccupazioni, Gestri osserva che "the right to request assistance under Article 222 TFEU should be exercised in good faith by the Member State concerned, taking into account that each Member State has a general responsibility to provide its citizens with adequate protection" (cfr. M. Gestri, *EU disaster response law* cit., 111).

[29] Cfr. art. 3 a).

[30] In questo senso si esprime Gestri, il quale osserva anche che siffatta lettura è in linea con la definizione di disastro accolta dalla CDI, che non fa riferimento all'elemento transfrontaliero (M. Gestri, *La risposta alle catastrofi nell'Unione europea: protezione*

del disastro è confermata anche dalla portata territoriale della clausola. Infatti, la Decisione non solo conferma che l'art. 222 ha essenzialmente una dimensione interna all'Unione, ma che "indipendentemente dal fatto che [la crisi] si verifichi […] all'interno o al di fuori del territorio degli Stati membri", "(si) applica: (a) nel territorio degli Stati membri […]; (b) quando interessa […] infrastrutture […] situate nelle acque territoriali, nella zona economica esclusiva o sulla piattaforma continentale di uno Stato membro"[31].

Per il resto, la Decisione prevede modalità di risposta sul piano unionale che sono gestite dal Consiglio. Tali modalità, che possono essere attivate solo come *last resort* (come confermato dall'art. 4.1), non esauriscono tuttavia le multiformi manifestazioni della solidarietà all'interno dell'Unione in caso di catastrofi. Ciò pone il problema più generale del rapporto tra la clausola di solidarietà e le altre espressioni di solidarietà che trovano la loro base nei trattati UE.

Nel 2002, in seguito alle grandi alluvioni estive che avevano colpito l'Europa centrale, il Consiglio ha istituito il Fondo di solidarietà dell'Unione europea[32]. Il Fondo prevede un sostegno finanziario, distinto da quello disponibile attraverso i fondi ordinari di coesione, in termini di sovvenzioni agli Stati membri interessati (o ai Paesi candidati) per le attività intraprese nella fase di recupero immediato, come il ripristino delle infrastrutture e delle aree danneggiate e la fornitura di alloggi temporanei per le popolazioni coinvolte. Benché concepito per applicarsi principalmente ai grandi disastri naturali, è stato utilizzato anche in caso di disastro tecnologico: il naufragio della nave cisterna *Prestige*, affondata in Galizia nel novembre 2002[33]. Nonostante la sua portata materiale limitata e la scarsa copertura finanziaria che può fornire, lo strumento si è dimostrato un successo, essendo stato attivato in oltre ottanta casi. La revisione del Fondo del 2014 ha precisato i criteri per l'applicazione ai disastri naturali "maggiori" e

civile e clausola di solidarietà, in M. Gestri (cur.), *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione europea e in ambito penale*, Milano, 2016, p. 48). In senso contrario si veda S. Myrdal, M. Rhinard, *The European Union's solidarity: empty letter or effective tool? An analysis of article 222 of the Treaty on the Functioning of the European Union*, Occasional Papers, 2, 2010.

[31] Cfr. art. 2.

[32] Cfr. Regolamento (CE) n. 2012/2002 del Consiglio dell'11 novembre 2002.

[33] La possibilità di applicare il Fondo ai disastri tecnologici è solo accennata nel preambolo, laddove si dice che "il sostegno dovrebbe *principalmente* essere mobilizzato in caso di catastrofi naturali" (primo considerando preambolare, corsivo nostro). Il disastro della Prestige, peraltro, a causa del suo vasto impatto era stato classificato anche come disastro regionale.

"regionali"[34] e, al fine di migliorare la reattività del meccanismo, ha inoltre introdotto la possibilità di effettuare pagamenti anticipati[35]. Ciò che resta tuttavia poco chiaro è il rapporto tra il Fondo di solidarietà e l'art. 122.2 TFUE[36]. Il Regolamento istitutivo del Fondo è stato adottato ex art. 159.3 TCE sulla coesione economica e sociale, una base giuridica confermata dal regolamento 661/2014, che richiama l'art. 175.3 TFUE, la corrispondente disposizione del Trattato di Lisbona. Tuttavia, non si fa menzione dell'art. 122.2 TFUE, introdotto a Lisbona e che riguarda in particolare il ricorso alla solidarietà finanziaria "[q]ualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali". Infatti, in tali circostanze il Consiglio, su proposta della Commissione, potrebbe decidere di concedere a determinate condizioni assistenza finanziaria agli Stati membri interessati.

L'art. 122.2 TFUE non è stato neanche utilizzato come base giuridica per il regolamento 2016/369. Quest'ultimo costituisce il più recente meccanismo di finanziamento dell'UE istituito per fornire sostegno di emergenza "in uno spirito di solidarietà" agli Stati membri per affrontare l'emergenza umanitaria conseguente a disastri naturali e provocati dall'uomo di portata e impatto eccezionale. Tale strumento, adottato con l'obiettivo di contrastare le conseguenze della crisi dei rifugiati, aveva lo scopo di fornire all'Unione un meccanismo interno di aiuto umanitario equivalente a quello stabilito dal Regolamento (CE) 1257/96, che disciplina l'assistenza umanitaria ai paesi terzi. È basato sul primo paragrafo dell'art. 122, che, "[senza] pregiudizio di ogni altra procedura prevista dalla trattati", consente l'adozione di misure di carattere eccezionale e generale per affrontare le crisi che uno Stato membro non può gestire da solo. Questa condizione è confermata nel testo del regolamento, laddove si afferma che il sostegno di emergenza previsto "può essere fornito solo se la portata e l'impatto eccezionali del disastro sono tali da dar luogo a gravi conseguenze umanitarie di vasta portata in uno o più Stati membri e solo in circostanze eccezionali in cui nessun altro strumento a disposizione degli Stati membri e dell'Unione è sufficiente"[37]. Ciò pone il problema di quale strumento, tra questo

[34] Cfr. Regolamento n. 661/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, art. 2, par. 2–3.

[35] Cfr. art. 4a.

[36] C. Hilson, *EU environmental solidarity and the ecological consumer*, in M. G. Ross, Y. Borgmann-Prebil (eds.), *Promoting solidarity in the European Union*, Oxford, 2010, p. 139.

[37] Cfr. art. 1.1.

e la clausola di solidarietà, dovrebbe essere esperito per primo. Come è stato affermato in modo convincente da Casolari, la clausola di non pregiudizio ex artt. 122.1 dovrebbe implicare che le misure adottate sulla base di quest'ultimo diano la priorità agli altri meccanismi previsti dal diritto primario, ivi compresa la clausola di solidarietà. Nondimeno, il meccanismo predisposto dall'art. 222, essendo qualificato come ultima risorsa, fornirebbe a sua volta un rinvio, richiedendo in tal modo che il supporto di emergenza sia applicato in via preliminare[38].

Infine, tra gli strumenti esistenti nella UE, una particolare importanza deve essere assegnata al Meccanismo unionale di protezione civile (UCPM). Come si vedrà, l'UCPM si è rivelato lo strumento più rilevante attraverso il quale la solidarietà nella risposta ai disastri ha luogo all'interno ma anche all'esterno dell'Unione. Gli Stati membri coordinavano le proprie capacità nazionali di protezione civile in caso di gravi calamità naturali già da lungo tempo. Tuttavia, la cooperazione nella gestione delle catastrofi ha fatto un salto di qualità con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Il cosiddetto Meccanismo di Protezione Civile (CPM) è stato istituito nel 2001 dalla Decisione 2001/792/CE del Consiglio con l'obiettivo di favorire la mobilitazione di assistenza in caso di catastrofi e il miglioramento della preparazione a livello nazionale in collaborazione con le istituzioni europee. Il CPM è stato modificato per la prima volta nel 2007[39], ma si è dovuto attendere fino al Trattato di Lisbona perché la protezione civile diventasse una politica a sé stante e venisse dotata di una specifica base giuridica nei trattati. Annoverando la protezione civile tra i settori in cui l'UE ha una competenza di sostegno, l'art. 6(f) TFUE, in conformità con la prassi precedente, afferma che il ruolo delle istituzioni europee è complementare e non può andare oltre il coordinamento delle azioni degli Stati membri. In altre parole, riconosce le prerogative sovrane degli Stati in questo campo. In materia di protezione civile, dunque, la Commissione ha il ruolo di facilitatore.

L'art. 196 TFUE, che disciplina in dettaglio la nuova area di competenza, esordisce affermando che l'Unione "incoraggia la cooperazione tra

[38] Cfr. F. Casolari, *Lo strano caso del regolamento 2016/369, ovvero della fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione ai tempi delle crisi*, in E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravallo, E. Nalin, R. Virzo (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Vol. I., Bari, p. 528.

[39] Attraverso la Decisione del Consiglio 2007/779/CE e uno strumento finanziario per la protezione civile (decisione 2007/162/CE del Consiglio).

gli Stati membri al fine di rafforzare l'efficacia dei sistemi di prevenzione e di protezione dalle calamità naturali o provocate dall'uomo". Lo "spirito di solidarietà" tra le entità cooperanti non è qui menzionato, sebbene sia implicito[40]. Inoltre, la rilevanza della solidarietà e in particolare della clausola di solidarietà in ambito di protezione civile è chiaramente riconosciuta dalla decisione 1313/2013 che istituisce l'UCPM e dalla relativa decisione di attuazione 2014/762. La decisione 1313/2013 considera l'UCPM "un'espressione tangibile della solidarietà europea in quanto garantisce un contributo pratico e tempestivo alla prevenzione e alla preparazione ai disastri e alla risposta […]"[41]. Inoltre, afferma che il Meccanismo "dovrebbe anche contribuire all'attuazione dell'articolo 222 […] (TFUE), mettendo a disposizione le sue risorse e capacità, se necessario"[42].

L'UCPM è uno strumento operativo attivabile per qualsiasi tipo di catastrofi naturali o provocate dall'uomo "che hanno o possono avere un grave impatto sulle persone, l'ambiente, o il bene, compreso il patrimonio culturale"[43]. Il suo fulcro operativo è il Centro di coordinamento della risposta alle emergenze (ERCC), che ha sede presso la sede della Commissione a Bruxelles e garantisce il monitoraggio permanente e la reazione immediata ai disastri. Infatti, attraverso il suo centro informazioni raccoglie, analizza e diffonde informazioni in tempo reale sui disastri.

Secondo l'ampia formulazione dell'art. 196, le azioni perseguite dal Meccanismo riguardano tutte le fasi della gestione dei disastri, anche se poi la Decisione 1313 si concentra primariamente sulla fase preventiva. Una delle principali novità concerne infatti la preparazione ai disastri e consiste nella creazione di una Capacità di risposta europea alle catastrofi (EERC) sotto forma di "pool volontario di mezzi pre-impegnati" dagli Stati membri"[44]. L'EERC, che comprende moduli, attrezzature, supporto e servizi di soccorso[45] ed è a disposizione dell'ERCC, è stato istituito al fine di rendere l'azione dell'Unione più prevedibile e coordinata e, in ultima analisi, di aumentare la visibilità di quest'ultima nella sua attività di risposta ai disastri.

Contrariamente alla clausola di solidarietà, l'assistenza fornita attra-

[40] Cfr. M. Kotzur, *Solidarity as a legal concept*, in A. Grimmel, S.M. Giang (eds.), *Solidarity in the European Union. A fundamental value in crisis*, Heidelberg, 2017, p. 142.

[41] Cfr. quinto considerando preambolare.

[42] Cfr. quarto considerando preambolare.

[43] Cfr. art. 4.1.

[44] Cfr. Decisione 1313/2013, art. 11.1.

[45] Cfr. Decisione di esecuzione 2018/142 della Commissione del 15 gennaio 2018, capitolo 5.

verso il Meccanismo è puramente volontaria, ciascuno Stato potendo indicare "la portata, i termini e, se del caso, i costi dell'assistenza che potrebbe prestare"[46]. Tuttavia, anche se gli Stati membri possono decidere liberamente di mettere le proprie capacità di risposta a disposizione dell'EERC, "*once made available, the response capacities must be used to help the requesting State: it is not an option, but an obligation which directly comes from the real nature of the voluntary pool*"[47]. Un eventuale rifiuto da parte di uno Stato membro potrebbe essere giustificato solo dimostrando l'esistenza di circostanze imperative che impediscono il dispiegamento dei beni preimpegnati[48].

Un'altra notevole differenza rispetto alla clausola di solidarietà riguarda l'ambito di applicazione personale, territoriale e temporale, che è più ampio. Indubbiamente, l'UCPM è una manifestazione di solidarietà sia all'interno che all'esterno dell'Unione. Anzitutto, oltre agli Stati membri, coinvolge anche l'Islanda, l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia, il Montenegro, la Norvegia, la Serbia e la Turchia. In secondo luogo, l'assistenza tramite il Meccanismo può essere richiesta da qualsiasi Paese interessato, nonché dall'ONU e dalle sue agenzie come pure dalle organizzazioni internazionali in genere[49]. Infine, come già accennato, l'UCPM prevede anche una serie di misure riguardanti le fasi della prevenzione e della preparazione.

Nell'insieme, il Meccanismo ha dimostrato la sua efficacia nel soddisfare gli obiettivi ad esso assegnati. Tuttavia, i numerosi disastri naturali che, in conseguenza dei cambiamenti climatici, hanno colpito il continente europeo negli ultimi anni, hanno messo a dura prova la capacità di risposta della UE, rivelando alcune carenze strutturali della stessa[50]. Al fine di adeguare l'UCPM alle sfide poste dalla crescente frequenza di eventi estremi, la Commissione nel 2017 ha proposto l'introduzione di alcune modifiche finalizzate a sviluppare un approccio più integrato alla gestione delle catastrofi, contraddistinto da poderose misure di prevenzione e preparazione[51].

[46] Cfr. art. 15.4.

[47] Cfr. S. Villani, *The EU civil protection mechanism: instrument of response in the event of a disaster*, in *Revista Universitaria Europea*, n. 26, 2017, p. 137. L'art. 11.1 dispone infatti che "response capacities that Member States make available for the EERC *shall be available* for response operations under the Union Mechanism following a request for assistance through the ERCC" (corsivo nostro).

[48] Cfr. art. 11, par. 7–8.

[49] Cfr. artt. 15.1 e 16.1 della Decisione 1313/2013.

[50] COM(2017)772, p. 3.

[51] *Ibid.*, par. 3.2.

Tale proposta è alla base della decisione 2019/420, entrata in vigore nel maggio 2019.

Le principali novità introdotte al Meccanismo Unionale dalla nuova normativa sono l'istituzione di RescEU e le modifiche apportate all'EERC, che viene ribattezzato Pool europeo di protezione civile. RescEU crea un'ulteriore riserva di capacità di risposta alle catastrofi, la quale è posseduta e ospitata dagli Stati membri. Con la sua istituzione, l'UE intende porre rimedio alle carenze dell'UCPM – dovute in particolare al carattere volontario del contributo degli Stati membri – come pure dei sistemi di risposta nazionali degli Stati membri. La riserva RescEU sarà istituita gradualmente e verrà completata solo nel 2025. Tuttavia, una flotta di "transizione" era già operativa nell'agosto 2019 per combattere i devastanti incendi boschivi che avevano investito la Grecia. RescEU è stato concepito per essere utilizzato come ultima risorsa, "in situazioni particolarmente pressanti in cui l'insieme delle risorse esistenti a livello nazionale nonché i mezzi pre-impegnati dagli Stati membri nel pool europeo di protezione civile non sono in grado, in determinate circostanze, di garantire una risposta efficace"[52]. A seguito di una richiesta di assistenza, è la Commissione che decide, "in stretto coordinamento con lo Stato membro richiedente e con lo Stato membro che possiede, affitta o noleggia [le risorse di rescEU]", sullo spiegamento e la smobilitazione della capacità richiesta[53]. Il valore aggiunto di RescEU, come rimarcato dall'ex Commissario per gli aiuti umanitari e la gestione delle crisi Christos Stylianides dopo il suo dispiegamento in Grecia, è che *"[it] makes our response more robust, quick and efficient*"[54].

Inoltre, il Pool europeo di protezione civile è stato rafforzato mediante la fornitura di maggiori finanziamenti agli Stati membri per l'adattamento, la riparazione e i costi operativi delle sue risorse. Gli Stati membri e gli altri Paesi partecipanti ricevono quindi un ulteriore incentivo a impegnare le proprie capacità per il Pool e, in ultima analisi, ad aiutarsi a vicenda quando necessario. La prevenzione dei disastri è parimenti rafforzata, in particolare attraverso un sistema semplificato di segnalazione dei rischi, mentre la Commissione è incaricata di stabilire specifici meccanismi di consultazione "tra gli Stati membri esposti a tipologie di catastrofi analoghe, anche in caso di rischi transfrontalieri e di rischi poco probabili dall'impatto molto

[52] Cfr. art. 12.1 della Decisione 1313/2013 come modificata dalla Decisione 2019/420.

[53] *Ibid.*, art. 12.6.

[54] Commissione europea, *RescEU assets mobilised to help Greece fight devastating forest fires*, Press release, Bruxelles, 14 agosto 2019.

elevato"[55]. Nel complesso, le modifiche introdotte all'impianto normativo di protezione civile mirano principalmente a migliorare la capacità di risposta collettiva alle catastrofi dell'Unione e dei suoi Stati membri.

La Decisione richiamata ha il merito di prevedere un sistema che combina la solidarietà con la responsabilità nazionale[56], privando di fondamento le reiterate critiche secondo le quali la solidarietà nei disastri invita al parassitismo i Paesi del Sud dell'Unione, essendo questi ultimi intrinsecamente più esposti a eventi naturali estremi[57]. Al contrario, l'obiettivo finale è una situazione in cui tutti i Paesi hanno integrato la prevenzione dei disastri in tutte le loro politiche, hanno preso accordi che garantiscano un livello di risposta soddisfacente e possono fare affidamento sull'assistenza dell'UE in caso di catastrofi eccezionali per portata o natura. In questo quadro, gli Stati membri non sono obbligati ad agire in modo solidale; sono però fortemente indotti a farlo dai vari incentivi pratici e finanziari forniti dal Meccanismo.

In conclusione, la solidarietà interna in caso di disastro rappresenta senza dubbio una delle più importanti e multiformi espressioni della solidarietà europea come valore e anche come principio. Tra i vari strumenti di solidarietà disponibili in caso di calamità, il fulcro del sistema resta l'UCPM e non, contrariamente a quanto ci si potrebbe aspettare, la clausola di solidarietà[58]. La centralità dell'UCPM, inoltre, è destinata ad aumentare,

[55] Cfr. art. 6.2 della Decisione 1313/2013 come modificata dalla Decisione 2019/420.

[56] La Decisione, pur ribadendo che la responsabilità primaria nella gestione dei disastri riposa sugli Stati membri, sottolinea che l'UCPM "promuove la solidarietà tra gli Stati membri" conformemente all'art. 3.3 TUE (*sic* il secondo considerando preambolare). V. anche il ventesimo paragrafo preambolare, in cui si afferma che *"[a]l fine di equilibrare la responsabilità nazionale e la solidarietà tra gli Stati membri*, una parte dei costi operativi legati alla mobilitazione delle risorse di rescEU dovrebbe essere ammessa a beneficiare dell'assistenza finanziaria dell'Unione" (corsivo nostro).

[57] Quest'affermazione è peraltro smentita dalla prassi più recente, a cominciare dai numerosi incendi che, a causa delle sempre più alte temperature dovute ai cambiamenti climatici, hanno colpito la penisola scandinava nel 2018. Inoltre, proprio i suddetti incendi hanno messo in moto la più grande operazione di protezione civile mai effettuata dall'Unione.

[58] La clausola di solidarietà non è mai stata utilizzata, ma ciò non significa che debba essere considerata superflua. Anzitutto, ha un notevole valore simbolico (S. Olsson, P. Larsson, *The future of crisis management in the European Union*, in S. Olsson, P. Larsson (eds.) *Crisis management in the European Union – cooperation in the face of emergencies*, Dordrecht, 2009, p. 161). Più fondamentalmente, detta clausola è stata concepita come parte del più ampio spettro di strumenti e misure disponibili per la risposta ai disastri all'interno dell'UE. Di conseguenza, "the main idea behind the solidarity clause is to step up the coordination of these many instruments" sotto la guida della Commissione (si veda il discorso di Hans Das, direttore della Civil Protection Policy Unit, dinanzi alle commissioni

grazie anche alla creazione di RescEU. Infine, le modifiche recentemente introdotte al Meccanismo sottolineano il rilievo crescente che la solidarietà sta assumendo nel settore e confermano il ruolo cruciale delle istituzioni europee nel metterla in atto[59].

3. La solidarietà ai tempi del Covid

3.1. Il quadro internazionale

L'attuale pandemia Covid-19 può indubbiamente considerarsi un disastro di dimensione internazionale (o meglio universale), ma si contraddistingue per una estrema eccezionalità e peculiarità che la rendono difficilmente assimilabile ad altri disastri sul piano delle caratteristiche intrinseche come su quello delle conseguenze. Nel considerare la nozione di disastro, è necessario distinguere l'evento storico dal concetto giuridico, il quale "*requires that such an event lead to certain specified effects*"[60]. In genere, le definizioni di disastro contenute in trattati internazionali richiedono che l'evento sia suscettibile di avere un impatto su persone, proprietà e/o l'ambiente. Il Progetto di articoli sulla *Protection of Persons in the Event of Disasters*, adottato dalla CDI nel 2016, stabilendo una soglia molto alta, richiede che "a calamitous event or series of events resulting in widespread loss of life, great human suffering and distress, mass displacement, or large-scale material or environmental damage [has the consequence of] seriously disrupting the functioning of society"[61]. Ne consegue che l'articolato si rivolge soltanto a quelle situazioni, dovute ad eventi

Sicurezza e Difesa e LIBE del Parlamento europeo in data 16 giugno 2015 (*The solidarity clause: one of the most unacknowledged innovations of the Lisbon Treaty. The European Parliament debates its implementation but also its ambiguities*, www.eulogos.org). In questo sistema, la clausola di solidarietà ha un ruolo meramente residuale: essa è volta a far fronte a "an exceptional situation, that overwhelms the response capacities of a Member State even after using *all* the available instruments at European and national level" (*ibid.*, corsivo nostro).

[59] D'altronde, come è stato osservato, "[i]f solidarity is to work, it needs to come under the oversight of strong institutions; otherwise, if left to the States' discretion, it will continue to exist as a principle of good intentions" (L.S. Rossi, *The principle of equality among member States of the European Union*, in L.S. Rossi, F. Casolari (eds.), *The principle of equality in EU law*, Cham, 2017, p. 38).

[60] F. Zorzi Giustiniani, *International law in disaster* cit., p. 13.

[61] CDI, *Draft Articles on the Protection of Persons in the Event of Disasters with commentaries*, in *Report of the International Law Commission: Sixty-Eighth Session (2 May– 10 June and 4 July– 12 August 2016)*, A/71/10, progetto di art. 3a).

naturali o causati dall'uomo, che per la loro gravità richiedono una risposta internazionale. D'altra parte, solo i conflitti armati sono esclusi *expressis verbis* dalla definizione di disastro *ex* art. 3. Quanto alle epidemie, non sembrano essere contemplate dal Progetto. Il Commentario fa riferimento solo a "*health problems*" come esempio del "*great human suffering and distress*" che può essere *causato* dal disastro[62]. Resta tuttavia un'incertezza di fondo al riguardo. A favore di una loro inclusione deve sottolinearsi che la nozione di disastro adottata dalla Commissione pone l'accento non tanto sull'evento in sé quanto sulle sue conseguenze. Inoltre, il Covid-19, essendo una pandemia, ha un'intrinseca dimensione internazionale, proprio come quei disastri che, per la loro gravità, la CDI aveva in mente nel redigere il Progetto. Si deve infine ricordare che la Federazione internazionale di Croce Rossa e Mezzaluna Rossa (FIRC) – che ha giocato un ruolo di precursore nella codificazione del diritto internazionale dei disastri – aveva considerato l'HIV rientrare in tale nozione nel suo progetto di Linee guida per la facilitazione e regolamentazione domestica delle operazioni internazionali di soccorso e di assistenza riabilitativa iniziale nei disastri[63].

Il Covid-19 ad ogni modo, come appena detto, ha peculiarità sue proprie che lo rendono un disastro unico nel suo genere e perciò inedito, senza precedenti. Innanzitutto, iniziato come un'epidemia internazionale, è mutato in breve tempo in una vera e propria pandemia[64]. É diventato di uso comune il monito secondo il quale dinanzi al Covid-19 tutti sono a rischio, ed anzi che tutti sono – o meglio siamo – sulla stessa barca, egualmente vulnerabili. Nella pratica, tuttavia, si è visto come il Covid abbia avuto un impatto differenziato sia all'interno di singoli Stati che a livello internazionale, colpendo maggiormente una serie di categorie vulnerabili (quali persone anziani e fragili e, per i suoi effetti indiretti, ad esempio le donne) e più in generale i Paesi meno ricchi (ha colpito in modo sproporzionato il sud del mondo). Siffatte disparità a livello internazionale sono state poi accentuate dal ruolo avuto dai Paesi ricchi durante l'epidemia: essendo i più colpiti nella fase iniziale di diffusione del virus, hanno reagito in modo assai scomposto e in definitiva irrazionale in un mondo globalizzato e in una situazione di pandemia, ricorrendo prima a misure unilaterali in vio-

[62] Commento al progetto di art. 3, sottopar. (a) (7).

[63] Cfr. FICR, *Annotations to the Draft Guidelines for the Domestic Facilitation and Regulation of International Disaster Relief and Initial Recovery Assistance, 26 ottobre* 2007.

[64] Cfr. la dichiarazione dell'11 marzo 2020 del Direttore generale dell'OMS.

lazione degli obblighi derivanti dal Regolamento sanitario internazionale (2005) e poi all'accaparramento dei vaccini.

Nella prima fase della pandemia l'OMS, e poi più volte il CDESC delle Nazioni Unite, hanno rammentato agli Stati l'importanza della cooperazione internazionale nella risposta al Covid-19 e in particolare l'esistenza di obblighi transnazionali di cooperazione, *in primis* ex art. 2 par. 1 del Patto sui diritti economici, sociali e culturali[65]. Il limite di tali obblighi internazionali, come si è detto, è tuttavia l'impossibilità di determinare in che misura ciascuno Stato singolarmente dovrebbe contribuire, rendendoli pertanto degli obblighi imperfetti[66]. Non a caso l'accento iniziale sugli obblighi giuridici[67] è stato poi sostituito dal CDESC da un riferimento agli Obiettivi di sviluppo sostenibile[68] (che hanno una connotazione più politica), mentre il Direttore generale dell'OMS ha stigmatizzato il *moral failure* della comunità internazionale, *rectius* degli Stati più ricchi[69].

Nell'ambito dell'attuale pandemia ciò che, in un'ottica di solidarietà internazionale, andrebbe condiviso, o meglio distribuito equamente è soprattutto l'accesso ai vaccini. Tuttavia, né la normativa internazionale sui diritti umani (si è detto dei limiti degli obblighi transnazionali) né quella di settore di diritto sanitario (in particolare lo Statuto dell'OMS e il Regolamento sanitario internazionale) forniscono le basi su cui fondare un sistema normativo indirizzato a realizzare un accesso globale ai vaccini. Non è un caso che il Segretario generale ONU, nel richiamare la solidarietà globale sul tema, non abbia fatto riferimento a obblighi *giuridici* degli Stati[70]. Egualmente il Consiglio di Sicurezza, nella risoluzione 2565 del

[65] CDESC, *Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights*, 6 aprile 2020, E/C.12/2020/1, 6 aprile 2020, par. 20 ss.

[66] *Sic* De Schutter con specifico riguardo all'obbligo "to fulfil-provide" (cfr. O. De Schutter, *International human rights law: cases, materials, commentary*, Cambridge, 2014, p. 222).

[67] CDESC, *Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights*, E/C.12/2020/1, 17 aprile 2020, par. 2.

[68] Cfr. CDESC, *Statement on universal affordable vaccination against coronavirus disease (COVID-19), international cooperation and intellectual property*, E/C.12/2021/1, 23 aprile 2021, par. 1. Più avanti il Comitato afferma poi che gli Stati hanno "a duty of international cooperation and assistance to ensure access to vaccines against COVID-19 wherever needed".

[69] "The world is on the brink of a catastrophic moral failure – and the price of this failure will be paid with lives and livelihoods in the world's poorest countries" (*WHO Director-General's opening remarks at 148th session of the Executive Board*, 18 gennaio 2021, www.who.int).

[70] Cfr. Segretario Generale ONU, *COVID-19 Pandemic Calls for Coordinated Action, Solidarity, and Hope*, 19 marzo 2020, www.unu.edu.

26 febbraio scorso, si è limitato a *invocare il rafforzamento* della cooperazione internazionale al fine di facilitare un accesso equo e sostenibile ai vaccini, in particolare in contesti di conflitto ed emergenze umanitarie[71].

Sul piano internazionale vi sono state invero diverse iniziative specifiche che mirano al raggiungimento dell'obiettivo di una distribuzione equa dei vaccini a livello globale. La più importante è sicuramente Covax, il pilastro vaccinale dell'*Access to COVID-19 Tools* (ACT) *Accelerator*, un'iniziativa multilaterale lanciata nell'aprile 2020 e sostenuta da diverse organizzazioni internazionali, ONG e privati (quali, tra gli altri, OMS, CEPI, Gavi, The Global Fund, Unitaid, la Bill & Melinda Gates Foundation e la Banca Mondiale) con l'obiettivo di sviluppare, produrre e distribuire in modo equo, rapido ed efficace i test, i trattamenti e i vaccini per il Covid-19. Il COVAX, che conta ben 171 adesioni, mira a garantire, tra l'altro, dosi per il 20% della popolazione degli Stati aderenti (percentuale che dovrebbe assicurare la copertura vaccinale delle fasce a rischio), una distribuzione immediata del vaccino sui territori, ma soprattutto un accesso equo da garantire ai 92 Paesi a reddito basso e medio-basso attraverso l'*Advance Market Commitment* (AMC). L'equa distribuzione dei vaccini nel mondo è assicurata tramite la *COVAX Facility*, che a fronte dell'obiettivo – invero assai ottimistico – di arrivare a 2 miliardi di dosi entro l'anno corrente, ha finora distribuito 537 milioni di fiale in 144 Stati[72]. Orbene, la *COVAX Facility* rappresenta certamente un'iniziativa unica, senza precedenti a livello internazionale. Non è tuttavia idonea di per sé a risolvere il problema dell'accesso globale ai vaccini, anzitutto poiché i fondi stanziati non risultano sufficienti a coprire del tutto i costi. In secondo luogo, la *Facility* non aiuta i Paesi meno abbienti a creare una propria capacità produttiva, non fornendo né le infrastrutture né il *know-how* necessari per produrre i vaccini. Si è così rivelata un meccanismo basato sulla carità più che sulla solidarietà.

Oltre al Covax il 29 maggio 2020 l'OMS ha poi lanciato, su iniziativa del Costa Rica, il *Solidarity Call to Action*[73] e il *COVID-19 Technology Access Pool* (C-TAP), nell'intento di favorire l'accesso e la diffusione secondo equità dei risultati dell'innovazione e della ricerca scientifica. Il

[71] Cfr. Consiglio di Sicurezza ONU, ris. 2565/2021, 26 febbraio 2021, par. 1.

[72] Il dato è aggiornato al 24 novembre 2021. Cfr. https://www.gavi.org/covax-facility.

[73] Cfr. *Solidarity call to action to realize equitable global access to COVID-19 health technologies through pooling of knowledge, intellectual property and data*, firmato dal Direttore Generale dell'OMS e dal Presidente del Costa Rica, e sottoscritto poi da 43 Stati (www.who.int).

C-TAP è una piattaforma il cui obiettivo è quello di consentire una maggiore condivisione dei diritti di proprietà intellettuale dei dati dei *test* clinici effettuati al fine di accelerare e rendere globalmente disponibile la produzione di vaccini, farmaci e metodi di diagnostica del Covid. Ad oggi, tuttavia, nessun produttore di vaccini ha condiviso alcunché attraverso tale meccanismo.

Un altro strumento già esistente, il *Medicines Patent Pool* di Unitaid, una piattaforma che mira a negoziare per conto dei sistemi sanitari pubblici le licenze per produrre i farmaci, è stato infine ampliato nell'aprile 2020 per includere trattamenti anti-Covid ed è attualmente all'opera con l'OMS e altri partner per creare un *hub* in Sudafrica[74].

In aggiunta ai suddetti meccanismi occorre poi accennare a quelle proposte, variamente sostenute dagli Stati, di far fronte agli ostacoli che si frappongono all'immunizzazione globale e che sono dovuti alla protezione dei brevetti e alla mancata capacità manufatturiera di molti Paesi intervenendo sull'accordo TRIPs. Facciamo riferimento in particolare alla sospensione della tutela sui brevetti e alla proposta avanzata dalla presidente della Commissione europea al recente *Global Health Summit* del G20 di una "terza via", che come annunciato dovrebbe basarsi su tre elementi: 1) agevolazioni commerciali, 2) sostegno ad una maggiore produzione, 3) semplificazione del sistema delle licenze obbligatorie[75].

Cercando di tirare le somme e valutare il peso della solidarietà nella risposta della comunità internazionale all'emergenza Covid, si deve rilevare che i ripetuti appelli alla solidarietà globale effettuati in più consessi e i notevoli contributi finanziari erogati non sono stati accompagnati da una sufficiente accessibilità dei vaccini da parte dei Paesi meno abbienti. Ciò anche perché l'insieme delle iniziative e proposte effettuate, lungi dal contribuire ad accelerare l'immunizzazione globale, hanno soprattutto creato un effetto Babele. L'istituzione e/o proposizione di una serie di meccanismi e approcci diversi, pur potendosi leggere, da una parte, come manifestazione del riconoscimento dell'importanza della solidarietà e effetto anche del contributo giocato dalla società civile internazionale, dall'altro si è risolta in una inefficacia complessiva (dovuta tra l'altro alle parziali sovrapposizioni tra le varie iniziative, ad esempio tra l'ACT-Accelerator e il C-TAP, e alla conseguente confusione che può ingenerarsi nei *decision-ma-*

[74] Cfr. https://medicinespatentpool.org/covid-19/technology-transfer-hub.

[75] Cfr. Allocuzione inaugurale della Presidente von der Leyen al Global Health Summit, 21 maggio 2021.

kers come nell'opinione pubblica che vorrebbe supportare tali iniziative) e ha favorito tecniche dilatorie da parte degli Stati. Tra l'altro l'iniziativa ACT-A, come la sua componente COVAX, pur essendo state realizzate in tempi rapidissimi, sono giunte quando oramai vari Stati si erano già mossi autonomamente per sviluppare e acquistare vaccini.

Non resta che sperare che il trattato pandemico di prossima negoziazione fornisca un quadro normativo chiaro che sia improntato al massimo coordinamento interistituzionale e che contenga dei meccanismi partecipativi idonei quantomeno ad "incentivare" la solidarietà internazionale.

3.2. La solidarietà dell'Unione europea

Passando ora ad esaminare il ruolo della solidarietà nella gestione dell'emergenza sanitaria da parte della UE, va rilevato anzitutto che gli strumenti normativi applicabili sono molteplici. Vi è *in primis* il già menzionato UCPM e, in secondo luogo, il regolamento 1082, anch'esso del 2013, relativo alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero. Ambedue gli strumenti sono basati su politiche di supporto all'azione degli Stati membri. Vi è infine la clausola di solidarietà ex art. 222 del TFUE. Tale clausola, va ricordato, gioca un ruolo residuale nel sistema giacché concerne quelle situazioni eccezionali in cui siamo di fronte ad una crisi che va oltre le capacità di risposta di uno Stato membro anche dopo aver utilizzato tutti gli strumenti disponibili a livello europeo e nazionale.

Per quanto concerne la reazione concreta dell'Unione, devono evidenziarsi luci e ombre. Dopo la mancata solidarietà dimostrata inizialmente dagli Stati membri, evidente tra l'altro nella mancata assistenza ricevuta dall'Italia a seguito della richiesta di dispositivi di protezione individuale, l'Unione è sostanzialmente riuscita a rispondere in tempi abbastanza rapidi e in modo efficace all'emergenza. Invero già a fine gennaio 2020 erano state inviate 12 tonnellate di materiale medico e di protezione verso la Cina. A marzo 2020 è stata poi creata una riserva di dispositivi medici, tra cui maschere e respiratori, finanziata al 90% dall'Unione e al 10% dagli Stati membri. Ciò è stato reso possibile grazie all'adozione della decisione 2020/414 (del 19 marzo) che ha permesso l'attivazione di rescEU, la quale in origine riguardava esclusivamente i mezzi antincendio e di evacuazione medica aerea, anche per la creazione di scorte di materiale medico e risorse riguardanti le squadre mediche di emergenza. Di poco successiva (30

marzo) è poi la modifica del Fondo di solidarietà al fine di consentire agli Stati di ricorrervi anche in caso di "grave emergenza di sanità pubblica"[76].

Più in generale, per quanto riguarda l'UCPM, questo è stato attivato a beneficio di svariati Paesi, sia all'interno che all'esterno dell'Unione, rivelandosi un importante strumento per rendere operativa la solidarietà europea. Tale Meccanismo, inoltre, ha subìto delle ulteriori importanti modifiche il 20 maggio scorso, mediante il regolamento 2021/836. Questo strumento rafforza le capacità di risposta dell'Unione, in particolare triplicando le risorse finanziarie dedicate e permettendo una risposta più rapida allorché, come nel caso pandemico, una catastrofe colpisca allo stesso tempo la maggior parte dei Paesi membri. Tale regolamento contiene peraltro un riferimento esplicito al *principio* di solidarietà, che viene richiamato nel preambolo (al settimo considerando) come base fondante grazie alla quale l'UCPM dovrebbe contribuire a migliorare la capacità di risposta in senso lato (quindi anche in fase preventiva) pure per le emergenze mediche.

Nel mese di giugno scorso gli Stati membri hanno poi incaricato la Commissione di negoziare degli appalti comuni per i vaccini. È proprio sul fronte dell'impegno a contribuire all'obiettivo dell'immunizzazione, a livello europeo ma soprattutto a livello internazionale, e quindi in definitiva a dimostrare una solidarietà effettiva, che si riscontrano più luci che ombre, smentendo di fatto le molteplici dichiarazioni, effettuate *in primis* dalla presidente della Commissione Von Der Leyen, che i vaccini anti-Covid sono un "bene pubblico globale". Ne è prova il fatto che il contributo dell'Unione al COVAX non solo si è dimostrato insufficiente, ma è stato pure limitato di fatto dalla stessa Unione, e questo in più modi. Direttamente, come conseguenza della volontà di creare un meccanismo autonomo di condivisione dei vaccini, di cui ancora invero non sono chiari i contorni, da utilizzarsi principalmente per rifornire i paesi della *Eastern Partnership* al fine di aumentare la visibilità geopolitica dell'Unione sul fronte orientale. L'obiettivo dell'immunizzazione globale è stato però smentito anche in modo forse meno diretto, ma alla fine più dirompente, dai contratti di fornitura negoziati dall'Unione – gli ormai noti *Advance Purchase Agreements*. Tali accordi, che pure avrebbero dovuto essere negoziati, come originariamente pattuito con gli Stati membri, con l'obiettivo di promuovere il vaccino come un bene pubblico globale, non contengono alcun riferimento a tale espressione e, malgrado i notevoli fondi pubblici investiti e nella totale

[76] Regolamento (UE) 2020/461 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 marzo 2020.

assenza di trasparenza, hanno finito per costituire soprattutto una fonte di profitto per le società farmaceutiche. Secondo questi accordi, infatti, tutta la proprietà intellettuale, compresi – si badi bene – il *know-how* e i dati, sono della casa farmaceutica. Nel caso del contratto CureVac, inoltre, ai Paesi membri è stato impedito di rivendere, esportare o donare dosi – anche attraverso il Covax[77]. In definitiva, dunque, nella lotta al Covid-19, e in particolare, nel contribuire all'obiettivo dell'immunizzazione globale, l'Unione non si è sinora dimostrata all'altezza delle aspettative e ha finito per tradire il suo impegno, seppure più volte reiterato, a tener fede al "suo" principio di solidarietà internazionale.

[77] Cfr. Advance Purchase Agreement for the development, production, advance purchase and supply of a COVID-19 vaccine for EU Member States, https://ec.europa.eu/.

LA PRASSI DEL CONSIGLIO DI SICUREZZA SUL CAMBIAMENTO CLIMATICO: LE DINAMICHE GIURIDICHE PREVALENTI E LA CHIMERA DELLA CATARTICA RISOLUZIONE TEMATICA SUL BINOMIO CLIMA/SICUREZZA

Raffaele Cadin*

Sommario: 1. La comunità internazionale e le Nazioni Unite entrano nel tempo dell'Antropocene. – 2. Il complesso ed articolato rapporto tra sicurezza ed emergenze ambientali globali generate dal cambiamento climatico. – 3. Genesi ed evoluzione della prassi del Consiglio di sicurezza sul binomio clima/sicurezza. – 4. "L'Isola che non c'è": la mancata adozione da parte del Consiglio di sicurezza di una risoluzione tematica su clima e sicurezza. – 5. *Post-scriptum* sul "sanguinoso" veto solitario della Federazione Russa del 13 dicembre 2021: la "Waterloo climatica" del regime di Putin.

1. La comunità internazionale e le Nazioni Unite entrano nel tempo dell'Antropocene

Di fronte alla conclusione da tempo raggiunta dalla comunità scientifica internazionale circa il rischio che, stante il fenomeno del riscaldamento globale, il cambiamento climatico sia destinato a prevalere sulle nostre capacità di adattamento con conseguenze disastrose sulla popolazione del nostro Pianeta[1], diversi scienziati condividono la convinzione che l'umanità sia entrata in una nuova era geologica chiamata "Antroprocene"[2]: «*The*

* Professore associato di Diritto Internazionale, Sapienza Università di Roma.

[1] L'ultimo Rapporto dell'IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*) afferma chiaramente che già ora, agli attuali livelli di riscaldamento planetario, la sfida di realizzare un modello di sviluppo resiliente al clima è piuttosto complessa. Nel caso il riscaldamento globale dovesse far registrare nel prossimo futuro un aumento della temperatura di 1,5°C, tale obiettivo diventerebbe difficilmente raggiungibile con conseguenze potenzialmente irreversibili (Rapporto "Climate Change 2021: The Physical Science", *IPCC Working Group 1 Contribution to the Sixth Assessment Report,* 7 agosto 2021, che costituisce la prima parte del Sesto Rapporto di Valutazione dell'IPCC).

[2] Cfr. l'editoriale di F. Oldfield, *When and How Did the Anthropocene Begin?*, in *Anthrop. Rev.,* vol. 2(2), 2015, pp. 101 ss., p. 101: «In March of this year, *Nature* published a stimulating article by Simon Lewis and Mark Maslin entitled 'Defining the Anthropocene' (Lewis and Maslin, 2015). In it, they proposed criteria for determining the formal onset of the Anthropocene Epoch and from these, derived new starting dates. They proposed two

core idea of the Anthropocene is that the climate risks we face today are essentially our own doing. The human species in effect has overtaken other forces of nature to become the most significant driver of destruction of the Earth's biosphere. Knowledge of this event forces a compelling reframing of more traditional assumptions regarding the relationship between humanity and nature in favour of a cognitive framework that assigns a determining role to humanity in shaping the direction of future changes in the biophysical and biological systems of planet Earth. Humanity is tasked with deciding how the future of this planet will unfold»[3]. In questa nuova fase, la riflessione critica non può prescindere dall'intuizione che l'essere cosmopolita sia imprigionato in quella che Beck definisce «*a shared global space of threats – without exit*»[4].

In seguito, lo stesso Autore ha teorizzato che dai cambiamenti epocali introdotti dall'Antropocene possono discendere «*emancipatory effects*». In particolare, l'«*anthropological shock*» generato dalle scene ampiamente mediatizzate dei disastri induce la comunità internazionale a prendere atto del fatto che le calamità ambientali prevenibili infliggono sofferenze insostenibili alle comunità più povere e vulnerabili. In tale scenario liberatorio, la minaccia esistenziale di un grave disastro (*rectius* … la sua immaginazione) provoca un senso di ansiogena urgenza e un potente desiderio di cambiamento sociale che a sua volta possono sfociare in orizzonti normativi generatori di «*common goods*»[5]. Il catastrofismo liberatorio introduce, quindi, tre lenti concettuali dinamiche con profonde conseguenze normative nel diritto internazionale contemporaneo: lo spettro della catastrofe planetaria mette in discussione i principi esistenziali (non scritti) della civiltà umana, provocando così uno shock antropologico che determina la catarsi sociale.

Nel contesto concettuale appena descritto, la seduta inaugurale della 76° Sessione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, tenutasi presso il Palazzo di Vetro a New York a partire dal 14 settembre 2021, ha segnato

alternatives, ad 1610 and ad 1964. The former date lies some two centuries before the date proposed by Crutzen and Stoermer (2000) in their paper introducing and providing both a definition and a starting point for the Anthropocene. The latter date is over a decade later than an alternative and increasingly discussed onset date arising from Steffen et al.'s paper (2007) identifying a 'Great Acceleration' in detectable human impact on the Earth System beginning in the mid-20th century».

[3] T. Skillington, *Climate Justice and Human Rights*, New York, 2017, pp. 1-2.

[4] U. Beck, *World at Risk*, Cambridge, 2009, p. 56.

[5] Cfr. U. Beck, *Emancipatory Catastrophism: What Does it Mean to Climate Change and Risk Society?* in *Curr. Sociol.*, vol. 63(1), 2015, pp. 75 ss.

l'entrata delle Nazioni Unite nel tempo dell'Antropocene[6]. «*We are on the edge of an abyss*» ha ammonito il Segretario generale Antonio Guterres rivolgendosi ad un mondo mai così minacciato e diviso e, nonostante ciò, o forse proprio per questo, incapace di trovare nella solidarietà internazionale l'ancora di salvezza dal disastro planetario. E le nuove minacce belliche, sanitarie, ambientali non sono fatalità che colpiscono una umanità disarmata, ma l'esito suicida della guerra scatenata dall'uomo contro il pianeta e la natura. Del resto, qualche giorno prima lo stesso Segretario generale aveva presentato il Rapporto "*Our Common Agenda*" che inizia con la seguente analisi figlia di un allarmante realismo: «*We are at an inflection point in history. In our biggest shared test since the Second World War, humanity faces a stark and urgent choice: a breakdown or a breakthrough. The coronavirus disease (COVID-19) is upending our world, threatening our health, destroying economies and livelihoods and deepening poverty and inequalities. Conflicts continue to rage and worsen. The disastrous effects of a changing climate – famine, floods, fires and extreme heat – threaten our very existence*»[7].

La consapevolezza di essere di fronte ad un mutamento radicale delle minacce alla sicurezza che segna un innalzamento del rischio globale che non può essere affrontato con approcci superati e strumenti tradizionali ben emerge dal passaggio che segue del suddetto Rapporto: «*our collective peace and security is increasingly under threat as a result of emerging risks and dangerous trends for which traditional forms of prevention, management and resolution are ill suited. This includes protracted conflicts involving transnational networks and new actors, frequently associated with terrorism, rapidly evolving weapons technologies and a growing willingness of regional actors to participate directly in wars. Climate change is contributing to instability and is affecting livelihoods, access to resources and human mobility trends*»[8].

Tale *idem sentire* finalmente maturato nell'ambito delle relazioni internazionali circa la novità e la gravità di queste minacce e la necessità di un'azione immediata per evitare danni irreversibili non poteva rimanere

[6] L'Antropocene può essere così definito: «epoca geologica attuale, in cui l'ambiente terrestre, nell'insieme delle sue caratteristiche fisiche, chimiche e biologiche, viene fortemente condizionato su scala sia locale sia globale dagli effetti dell'azione umana, con particolare riferimento all'aumento delle concentrazioni di CO_2 e CH_4 nell'atmosfera», *Vocabolario – Treccani, Neologismi*, 2016.

[7] *Our Common Agenda*, Report of the Secretary General, New York, 2021, p. 3.

[8] Ivi, par. 88.

senza conseguenze nella coscienza giuridica degli Stati e della comunità internazionale. Si può anzi sostenere che, alla luce dei recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali negli ordinamenti interni e nell'ordinamento internazionale, in alcuni casi già realizzatasi, in altri ancora *in nuce*, si sia entrati in un momento creativo ("*turning point*") del fenomeno giuridico che beninteso non riguarda soltanto il diritto internazionale in generale e quello dell'ambiente nello specifico, ma che ha significative implicazioni trans-ordinamentali in materia di diritti umani, diritto penale, responsabilità (intergenerazionale) e sicurezza collettiva. Nel senso indicato, si vedano, ad esempio, le tendenze registrate da Pustorino in materia di giustizia ambientale a livello nazionale ed internazionale, con particolare riferimento alla lotta al cambiamento climatico, che potrebbero «rafforzare il valore normativo, sotto il profilo del diritto internazionale generale, degli obblighi internazionali sulla protezione dell'ambiente, sul presupposto che tale regime normativo tuteli valori universali la cui protezione è ormai considerata indifferibile». Lo stesso autore evidenzia che nella giurisprudenza considerata le disposizioni rilevanti per il raggiungimento di queste finalità non siano costituite «soltanto dalle norme internazionali riguardanti specificamente la tutela dell'ambiente, ma anche e soprattutto dalle norme poste a protezione di determinati diritti umani – il diritto alla vita (applicato anche a livello extraterritoriale) e il diritto alla vita privata e familiare –, e da alcuni principi giuridici, come quello dell'equità intergenerazionale»[9].

Che questa interazione tra diritto internazionale dell'ambiente e dei diritti umani sia biunivoca (nel senso che anche la tutela dei diritti ne risulta arricchita ed approfondita), per non dire addirittura "creativa" e "trasformativa" in senso propriamente giuridico, è dimostrato, *inter alia*, dalla recentissima ed innovativa proposta, presentata il 29 settembre 2021 dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, sull'adozione di un Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti umani sul diritto «*to a safe, clean, healthy and sustainable environment*»[10]. Anche se in questa sede non è possibile soffermarsi sui contenuti e gli aspetti innovativi di questa proposta, è però necessario evidenziarne due punti essenziali ai fini del presente contributo. Il primo è la definizione di questo diritto «*to a safe, clean, healthy and sustainable environment*»

[9] P. Pustorino, *Cambiamento climatico e diritti umani: sviluppi nella giurisprudenza nazionale*, in *Ord. int. dir. umani*, n. 3/2021, pp. 596 ss., pp. 604-605.

[10] *Anchoring the right to a healthy environment: need for enhanced action by the Council of Europe*, Raccomandazione 2211 (2021).

contenuta nell'art. 1 del testo del progetto di Protocollo allegato alla Raccomandazione, ovvero «*the right of present and future generations to live in a non-degraded, viable and decent environment that is conducive to their health, development and well-being*», che esprime il suo carattere autonomo e la sua finalità che va ben oltre la tutela di un diritto meramente individuale. Il secondo è l'urgenza avvertita dall'Assemblea parlamentare, che afferma che «*it is high time for the Council of Europe to show ambition and strategic vision for the future by facing up to this major transformative challenge for human rights and securing their enhanced protection in the era of systemic environmental threats to the present and future generations*»[11].

Il fatto che non si tratti di una esigenza indifferibile sentita soltanto a livello europeo è dimostrato dalla circostanza che ancora più recentemente, in data 8 ottobre 2021, il Consiglio ONU dei diritti umani abbia adottato a stragrande maggioranza e senza voti contrari (43 voti a favore, ma con le astensioni "pesanti" di Cina, Giappone, India e Russia) la risoluzione 48/13 che per la prima volta riconosce «*the right to a safe, clean, healthy and sustainable environment as a human right that is important for the enjoyment of human rights*» (par. 1), chiedendo agli Stati di cooperare tra loro e con gli altri partners internazionali per dare attuazione a questo nuovo diritto. Nello stesso giorno il Consiglio ha adottato la risoluzione 48/14 in cui «[*d]ecides to appoint, for a period of three years, a special rapporteur on the promotion and protection of human rights in the context of climate change*» (par. 2), questa volta con il voto contrario della Russia[12].

Nella quadro fenomenologico e normativo in continua evoluzione che si è appena tratteggiato nella massima sintesi, il presente contributo ha la finalità limitata di interrogarsi sul rapporto tra minacce ambientali, in particolare determinate dal cambiamento climatico, e sicurezza internazionale, cercando anche di evidenziare gli ultimi sviluppi in materia nella prassi del Consiglio di sicurezza, nonché gli ostacoli politici e giuridici che finora hanno impedito allo stesso Consiglio di adottare una risoluzione tematica sul binomio clima/sicurezza.

[11] Ivi, par. 1.

[12] Per un primo commento, cfr. A. Savaresi, *The UN HRC recognizes the right to a healthy environment and appoints a new Special Rapporteur on Human Rights and Climate Change. What does it all mean?*, in *EJIL: Talk!*, 12 ottobre 2021.

2. Il complesso ed articolato rapporto tra sicurezza ed emergenze ambientali globali generate dal cambiamento climatico

È a tutti noto che, con riferimento al rapporto tra sicurezza ed emergenze ambientali causate dal cambiamento climatico, ci sia oramai un consolidato consenso scientifico sull'affermazione che l'umanità si trovi di fronte alla più terribile minaccia che abbia mai affrontato. Certo, ad essere minacciata non è tanto la sicurezza internazionale intesa in senso tradizionale come assenza di conflitto, quanto quella che nel linguaggio diplomatico onusiano viene denominata "sicurezza umana". Anche se non mancano diverse definizioni della nozione di "sicurezza umana", a parere di chi scrive tale concetto altro non è che una rivisitazione attuale del concetto di "pace positiva" che è da sempre l'ideologia metagiuridica alla base della Carta delle Nazioni Unite. In altri termini, non esiste una contrapposizione netta tra "sicurezza degli Stati" e "sicurezza umana" in quanto la seconda non rappresenta l'antitesi della prima, ma la sintesi tra la prima e il concetto di "sviluppo umano"[13].

Del resto, il Consiglio di sicurezza già nel gennaio 1992 aveva affermato, nella celebre dichiarazione presidenziale *post*-Guerra Fredda, per la prima volta adottata a livello di Capi di Stato e di Governo dei Paesi membri, che «*[t]he absence of war and military conflicts among States does not in itself ensure international peace and security. The non-military sources of instability in the economic, social, humanitarian and ecological fields have become threats to peace and security*»[14]. Basti poi ricordare che la dimensione "positiva" della pace è stata riaffermata e sviluppata in ambito onusiano in numerosissime occasioni, ad esempio, nella dichiarazione proclamata per *consensus* al termine del Vertice mondiale del settembre 2005 in cui si legge che «*peace and security, development and human rights are the pillars of the United Nations system and the foundations for collective security and well-being*»[15]. Tuttavia, l'utilizzo di questi concetti, in

[13] Così R. Cadin, *Profili ricostruttivi e linee evolutive del diritto internazionale dello sviluppo*, Torino, 2019, p. 209 ss. Si rileva, inoltre, che "la nozione integrata di sviluppo umano deriva, in ultima analisi, dalle interazioni giuridiche tra diritto internazionale dello sviluppo, diritti dell'uomo e diritto internazionale dell'ambiente considerate nel loro insieme. Tali fenomeni di integrazione hanno una forte valenza normativa, in quanto si traducono nella previsione di limiti giuridici ai processi di sviluppo, ma anche una valenza concettuale non marginale, dato che incidono sulla nozione stessa di sviluppo che si arricchisce di nuove dimensioni utili ad una sua migliore realizzazione (p. 202).

[14] *Note by the President of the Security Council*, UN Doc. S/23500, 31 gennaio 1992.

[15] *World Summit Outcome*, risoluzione 60/01 dell'Assemblea generale, par. 9. Inoltre, nel successivo par. 143, sotto il titolo "Human Security", si afferma: «We stress the right of

particolare quello di "sicurezza umana", irrita diversi Stati, inclusi alcuni membri permanenti del Consiglio di sicurezza, e non è esente neppure da contestazioni accademiche.

Tutto ciò premesso e al netto dell'effetto liberatorio evocato nel paragrafo introduttivo del presente contributo, bisogna riconoscere sia la scarsa utilità delle previsioni catastrofiche sulle conseguenze negative delle emergenze ambientali determinate dal cambiamento climatico, che spesso sono fataliste e non tengono conto della possibilità di ridurre drasticamente le emissioni nocive e di promuovere le capacità di adattamento degli Stati e dei gruppi umani più vulnerabili, sia che allo stato attuale non ci sono ancora studi scientifici in grado di dimostrare l'esistenza di un solido nesso causale diretto tra cambiamento climatico e conflitti.[16] Tuttavia, nella comunità scientifica e nella comunità internazionale si registra un forte consenso su almeno tre punti di partenza nella ricostruzione del complesso binomio clima/sicurezza:

a) il primo è che il cambiamento climatico rappresenti un "*risk multiplier*" (moltiplicatore del rischio). Come ha sostenuto da ultimo un autorevole rapporto del 2020, sebbene il cambiamento climatico sia «*rarely a direct cause of conflict […] there is ample evidence that its effects exacerbate important drivers and contextual factors of conflict and fragility, thereby challeging the stability of States and societies*». In particolare, il rapporto afferma che il cambiamento climatico può «*increase resource de-*

people to live in freedom and dignity, free from poverty and despair. We recognize that all individuals, in particular vulnerable people, are entitled to freedom from fear and freedom from want, with an equal opportunity to enjoy all their rights and fully develop their human potential. To this end, we commit ourselves to discussing and defining the notion of human security in the General Assembly». Si ricorda anche che secondo la Commissione indipendente sulla sicurezza umana, co-presieduta da Amartya Sen e Sudako Ogata, il concetto di sicurezza umana implica un nuovo paradigma non più incentrato sulla sicurezza degli Stati, ma sulla sicurezza della gente. Nel Rapporto "Human Security Now" del 2003 vengono inoltre individuati due concetti, quelli di protezione (sul quale si veda anche il famoso Rapporto sulla "Responsibility to Protect" elaborato nel 2001 dalla Commissione internazionale su intervento e sovranità dello Stato) e di accrescimento del potere ("empowerment") che sono alla base della sicurezza umana. Per approfondimenti, cfr. M. Robinson, *Connecting Human Rights, Human Development and Human Security*, in R.A. Wilson (ed.), *Human Rights in the 'War on Terror'*, Cambridge, 2005, pp. 308 ss.

[16] Cfr. K.J. Mach, C.M. Kraan, *Science-Policy Dimensions of Research on Climate Change and Conflict*, in *Jour. Peace Res.*, vol. 58(1), 2021, pp. 168 ss., p. 169, che registrano «notable uncertainties about climate–conflict links. They include the relative importance of climate among drivers of conflict. They also involve the mechanisms underpinning climate–conflict interconnections, the conditions under which they manifest, and the difference between linkages to date and those that may become relevant with additional climate change».

mands, environmental degradation and uneven development, and exacerbate existing fragility and conflict risks»[17];

b) il secondo punto è che il cambiamento climatico è una "minaccia esistenziale" non tanto e non soltanto per la civilizzazione umana, prospettiva che pur potendo essere accusata di un vago catastrofismo è condivisa da tutti i membri del Consiglio di sicurezza, quanto e soprattutto per diversi Stati arcipelagici del Pacifico che rischiano letteralmente di essere sommersi nel giro di pochi anni a causa dell'innalzamento delle acque derivante dallo scioglimento dei ghiacciai. Non sarà quindi una causa diretta di conflitti, ma rappresenta un fenomeno che può determinare l'estinzione di diversi Stati e mettere a rischio l'esistenza e il benessere di intere popolazioni in totale dispregio della sicurezza umana[18];

c) infine, nessuno mette in discussione il fatto che il cambiamento climatico sia una "minaccia progressiva" destinata ad avere effetti sempre più negativi sulla *governance* delle risorse aumentando quindi progressivamente il rischio di conflitti tra e all'interno degli Stati.

Se il rapporto tra clima e sicurezza è così intenso e per così dire strategico, il centro di gravità giuridico del presente contributo è l'interrogativo sul perché il Consiglio di sicurezza non abbia finora adottato una risoluzione tematica in materia, riuscendo talvolta ad inserire soltanto qualche riferimento in risoluzioni su specifici Stati o regioni[19]. Quali sono state le ragioni istituzionali, giuridiche e financo politiche che spiegano perché il Consiglio si è ad oggi limitato ad adottare, sul tema delle implicazioni sulla sicurezza del cambiamento climatico, una modesta dichiarazione presidenziale, per di più nel lontano 2011?

[17] A. Detges, D. Klingenfeld, C. König, B. Pohl, L. Rüttinger, J. Schewe, B. Sedova, J. Vivekananda, *10 Insights on Climate Impacts and Peace: A Summary of What We Know*, Berlin-Potsdam, 2020, p. 4 e p. 11.

[18] Del resto, nella dichiarazione presidenziale del 20 luglio 2011 (UN Doc. S/PRST/2011/15), il Consiglio di sicurezza ha espresso «its concern that possible security implications of loss of territory of some States caused by sea-level-rise may arise, in particular in small low-lying island States». Di interesse, sia pure prevalentemente storico-giuridico perché un po' datata, anche la "Submission of the Maldives to the Office of the UN High Commissioner on Human Rights on the relationship between climate change and human rights", *Maldives Submission under Resolution HRC 7/23, 25 settembre 2008,* https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/ClimateChange/Submissions/Maldives_Submission.pdf.

[19] Sull'argomento, cfr. K. Conca, *Is There a Role for the UN Security Council on Climate Change?*, in *Environment: Science and Policy for Sustainable Development*, vol. 61 (1), 2019, pp. 4 ss., M. Binder, M. Heupel, *Contested Legitimacy: The UN Security Council and Climate Change*, in C. Ku, S. V. Scott (eds), *Climate Change and the UN Security Council*, Northampton, 2018, pp. 186 ss.

3. Genesi ed evoluzione della prassi del Consiglio di sicurezza sul binomio clima/sicurezza

La prima riunione tematica del Consiglio di sicurezza formalmente incentrata su energia, sicurezza e clima si tenne il 17 aprile 2007 su iniziativa del Regno Unito con un *briefing* dell'allora Segretario generale Ban Ki-moon[20]. Questa storica iniziativa, che si risolse in un dibattito consigliare pubblico a livello ministeriale, suscitò una lettera di protesta al Consiglio del Movimento dei paesi non allineati e del Gruppo dei 77 più la Cina, preoccupati che le competenze in materia dell'Assemblea generale e del Consiglio economico e sociale non fossero compromesse. C'è peraltro da considerare che diversi Paesi appartenenti ai due raggruppamenti hanno cambiato idea negli anni successivi[21].

Il 20 luglio 2011 si tenne un'altra riunione tematica del Consiglio di sicurezza su clima e sicurezza, promossa questa volta dalla Germania, che portò all'adozione dell'unica dichiarazione presidenziale mai approvata in materia[22]. Fu un parto particolarmente complesso tanto che ad un certo punto la rappresentante degli Stati Uniti, Susan Rice, si lamentò del fatto che non si riusciva neanche ad adottare una dichiarazione presidenziale su un fatto ovvio, ovvero che il cambiamento climatico ha il potenziale di impattare sulla pace e sicurezza internazionale. In effetti, il contenuto della dichiarazione è di basso profilo. Dopo aver riconosciuto «*the responsibility for sustainable development issues, including climate change, conferred upon the General Assembly and the Economic and Social Council*» e che la Convenzione quadro sul cambiamento climatico del 1992 è lo strumento chiave per affrontare questo fenomeno, il Consiglio esprime preoccupazione per la possibilità che nel lungo periodo gli effetti negativi del cambiamento climatico possano aggravare le attuali minacce alla pace e alla sicurezza internazionale. Inoltre, il Consiglio evidenzia l'importanza di includere nei rapporti del Segretario generale analisi dei conflitti ed informazioni contestuali sulle implicazioni sulla sicurezza del cambiamento climatico, specie nell'ambito delle operazioni di pace.

L'attuazione di questa dichiarazione presidenziale è stata particolarmente in sordina almeno fin quando nel 2018 è stato istituito il "*Cli-*

[20] UN Doc. S/PV.5663.

[21] Cfr. *The UN Security Council and Climate Change*, in Security Council Report, giugno 2021, p. 5, https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/climate_security_2021.pdf .

[22] La già citata UN Doc. S/PRST/2011/15.

mate-Security Mechanism", un piccolo staff all'interno del Segretariato che ha ampliato la capacità dell'Organizzazione di tenere conto dei rischi alla sicurezza indotti dal clima. In effetti, negli ultimi anni si registra una accelerazione del Consiglio di sicurezza su questa tematica che peraltro non ha ancora portato ad un prodotto normativo compiuto non tanto per ostacoli giuridico/istituzionali quanto per le resistenze di Russia e Cina che hanno trovato un insperato alleato negli Stati Uniti ai tempi dell'amministrazione Trump.

Secondo molti osservatori questa piccola ma significativa svolta si è verificata in seguito all'impressione suscitata in molti membri del Consiglio di sicurezza dalla missione effettuata presso il Lago Chad dal 2 al 7 marzo del 2017, bacino idrico che dal 1960 si è prosciugato di quasi il 90% con effetti catastrofici sulla sussistenza della popolazione locale. In quella occasione il Presidente nigeriano dichiarò che tali effetti hanno costituito la premessa per il successo incontrato dal gruppo terroristico di Boko Haram. Nella risoluzione 2349 (2017), adottata all'unanimità il 31 marzo 2017 ai sensi del Cap. VI della Carta, il Consiglio riconosce «*the adverse effects of climate change and ecological changes among other factors on the stability of the Region [Lake Chad basin], including through water scarcity, drought, desertification, land degradation, and food insecurity, and emphasise the need for adequate risk assessments and risk management strategies by governments and the United Nations relating to these factors*»[23]. Questo linguaggio è diventato un modello normativo per la prassi successiva del Consiglio in situazioni specifiche relative ad un Paese o a una regione[24].

[23] Par. 26 del dispositivo incluso nella sezione «Root Causes and Development». Si evidenzia che nel dibattito consigliare seguito all'adozione della risoluzione, il rappresentante della Russia, pur manifestando un certo disappunto («The Russian delegation voted in favour of resolution 2349 (2017), on the situation in the Lake Chad basin, owing to the importance of maintaining consensus in the Security Council and given that the language of the document was acceptable to the representatives of the region. However, we believe that it is necessary to stress that not all of our comments and arguments were incorporated into the text of the resolution» (UN Doc. S/PV.7911, p. 4), non ha contestato né l'inserimento del paragrafo sul cambiamento climatico, né la sua formulazione.

[24] Cfr. L. Pineschi, *Conflict prevention and climate change in the MINUSMA mandate under Resolution 2423 (2018): Mission impossible*?, in *QIL*, 84, 2021, p. 3 ss., che osserva: «[T]he decision of the SC to include the consideration of climate-relatepd effects, ecological changes and natural disasters as a security concern when extending the mandate of certain PKOs in Africa cannot be overlooked. In particular, under Resolution 2423 (2018) of 28 June 2018, the Council expressly recognized the possible impact of the above factors and their effects (including drought, desertification, land degradation and food insecurity) on the stability of Mali and recommended the Government of Mali and the United Nations:

Nella massima sintesi tale svolta ha portato negli ultimi anni a questi principali sviluppi:

a) dal 2018 il Consiglio di sicurezza ha tenuto ben sette riunioni tematiche (delle quali sei aperte) sul rapporto tra clima e sicurezza (promosse rispettivamente dalla Svezia nel 2018, dalla Repubblica Domenicana nel 2019, dalla Germania e dal Niger nel 2020, dal Regno Unito, dall'Irlanda e dal Niger nel 2021) e c'è da considerare che, non essendo il tema all'ordine del giorno del Consiglio, ciò è avvenuto su iniziativa di uno Stato membro nella qualità di Presidente a rotazione dell'organo consigliare;

b) a partire dal 2017 i riferimenti al cambiamento climatico sono proliferati sotto il profilo quantitativo (Somalia, Sudan, Sud Sudan, Mali, Repubblica Centroafricana, Repubblica democratica del Congo, ecc.) nelle risoluzioni su situazioni specifiche (precedentemente c'era stato un solo caso) e soprattutto è cambiato in maniera sostanziale il linguaggio normativo che ormai fa riferimento alla formula utilizzata nella risoluzione 2349 (2017) sulla crisi generata dal gruppo terroristico di Boko Haram nella regione del bacino del Lago Chad. Inoltre, dal 2021 i riferimenti al link tra sicurezza e clima sono comparsi in risoluzioni su situazioni specifiche fuori dal continente africano: in particolare, nella risoluzione 2561 (2021) sul rinnovo del mandato dell'UNFICYP a Cipro (peraltro relegato nel nono paragrafo preambolare) e nella risoluzione 2576 (2021) (nono paragrafo preambolare e quarto paragrafo, lett. b), num. iv), del dispositivo) sul rinnovo del mandato dell'UNAMA in Iraq[25];

'to take into consideration, as appropriate, the security implications of the adverse effects of climate change and other ecological changes and natural disasters, among other factors, in their activities, programs and strategies in Mali'». Curiosamente nell'interessante articolo appena citato il riferimento alla risoluzione 2349 (2017) sulla situazione nel bacino del Lago Chad è relegato in nota, nonostante si tratti della "risoluzione-madre" in materia di considerazione da parte del Consiglio di sicurezza degli effetti negativi del cambiamento climatico sulla stabilità di un Paese o di una regione specifica.

[25] Nel nono par. preambolare della risoluzione 2576 (2021) si legge che il Consiglio di sicurezza «*recognizing* that the adverse effects of climate change, ecological changes, and natural disasters, among other factors, can contribute to desertification and drought, the humanitarian situation and stability in Iraq, and emphasizing the need for comprehensive risk assessments by the Government of Iraq with the support of the United Nations, upon the request of the Government of Iraq, to take meaningful actions to adapt to or mitigate challenges posed by climate change and ecological change». Inoltre, nel quarto paragrafo, lett. b), num. iv), del dispositivo della stessa risoluzione il Consiglio chiede al Rappresentante speciale del Segretario generale e all'UNAMI, su richiesta dell'Iraq, di consigliare, sostenere ed assistere «the Government of Iraq on facilitating regional dialogue and cooperation, including on issues of border security, energy, trade, environment, water, adverse impacts of climate change, infrastructure, public health, and refugees».

c) anche gli sviluppi istituzionali, che dimostrano l'impegno della macchina burocratica amministrativa dell'ONU, ma anche della *membership*, sono stati significativi. Per brevità, oltre al "*Climate-Security Mechanism*" al quale abbiamo già accennato, va sicuramente ricordato il "Gruppo Informale di Esperti dei Membri del Consiglio di sicurezza su Clima e Sicurezza", anche perché la sua istituzione è stata particolarmente controversa. La nascita del gruppo fu annunciata dalla Germania in occasione della riunione tematica promossa da questo Paese nel 2020 e poi sostenuta da dieci Paesi membri del Consiglio in una lettera al Segretario generale in cui si argomentava che «*the Council would benefit from a more systematic approach and more consistent attention to [climate- related security risks] [...] including during the formulation of mandates and consultations on their renewal*»[26]. Tuttavia, l'opposizione di Cina e Russia è stata durissima: oltre a non partecipare al Gruppo e a negare la sua natura giuridica di organo sussidiario del Consiglio, peraltro mai rivendicata dai proponenti, hanno preteso l'introduzione del riferimento ai membri del Consiglio in modo da rendere chiaro che le sue attività non vanno riferite direttamente all'organo consigliare[27].

4. "L'Isola che non c'è": la mancata adozione da parte del Consiglio di sicurezza di una risoluzione tematica su clima e sicurezza

Nonostante il grande interesse non solo giuridico presentato da questa prassi evolutiva, si potrebbe pensare che la montagna abbia partorito il famoso topolino dato il fallimento del tentativo tedesco di far adottare, in occasione della riunione su clima e sicurezza del luglio 2020, una prima risoluzione tematica in materia del Consiglio di sicurezza. La Germania aveva investito molte risorse su questo progetto, sul quale peraltro aveva incentrato la sua stessa campagna per la candidatura a membro non permanente del Consiglio. Inoltre, il testo del progetto di risoluzione è stato sviluppato per diverse settimane insieme a nove membri del Consiglio (Belgio, Repubblica Domenicana, Estonia, Francia, Niger, Saint Vincent e le Isole Grenadine, Tunisia, Regno Unito e Vietnam), ma il prevedibile

[26] *Letter dated 27 August 2020 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Germany to the United Nations addressed to the Secretary-General*, UN Doc.S/2020/849.

[27] Per maggiori dettagli, cfr. *The UN Security Council and Climate Change*, cit., p. 10.

mancato sostegno di Russia e Cina e soprattutto l'opposizione durissima di Washington (con annessa minaccia di veto ordinata dall'amministrazione Trump) hanno determinato il ritiro della proposta. Si trattava di un progetto di risoluzione dai contenuti ambiziosi dato che invitava il Segretario generale a considerare le implicazioni sulla sicurezza degli effetti del cambiamento climatico in diversi settori della sua attività che vanno dalla prevenzione dei conflitti, al *peace-building* e alla risposta umanitaria.[28]

Il fallimento del tentativo tedesco è piuttosto sorprendente se si pensa che il Consiglio di sicurezza ha dedicato risoluzioni tematiche ad un gran numero di fenomeni patologici delle relazioni internazionali.[29] Forse può avere influito il fatto che nel settore del clima, pur essendosi succeduti gli allarmi sempre più disperati *dell'Intergovernmental Panel on Climate Change*, non si sono verificati negli ultimi anni eventi catastrofici epocali, come gli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 o la pandemia da COVID-19.

Quanto agli aspetti istituzionali, nessuno intende disconoscere la competenza principale dell'Assemblea generale e del Consiglio economico e sociale in materia di lotta al cambiamento climatico e il fatto che il regime giuridico di riferimento sia rappresentato dalla Convenzione quadro del 1992 come implementata dall'Accordo di Parigi del 2015. Ciò premesso, il problema è se il Consiglio debba avere un ruolo assolutamente marginale, come sostengono Russia e Cina, sostenute in parte dall'India, limitato a situazioni specifiche in cui gli effetti del cambiamento climatico sono un moltiplicatore del rischio,[30] o se invece di fronte ad una minaccia emergente, progressiva ed esistenziale quale quella del cambiamento climatico, anche l'organo consigliare debba avere un ruolo importante, in particolare nella prevenzione dei conflitti e nella *governance* delle operazioni di pace in linea con la c.d. "*sustaining peace*". In proposito, c'è da notare che la stessa risoluzione 63/281 (2009) dell'Assemblea generale, sul cambiamen-

[28] Ivi, p. 6.

[29] Tali risoluzioni tematiche sono inquadrate da chi scrive in «dichiarazioni di principi del Consiglio di sicurezza, nel senso peculiare di esplicitare una serie di *standards* di riferimento destinati a guidare, dal punto di vista più sociologico che giuridico, l'operato del Consiglio», R. Cadin, *I presupposti dell'azione del Consiglio di sicurezza nell'art. 39 della Carta delle Nazioni Unite*, Milano, 2008, pp. 305 ss.

[30] Anche se la Cina e la Russia hanno talvolta ammesso che il cambiamento climatico può acuire i conflitti in determinate situazioni nell'agenda del Consiglio di sicurezza, la posizione di quest'ultimo Paese rimane assai critica sotto questo profilo: «to assume that climate change is the root cause of security issues would mean failing to determine its true causes and taking the wrong path when trying to resolve those issues» (*VTC meeting* del Consiglio di sicurezza del 25 febbraio 2021, UN Doc. S/2021/198, p. 40).

to climatico e le sue possibili implicazioni sulla sicurezza, sembra aprire uno spiraglio quando, dopo aver riconosciuto le differenti responsabilità degli organi onusiani, invita «*the relevant organs of the United Nations, as appropriate and within their respective mandates, to intensify their efforts in considering and addressing climate change, including its possible security implications*» (primo paragrafo del dispositivo).

A chi scrive pare che questo modello olistico, sostenuto dalla stragrande maggioranza degli Stati membri, oltre ad essere più efficace, rifletta meglio l'architettura istituzionale e la distribuzione funzionale delle competenze tra gli organi principali dell'ONU. Inoltre, la logica della sicurezza collettiva, che ha natura più pragmatica ed obiettiva, che formale e giuridica in senso stretto, ben si presta a valorizzare un maggior impegno del Consiglio di sicurezza nella prevenzione dei conflitti e delle minacce alla sicurezza umana determinate dagli effetti del cambiamento climatico. Tale azione del Consiglio trova la propria base giuridica nel cap. VI della Carta con riferimento a situazioni specifiche relative a Stati o regioni dato che il presupposto per invocare questo capitolo non è rappresentato solo da controversie giuridiche, ma anche da situazioni in grado di minacciare la pace. Quanto invece alle risoluzioni tematiche, la soluzione che si predilige richiama la responsabilità principale del Consiglio nel mantenimento della pace e della sicurezza internazionale *ex* art. 24, par. 1, della Carta dell'ONU.

L'azione preventiva si gioverebbe certamente dall'adozione di una risoluzione tematica del Consiglio sulla base della proposta tedesca rigettata nel 2020, che ora potrebbe avere maggiori possibilità di essere approvata grazie al sostegno degli Stati Uniti nel tempo dell'amministrazione Biden e ad un'astensione costruttiva russo-cinese[31]. Sempre che l'elezione del Brasile di Bolsonaro a membro non permanente nel biennio 2022-2023 non ponga un nuovo ostacolo politico a questa auspicabile evoluzione giuridica.

5. Post Scriptum *sul "sanguinoso" veto solitario della Federazione Russa del 13 dicembre 2021: la "Waterloo climatica" del regime di Putin*

Che si tratti di una questione aperta e della massima rilevanza non sol-

[31] Tuttavia, la posizione di questi due Paesi membri permanenti del Consiglio rimane piuttosto scettica come emerge, ad esempio, dal verbale della riunione tematica consigliare tenutasi il 23 settembre 2021 (UN Doc.S/PV.8864).

tanto giuridica lo dimostra l'ultimo e recentissimo atto della saga in questione che ha visto scorrere copioso il sangue giuridico del veto solitario russo sulla proposta di risoluzione tematica sul binomio clima/sicurezza presentata dall'Irlanda e dal Niger e sostenuta da ben 113 Stati membri delle Nazioni Unite. Beninteso, il progetto non prevedeva nulla di rivoluzionario se non l'impegno del Consiglio di sicurezza ad integrare i rischi per la sicurezza legati al clima nelle sue attività di risoluzione dei conflitti, prevenzione e mediazione, con particolare riferimento alle operazioni di pace[32].

Nonostante il clima natalizio, l'astensione strategica della Repubblica Popolare Cinese e i disperativi tentativi negoziali che si sono protratti fino all'ultimo, la Federazione Russa ha mantenuto la propria posizione contraria, condivisa peraltro con l'India, e nella seduta del 13 dicembre 2021 ha apposto il veto che ha impedito l'adozione della risoluzione che altrimenti sarebbe stata approvata con dodici voti a favore[33]. Il rappresentante russo in seno al Consiglio ha cercato di giustificare la posizione del proprio Paese nella dichiarazione resa dopo la votazione, ma, caso più unico che raro nella storia della diplomazia russa, si è disunito e il suo discorso è stato poco giuridico e molto demagogico. Polemizzare sul fatto che *«[m]any countries simply do not have a choice when donors impose a certain viewpoint on them» o sulla «domination of the Security Council by Western countries»*[34] è piuttosto infantile e rafforza soltanto l'impressione che, al di là del risultato formale della votazione, si sia trattato di una vera e propria "Waterloo climatica" per il regime di Putin.

Provocazioni a parte, la posizione di principio sostenuta dalla Federazione Russa nel dibattito in esame è ben espressa nella seguente affermazione: «*We oppose creating a new area in the Council's work that would establish a generic, automatic connection between climate change and international security, turning a scientific and socioeconomic issue into a politicized question*».[35] In effetti, anche senza scomodare l'ormai decennale prassi del Consiglio di scurezza in materia di risoluzioni tematiche, tale posizione mal si concilia con le delibere recentemente (e ... faticosamente) adottate dal Consiglio di sicurezza sul COVID-19 (risoluzioni 2532 (2020) e 2565 (2021)), dato che anch'esse corrono il rischio di "politicizzare" una

[32] Per maggiori dettagli, vedi *Climate Change and Security: Vote on a Resolution*, *What's In Blue*, 11 dicembre 2021.

[33] UN Doc. S/PV.8926, 13 dicembre 2021, p. 5.

[34] Ivi, p. 4 e p. 9.

[35] Ivi, p. 3.

questione eminentemente scientifica e di interferire con le competenze in materia dell'Organizzazione Mondiale della Sanità. Apodittica e autoreferenziale è apparsa, dal canto suo, la posizione dell'India che non ha lasciato alcun margine negoziale: «*India is second to none when it comes to climate action and climate justice, but the Security Council is not the place to discuss either issue*»[36].

Si evidenzia, infine, che il tentativo di ritirata strategica dei Paesi scettici sulla base della proposta russa di una risoluzione specifica sull'impatto del cambiamento climatico e di altri fattori sulle minacce alla sicurezza nella regione del Sahel è apparso irricevibile per due motivi principali: da una parte è pacifico che il cambiamento climatico «*is not an issue facing only one region or only one country ... [w]e need to look at it globally, as well as in regional and country contexts*»[37], dall'altra parte l'adozione di una risoluzione tematica non è in alternativa, ma completa, soprattutto nella sua dimensione preventiva, l'azione del Consiglio di sicurezza in materia, finora limitata a sporadici riferimenti in risoluzioni relative a Paesi o regioni specifiche.

Al di là dei profili eminentemente giuridici, il cambiamento climatico, come anche il terrorismo internazionale e altri rischi globali, sono ormai diventati una preoccupazione di ogni comunità e di ogni individuo nel quadro dei processi di modernizzazione della società mondiale contemporanea[38]. Da questo punto di vista e alla luce della prassi esaminata, il veto dei membri permanenti del Consiglio di sicurezza non è soltanto la più pesante eredità storico-giuridica del XX secolo, ma si palesa anche quale istituto giuridico socialmente insostenibile di fronte alle minacce globali del secolo XXI[39].

[36] Ivi, p. 7.
[37] Ivi, p. 3.
[38] U. Beck, *World at Risk*, cit., p. 3.
[39] Sul diritto di veto, cfr. S. Marchisio, *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*[2], Bologna, 2012, p. 172, secondo il quale «il veto non si configura come facoltà di impedire che una deliberazione del Consiglio, in sé perfetta, produca i suoi effetti giuridici […]; esso preclude invece sul nascere la formazione della volontà del Consiglio e crea una combinazione inidonea a produrre il perfezionamento della volontà collegiale».

IL VALORE DELLA NORMA SUL DIRITTO UMANO ALL'ACQUA NEL DIBATTITO SUI BENI COMUNI

Marianna Pace*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La mancata uniformità nel contenuto del diritto umano all'acqua e i riflessi nei discendenti obblighi. – 3. Il diritto umano all'acqua e il problema della frammentazione del diritto internazionale applicabile alle risorse idriche. – 4. Sulla natura del diritto umano all'acqua nel diritto internazionale: il diritto umano all'acqua come parametro interpretativo. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

I movimenti di opinione e i movimenti dal basso che considerano l'acqua un diritto fondamentale e un bene comune trovano riscontro in un sistema internazionale dei diritti umani che ha contribuito a stabilire la natura fondamentale di tale diritto attribuendogli una sorta di status 'prioritario'.

È in tal senso che si può ricordare la risoluzione 15/9, del 30 settembre del 2010[1], in cui il Consiglio dei diritti umani ha ufficialmente riconosciuto, per la prima volta, l'esistenza del diritto all'accesso all'acqua potabile sicura e ai servizi igienico-sanitari di base. La risoluzione seguiva il riconoscimento dello stesso diritto che era stato già sancito dall'Assemblea Generale nel luglio dello stesso anno[2]. Nonostante tali riconoscimenti, i dati resi noti dalle Nazioni Unite, segnalano che entro il 2050 il 52% della popolazione mondiale vivrà in zone ad elevato stress idrico[3]: si tratta di un chiaro segnale che il mero riconoscimento come diritto umano non implica automaticamente una idonea tutela, gestione e sfruttamento della risorsa idrica.

* RTDA in Diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Napoli "L'Orientale".

[1] Consiglio dei diritti umani, *Human rights and access to safe drinking water and sanitation*, risoluzione n. 15/9 del 30 settembre 2010, UN Doc A/HRC/RES/15/9.

[2] Assemblea generale, *The Human Right to Water and Sanitation*, risoluzione n. 64/292 del 28 luglio 2010 UN Doc. A/RES/64/292.

[3] UNESCO, *Rapporto mondiale delle Nazioni Unite sullo sviluppo delle risorse idriche 2020: acqua e cambiamenti climatici, fatti e cifre*, 2020, p. 4.

Il presente contributo intende soffermarsi su due aspetti fondamentali strettamente interconnessi tra loro e che rilevano ai fini del dibattito sui beni comuni ovvero: delineare brevemente il diritto umano all'acqua a partire dal suo contenuto e dalla portata dei suoi obblighi, per poi soffermarsi sulla natura giuridica di tale diritto.

Ora, è noto che in relazione al primo aspetto la questione del contenuto e del carattere degli obblighi statali relativi al diritto umano all'acqua costituisce il punto di partenza per una garanzia effettiva di tale diritto. Da tale contenuto deriva l'obbligo generale per lo Stato di adottare norme interne che garantiscano il perseguimento delle *core obligation* discendenti da tale diritto (l'acqua deve essere sufficiente, sicura, accessibile e deve essere garantita senza alcuna discriminazione) nonché, come è noto, di garantire che anche tutti gli attori non statali sotto la loro giurisdizione o sotto il loro controllo adempiano allo stesso obbligo.

È proprio in questa prospettiva che il dibattito sui beni comuni acquista rilievo in quanto, come talora si evidenzia, i processi di gestione privata dell'acqua possono sottrarre la risorsa a logiche di equità in ossequio a logiche di mercato (di recente anche lo *Special Rapporteur* sul diritto all'acqua ha sollevato le sue preoccupazioni in due rapporti dedicati specificamente a tale problematica[4]), inoltre, la mancanza di infrastrutture, oppure specifiche condizioni ambientali e sociali, sono tutti elementi che, soprattutto ma non solo nei Paesi del sud del mondo, possono seriamente pregiudicare l'effettività del diritto umano all'acqua. In tale contesto, esiste il rischio concreto che il diritto all'acqua rimanga una vuota affermazione di principio piuttosto che garanzia di accesso a tale risorsa[5]. Rispetto a tale problema, è stato più volte osservato in dottrina[6] che il diritto all'acqua può essere pienamente assicurato solo qualora, contestualmente ad una sua affermazione, vengano poste in essere misure a sostegno della capacità statale di assicurare strategie partecipative improntate a criteri di equità ed efficienza[7]. Una consapevole partecipazione pubblica alla gestione delle risorse idriche è,

[4] Special Rapporteur on the human rights to safe drinking water and sanitation, *Progressive realization of the human right to water and sanitation*, presentato alla 45a sessione del Consiglio dei Diritti Umani, 8 luglio 2020, Un Doc A/HRC/45/10; Id., *Privatization and the human rights to water and sanitation*, presentato alla 75a sessione dell'Assemblea Generale, 21 luglio 2020, Un Doc A/75/208.

[5] J. Gupta, *The Human Right to Water: Moving Towards Consensus in a Fragmented World*, in *Review of European Community and International Environmental Law*, 2010, pp. 302 ss.

[6] S. Mccaffrey, K. Neville, *Small Capacity and Big Responsibilities*, cit., pp. 695 ss.

[7] Ivi, p. 703.

in altre parole, atta a garantire il godimento di ciascuno del diritto all'acqua in condizioni di non discriminazione e una maggiore considerazione delle esigenze specifiche di gruppi particolarmente svantaggiati (donne, indigeni, minoranze etniche, ecc.).

In secondo luogo, e aspetto a nostro giudizio particolarmente rilevante, ciò che sembra emergere è che esiste, al fine di superare la frammentazione nei diversi regimi che disciplinano l'accesso e l'uso alle risorse idriche, una tendenza 'interpretativa' di organismi di monitoraggio, corti interne, e degli altri organi che 'creano' la prassi statale ed internazionale in materia, di utilizzare un approccio 'basato sui diritti umani' (*rectius*, nel nostro caso: un approccio basato sul diritto all'acqua) volto precisamente a fornire una 'lettura orientata' dei diversi sistemi regolamentari che di volta in volta vengono ad interagire con le risorse idriche, e ciò allo scopo di preservare nella massima misura possibile, il benessere degli individui e delle comunità coinvolte e di garantirne l'accesso all'acqua ed il pacifico godimento di tale risorsa. Indipendentemente dal livello di efficacia raggiunta da siffatta chiave interpretativa nella garanzia del diritto all'acqua per tutti, essa pone, a giudizio di scrive, un ulteriore interessante profilo di analisi. Si tratta del 'valore' da attribuire a tale norma affinché una tale operazione 'interpretativa' possa essere validamente effettuata e che implica per essa una collocazione 'sovraordinata' e 'prioritaria' rispetto alle altre norme, in modo tale da consentirle di operare nella qualità di 'parametro interpretativo' per colmare le lacune di tutela.

2. La mancata uniformità nel contenuto del diritto umano all'acqua e i riflessi nei discendenti obblighi

Il concetto di diritto all'acqua non è nuovo, potendo esso essere rintracciato in diverse aree del diritto sia a livello internazionale che regionale e nazionale. I primi riferimenti ad un diritto umano all'acqua sono rinvenibili nell'ambito del diritto internazionale dell'ambiente e sono diversi gli ordinamenti giuridici nazionali in cui la salvaguardia dell'ambiente è espressamente collegata alla tutela dei diritti fondamentali, attraverso la protezione del diritto alla salute dell'individuo oppure attraverso la gestione delle risorse naturali.

Nel General Comment 15 del 2002[8] (che assieme al rapporto del Re-

[8] Comitato per i diritti economici sociali e culturali, General Comment No. 15 (2002).

latore speciale del 2005 cerca di ricostruirne contenuto ed obblighi[9]) il diritto all'acqua è definito come il diritto di ognuno a disporre di sufficiente, sicura, accettabile, accessibile sia fisicamente che economicamente per usi personali e domestici, si tratta di *core obligation* che ne fanno un diritto indispensabile per la dignità umana e che deve essere garantito senza alcuna discriminazione.

Gli Stati sono responsabili per il soddisfacimento di tale diritto e su di essi incombe anche l'obbligo di garantire che l'operato degli attori pubblici e privati, che operano sotto la loro giurisdizione, sia conforme a siffatta garanzia. Gli Stati, ad esempio, sono destinatari dell'obbligo di realizzare quadri normativi efficaci, di adottare meccanismi di monitoraggio e di *enforcement*, al fine di garantire rimedi efficaci in caso di violazione dei diritti umani, ivi incluso quello sul diritto all'acqua[10]. Ovviamente, il solo riconoscimento di un diritto umano all'acqua non può essere considerato un rimedio sufficiente a garantire un effettivo accesso di ciascun individuo all'acqua potabile sufficiente e salubre in ragione dei numerosi problemi che contrastano con una sua piena realizzazione e che sono collegati, *in primis*, alla scarsità fisica di tale risorsa. La stessa scarsità fisica pone anche il problema della configurazione della responsabilità dello Stato per la violazione degli obblighi discendenti da tale diritto: c'è da chiedersi, infatti, il limite oltre il quale possa venirsi a configurare una violazione degli obblighi positivi da parte di quegli Stati nei quali vi è una oggettiva mancanza di fonti idriche oppure di mezzi economici per la costruzione di infrastrutture che assicurino l'accesso all'acqua a tutti gli individui sottoposti alla loro giurisdizione. Allo stesso modo è utile interrogarsi dal punto di vista degli ordinamenti nazionali, circa la conformità dei diversi regimi di gestione dei servizi idrici, soprattutto laddove l'erogazione avvenga a titolo oneroso, con il rispetto del diritto all'acqua e la garanzia di una sua

The right to water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/2002/11 del 20 gennaio 2003.

[9] Commissione dei diritti umani, Sotto-commissione per la promozione e protezione dei diritti umani, Realization of the Right to Drinking Water and Sanitation, Report of the Special Rapporteur El Hadji Guissé, 11 luglio 2005, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2005/25.

[10] Ad es. nella sua risoluzione *Human rights and access to safe drinking water and sanitation*, il Consiglio dei diritti umani ha invitato gli Stati a: '*(e) to adopt and implement effective regulatory frameworks for all service providers in line with the human rights obligations of States, and to allow public regulatory institutions of sufficient capacity to monitor and enforce those regulations; (f) to ensure effective remedies for human rights violations by putting in place accessible accountability mechanisms at the appropriate level*'. *Resolution of the Human Rights Council*, 'Human rights and access to safe drinking water and sanitation', cit.

distribuzione su base non discriminatoria[11]. Ebbene, in proposito non solo gli ordinamenti interni di alcuni di tali Paesi riconoscono direttamente o indirettamente un diritto umano o fondamentale all'acqua, ma molti di essi hanno elaborato anche degli approcci giurisprudenziali volti ad assicurare l'effettiva realizzazione di tale diritto anche in considerazione delle difficoltà sopra descritte.

Ora, e in primo luogo, le difficoltà di implementazione che si riscontrano in relazione alla garanzia del diritto all'acqua si richiamano, come evidente, al più ampio problema della effettività dei diritti economici e sociali sanciti nel diritto internazionale pattizio[12], specialmente a fronte dell'attuale situazione di povertà globale[13] e di conseguente esclusione di una vasta parte della popolazione mondiale dai più essenziali tra tali diritti, come il diritto al cibo, alla salute, alla casa e al lavoro. In tali condizioni, il problema di come assicurare una effettiva e al contempo realistica attuazione dei diritti economici e sociali – diritto all'acqua incluso – richiede soprattutto una complessa operazione di bilanciamento tra l'esigenza di assicurare una effettiva possibilità per tutti gli individui di far valere tali diritti anche in sede giudiziale, e la necessità di configurare corrispondenti obblighi statali realistici e proporzionati alle risorse effettivamente disponibili in diversi contesti nazionali[14].

Un altro problema è legato al mancato contenuto uniforme delle norme che si occupano di diritto ad un'acqua adeguata al benessere delle persone. Come noto, questo diritto è ricavato implicitamente come un aspetto

[11] I tre problemi teorici qui elencati appaiono particolarmente visibili, anche da un punto di vista giuridico, negli ordinamenti interni di Paesi del sud del mondo definiti *water stressed* – ovvero aree con scorte annuali di acqua particolarmente basse. In tali Paesi, i fattori climatici avversi, la scarsità di risorse idriche naturali, nonché la mancanza di disponibilità economiche per la costruzione di infrastrutture e per una distribuzione adeguata ed efficiente costituiscono seri ostacoli ad una piena realizzazione del diritto all'acqua.

[12] Sulla nozione di effettività delle norme sui diritti umani si vedano tra gli altri: S. Besson, *L'effectivité des droits de l'homme: Du devoir être, du pouvoir être et de l'être en matière de droits de l'homme*, in J.-B. Zufferey, J. Dubey, A. Previtali (a cura di), *L'homme et son droit – Mélanges en l'honneur de Marco Borghi*, Zurich, 2011, pp. 68-79; in generale, sul diritto internazionale dei diritti umani si veda in particolare: R. Pisillo Mazzeschi, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, Torino, 2020.

[13] Per approfondimenti sull'attuale situazione di povertà globale, vedi il Rapporto 2011 delle Nazioni Unite sugli Obiettivi di Sviluppo del Millennio, www.un.org/millenniumgoals/pdf/(2011E)%20MDG%20Report%202011_Book%20LR.pdf.

[14] Tale bilanciamento si rivela cruciale per sostanziare non solo il diritto all'acqua, ma più in generale il sistema dei diritti umani. I. SAIZ, "Rights in Recession? Challenges for Economic and Social Rights Enforcement in Times of Crisis", *Journal of Human Rights Practice*, 2009, p. 282.

del diritto a un tenore di vita adeguato. In alcuni strumenti convenzionali esso è invece oggetto di disposizioni esplicite che sono funzionali alla protezione dalle condizioni di vita di determinate categorie di persone (le donne, la protezione dei disabili, oppure dei minori). Lo stesso Comitato sui diritti economici, sociali e culturali *General Comment* n. 15, allorquando si è trovato a dover definire meglio il contenuto normativo del diritto, si è limitato ad affermare che esso comprende una serie di "libertà e diritti"[15] ai quali corrispondono sia obblighi generali che specifici per gli Stati. E nell'analizzare tali obblighi tralascia di approfondire il contenuto del diritto in esame.

Infine, anche in relazione agli obblighi che derivano dal diritto all'acqua è utile distinguere fra le norme sul diritto ad un'acqua adeguata al benessere delle persone di tipo programmatico e non vincolante e gli obblighi "a realizzazione progressiva" e le norme sul diritto all'acqua essenziale per la sussistenza che contengono obblighi immediati[16]. Di questi ultimi si possono fare alcuni esempi. Gli Stati hanno l'obbligo negativo di non impedire l'accesso agli individui o gruppi ad acqua essenziale che risulti già disponile, di non distruggere il servizio infrastrutture di acqua essenziale durante i conflitti armati o altri stati di emergenza; di non disconnettere o escludere in maniera ingiustificata le persone dai servizi di fornitura di acqua essenziale. Inoltre, gli Stati hanno l'obbligo positivo (immediato) di fornire l'acqua essenziale alla popolazione e di prevenire misure da parte di privati che abbiano lo scopo di impedire l'accesso all'acqua essenziale a individui o gruppi di individui. Si tratta di un obbligo materialmente applicato nella prassi internazionale degli organi di controllo ed in particolare in alcune decisioni della Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli che considerano il diritto di non essere privati dell'acqua essenziale nell'ambito del diritto alla salute e del diritto ad un ambiente sano garantiti dagli articoli 16 e 24 della Carta africana. Nel caso *Free Legal Assistance Group*[17], in effetti, la Commissione africana ha riconosciuto la violazione da parte dello Zaire dell'articolo 16 della Carta africana, dal momento che tale Stato aveva mancato di fornire servizi essenziali per la salute, tra cui l'acqua potabile. Analogamente, nel noto caso *Social Economic Rights*

[15] Comitato sui diritti economici sociali e culturali, *General Comment* n. 15, cit., par. 10.

[16] Cfr. R. Pisillo Mazzeschi, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, cit., p. 251.

[17] Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, *Free Legal Assistance Group*, par. 47.

Action Center v. Nigeria[18], la Commissione africana ha ritenuto che la Nigeria avesse violato, fra l'altro, gli articoli 16 e 24 della Carta, per non aver impedito l'inquinamento di risorse naturali causato dalle attività di estrazione del petrolio condotte nel territorio della popolazione indigena Ogoni.

3. Il diritto umano all'acqua e il problema della frammentazione del diritto internazionale applicabile alle risorse idriche

Ora, dal momento che l'acqua è una risorsa appartenente a diversi ambiti materiali del diritto e dal momento che essa è oggetto di differenti regolamentazioni in funzione degli obiettivi specifici e delle finalità questi settori del diritto, la ricostruzione del regime giuridico attinente a tale risorsa costituisce un problema di enorme complessità. Insomma, è anche e soprattutto dal livello di 'frammentazione' della disciplina applicabile a tale risorsa che dipende l'effettiva o non effettiva garanzia del diritto umano all'acqua.

Non è possibile analizzare in questa sede il dibattito circa la frammentazione del diritto internazionale[19], i cui termini generali sono noti: la diversificazione e l'espansione del diritto internazionale comporterebbero una serie di problematiche, che sono state delineate dalla Commissione di diritto internazionale[20]. In primo luogo, la settorializzazione del diritto internazionale favorirebbe la creazione di c.d. *self-contained regimes* tendenzialmente confliggenti in quanto ciascuno funzionerebbe e si svilupperebbe in modo isolato dagli altri e dai principi e la prassi del diritto internazionale generale, con la conseguenza di ingenerare il rischio di "*conflict between rules or rule-systems, deviating institutional practices and, possibly, the loss of an overall perspective on the law*"[21]. In secondo luogo,

[18] Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, *Social Economic Rights Action Center v. Nigeria,* par. 50-54.

[19] In generale, si veda sul tema J. Pauwelyn, *Fragmentation of International Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2006.

[20] Commissione di diritto internazionale, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission*, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 aprile 2006. Tra gli altri, si veda: G. Hafner, *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, pp. 849 ss.; B. Simma, *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, in *European Journal of International Law*, 2/2009, pp. 265-297; dello stesso autore, *Fragmentation in a Positive Light*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, pp. 845 ss.

[21] Commissione di diritto internazionale, *Fragmentation of International Law: Diffi-*

a norme confliggenti, possono corrispondere anche obblighi confliggenti, poiché come è stato autorevolmente osservato "*fragmentation could generate negative effects by exposing the frictions and contradictions between the various legal regulations and imposing on States mutually exclusive obligations*"[22]. Infine, a volte l'incompatibilità tra le norme e valori propri dei diversi regimi giuridici, può spingere gli organismi appartenenti ad un sottosistema a prendere decisioni che possono compromettere l'effettività di norme operanti in altri sotto-sistemi. Si consideri, ad esempio, come le preoccupazioni ambientali possono essere sottovalutate dagli organi di composizione delle controversie del WTO chiamati a dare attuazione, alle norme sul commercio internazionale[23].

Se, al contrario, si volge lo sguardo al settore del diritto internazionale umanitario è agevole osservare che tale sistema persegue l'obiettivo di obbligare gli Stati parti di conflitti armati a garantire l'accesso all'acqua alle popolazioni interessate da tali conflitti, e impedire agli stessi di privare tali popolazioni dell'acqua indispensabile per la loro sussistenza[24]. In materia condividendo la posizione della dottrina maggioritaria si può sostenere che in relazione al diritto all'acqua, si può distinguere fra un gruppo di norme che concernono il diritto ad una "acqua adeguata al benessere delle persone" e il gruppo di norme che regolano "il diritto all'acqua essenziale per la sussistenza (o sopravvivenza) delle persone"[25]. Tale secondo gruppo di norme opera in situazioni di conflitti armati e considera il diritto all'acqua

culties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, cit., par. 8.

[22] Si veda: G. Hafner, *Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law*, cit.

[23] Appellate Body Report, United States, Standard for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R, 29 aprile 1996; Panel Report, United States, Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/R, 15 maggio 1998; Appellate Body Report, United States, Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, 12 ottobre 1998.

[24] Si possono citare gli articoli 20, 26 e 46 della III convenzione di Ginevra del 1949, gli art. 89 e 127 della IV Convenzione di Ginevra, l'articolo 54 del I protocollo addizionale e gli articoli 5(1) (b) e 14 del II Protocollo Addizionale. Ad esempio, l'articolo 26 della III Convenzione di Ginevra stabilisce che: "*Sufficient drinking water shall be supplied to prisoners of war*". L'articolo 5(1)(b) del II protocollo addizionale prevede che le persone private della libertà per motivi connessi con il compito armato: *"[…] shall, to the same extend as the local civilian population, be provided with food and drinking water*". Inoltre, come si è già visto l'articolo 14 il medesimo protocollo vieta di attaccare o distruggere beni indispensabili alla sussistenza la popolazione civile, fra i quali "le installazioni e le riserve di acqua potabile".

[25] Cfr. R. Pisillo Mazzeschi, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, cit., p. 250.

come un "diritto di sussistenza", strettamente connesso con il diritto alla vita. A ben vedere, l'esistenza di una dimensione valoriale del diritto umano all'acqua più "forte" rispetto a quella meramente legata al benessere e al tenore di vita delle persone, risulta in qualche modo confermata anche dal Comitato sui diritti economici sociali e culturali che, sia pure incidentalmente, ha affermato che tale diritto "*is one of the most fundamental conditions for survival*"[26] e che esso "*should also be seen in conjunction with other rights [...] foremost amongst them the right to life and human dignity*"[27]. Da quanto detto discende la possibilità di sostenere che, almeno con riguardo alle situazioni di crisi e di emergenza umanitaria (conflitti armati, disastri naturali, ecc.), una norma di diritto internazionale generale volta ad assicurare il diritto all'acqua essenziale per la sussistenza delle persone, si sia già formata. Al di fuori di questo specifico regime, invece, una norma consuetudinaria sul diritto umano all'acqua, torneremo sul punto più avanti, non pare ancora cristallizzata potendo, al limite, essere considerata solo in corso di formazione.

Tra le soluzioni proposte per fare fronte ai rischi collegati alla frammentazione del diritto internazionale, ve ne sono due che meritano di essere menzionate, perché particolarmente rilevanti ai fini della presente indagine. Ci riferiamo, in primo luogo, alla necessità di 'armonizzare' i diversi settori del diritto internazionale, un obiettivo che può essere ottenuto tramite diverse modalità. Il rischio di creazione di obblighi confliggenti può essere risolto, ad esempio, ricorrendo a clausole di compatibilità o di subordinazione volte a specificare che le disposizioni di un dato trattato non debbano essere considerate incompatibili con le disposizioni contenute in altri trattati. Soprattutto, l'armonizzazione dei diversi regimi normativi 'confliggenti' può essere ottenuta anche grazie all'interpretazione, ricorrendo alle normali tecniche interpretative previste dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati ed in particolare all'articolo 31, par. 3, lett. *c*)[28]. Tale disposizione incardina, come noto, il criterio generale di interpretazione sistemica, in base al quale gli organi di composizione delle controversie istituiti nell'ambito dei vari sistemi giuridici sono tenuti ad interpretare le norme dei relativi trattati, non isolatamente, bensì in modo

[26] Comitato per i diritti economici sociali e culturali, General Comment No. 15 (2002), The right to water, cit.

[27] *Ibidem.*

[28] Secondo tale disposizione, nell'interpretare le disposizioni del Trattato dovrebbe essere preso in considerazione, assieme al contesto, "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties".

sistematico all'interno dell'ordinamento internazionale[29]. La disposizione in esame è stata ampiamente discussa dalla Commissione di diritto internazionale e dalla dottrina[30], ed è stata utilizzata in numerosi casi da diversi organismi giurisdizionali[31].

In secondo luogo, nel caso in cui si ponga un reale conflitto tra regimi giuridici, che non possa essere superato mediante l'ausilio dell'interpretazione, esso dovrebbe essere affrontato utilizzando le tecniche che stabiliscono relazioni di priorità tra norme appartenenti a diversi regimi speciali[32]. I criteri esistenti nel diritto internazionale sul punto sono noti: si tratta del principio in base al quale *lex posterior derogat legi priori*, di quello secondo cui *lex specialis derogat legi generali* e, infine, di quello in base al quale *lex superiore derogat legi inferiori*.

Ora, entrambe le soluzioni proposte possono essere utilizzate per 'deframmentare' il regime giuridico dell'acqua e per dare effettiva attuazione al diritto umano all'acqua in tutti gli ambiti materiali del diritto internazionale.

Innanzitutto, un'interpretazione sistemica della disciplina delle risorse idriche condurrebbe l'interprete nelle diverse sedi ad utilizzare un

[29] Nelle conclusioni del Rapporto presentato dalla Commissione di diritto internazionale sulla frammentazione del diritto internazionale, si legge: "*[T]o hold those institutions [with law-applying tasks] as fully isolated from each other and as only paying attention to their own objectives and preferences is to think of law only as an instrument for attaining regime-objectives. But law is also about protecting rights and enforcing obligations, above all rights and obligations that have a backing in something like a general, public interest. Without the principle of 'systemic integration' it would be impossible to give expression to and to keep alive, any sense of the common good of humankind, not reducible to the good of any particular institution or 'regime'*". Commissione di diritto internazionale, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission*, cit., par. 480.

[30] C. Mclachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, pp. 279-320; ID., "Investment Treaties and General International Law", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, p. 361; D. Kalderimis, "Systemic Integration and International Investment Law – Some Practical Reflections", in *Society of International Economic Law (SIEL), 3rd Biennial Global Conference*, Working Paper n. 2012/46; J. E. Alvarez, *Beware: Boundary Crossings*, in *Public Law Research Paper*, 14-51/2014.

[31] Corte europea dei diritti umani, *Marguš v. Croatia*, sentenza del 27 maggio 2014, n. 4455/10; *Al-Adsani v. The United Kingdom*, sentenza del 21 novembre 2001, n. 35763/97; *Golder v. United Kingdom*, sentenza del 21 febbraio 1975, n. 4451/70. Si veda anche: Appellate Body Report, *European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, del 18 maggio 2011; Corte Internazionale di Giustizia, *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, sentenza del 6 novembre 2003.

[32] C. Mclachlan, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, cit., p. 286.

approccio basato sui diritti umani e a riconoscere tra le diverse soluzioni interpretative a disposizione quella maggiormente in grado di assicurare la protezione del diritto umano all'acqua. Tale approccio, consente di ovviare all'assenza nei diversi regimi del diritto internazionale (e in tante legislazioni nazionali) di una previsione esplicita relativa al diritto di accesso all'acqua pulita e sicura per tutti. Un approccio basato sul diritto all'acqua comporta, insomma, l'effetto di trasformare i 'bisogni umani' collegati alla risorsa idrica in un vero e proprio diritto umano all'acqua, sia pure 'indirettamente' attraverso la garanzia di altri interessi o altri diritti la cui realizzazione 'presuppone' l'accesso all'acqua.

La seconda via, e cioè attribuire una posizione 'preminente' alla norma sul diritto all'acqua rispetto alle altre norme di diritto internazionale, è stata materialmente perseguita da quella dottrina che ha sostenuto la natura consuetudinaria del diritto all'acqua[33]. Un diritto autonomo all'acqua sancito dal diritto consuetudinario avrebbe un'applicabilità universale, quanto a portata, e quindi sarebbe vincolante per tutti gli Stati, indipendentemente dalla ratifica del Patto sui diritti economici, sociali e culturali. Una norma consuetudinaria di tale tipo consentirebbe agli organismi giurisdizionali di attuare una tutela 'diretta' del diritto all'acqua, senza dover fare necessariamente leva sugli obblighi derivanti dagli altri diritti umani ed essere pertanto vincolati ad una tutela indiretta e mediata del diritto all'acqua in quanto mero elemento 'accessorio' dei primi. Ovviamente, tale soluzione avrebbe il vantaggio di sviluppare un sistema di protezione più completo, anche se residuerebbero alcune problematiche.

Purtroppo, come già anticipato *supra*, una norma consuetudinaria sul diritto all'acqua non pare che si sia ancora formata, e questo nonostante gli strumenti di *soft law* che hanno sancito il relativo diritto umano. Prova ne sia, a nostro giudizio, la tendenziale mancanza di coerenza nella applicazione di tale diritto da parte dei tribunali internazionali e nazionali investiti di dirimere controversie circa questioni aventi un impatto sul godimento del diritto all'acqua di individui o comunità. In secondo luogo, quand'anche venisse a configurarsi una norma consuetudinaria sul diritto umano all'acqua, resterebbe difficile ricostruire il contenuto di tale diritto e gli obblighi da esso discendenti, considerato la diversificazione dei regimi giuridici che derivano dai diversi usi di tale risorsa. Insomma, nonostante i principi di indivisibilità, interdipendenza, e universalità dei diritti umani, la possibilità di collisioni o conflitti con altri diritti non sarebbe comunque evitata.

[33] V. la dottrina citata nelle note da 18 a 22.

4. Sulla natura del diritto umano all'acqua nel diritto internazionale: il diritto umano all'acqua come parametro interpretativo

È nel senso di quanto elaborato nei paragrafi precedenti che è utile interrogarsi, pervenendo così al secondo aspetto citato nell'introduzione, circa la natura del diritto umano all'acqua. Le soluzioni proposte in dottrina, è noto, sono molteplici. A parte tutta una serie di "modelli" che hanno incontrato minore successo per dei limiti elaborativi concreti, come la tesi che rinvia al *Global administrative law*, quella che fonda l'appartenenza della risorsa acqua al patrimonio comune dell'umanità o, in alternativa, al novero dei beni pubblici globali, le tesi maggiormente affascinanti, anche per le loro implicazioni in termini di effettività del diritto in esame, sono due. Da un lato quella che valorizza la natura di norma consuetudinaria del diritto all'acqua[34] e dall'altro lato quella elaborata da una parte della dottrina e che guarda al diritto in esame come norma interstiziale, cioè come norma che si colloca 'negli interstizi delle norme primarie' e che valorizza il momento interpretativo affidato agli operatori del diritto.

Abbiamo avuto modo di evidenziare come il diritto umano all'acqua possa essere 'letto' in una prospettiva evolutiva secondo cui tale diritto da norma unicamente espressione del diritto dei trattati, stia penetrando progressivamente nel *corpus* del diritto internazionale generale. Come visto tale questione conduce al problema di definire la 'natura' del diritto umano all'acqua e che tale problema viene tradizionalmente e semplicisticamente risolto sottolineandone il difetto di autonomia normativa e l'incorporazione di tale diritto in altre categorie di diritti umani. La tutela del diritto umano all'acqua, pertanto, avverrebbe non in quanto diritto *ex se*, e autonomamente inteso, bensì *per relationem* in quanto funzionale e accessorio alla salvaguardia di altri diritti umani dei finirebbe per condividerne il fondamento giuridico. Questa tesi non pare condivisibile nella misura in cui da un lato, come evidenziato in dottrina, il diritto all'acqua prima ancora che "derivato" da altri diritti fondamentali, rappresenta un "prerequisito per la loro realizzazione", e poi perché, dall'altro lato, essa non riesce a spiegare la capacità di tale norma di proporsi come strumentale all'approc-

[34] Si veda C. Cinelli, "Gli obblighi positivi degli Stati in materia di investimenti stranieri e la privatizzazione del 'nuovo' diritto umano all'acqua", in A. Di Stefano, R. Sapienza (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Napoli, 2011, pp. 481 ss.; G. Aguilar Cavallo, *The Human Right to Water and Sanitation: Going Beyond Corporate Social Responsibility*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 2013, pp. 39-64.

cio basato sui diritti (nel nostro caso approccio basato sul diritto all'acqua), da applicare nei diversi settori del diritto internazionale che regolano sotto diverse prospettive le risorse idriche.

Parte della dottrina ha cercato di 'spiegare' questo carattere di parametro interpretativo della norma sul diritto umano all'acqua attraverso il rinvio al diritto internazionale consuetudinario. Tale dottrina sottolineando il ruolo fondamentale dell'*opinion juris* nella ricognizione delle norme di diritto consuetudinario, sottolinea come gli atti internazionali in materia di diritto umano all'acqua, ed *in primis* la Dichiarazione dell'Assemblea generale n. 64/292 del 2010, sarebbero ricognitivi della progressiva emersione di una nuova consuetudine, secondo alcuni autori addirittura già esistente. È noto, infatti, che le dichiarazioni dell'Assemblea generale benché sprovviste di effetti vincolanti rivelano l'*opinio* degli Stati su determinate materie e assolvono in questo senso due funzioni principali potendo costituire tanto la prova di una consuetudine in via di formazione quanto quella di una consuetudine già esistente[35]. Con riferimento alla Dichiarazione dell'Assemblea generale del 2010, una parte della dottrina ha evidenziato come essa risponderebbe alla prima delle funzioni appena ricordate sarebbe indicativa di una consuetudine in *status nascendi* circa l'esistenza di un diritto individuale all'accesso all'acqua[36].

Altri autori, invece, si spingono fino al punto di ritenere una consuetudine in materia *già* esistente[37]. Secondo tali autori, infatti, posto che la prassi internazionale si presta in genere a più di una lettura, l'interpretazione delle norme da preferire dovrebbe essere quella che riflette l'*opinio*

[35] V. tra gli altri, T. Meron, *The Humanization of Humanitaria Law*, in *American Journal of International Law*, fasc. 2, 2000, pp. 239-278.

[36] Cfr. G. Aguilar Cavallo, *The Human Rights to Water and Sanitaton: From Political Commitments to Customary Role?*, in *Pace International Law Review Online Companion*, 2012, fasc. 5, pp. 136-199, in part. p. 190; A. Hardberger, *Life, Liberty, and the Pursuit of Water: Evaluating Water as a Human Right and the Duties and Obligations it Creates*, in *Northwestern Journal of International Human Rights*, fasc. 2, 2005, pp. 331-362, in part. p. 354, secondo cui: "Although water is not yet an individual right under customary international law, the amount of attention it has received indicates that it is moving in that direction"; E. Brown Weiss, T*he Evolution of International Water Law*, in *Recueil des Cours*, vol. 331, 2007, pp. 163-404, in part. p. 310, che sottolinea che "While a right to water has not become a matter of customary international law, support for the right to water has increased within the past decade"; I.T. Winkler, *The Human Right to Water. Significance, Legal Status and Implication for Water Allocation*, Oxford/Portland, 2012, p. 97 secondo cui "It is not too optimistic to assume that the right to water can be regarded as a customary human right in *status nascendi*".

[37] P. Thielbörger, *Re-conceptualizing the Human Right to Water: A Pledge for Hybrid Approach*, in *Human Rights Law Review*, fasc. 2, 2015, pp. 225-249.

degli Stati e in particolare all'azione finalizzata a promuovere la condivisione tra Stati di *best practices* e dunque una maggiore uniformità nella gestione interna di questo bene. Tali elementi suggerirebbero, in sintesi, l'esistenza di una chiara e inequivocabile *opinio juris* degli Stati che sarebbe dimostrata da: *a*) la consistente prassi interna in materia di acqua[38] che essendo principalmente costituita da norme costituzionali in tema di diritti fondamentali renderebbe difficile da negare la formazione di una consuetudine[39]; *b*) la più volte ricordata Dichiarazione dell'Assemblea generale 64/292; *c*) la coeva risoluzione del Consiglio dei diritti umani[40]; *d*) l'atto di conferma dell'incarico del Relatore speciale con poteri più ampi in tema di controllo sull'applicazione del diritto all'acqua (che farebbero presupporre l'esistenza sul piano internazionale di questo diritto)[41].

La tesi sinteticamente illustrata per quanto suggestiva resta in ultima analisi poco convincente. Per quanto si voglia aderire ad una visione flessibile del concetto di consuetudine e dei suoi elementi, la prassi interna a cui essa fa riferimento, come abbiamo già più volte sottolineato, risulta ancora eccessivamente eterogenea, evidenziando nette differenze di regolamentazione da un Paese all'altro. A tal fine ci pare significativo, che a distanza oramai di diversi anni dalla sua adozione, questa prassi internazionale ed in modo specifico la risoluzione dell'Assemblea generale non venga valorizzata in alcun modo dal punto di vista processuale nemmeno da parte degli organismi giurisdizionali o quasi-giurisdizionali di monitoraggio trattati internazionali sui diritti umani. Inoltre, anche a voler accettare la validità di tali ragionamenti, essi finiscono pure sempre per 'catturare' esclusivamente una delle varie componenti del diritto all'acqua, e principalmente la possibilità di accedervi, che, tuttavia, non assicura affatto il rispetto automatico delle altre componenti fondamentali, tra cui la disponibilità e la qualità. Infine, e cosa di non minor importanza, sono gli stessi elementi costitutivi di una norma consuetudinaria che paiono non essere soddisfatti in relazione alla norma sul diritto all'acqua. Innanzitutto, anche a voler ammettere l'esistenza di una prassi sufficientemente coerente da parte degli

[38] Ivi, p. 239.

[39] I.T. Winkler, *The Human Right to Water*, cit., pp. 90-91.

[40] Consiglio dei diritti umani, *Human Rights and Access to Safe Drinking Water and Sanitation*, UN Doc. A/HRC/RES/15/9, del 30 settembre 2010.

[41] P. Thielbörger, *Re-conceptualizing the Human Right to Water: A Pledge for Hybrid Approach*, cit., pp. 242-243, secondo cui "The changed tasks for the mandate must logically be based on the following assumption: if the Special Rapporteur is now mandated with improving implementation and realization, this presupposes the (by now accepted) positive assumption of the existence of such a right in the first place".

Stati, sembra contestabile l'idea di una *opinio juris* largamente accettata da parte degli Stati[42]. Ciò a maggior ragione ove si consideri che nell'Assemblea generale in occasione dell'adozione della risoluzione numero 64/292, buona parte degli Stati che hanno deciso di astenersi tra cui Stati Uniti e Regno Unito, hanno giustificato la propria astensione sulla base dell'argomento per cui un diritto all'acqua internazionalmente riconosciuto non esisterebbe[43].

In conclusione, tutto quello che può dirsi allo stato attuale è che una consuetudine relativamente al diritto all'acqua non esiste, potendosi al più parlare di un processo *in fieri* in tal senso.

In alternativa ci si è chiesti se, non essendo ancora completato il processo di 'positivizzazione' di una norma sul diritto umano all'acqua, il fondamento di tale norma non possa derivare da una sua capacità di imporsi quale strumento di 'interpretazione' a disposizione dell'interprete di volta in volta investito di questioni specifiche. Vari approcci sono emersi in proposito.

Vanno scartate da subito quelle posizioni dottrinali che fanno leva come detto sul diritto amministrativo globale (*Global Administrative Law* – GAL)[44] in quanto, e a parte le critiche mosse al concetto stesso di diritto amministrativo globale, ricondurre il regime giuridico dell'acqua al diritto

[42] Si veda, ad esempio, M. Fitzmaurice, *The Human Right to Water*, in *Fordham Environmental Law Review*, fasc. 3, 2007, pp. 537-585, in part. p. 554, secondo cui: "It would be a simplification to assume that such a right has already emerged as there is no uniform practice of States […] which would corroborate such a view".

[43] È questo il caso di Stati Uniti e Regno Unito quanto riguarda i primi in particolare la loro dichiarazione recita: "This draft resolution describes a right to water and sanitation in a waythat is not reflective of existing international law, as there is no right to water and sanitation is an international legal sense as described by the draft resolution. The USA regrets that this draft resolution diverts us from the serious international efforts under way to promote greater coordination and cooperation on water and sanitation issues. The Draft resolution attempts to take a short cut around the serious work of formulating, articulating upholding universal rights". Di tenore analogo la dichiarazione del rappresentante inglese secondo cui "the United Kingdom does not believe that there exists at present sufficient legal basis under international law to either declare or recognize water and sanitation as free-standing human rights. Neither a right to water nor a right to sanitation had been agreed upon in any United Nation human rights treaty, nor is evidence that they exist in customary international law".

[44] Cfr. O. Mcintyre, *The Human to Water as a 'Creature' of Global Administrative Law: Post-realism, Post-colonialism, and Trasnationalism*, in P. Singh, B. Mayer, *Critical International Law – Postrealism, Postcolonialism, and Transnationalism*, Oxford, 2014, pp. 249-275. Sul diritto amminsitrativo globale si rinvia agli studi di Sabino Cassese, tra cui segnaliamo S. Cassese, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 2, 2005, pp. 331-357.

amministrativo globale non ne muta certo le caratteristiche e non aggiunge nulla ai fini della sua natura e del suo contenuto.

In secondo luogo, è stata sostenuta la riconducibilità della risorsa acqua come patrimonio comune dell'umanità o, in alternativa, come appartenente al novero dei beni pubblici globali. In tal senso, per la prima tesi l'acqua rientrerebbe nel novero dei beni considerati essenziali e di beneficio per tutta l'umanità, il c.d. patrimonio comune dell'umanità, attraverso l'affermazione su scala globale della categoria pubblicistica del demanio che sarebbe in grado di determinare così com'è accade nel diritto interno una situazione di appartenenza collettiva di questa risorsa da parte dell'intero genere umano[45]. La tesi anche se suggestiva non pare condivisibile ove si consideri, da un lato, che categoria giuridica in esame non ha avuto quel seguito operativo auspicato in dottrina e, dall'altro lato, in quanto nel diritto internazionale la nozione di patrimonio comune dell'umanità rinvia ai beni sottratti alla sovranità territoriale degli Stati, laddove la maggior parte le risorse idriche, invece, ricadono proprio all'interno della sovranità di uno o più Stati e risulterebbero quindi incompatibili con un regime del genere. Per quanto attiene alla riconducibilità dell'acqua ai beni pubblici globali, si è sostenuto che tale risorsa rientrerebbe in quella particolare categoria di beni pubblici, materiali e immateriali, caratterizzati dalla *non escludibilità*, cioè l'impossibilità di escludere qualcuno dal godimento del bene, e dalla *non rivalità*, cioè l'idoneità del bene ad essere fruito contemporaneamente da più persone ossia senza che la fruizione da parte di una comprometta la possibilità di altri di fruirne allo stesso modo e nello stesso tempo[46]. Ora, a ben vedere anche la categoria dei beni pubblici globali si rivela inadeguata a includere il regime giuridico dell'acqua una volta che si osservi come tale regime non sia stabile ma, piuttosto, variabile in funzione tanto dell'utilizzo che si fa di tale risorsa, quanto del contesto a cui ci si riferisce[47].

[45] Cfr. C. Iannello, *Il diritto all'acqua. Proprietà collettiva e Costitu*zione, Napoli, 2013.

[46] In materia cfr. F. Cafaggi, D.D. Caron, *Global Public Goods amidst a Plurality of Legal Orders: A Symposium*, in *European Journal of International Law*, fasc. 3, 2012, pp. 643-649, e gli altri contributi cotenuti nello speciale nella stessa rivista.

[47] In effetti, da un lato, l'acqua presenta caratteri, propri dei beni pubblici, di non rivalità, non escludibilità e indivisibilità. Si pensi all'acqua piovana all'acqua che sgorga da una sorgente, a quella dei laghi, dei fiumi. Dall'altro lato, essa presenta anche i caratteri propri dei beni privati, rivali ed escludibili, come ad esempio, l'acqua canalizzata per scopi di irrigazione, di produzione industriale, quella destinata agli usi civili e igienico-sanitari, l'acqua imbottigliata per la vendita, ecc.

Una teoria alternativa proposta in dottrina ritiene che la capacità di imporsi quale strumento di 'interpretazione' del diritto all'acqua deriverebbe dal suo *status* di norma interstiziale[48]. Come giustamente osservato, infatti, la norma interstiziale, piuttosto che esprimere una fonte formale di produzione del diritto internazionale, costituirebbe una modalità di 'adeguamento' dello stesso diritto internazionale a disposizione dell'interprete (il giudice). Tale norma opererebbe "negli interstizi delle norme primarie siano essi di natura pattizia o consuetudinaria"[49] con l'obiettivo specifico di cogliere gli "indirizzi culturali prevalenti in un dato periodo storico"[50]. Detto altrimenti non è la norma interstiziale di per sé ad assumere rilievo ma piuttosto l'uso (interpretativo) che ne viene fatto sul piano processuale. Così se da un lato le norme interstiziali fungono da tecnica di risoluzione dei conflitti funzionale a porre rimedio a situazioni di sovrapposizione e incompatibilità tra norme primarie, dall'altro lato non c'è dubbio che queste stesse norme tendono più in generale ad occupare spazi giuridici esercitando una notevole forza di attrazione sulle regole primarie di cui finiscono per influenzare i contenuti.

Ebbene, a noi sembra che allo stato attuale della sua evoluzione, la norma sul diritto all'acqua risponda meglio al modello concettuale di norma interstiziale. Tale norma, pur non generando gli effetti normativi tipici delle norme primarie, acquisisce *valore* normativo grazie all'opera di mediazione del giudice. Essa opera in altri termini in qualità di *parametro interpretativo* in grado di valorizzare al massimo tutte le potenzialità normative del diritto umano all'acqua, 'operando' sulle norme primarie come un catalizzatore in grado di 'ampliarne' oppure di 'restringerne' gli effetti alla luce degli orientamenti valutativi emersi di volta in volta dal corpo sociale internazionale in un dato settore. L'operatività della norma sul diritto all'acqua in termini di 'ampliamento' degli effetti delle norme primarie si manifesta, ad esempio, in relazione ai sistemi regionali di protezione dei diritti umani in cui una serie di garanzie quali diritto alla vita alla salute e all'ambiente salubre sono state interpretate dagli organismi di monitoraggio in modo da 'includervi' il diritto di accesso all'acqua. Viceversa, l'ope-

[48] In tal senso, V. Lowe, *The Politics of Law-Making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?*, in M. Byers (ed.), *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford, 2001, pp. 207-226; F. Palombino, *Il diritto all'acqua. Una prospettiva internazionalistica*, Le Monnier Università, 2017, in part. pp. 82-84.

[49] Cfr. F. Palombino, cit., p. 83.

[50] *Ibidem*.

ratività della norma sul diritto all'acqua in termini di 'restrizione' degli effetti delle norme primarie si manifesta, ad esempio, in relazione al sistema del diritto internazionale degli investimenti e più precisamente in quelle decisioni in cui i tribunali arbitrali hanno considerato le norme primarie sulla protezione degli investimenti stranieri suscettibili di essere limitate per dare spazio alla necessità di garantire a tutti l'accesso all'acqua.

Ciò che merita di essere evidenziato in questa sede è proprio che tale ruolo della norma sul diritto all'acqua discende dalla sua capacità di imporsi in qualità di 'parametro interpretativo' e quindi dal 'valore' normativo di tale norma che, sebbene non (ancora) positivizzato, comporta per essa una collocazione in qualche modo 'sovraordinata' e 'prioritaria' rispetto alle altre norme, tale da consentire all'interprete di utilizzarla per colmare le lacune di tutela. È esattamente in tal senso che siffatto parametro interpretativo è in grado di fornire una 'lettura orientata' dei diversi sistemi regolamentari che di volta in volta vengono ad interagire con le risorse idriche, allo scopo di preservare nella massima misura possibile, il benessere degli individui e delle comunità coinvolte e di garantirne l'accesso all'acqua ed il pacifico godimento di tale risorsa.

5. Osservazioni conclusive

Rispetto alla progressiva affermazione di un diritto umano all'acqua, la diversità dei percorsi interpretativi e degli orientamenti adottati dagli organi internazionali e nazionali rispetto al diritto all'acqua corrisponde alla molteplicità di significati assunta da tale diritto, ed è possibile effettuare due osservazioni conclusive.

In primo luogo, dalla prassi e dalla giurisprudenza esaminata emerge piuttosto chiaramente la necessità di tenere conto degli specifici ostacoli sperimentati da alcuni gruppi, particolarmente svantaggiati, nell'accedere al proprio diritto all'acqua: ciò appare un aspetto cruciale per assicurare il rispetto di tale diritto in condizioni di non discriminazione. A nostro giudizio la ricostruzione della norma sul diritto all'acqua come parametro interpretativo è funzionale anche alla tutela di queste siffatte posizioni quando esse non possono ricevere tutela effettiva attraverso gli ordinari meccanismi di salvaguardia dei diritti umani.

In secondo luogo, la questione del contenuto e del carattere degli obblighi statali in connessione al diritto umano all'acqua è di centrale importanza per una garanzia effettiva di tale diritto. La mancanza di infrastrut-

ture, le notevoli difficoltà ambientali, le condizioni geografiche e sociali, la mancanza di fondi per finanziare la distribuzione di acqua sono tutti elementi che, soprattutto ma non solo nei Paesi del sud del mondo, possono seriamente pregiudicare l'implementazione del diritto umano all'acqua. In tale contesto, esiste il rischio concreto che tale diritto all'acqua rimanga una vuota affermazione di principio, e che il suo stesso riconoscimento giudiziale non rappresenti una concreta garanzia di accesso a tale risorsa[51].

È opinione di chi scrive che mentre la tesi sia pure affascinante della natura consuetudinaria non può essere condivisa appieno, la natura di parametro interpretativo possa giocare un ruolo nell'assicurare la garanzia del diritto all'acqua come bene comune. La norma sul diritto all'acqua sembrerebbe in grado di spiegare effetti in qualità di "norma interstiziale" o, in qualità di *parametro interpretativo* che l'interprete può utilizzare in base alla propria sensibilità per risolvere fattispecie concrete. Detto altrimenti non è la norma interstiziale di per sé ad assumere rilievo ma piuttosto l'uso (interpretativo) che ne viene fatto sul piano processuale.

[51] J. Gupta, *The Human Right to Water: Moving Towards Consensus in a Fragmented World*, in *Review of European Community and International Environmental Law*, 2010, pp. 302 ss.

Seconda Sessione

VALORI DEMOCRATICI E *RULE OF LAW*

PATRIMONIO COMUNE DELL'UMANITÀ E DIVERSITÀ CULTURALE

Fausto Pocar*

La tematica generale del Convegno annuale della SIDI dedicata ai beni e valori comuni nella dimensione internazionale ed europea offre l'occasione di qualche brevissima riflessione sulla diversità culturale come valore comune e patrimonio culturale dell'umanità. Per quanto invero possa a prima vista apparire paradossale qualificare come valore e patrimonio comune un valore che può solo essere fondato su elementi che rappresentano valori diversi, e quindi per definizione non comuni, la diversità costituisce, sotto il profilo del diritto internazionale, un valore in sé stessa, al punto da essere presa a fondamento della intera tematica dei diritti umani, e certo della loro protezione, che sono senza alcun dubbio patrimonio comune della comunità internazionale.

È del resto ben noto che la norma internazionale fondamentale in tema di diritti umani – già presente fin dalla Dichiarazione universale del 1948 – riguarda il riconoscimento e la protezione dei diritti senza alcuna distinzione basata sulla diversità delle situazioni personali che caratterizzano, oggettivamente e soggettivamente, i singoli esseri umani. E questo anche per quanto riguarda il diritto alla partecipazione alla vita culturale della comunità alla quale ciascun individuo appartiene[1].

Al fine di chiarire il contesto in cui le brevi considerazioni che seguono sulla diversità e il suo ruolo possono inserirsi è peraltro opportuno definire con maggiore precisione i termini "cultura", "patrimonio culturale dell'umanità" e "diversità culturale". Senza poter qui esaminare nei particolari tutti gli aspetti della definizione di questi termini, che implicherebbero una discussione non solo giuridica, ma anche sociologica e antropologica del termine cultura e dei valori, manifestazioni e simboli che la caratterizzano, e che richiederebbero di considerare la imponente letteratura in proposito, mi riferirò come punto di partenza alla ben nota Dichiarazione Universale

* Professore emerito di Diritto internazionale, Università degli studi di Milano; già Presidente della SIDI.

[1] Cfr. art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti umani, GA Res. 217 A (III), 10 dicembre 1948.

sulla Diversità Culturale ("Dichiarazione del 2001") adottata dall'UNESCO nel 2001[2].

Il termine "cultura" vi è definito nel preambolo come il "*set of distinctive spiritual, material, intellectual and emotional features of society or a social group, and that it encompasses, in addition to art and literature, lifestyles, ways of living together, value systems, traditions and beliefs*", dunque una serie, sia pure non esaustiva, di elementi che caratterizzano un gruppo sociale.

La "diversità culturale" è a sua volta considerata dalla Dichiarazione un fatto necessario. L'art. 1 precisa infatti che la cultura "takes diverse forms across time and space. This diversity is embodied in the uniqueness and plurality of the *identities of the groups and societies* making up humankind. As a source of exchange, innovation and creativity, cultural diversity is as *necessary* for humankind as biodiversity is for nature"[3].

Dalla considerazione che la diversità culturale costituisce un fatto necessario discende inoltre, secondo la Dichiarazione, il suo valore come patrimonio comune dell'umanità. L'art. 1 conclude infatti dicendo che "(i) n this sense – cioè nel senso che è necessaria come la biodiversità – "it (la diversità culturale) is the *common heritage of humanity* and should be recognized and affirmed for the benefit of present and future generations"[4].

Il valore e il ruolo della diversità culturale sono ribaditi e precisati in successive disposizioni della Dichiarazione, quali l'art. 2 sul pluralismo culturale, che nota che "(i)n our increasingly diverse societies it is essential to ensure harmonious interaction among people and groups with varied and dynamic *cultural identities*" e che il "cultural pluralism gives policy expression to cultural diversity"; l'art. 4 che sottolinea che la difesa della diversità culturale è un imperativo morale, che implica un impegno a rispettare i diritti umani, "in particolare i diritti degli appartenenti a minoranze e dei popoli autoctoni"; e l'art. 7 sulla creatività, che afferma che quest'ultima "draws on the roots of cultural tradition, but flourishes in contact with other cultures", con la conseguenza che il patrimonio culturale in tutte le sue forme "must be preserved, enhanced and handed on to future generations as a record of human experience and aspirations, so as to foster creativity in all its diversity".

A un esame, sia pure sommario, della Dichiarazione del 2001 non può

[2] Conferenza generale dell'UNESCO, 31° sessione, 2 novembre 2001.
[3] I corsivi sono miei.
[4] Il corsivo è mio.

sfuggire che essa, pur riferendosi ai diritti umani, in particolare ai diritti culturali, nella loro dimensione individuale,[5] sottolinea a più riprese l'aspetto collettivo rappresentato dalla identità culturale dei gruppi e società che compongono la comunità umana e insiste sulla circostanza che la loro interazione esprime il patrimonio comune rappresentato dalla diversità culturale. Questa insistenza sull'identità culturale dei gruppi si allontana dal riferimento alla sola dimensione individuale che si ritrova nei principali strumenti relativi ai diritti fondamentali, quali la Dichiarazione universale del 1948 e i due Patti internazionali del 1966[6], e pone l'accento sulla salvaguardia dell'identità collettiva ai fini del pieno rispetto dei diritti umani stessi[7].

Vero è che il godimento del diritto individuale a partecipare alla vita culturale del gruppo insieme agli altri membri del gruppo stesso presuppone logicamente il rispetto della identità culturale del gruppo, di modo che il richiamo a tale identità può senza dubbio ricavarsi per via interpretativa anche senza la sua menzione specifica. Non è, tuttavia, senza significato che l'importanza dell'identità culturale del gruppo sia espressamente riconosciuta nel testo della Dichiarazione, laddove invece tale riconoscimento mancava negli strumenti internazionali precedenti.

È da notare a questo proposito che la Dichiarazione del 2001 appare richiamarsi, pur non citandola, alla precedente risoluzione adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1992 in tema di minoranze[8]. Quest'ultima risoluzione, infatti, che risponde all'esigenza di sviluppare l'art. 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e che è il risultato di un gruppo di lavoro istituito dalla Commissione dei diritti umani, per la prima volta affronta il tema dell'identità delle minoranze in quanto tali.

Pur riferendosi, come appare dal suo titolo e dall'insieme delle sue disposizioni, ai diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche, essa riconosce in un considerando che *"the*

[5] Cfr. specialmente art. 5 della Dichiarazione.

[6] Cfr. in particolare l'art. 27 della Dichiarazione Universale, secondo il quale "everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community"; l'art. 27 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, che dispone che "in those States in which ehtnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture"; e dell'art. 15 dell'altro Patto sui diritti economici, sociali e culturali, che esprime un obbligo degli Stati parte "to recognize the right of everyone: a) to take part in cultural life", senza neppure menzionare la dimensione collettiva della vita culturale.

[7] Cfr. in particolare art. 4 della Dichiarazione.

[8] Declaration of the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, 18 dicembre 1992, A/Res/47/135.

United Nations has an important role to play regarding the protection of minorities", in quanto tali e quindi come gruppo sociale, e sviluppa il contenuto di tale considerando nell'art. 1 della parte dispositiva, affermando che "*States shall protect the existence and the national or ethnic, religious and linguistic identity of minorities within their respective territories and shall encourage conditions for the promotion of that identity"*, nonché che *"States shall adopt appropriate legislative and other measures to achieve those ends*".

Il fatto che la disposizione che prevede l'obbligo di protezione dell'esistenza e dell'identità delle minoranze nella loro dimensione collettiva preceda tutte le disposizioni sui diritti individuali degli appartenenti a tali minoranze indica chiaramente che tale obbligo rappresenta un presupposto necessario per il godimento di tali diritti. Ed è verosimile che questa impostazione abbia influenzato, pochi anni dopo, i redattori della Dichiarazione del 2001 nell'affermazione dell'identità dei gruppi sociali, comprese le minoranze e i popoli autoctoni, come componente del patrimonio comune dell'umanità costituito dalla diversità culturale[9].

La traduzione in diritto positivo della Dichiarazione dell'UNESCO del 2001 è stata affidata, come è noto, alla Convenzione sulla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali ("Convenzione"), conclusa a Parigi nel 2005[10]. Senonché, la Convenzione sembra fare un passo indietro e tornare alla prospettiva precedente la Dichiarazione del 2001, omettendo – eccetto che in un considerando del preambolo – un riferimento all'obbligo di protezione dell'identità collettiva dei gruppi culturali e limitandosi a prevedere il diritto individuale dei membri di una comunità di partecipare alla vita culturale della comunità stessa. A differenza della Dichiarazione e pur parlando di dialogo tra culture, essa si propone di proteggere e promuovere "*the diversity of cultural expressions*"[11], una

[9] Resta aperto il problema, che né la Dichiarazione del 2001 né la dichiarazione sulle minoranze del 1992 risolvono, se all'obbligo di proteggere e promuovere la identità del gruppo sociale si accompagni anche l'obbligo di riconoscere un diritto collettivo all'identità, tutelabile in quanto tale in base agli strumenti internazionali o al diritto interno. Quanto agli strumenti internazionali esistenti, la prassi del Comitato dei diritti umani costituito in virtù del Patto sui diritti civili e politici si è orientata in senso negativo con riferimento al diritto all'autodeterminazione attribuito ai popoli dall'art. 1 del Patto, ma solo in considerazione del fatto che il protocollo facoltativo prevede solo ricorsi individuali: cfr. Human Rights Committee, Communication n° 167/1984, views 26 March 1990, UN Doc. CCPR/38/D/167/1984.

[10] Convention for the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, adottata dalla Conferenza generale dell'UNESCO, 33a sessione, 20 ottobre 2005.

[11] Art. 1, lett. a) della Convenzione.

formula che non sottolinea la identità dei gruppi culturali ma piuttosto la diversa manifestazione della cultura da parte dei membri dei gruppi e quindi i diritti individuali di ciascuno. In questa prospettiva la Convenzione sottolinea che "*cultural diversity can be protected and promoted only if human rights and fundamental freedoms, such as freedom of expression, information and communication, as well as the ability of individuals to choose cultural expressions, are guaranteed*"[12]. Essa fa perciò dipendere la tutela della diversità culturale dalla tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali, presupponendone il rispetto, a differenza della Dichiarazione del 2001 che indicava che la difesa della diversità culturale implica un impegno al rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, in particolare dei diritti delle persone appartenenti a minoranze e di quelli dei popoli autoctoni[13].

Ma soprattutto la tutela della libertà delle espressioni culturali, che senza dubbio rappresenta un aspetto importante della tutela della libertà di far parte di una cultura, non ne esaurisce la protezione, così come la tutela della libertà di espressione non esaurisce la protezione della libertà di opinione, che deve essere tutelata, ed è tutelata nelle convenzioni sui diritti umani, indipendentemente dalla sua manifestazione[14]. Non è azzardato affermare che anche la identità culturale deve formare oggetto di protezione indipendentemente dalle forme che può assumere la sua manifestazione, e che di conseguenza la diversità culturale, in quanto patrimonio comune dell'umanità, deve essere tutelata in quanto tale, come diversità di identità culturali, senza passare per la diversità delle espressioni culturali, come appare indicare la Convenzione.

Questa conclusione tanto più si impone alla luce alla luce della considerazione che la identità culturale, al pari della libertà di opinione, non può essere oggetto di limitazioni di alcun genere, mentre la libertà di espressione incontra per definizione quelle limitazioni che siano necessarie in una società democratica per il rispetto dei diritti altrui e per la protezione della sicurezza nazionale o dell'ordine pubblico, o della salute e la morale pubblica[15]. Limitare la protezione della diversità culturale alla tutela delle espressioni culturali implica pertanto una limitazione del riconoscimento

[12] Art. 2, par. 1 della Convenzione.

[13] Cfr. art. 4 della Dichiarazione del 2001.

[14] Cfr. in particolare art. 19 del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Vedi anche nello stesso senso art. 18 dello stesso patto con riferimento alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione.

[15] Cfr. ancora art. 19 del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

della diversità culturale alla manifestazione delle diverse culture, con le restrizioni che essa può comportare, come risulta del resto implicitamente dalla Convenzione con il richiamo alla sovranità statale fra i suoi scopi e i suoi principi, e la riaffermazione dei diritti sovrani degli Stati di mantenere, adottare e attuare le politiche e misure che ritengono appropriate per la protezione e la promozione della diversità delle espressioni culturali sul loro territorio[16].

La Convenzione non prevede dunque obblighi precisi degli Stati di proteggere l'identità dei gruppi culturali in quanto tale, ma solo di tutelare aspetti di tale identità quando siano oggetto di espressione, con le restrizioni che la libertà di espressione è suscettibile di comportare. Ne consegue che l'identità collettiva di un gruppo culturale è solo indirettamente protetta, nella misura in cui lo sia la libertà di espressione culturale, esercitata in particolare dagli appartenenti a tale gruppo.

Manca pertanto, nel diritto internazionale pattizio, una normativa che protegga direttamente la identità culturale di un gruppo sociale. Altro problema è se essa possa ricavarsi dal diritto consuetudinario, in particolare da strumenti non vincolanti quali le dichiarazioni menzionate in queste pagine e da altre manifestazioni della pratica degli Stati. Ma si tratta di indagine complessa e delicata, che non può essere affrontata in queste brevi riflessioni, soprattutto alla luce della riluttanza spesso mostrata dagli Stati a riconoscere l'identità collettiva di gruppi sociali distinti sul proprio territorio, forse per il timore che un riconoscimento di tale identità possa condurre a richieste di autodeterminazione suscettibili di minare l'ambito della sovranità statale.

[16] Art. 1, lett. h) e art. 2, par. 2 della Convenzione.

DEMOCRATIE ET ÉTAT DE DROIT DANS L'UNION EUROPÉENNE

Jean Paul Jacqué*

Sommaire : 1. Introduction. – 2. La reconnaissance des valeurs. – 3. La garantie du respect de l'État de droit et de la démocratie. – 4. Conclusion.

1. Introduction

L'idée d'un lien entre démocratie et construction européenne est ancienne. Elle est déjà présente au XIXe siècle comme par exemple dans la proposition de Victor Hugo de créer une assemblée des peuples d'Europe : «Dans la vieille cité du dix août et du vingt-deux septembre, déclarée désormais la Ville d'Europe, une colossale assemblée, l'assemblée des États-Unis d'Europe, arbitre de la civilisation, sortie du suffrage universel de tous les peuples du continent, traiterait et réglerait, avec l'aide de la presse universelle libre, toutes les questions de l'humanité, et ferait de Paris au centre du monde un volcan de lumière» (1855). Après la seconde guerre mondiale, l'exigence du respect des valeurs prises en bloc deviendra une évidence pour éviter le retour du passé et sera un fondement de la construction de l'Europe. Le Congrès de la Haye en 1949 appelait à fonder la construction européenne sur la démocratie représentée par une assemblée parlementaire, un instrument de protection des droits de l'homme et une Cour. C'est ce projet qui se traduira lors de la création du Conseil de l'Europe qui place au centre la prééminence du droit et en fait une condition d'adhésion et d'exclusion ce qui donnera lieu en 1969 au retrait de la Grèce du Conseil de l'Europe pour éviter sa suspension et les difficiles relations de certains États comme la Turquie ou la Russie qui ont fait l'objet de refus de validation de leurs délégués à l'Assemblée parlementaire.

Le traite CEE ne fait pas référence aux valeurs parce que, s'agissant d'une construction économique, ses auteurs ne percevaient pas le lien qui pouvait exister entre celle-ci et les valeurs. Pour eux, cette question devait

* Professeur émérite, Université de Strasbourg.

être traitée dans le cadre du Conseil de l'Europe qui était chargé de la protection des valeurs communes. A contrario, lorsque l'on prépara la création d'une Communauté politique européenne en parallèle de celle d'une Communauté européenne de défense, le projet de traité élaboré en 1953 incorporait la Convention européenne. Cependant, dès 1973, une déclaration sur l'identité européenne adoptée lors du sommet de Copenhague identifiait les valeurs communes aux États membres : démocratie, État de droit, droits de l'homme et progrès social. Mais cette déclaration ne concernait pas directement les Communautés. Elle visait essentiellement les relations extérieures et était destinée à affirmer ces valeurs par opposition au bloc de l'est.

La situation évoluera réellement après l'adoption du traité d'Amsterdam où l'on note un changement de vocabulaire. Il ne s'agit plus seulement de valeurs communes aux États membres, mais de valeurs propres à l'Union et qui la fondent (article 6 TUE, Amsterdam) ce permet de faire du respect de ces valeurs une condition d'adhésion et d'établir une procédure de sanction en cas de violation grave et persistante de celles-ci. Le traité de Lisbonne consacre un article spécifique aux valeurs dont il développe la liste de manière redondante, mais on peut recentrer l'énumération autour de la démocratie, l'État de droit, les droits fondamentaux et la solidarité.

Le développement de l'Union européenne s'accompagne ainsi d'une reconnaissance progressive des valeurs (I), mais celle-ci resterait d'ordre symbolique et purement rhétorique si le respect de celles-ci n'était pas garanti par des mécanismes qui assurent son effectivité (II). C'est tout l'enjeu de la crise actuelle de l'État de droit dans l'Union.

2. La reconnaissance des valeurs

Le processus de reconnaissance des valeurs dans l'Union est le produit d'un double mouvement. La première étape consiste en un mouvement ascendant. La Cour de justice va emprunter la thématique des valeurs aux États membres pour les appliquer à l'Union. Dans un second mouvement, l'Union va imposer le respect de ces valeurs aux États membres.

Le premier temps a été initié par la Cour de justice dans le silence des traités parce que l'on va réaliser qu'il n'est pas exact qu'une Communauté dotée d'objectifs économiques ne puisse rencontrer dans son activité des problèmes liés aux droits fondamentaux. Ces droits ont une portée horizontale et leur champ d'application n'est pas lié à un domaine d'activité particulier. L'expérience a montré que même des politiques économiques

pouvaient conduire à mettre en cause des valeurs fondamentales. D'où l'existence d'un mouvement de constitutionnalisation jurisprudentielle qui n'est pas principalement lié à une prise de conscience de l'importance des valeurs, mais procède de la volonté de placer la primauté du droit communautaire à l'abri des cours constitutionnelles nationales au vu du conflit provoqué par la Cour constitutionnelle allemande dans sa décision *Solange I* ou de la théorie des contre limités développée par la Cour constitutionnelle italienne. En s'appropriant les valeurs communes aux États membres la Cour de justice éloigne l'éventualité d'un conflit qui conduirait ces Cours à refuser la primauté au profit des valeurs protégées par leur constitution nationale. La reconnaissance des valeurs se colore ainsi du souci fonctionnel de préserver l'efficacité du droit communautaire. L'affirmation de l'existence d'une communauté de droit dans l'arrêt *les Verts* est un moyen pour la Cour de montrer que le contrôle de légalité ne connaît pas de lacune dans la Communauté et une occasion d'affirmer son pouvoir. L'affirmation du principe de démocratie dans l'arrêt *Isoglucose*[1] est une réponse aux critiques relatives au déficit démocratique dans l'Union et la jurisprudence de la Cour sur la base juridique des actes de l'Union dans les années 1990 attestera de l'attachement de la Cour à mettre en valeur les pouvoirs du Parlement européen[2]. C'est ce mouvement que consacre l'article 6 du traité d'Amsterdam qui, pour la première fois, contient une énumération des valeurs dont il est dit qu'elles constituent le fondement de l'Union et sont communes aux États membres.

Dans un second mouvement, après avoir en quelque sorte absorbé les valeurs communes aux États pour en faire des valeurs propres, l'Union entreprend d'imposer le respect de celles-ci aux États membres en faisant de leur respect une condition d'adhésion et en instaurant une procédure de sanction en cas de violation grave et persistante de ces valeurs par un État membre. Cette volonté s'est affirmée bien avant Lisbonne dans l'abondante jurisprudence relative à l'exigence d'une protection juridictionnelle effective[3] et dans la définition des critères permettant d'identifier ce qu'est une juridiction, parmi lesquels l'indépendance[4]. Cette jurisprudence rendue à

[1] Arrêt du 29 octobre 1980, *SA Roquette Frères contre Conseil des Communautés européennes, Isoglucose,* Affaire 138/79, ECLI:EU:C:1980:249.

[2] A partir de l'arrêt du 11 juin 1991, *Commission des Communautés européennes contre Conseil des Communautés européenne*s, C-300/89, ECLI:EU:C:1991:244.

[3] Principe consacré avec force en tant que principe général du droit dans l'arrêt du 15 mai 1986, *Marguerite Johnston contre Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Affaire 222/84, ECLI:EU:C:1986:206.

[4] Sur ce point, voir l'arrêt de la Cour du 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*

propos de l'application du droit communautaire dans les États membres et à propos de l'identification des organes qui peuvent faire usage du renvoi préjudiciel ne porte pas sur l'État de droit en tant que tel, mais établit les concepts de base sur lesquels se fondera la jurisprudence actuelle sur l'état de droit.

Certes ce mouvement est inspiré par le souci de garantir aux individus la pleine application des droits qui découlent des traités, mais il peut prendre aussi un aspect plus fonctionnel qui deviendra prédominant avec le développement de l'espace de sécurité, de liberté et de justice. Tant que l'objectif de la Communauté était principalement économique, les points d'intersection avec les droits fondamentaux restaient limités. Certes le jeu de la reconnaissance mutuelle imposait aux États membres de se conformer à certains principes généraux, mais la mise en place de l'espace de liberté, de sécurité et de justice va donner une ampleur considérable au nécessaire respect des valeurs communes. Fondé sur le principe de la confiance mutuelle, cet espace ne peut exister que si tous les États partagent le même standard minimum de valeurs. Si un État accepte de transférer un individu dans un autre État pour y être jugé ou si un juge exécute un jugement étranger, c'est parce que les juridictions de l'autre État membre sont indépendantes et respectent l'État de droit. Le fonctionnement de l'ELSJ repose sur la confiance mutuelle dans le respect réciproque des valeurs, confiance que la Cour élèvera au rang de présomption. Le jeu de la confiance mutuelle se développe dans le cadre des rapports horizontaux entre États membres d'où l'importance des juridictions nationales qui sont juges de l'application du droit de l'Union et du respect des droits fondamentaux dans les autres États membres ce qui donne une importance fondamentale à leur indépendance.

Dans l'appréciation de l'existence de la confiance mutuelle, l'enjeu sera d'évaluer à quel moment la présomption de confiance doit céder devant le risque d'atteinte aux droits fondamentaux. La Cour affichera une certaine prudence lorsqu'il s'agira d'écarter la présomption de confiance mutuelle puisque, ce faisant, on dressait des obstacles au fonctionnement de l'espace, mais elle se résoudra à accepter que des atteintes systémiques à l'État de droit puissent entraîner un refus du jeu de la confiance mutuelle. C'est à l'issue d'un long dialogue avec la Cour européenne des droits de l'homme que sa position s'est stabilisée[5]. La présomption ne peut être écar-

Ingenieurgesellschaft mbH contre Bundesbaugesellschaft Berlin mbH, C-54/96, ECLI:EU:C:1997:413.

[5] Sur ce dialogue, voir Florence Benoît-Rohmer, *Cour de justice de l'Union euro-*

tée qu'à l'issue d'un double test. Il convient d'abord d'établir l'existence d'une situation de violation systémique des droits fondamentaux. Ensuite le juge national chargé de statuer sur l'existence de la confiance mutuelle devra vérifier, en consultation avec les autorités de l'autre État membre, que cette situation n'aura pas d'incidence sur le traitement réservé au particulier. Ce n'est que dans le cas contraire que la présomption pourra être levée. Ce deuxième élément du test est d'application difficile dans un cas comme la Pologne où l'indépendance du système judiciaire dans son ensemble est en cause et où, de ce fait, aucune assurance crédible ne peut être donnée quant au sort réservé au particulier d'où les demande de juridictions nationales visant à la remettre en cause En tout cas, cette jurisprudence semble témoigner que, plus qu'une exigence existentielle, le respect des valeurs est présenté comme un instrument au service du bon fonctionnement de l'Union. Cette instrumentalisation des valeurs est sans doute inévitable, mais elle contribue à faire oublier que les valeurs sont constitutionnellement fondatrices de l'Union, ce qui peut expliquer que bon nombre de membres ne semblent pas en faire une exigence existentielle de celle-ci.

Le fonctionnement du système suppose l'existence d'un espace homogène de respect des valeurs, mais homogène ne veut pas dire uniforme. Dans l'arrêt *Repubblika*[6], relatif à la nomination des juges par l'exécutif à Malte, la Cour indique clairement qu'un modèle uniforme de nomination des juges ne s'impose pas, mais qu'il suffit que la législation nationale prise dans son ensemble ne suscite pas de doute quant à l'indépendance et à l'impartialité des juges. L'homogénéité n'interdit donc pas le pluralisme. Il existe cependant des situations dans lesquelles l'invocation du pluralisme conduit à un niveau inférieur au standard impose par le droit de l'Union. On peut alors se trouver en présence d'un conflit entre ce droit et une législation adoptée par un gouvernement démocratiquement élu, situation classique dans laquelle la démocratie se voit encadrée par l'État de droit. La crise actuelle suscitée par les gouvernements hongrois et polonais est née du refus de ceux-ci d'admettre que ce qu'ils considèrent comme l'expression de la volonté populaire puisse se voir imposer des limitations fondées sur l'État de droit.

Certes, l'Union, et en particulier en son sein la Cour de justice, a été

péenne, Cour européenne des droits de l'homme, confiance mutuelle et droits fondamentaux, Its Takes Two to Tango, Mélanges Patrick Wachsmann, Dalloz, p.73.

[6] Arrêt du 20 avril 2021, gr.ch., C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311.

amenée, du fait des circonstances, à porter son attention sur l'État de droit. La jurisprudence sur la démocratie porte essentiellement sur le fonctionnement de l'Union[7], la transparence[8] et l'initiative citoyenne européenne[9]. Si l'énumération des valeurs contenues dans l'article 2 est confuse et répétitive, elles se regroupent toutes autour de l'État de droit, la démocratie, les droits fondamentaux et la solidarité. En outre, ces valeurs ne peuvent être prises isolément, elles forment un bloc indissociable. Un État de droit formel peut exister dans une dictature et la démocratie ne se limite pas à l'élection puisqu'une élection sans pluralisme n'est pas démocratique. De même, l'exigence d'une protection juridictionnelle effective est un droit fondamental. On ne peut séparer l'État de droit de la démocratie. D'ailleurs, ce qui atteste de la prise en considération des valeurs comme un bloc est le fait que dans son rapport de 2019 sur l'État de droit, la Commission, reprenant les vues de la Commission de Venise, indique que l'État de droit implique l'adoption des lois selon une procédure démocratique et pluraliste. Cette vision a été reprise dans le droit positif puisqu'elle figure dans le règlement de 2020 sur la conditionnalité qui indique dans son dispositif que l'État de droit «recouvre le principe de légalité, qui suppose l'existence d'un processus législatif transparent, responsable, démocratique et pluraliste …»[10].

3. La garantie du respect de l'État de droit et de la démocratie

Certes la proclamation des valeurs ne pourrait relever que l'ordre de la proclamation politique sans conséquences réelles s'il n'existait pas de

[7] Dans l'arrêt *Isoglucose* précité note 1.

[8] Dans une longue ligne de jurisprudence ouverte par l'arrêt *Turco*, 1 juillet 2008, gr.ch., C-39/05 P et C-52/05 P, ECLI:EU:C:2008:374 : «La transparence à cet égard contribue à renforcer la démocratie en permettant aux citoyens de contrôler l'ensemble des informations qui ont constitué le fondement d'un acte législatif. En effet, la possibilité, pour les citoyens, de connaître les fondements des actions législatives est une condition de l'exercice effectif, par ces derniers, de leurs droits démocratiques».

[9] Arrêt du 12 septembre 2017, gr. ch., C-589/15 P, *Alexios Anagnostakis*, ECLI:EU:C:2017:663: «Le droit de prendre une ICE constitue, à l'instar, notamment, du droit de pétition devant le Parlement, un instrument relatif au droit des citoyens de participer à la vie démocratique de l'Union, prévu à l'article 10, paragraphe 3, TUE, en ce qu'il leur permet de s'adresser directement à la Commission pour lui présenter une demande l'invitant à soumettre une proposition d'acte juridique de l'Union, aux fins de l'application des traités».

[10] Règlement (UE, Euratom) 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2020 relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union, article 1.

garanties relatives au respect de celles-ci. Dans la logique des traités, la garantie relève de l'article 7 TUE qui place le contrôle entre les mains du Conseil européen et du Conseil. Il s'agit donc d'une procédure purement politique comme en atteste le fait que la Cour de justice ne soit pas compétente pour se prononcer sur la décision du Conseil européen constatant une violation grave et persistante des valeurs[11]. L'article 7 organise une procédure en deux étapes. La première d'ordre préventif permet au Conseil statuant à la majorité des quatre cinquièmes, moins la voix de l'État concerné, d'adresser à celui-ci une recommandation en cas de risque de violation grave des valeurs. La seconde d'ordre répressif permet au Conseil européen statuant à l'unanimité, moins la voix de l'État concerné, de constater l'existence de violation grave et persistante des valeurs ce qui ouvre le droit pour le Conseil de suspendre des droits découlant du traité, y compris le droit de vote. L'expérience ne rassure pas sur l'efficacité de cette procédure. Les procédures préventives ouvertes sur la Pologne en 2017 et la Hongrie en 2018 sont toujours à l'examen devant le Conseil. Des dialogues réguliers sont organisés entre le Conseil et les États concernés sans aucun résultat ce qui n'est pas surprenant puisque ni la Hongrie, ni la Pologne n'envisagent de modifier leur position. La procédure souffre des défauts de toute procédure de nature politique. Les États membres redoutent les conséquences politiques et économiques d'une décision de sanction et retardent celle-ci en faisant durer la procédure dans l'espoir d'un changement interne à la suite à des nouvelles élections. Cependant l'exclusivité du contrôle politique ferme la voie à toute autre forme de contrôle, notamment juridictionnel. C'est ce qui a obligé la Cour de justice dans l'affaire *LM*[12] à indiquer que seule une décision prise conformément à la procédure de l'article 7 pourrait permettre de suspendre automatiquement la confiance mutuelle.

En raison de l'exclusion d'un contrôle juridictionnel fondé sur l'article

[11] La Cour peut seulement se prononcer sur le respect des règles de procédure prévues par l'article 7 TUE à la demande de l'État concerné (article 269).

[12] Arrêt du 25 juillet 2018, gr.ch., C- 216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 : « Partant, ce n'est qu'en présence d'une décision du Conseil européen constatant, dans les conditions prévues à l'article 7, paragraphe 2, TUE, une violation grave et persistante dans l'État membre d'émission des principes énoncés à l'article 2 TUE, tels que ceux inhérents à l'État de droit, suivie de la suspension par le Conseil de l'application de la décision-cadre 2002/584 au regard de cet État membre, que l'autorité judiciaire d'exécution serait tenue de refuser automatiquement d'exécuter tout mandat d'arrêt européen émis par ledit État membre, sans devoir procéder à une quelconque appréciation concrète du risque réel couru par la personne concernée de voir affecter le contenu essentiel de son droit fondamental à un procès équitable».

2, il était nécessaire pour pouvoir exercer celui-ci de trouver un ancrage des valeurs dans une disposition de droit primaire. La Charte des droits fondamentaux aurait pu être utilisée à cette fin, mais son champ d'application est limité au champ d'application du droit de l'Union ce qui ne permet pas recouvrir des situations purement internes. En ce qui concerne l'État de droit, la Cour de justice a ouvert la voie dans l'arrêt Associação *Sindical dos Juízes Portugueses*[13]. Pour la Cour, le respect de l'État de droit visé à l'article 2 TUE se concrétise dans l'article 19 TUE qui impose aux États membres l'obligation d'assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines du droit de l'Union. Dans la mesure où les juridictions nationales sont chargées de l'application de ce droit, ils sont couverts par cette obligation et donc assujettis à l'obligation d'impartialité et d'indépendance des juges. La Cour ouvrait ainsi la porte à un contrôle juridictionnel du contrôle de l'État de droit. Elle fut d'abord franchie par les juridictions nationales dans le cadre de l'exécution du mandat d'arrêt européen. Dans l'arrêt *LM*[14], la Cour développe la démarche en deux étapes exposées plus haut. L'inconvénient de cette solution réside dans le risque de solutions divergentes selon les juridictions nationales ce qui pourrait conduire à une fragmentation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. La Commission a également utilisé la voie ouverte par la Cour de justice pour intenter des actions en manquement contre la Pologne[15]. La même technique de recherche d'une incorporation des valeurs dans le traité a été suivie par la Commission et lui a permis d'obtenir deux condamnations de la Hongrie. La loi hongroise sur les associations a entrainé une condamnation sur la base de la libre circulation des capitaux[16] et la loi sur les universités sur la base de l'Accord général sur le commerce et les services[17]. Enfin, la Commission s'est appuyée sur la directive sur les services de média audiovisuels et sur la directive sur le commerce électronique pour ouvrir une action en manquement contre la Hongrie pour sa législation sur les LGTBIQ. Un autre angle d'attaque possible a été mis en lumière par la Cour

[13] Arrêt du 27 janvier 2018, gr.ch., C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117.

[14] Cité note 12.

[15] Arrêt du 24 juin 2019, gr.ch., *Commission européenne contre République de Pologne*, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 ; Arrêt du 15 juillet 2021, gr. ch., *Commission européenne contre République de Pologne*, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596.

[16] Arrêt du 18 juin 2020, gr. ch., *Commission européenne contre Hongrie*, C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476.

[17] Arrêt du 6 octobre 2020, gr. ch., *Commission européenne contre Hongrie*, C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792.

notamment dans l'arrêt *Reppublika*[18] dans lequel elle consacre une obligation de non-régression en raison de l'obligation de l'obligation de respect des valeurs imposée par l'article 49 TUE au moment de l'adhésion. Mais jusqu'à présent cet argument n'a été utilisé que de manière subsidiaire.

Enfin, il reste la voie de la pression financière. Celle a été utilisée par la Cour de justice qui a imposé à la Pologne une astreinte d'un million d'euros par jour de retard pour non-exécution des mesures provisoires visant la suspension de la législation polonaise relative au régime disciplinaire des juges[19]. Mais, surtout le législateur a prévu dans le règlement sur la conditionnalité dans le cadre budgétaire[20] la possibilité de suspendre le versement des fonds de l'Union à un État membre en cas d'atteinte à l'atteinte à l'État de droit dans leur utilisation. Le champ du règlement est limité à l'exécution du budget et sa mise en œuvre est soumise à l'approbation du Conseil à l'issue d'une procédure contradictoire. La pression financière est importante parce qu'elle permet de sensibiliser l'opinion publique, mais elle peut être contre-productive en permettant au gouvernement concerné de se poser en victime devant celle-ci.

4. Conclusion

Les réactions à la crise de l'État de droit ont conduit, en raison de l'inefficacité du traitement politique de celle-ci, à une juridictionnalisation du processus. Celle-ci est utile parce qu'elle est, en raison du silence des États membres de rendre publique, après une procédure contradictoire devant une juridiction indépendante, la violation de l'État de droit. Mais elle expose la Cour dans le cas où ses arrêts restent sans suite et où cette inexécution ne provoque aucune réaction des États membres. Elle risque d'entraîner une escalade dans le conflit comme en l'atteste le cas polonais. Le gouvernement polonais a déplacé le problème en le situant au niveau de la primauté et fait déclarer par sa Cour constitutionnelle l'inconstitutionnalité des dispositions des traités telles qu'interprétés par la Cour de justice. Le conflit ne porte plus sur l'indépendance des juridictions polonaises, mais sur la primauté de la constitution sur le droit de l'Union, thème qui

[18] Cité supra note 6.

[19] Ordonnance du vice-président de la Cour du 27 octobre 2021, C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:878.

[20] Cité supra note 10. La Cour de justice a consacré la validité du règlement dans son arrêt du 16 février 2022, Ass. plén., Hongrie/Parlement et Conseil, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97.

rencontre un certain écho dans certains États membres et qui porte en lui un élément de désintégration de l'Union. En effet, dans celle-ci, le respect volontaire du droit est, en l'absence de tout moyen de contrainte, le seul ciment des relations entre les membres. Le refuser, c'est abandonner le processus d'intégration et l'uniformité du marché intérieur.

Si, depuis le début du processus d'unification européenne, les valeurs ont fait partie de celui-ci, l'Union, à l'opposé du Conseil de l'Europe, n'a pas fait de celles-ci son socle constitutionnel fondamental. Cette situation est la conséquence d'une construction fondée sur l'unification économique sur laquelle les valeurs sont venues progressivement se greffer. Mais la vision du marché est restée prégnante et les valeurs ont été perçues comme un instrument au service de la construction européenne permettant la reconnaissance et la confiance mutuelle. L'enjeu aujourd'hui est de remettre le système à l'endroit et de faire des valeurs le fondement du système et non un instrument au service du bon fonctionnement de celui-ci. En d'autres termes, il s'agit d'instaurer un patriotisme constitutionnel.

VERSO UN RAFFORZAMENTO DELLA *RULE OF LAW* NEL DIRITTO INTERNAZIONALE PUBBLICO?

Alessandra Pietrobon*

Sommario: 1. Introduzione – 2. La vicenda delle Isole Marshall – 3. La vicenda del popolo Inughuit – 4. La vicenda delle isole Chagos. – 5. Il parere della Corte internazionale di giustizia sul diritto all'autodeterminazione del popolo delle isole Chagos – 6. Le conseguenze del parere – 7. La vicenda dei Rohingya nel Myanmar – 8. Conclusioni.

1. Introduzione

Negli ordimenti interni, il concetto di *rule of law* comprende molteplici aspetti[1]. In questa sede, ci si propone di considerare soltanto uno di questi, vale a dire il principio per cui, nello Stato di diritto, anche le istituzioni sono soggette alla legge e, pertanto, ai cittadini deve essere assicurata la possibilità di rivolgersi ad un giudice imparziale, quando un atto delle istituzioni sia lesivo dei loro diritti. Il bisogno di giustizia è ben raffigurato dalla leggenda che narra del mugnaio in Germania il quale, vessato dal barone locale, parte dalla propria città verso la capitale, dicendosi che "ci sarà pure un giudice a Berlino".

Anche il diritto dell'Unione europea vede nella *rule of law* uno dei propri fondamenti, con la previsione del controllo sulla legittimità degli atti delle istituzioni, non solo su richiesta degli Stati membri, ma anche – a determinate condizioni – da parte di individui, persone fisiche o giuridiche. La struttura paritaria dell'ordinamento internazionale non rende possibile una esatta trasposizione del principio, né la realizzazione di una corrispondente tutela. La possibilità di una verifica giurisdizionale sul rispetto del diritto internazionale da parte degli Stati è strutturalmente limitata dal principio del consenso, così da escludere la possibilità di ogni giudizio

* Professoressa ordinaria di Diritto internazionale, Università degli Studi di Padova.

[1] Cfr. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Report on the Rule of Law*, 2011, disponibile in https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_Rule_of_law&lang=EN. Rispetto all'intervento tenuto al Convegno di Lecce, questo scritto viene ampliato su alcuni punti che, per ragioni di tempo, non era stato possibile trattare in quella sede.

sul comportamento di uno Stato, se questo non accetti di sottoporvisi. La Corte internazionale di giustizia (CIG) chiarisce anzi come la necessità del consenso resti ferma anche nel caso in cui la domanda riguardi l'ipotizzata violazione di una norma *erga omnes*[2].

Trasferire la rule *of law* all'ordinamento internazionale può essere dunque improprio ma – adeguando la nozione alle caratteristiche strutturali di questo ordinamento – è pur sempre possibile verificare se, ed in quale misura, si possa riuscire ad ottenere un accertamento giudiziale sul rispetto della legalità internazionale da parte degli Stati. In altri termini: se non esiste – né a Berlino né altrove – un giudice precostituito, istituzionalmente competente a richiamare gli Stati al rispetto della legalità internazionale, vi sono pur sempre delle corti – a L'Aja, o a Strasburgo, e non solo – che possono nell'ambito specifico della propria giurisdizione, essere chiamati a pronunciarsi in difesa della legalità.

A tal fine, vengono in considerazione gli accordi che contengono una clausola giurisdizionale, elemento ricorrente – fra l'altro – proprio nelle convenzioni che tutelano valori fondamentali, rendendo così possibile ad ognuno degli Stati contraenti di far accertare l'eventuale violazione da parte di un altro Stato contraente, anche in assenza di un danno diretto, ma sulla base del mero interesse al ripristino della legalità. Inoltre, poiché la violazione di obblighi *erga omnes* quasi inevitabilmente implica violazioni dei diritti umani, la verifica della legalità può rientrare, per questa via, nella competenza delle corti per i diritti dell'uomo. Anche in questo caso, il giudizio potrebbe essere promosso dagli altri Stati parte della convenzione, oltre che dagli individui vittima delle violazioni. Un esame sulla legalità del comportamento degli Stati può aversi, inoltre, come si vedrà, attraverso la richiesta di pareri consultivi.

Ci si propone, qui, di svolgere alcune riflessioni sul funzionamento di questi meccanismi nel loro complesso, con riferimento ad alcuni casi recenti, caratterizzati dalla contrapposizione fra piccoli Stati o piccoli popoli e grandi Potenze: casi in cui il bisogno di giustizia da parte dei primi era drammaticamente sentito, data la gravità delle vicende che li vedono protagonisti.

[2] Il fatto che una controversia riguardi il rispetto di norme di tale natura "cannot of itself provide a basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute. Under the Court's Statute that jurisdiction is always based on the consent of the parties": cfr. *Case concerning Armed Acitivities on the Territory of the Congo (New Application: 2002),* (*the Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility*, Judgement of 3 February 2006, in *ICJ Reports*, par. 64; cfr. anche ICJ *Case concerning East Timor*, Portugal v. Australia, Judgement of 30 Jun2 1995, in *ICJ Reports*, par. 29.

2. La vicenda delle Isole Marshall

Fra quelle di cui si tratterà in questo lavoro, la vicenda delle isole Marshall è forse quella che più chiaramente illustra come il bisogno di veder affermata la *rule of law* sia sentito anche a livello internazionale, portando uno degli Stati più piccoli del mondo – da solo – a cercare di richiamare le potenze nucleari addirittura al rispetto dell'obbligo di disarmo. Le Isole Marshall – sconvolte negli anni '50 da test nucleari di tremendo impatto sull'ambiente e sulla salute della popolazione – presentano nel 2014 nove ricorsi alla CIG, nei confronti di ciascuno degli Stati attualmente in possesso di armi nucleari. Per gli Stati parte del Trattato sulla non proliferazione nucleare (TNP), il ricorso riguarda la violazione dell'art. VI che impone di perseguire il disarmo nucleare sulla base di un trattato multilaterale sottoposto ad effettivo controllo internazionale. Negli altri casi, il ricorso presuppone che lo stesso obbligo abbia assunto natura di diritto consuetudinario.

La giurisdizione della Corte, in teoria, potrebbe sussistere solo nei confronti di tre dei nove Stati, vale a dire quelli (India, Pakistan e Regno Unito) che accettano la giurisdizione della Corte ai sensi dell'art. 36.2 dello Statuto[3]. Tuttavia, in tutti questi casi la Corte esclude di potersi pronunciare ritenendo che, fra le Isole Marshall e gli Stati convenuti, non si sia mai instaurata alcuna controversia[4]. In questa sede non vi è modo di esaminare diffusamente la questione, ma sarà sufficiente considerare come la Corte sia letteralmente spaccata in due sul punto: le sentenze che, accogliendo la nozione più restrittiva, determinano l'impossibilità di ogni giudizio sul merito sono infatti adottate solo in virtù del voto decisivo del presidente. È così che la CIG, anziché farsi paladina della *rule of law*, lascia svanire l'occasione difficilmente ripetibile di pronunciarsi su di un tema vitale l'umanità intera, quale la natura e la portata dell'obbligo di disarmo nucleare. Sull'interpretazione dell'art. VI del TNP, infatti, persistono opinioni

[3] Così facendo, le Isole Marshall non volevano escludere la pur remota possibilità che qualcuno fra gli altri Stati accettasse la giurisdizione della Corte, cosa che non avviene e solo i primi tre ricorsi vengono iscritti a ruolo.

[4] Cfr. ICJ, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India), Jurisdiction and Admissibility*, Judgement of 5 October 2016, in *ICJ Reports* 2016, p. 255; *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. Pakistan), Jurisdiction and Admissibility*, Judgement of 5 October 2016, *ivi*, p. 552, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections*, Judgement of 5 October 2016, *ivi,* p. 833.

radicalmente divergenti, che si riflettono infine sulla stessa stabilità delle relazioni internazionali.

I giudici dissidenti consegnano opinioni particolarmente amare e severe: il giudice Cançado Trindade dichiara: "*I entirely disagree with the present Judgment. (...) my dissenting position covers all points addressed in it, in its reasoning as well as in its resolutory points (...) I distance myself as much as I can from the position of the Court's split majority, so as to remain in peace with my conscience*"[5].

3. La vicenda del popolo Inughuit

Nel 1953, tramite un accordo con la Danimarca, gli Stati Uniti ottennero in concessione la regione di Thule, in Groenlandia, per costruirvi una base per la difesa antiaerea. Nel maggio dello stesso anno, con solo pochi giorni di preavviso e senza alcuna forma di consultazione preventiva, fu imposto agli indigeni Inughuit, che abitavano il territorio, di lasciare i propri villaggi per essere trasferiti altrove. La rimozione della popolazione avvenne con modalità brutali, le abitazioni furono date alle fiamme, per diversi mesi le famiglie non ebbero se non sistemazioni di fortuna[6]. Per molti anni le vittime di questa vicenda e i loro discendenti cercarono di ottenere giustizia di fronte ai tribunali danesi, ottenendo dei risarcimenti, che tuttavia essi non ritengono adeguati a risarcire il danno materiale e morale subito. A fianco della lunga vicenda giudiziaria, spicca la dichiarazione ufficiale di scuse alla popolazione Inughuit, presentata dal Governo danese nel 1999[7].

[5] Cfr. ICJ, *Obligation concerning negotiations* cit., *Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade*, par. 1-2. Il giudice Bedjaoui, non è meno duro: «The Court seems to have been unable to break away from a formalism which is as unexpected as it is disheartening, which sacrifices the merits to procedure, content to form, and the case to its subject-matter. Such formalism can only be, and be seen as, regressive. And all the more clearly so in this instance, since it is being applied to the most crucial issue in the world: nuclear disarmament»: *ivi*, *Dissenting Opinion of Judge* ad hoc *Bedjaoui*, par. 80.

[6] Secondo quanto ricostruisce la CtEDU: «twenty-six Inuit families, consisting of 116 people, left Uummannaq, leaving behind their houses, a hospital, a school, a radio station, warehouses, a church and a graveyard (the family houses were later burned down and the church was moved to another village on the west coast»: cfr. CtEDU, decisione del 12 gennaio 2006, *Hingitaq 53 and Others v. Denmark*, p. 3.

[7] «Today, no one can be made responsible for actions committed by past generations almost 50 years ago. But with the spirit of the Commonwealth, and with respect for Greenland and the inhabitants of Thule, the Government would, on behalf of the Danish State, like to offer an apology – *utoqqatserpugut (mamiasuktugut)* – to the Inughuit, the inhabi-

Infine, la vicenda degli Inughuit approda alla Corte di Strasburgo[8]. Nel ricorso contro la Danimarca, più di 400 persone e l'associazione *Hingitaq 53* – che rappresenta le vittime ed i loro discendenti – chiedono di accertare la violazione dei diritti fondamentali alla proprietà, al rispetto della vita privata e all'equo processo oltre che del diritto alla libertà di circolazione. Tuttavia, il ricorso è subito dichiarato inammissibile, poiché la Corte esclude la propria giurisdizione, *ratione temporis*. Infatti, le violazioni dell'art. 1 e dell'art. 8 lamentate dai ricorrenti vengono ricondotte ad atti di efficacia istantanea – quelli che, appunto, avevano portato all'allontanamento e alla ricollocazione della popolazione – tutti avvenuti nel maggio del 1953: vale a dire, pochi mesi prima dell'entrata in vigore della Convenzione per la Danimarca, avvenuta il 3 settembre[9]. Per di più, nel maggio del 1953 non era ancora in vigore neppure la nuova Costituzione danese – approvata il 5 giugno dello stesso anno – in base alla quale la Groenlandia sarebbe divenuta parte a tutti gli effetti del territorio della Danimarca, perdendo lo *status* di colonia. Per pochi giorni, dunque, gli atti che avevano portato alla rimozione forzata degli Inughuit – in quello che era ancora un possedimento coloniale – si erano potuti legalmente adottare senza le particolari garanzie che, di lì a poco, la nuova Costituzione e la Convenzione avrebbero reso necessarie. Le regole sull'efficacia nel tempo di queste fonti, dunque, giocano a sfavore degli Inughuit, confinando la loro vicenda in un tempo ancora privo dei diritti che, paradossalmente, sarebbero stati effettivi solo pochi giorni dopo.

Tuttavia, almeno con riferimento alla violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, l'esito avrebbe potuto essere diverso, se solo la CtEDU avesse considerato la violazione – quanto meno – dell'art. 8

tants of Thule, and to the rest of Greenland, for the way in which the decision regarding the forced movement was made and carried out in 1953»: *ivi*, p. 7.

[8] All'inizio degli anni 90 un'inchiesta parlamentare danese affermava che la rimozione degli indigeni dall'area di Thule era avvenuta… in seguito ad una loro precisa richiesta. In seguito, le Corti danesi accertano il carattere forzato della rimozione, ma concedono un risarcimento del danno molto inferiore a quello richiesto dagli indigeni: cfr. M. Holle, *The forced relocation of indigenous peoples in Greenland – repercussions in tort law and beyond*, in *Law Research Paper* Series 19-40, 2019, Copenhagen Businnes School, disponibile al link https://ssrn.com/abstract=3492655.

[9] Nell'esaminare il motivo di ricorso riguardante il diritto all'equo processo la CtEDU valuta, nell'insieme, la vicenda processuale di fronte alle corti danesi. Sia la High Court sia la Supreme Court avevano dato applicazione al diritto interno in materia di espropriazione nel pubblico interesse e, secondo la Corte europea, avevano nel complesso tenuto conto in modo adeguato degli interessi di tutte le parti coinvolte. La conclusione, quindi, è nel senso della non ammissibilità di questo motivo di ricorso, perché manifestamente infondato.

come continuata e non come istantanea. In effetti, i danni derivanti dalla grave compromissione della vita privata e familiare hanno afflitto gli indigeni in modo prolungato, se non altro per i diversi mesi, in cui dopo l'allontanamento dai villaggi di Thule non fu data loro una sistemazione adeguata e stabile, mentre non era chiaro nemmeno quale sarebbe stato il loro destino. E meritava considerazione l'opinione dei ricorrenti per cui la violazione continua in realtà negli anni, dato che a tutte queste persone non vi fu mai più consentito, e non lo è tuttora, di ritornare alla propria terra[10].

Vi sono dei precedenti che indicano come in altre situazioni non si fosse esitato ad attribuire carattere continuativo alla violazione dell'art. 8. Ad esempio, nel caso *Cipro c. Turchia*, la CtEDU aveva pur considerato che il divieto imposto dalla Turchia ai greco-ciprioti di far ritorno alla propria abitazione nella parte nord dell'isola costituisse una violazione, appunto, di carattere continuativo dello stesso art. 8[11]. Ancora, in *Moldovian 2*, la stessa CtEDU aveva ragionato in modo analogo e, questa volta, proprio con l'effetto far rientrare i fatti nell'ambito di applicazione *ratione temporis* della Convenzione[12]. In quel caso i ricorrenti, tutti di etnia Rom, dopo una rissa con abitanti non-Rom dello stesso villaggio, erano stati vittima di una spedizione punitiva da parte di questi ultimi, che avevano incendiato e distrutto le case dei Rom. Al momento dei fatti la Convenzione non era ancora in vigore per la Romania, lo Stato chiamato in causa: considerando come la violazione si fosse protratta ad epoca posteriore l'entrata in vigore della Convenzione, il giudizio di merito era assicurato, almeno con riguardo ai fatti posteriori a quella data.

Il confronto con questo caso, pur non identico, fa pensare che anche in *Hingitaq 53* si sarebbe potuto – senza particolari forzature – considerare come non (meramente) istantanea la violazione del diritto al rispetto della vita privata dei ricorrenti, aprendo al giudizio di merito almeno quanto al motivo di ricorso fondato sull'art. 8. Oppure, quanto meno, si sarebbe potuto esaminare tale profilo di ammissibilità insieme al merito, onde verificare se e/o quando la violazione dell'art. 8 potesse considerarsi esaurita. La dichiarazione di inammissibilità, invece, è definitiva e non consentirà

[10] Nell'ottobre del 2020, il governo autonomo della Groenlandia ha confermato l'impegno con gli Stati Uniti per il mantenimento della base, cfr. *US, Greenland reach agreement on Thule Air Base contract, long a source of dispute*, by Martin Braum, in *Arctic Today,* 29 October 2020, disponibile in https://www.arctictoday.com/us-greenland-reach-agreement-on-thule-air-base-contract-long-a-source-of-dispute/.

[11] CtEDU, *Cyprus v. Turkey*, Judgement of 10 May 2001, par. 174-175.

[12] CtEDU, *Moldovan and Others v. Romania*, Judgement n. 2, decision of 12 July 2005, par. 109 ss.

nemmeno il ricorso alla Grande Camera, ponendo fine ad ogni possibilità di riesame.

4. La vicenda delle isole Chagos

L'arcipelago delle isole Chagos era parte della più estesa colonia britannica di Mauritius, divenuta uno Stato indipendente nel 1968. Qualche anno prima, il Governo di Londra aveva concluso un accordo con i rappresentanti della colonia, in virtù del quale le Chagos venivano giuridicamente separate dall'insieme di isole che, di lì a pochi anni, sarebbero diventate il territorio del nuovo Stato[13]. L'accettazione di questo patto, noto come *Lancaster House Agreement* fu di fatto imposta ai rappresentanti della colonia, quale condizione indispensabile per la realizzazione dell'indipendenza. Così, mentre il territorio di Mauritius diviene indipendente, il destino delle Chagos è diverso: a partire dal 1965 esse costituiscono il *British Indian Ocean Territory* (BIOT), tuttora possedimento del Regno Unito.

Le ragioni della guerra fredda erano all'origine di questa separazione[14]. Infatti, nel 1966, il Regno Unito aveva concluso un accordo con gli Stati Uniti, assicurando a questi ultimi in concessione l'isola Diego Garcia – la più grande delle Chagos – per la costruzione di una base militare. La realizzazione delle installazioni militari aveva reso necessario l'allontanamento forzato degli abitanti delle isole, che erano stati ricollocati d'imperio in parte nell'isola di Mauritius, in parte nelle Seychelles. Da allora, il ritorno alle isole degli antichi abitanti è vietato dal Governo del Regno

[13] Le modalità della conclusione dell'accordo farebbero oggi dubitare della sua validità, stando a quanto risulta dalla ricostruzione del giudice Robinson, che riferisce la testimonianza del rappresentante della colonia (cfr. l'opinione separata di cui *infra*, n. 39, par. 93 ss.): «speaking about the so- called consent to the detachment of the Chagos Archipelago Sir Seewoosagur is reported to have told the Mauritian Parliament, "we had no choice". It is also reported that Sir Seewoosagur told a news organization, the Christian Science Monitor that: "There was a nook around my neck. I could not say no».

[14] «In the aftermath of the Cuban missile crisis and the early stages of the Vietnam War, the United States felt vulnerable without a land based military presence in the Indian Ocean. A survey of available sites suggested that Diego Garcia would be the most suitable (…) At that time the independence of Mauritius and the Seychelles was foreseeable and the United States was unwilling that sovereignty over Diego Garcia should pass into the hands of an independent "non-aligned" government»: cfr. *Opinions of the Lords of Appeal of Judgement in the Cause R (on the application of Bancoult) (Respondent) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (Appellant)*, 22 October 2008, [2008 UKHL 61], par. 6. La sentenza è disponibile in https://publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd081022/banc-1.htm.

Unito, mentre la base è tuttora considerata strategica per la difesa: dopo essere stata utilizzata nella campagna in Iraq del 2003, è considerata dagli Stati Uniti come avamposto nella lotta al terrorismo e alla pirateria[15].

La vicenda è all'origine di diverse iniziative giudiziarie da parte degli abitanti delle isole, prima di fronte alle corti del Regno Unito, poi in sede internazionale. La prima fase vede i chagossiani agire di fronte ai tribunali interni sia per il risarcimento del danno, sia per ottenere l'abolizione del divieto di rimpatrio. A seguito di una sentenza della *Divisional Court,* nel 2000 il divieto viene dichiarato illegittimo e, quindi, abolito. Tuttavia, dopo una complessa vicenda giudiziaria, la *House of Lords* nel 2008 ne decide il ripristino. Esaurite le vie di ricorso interne, i Chagossiani si rivolgono alla CtEDU chiedendo l'accertamento della violazione del diritto al rispetto della vita privata, nonché dei diritti sulla proprietà dei beni rimasti nelle isole.

Ma, anche in questo caso, il ricorso è dichiarato inammissibile: questa volta, la Corte esclude la propria giurisdizione *ratione loci*[16]. La conclusione fa leva sull'art. 56, in cui si prevede che gli Stati parte possano estendere l'applicazione della Convenzione ai territori di cui "assicurano le relazioni internazionali". A suo tempo il Regno Unito, avvalendosi di tale facoltà, aveva esteso l'applicazione della Convenzione alla intera colonia di Mauritius: tuttavia, dopo la separazione, nessuna nuova dichiarazione era stata resa con riferimento al BIOT. Questo, nel ragionamento forse troppo sbrigativo della Corte, vale ad escludere senz'altro che la Convenzione possa trovare applicazione. Non viene sufficientemente chiarito il motivo per cui, a seguito della separazione, l'originaria dichiarazione – che pure riguardava *tutta* la colonia di Mauritius, *incluse* dunque le Chagos – dovesse aver perso efficacia nelle isole rimaste possedimento britannico[17]. La Corte rileva anche come il Regno Unito, nel ratificare il protocollo relativo al diritto di ricorso individuale, nel 1966, *non* avesse dichiarato di volerne estendere l'applicazione anche ai BIOT (ma solo a Mauritius)[18].

[15] L'accordo, inizialmente concluso per 50 anni, è stato prorogato nel 2016 per uguale periodo, come riporta il parere della Corte internazionale di giustizia di cui si dirà *infra*, par. 5.

[16] CtEDU, decisione dell'11 dicembre 2012, *Chagos Islanders against United Kingdom.* La decisione di inammissibilità ricostruisce, nella prima parte, gli eventi storici e giudiziari di cui si parla nel testo.

[17] Il punto non può essere trattato in questa sede. Sarebbe necessario approfondire temi propri del diritto inglese, ad esempio quanto al rapporto fra «colonial law» and «law of England». A complicare l'analisi, l'assunto di base nel diritto inglese per cui «international law (…) does not form part of domestic law»: su questi aspetti argomentano i giudici della House of Lords.

[18] «the applicants' claim for jurisdiction (…) fails as they can still derive no individual

I ricorrenti osservano tuttavia come si fosse stabilita comunque sulle isole Chagos l'effettiva giurisdizione extraterritoriale del Regno Unito, impegnando quindi lo Stato al rispetto della Convenzione sulla base dell'art. 1. La Corte esclude però che tale interpretazione dell'art. 1 – pure ampiamente consolidata nella propria giurisprudenza – possa prevalere sull'art. 56, che tuttora consente agli Stati di decidere se la Convenzione debba o non debba essere efficace nei territori di cui "assicurano le relazioni internazionali". La stessa CtEDU definisce questa norma come anacronistica, ma precisa che non compete ai giudici di renderla inoperante e che, semmai, dovranno essere gli Stati contraenti a modificarla[19]. Comunque sia, questa decisione contraddice l'assunto fondamentale di una cospicua giurisprudenza, vale a dire quello per cui non si può ammettere che la Convenzione conceda agli Stati di comportarsi, fuori dal proprio territorio, in modo diverso da come devono comportarsi a casa propria, riacquistando in pratica una libertà di violare i diritti umani[20].

Un ulteriore elemento di inammissibilità sarebbe poi consistito nella mancanza, in capo ai ricorrenti, della condizione di vittima. Molti degli isolani avevano infatti accettato un risarcimento dal Governo inglese, cosa che implicava la rinuncia ad ulteriori richieste, compresa quella di poter fare ritorno alle loro isole[21]. Non si considera però, fra l'altro, la posizione di coloro che tale risarcimento non avevano avuto, fra i quali vi erano, ad esempio, tutti coloro che erano stati portati non a Mauritius, ma nelle Isole Seychelles[22]. Quanto ai ricorrenti che non erano nati al momento degli eventi, il loro ricorso viene considerato inammissibile in base al solo fattore temporale. Si esclude così la possibilità di una pronuncia nel merito sul danno morale e sulla possibilità di dare rilievo giuridico al cd. danno

right to petition the Court concerning the territory of BIOT»: cfr. CtEDU *Chagos Islanders* cit., par. 62.

[19] *Ivi*, par. 74.

[20] Gli abitanti delle Chagos, per di più, erano cittadini "del Regno Unito e delle Colonie" e tale cittadinanza avevano conservato dopo la separazione*: ivi*, par. 6. Si profila quindi anche una violazione del divieto di espulsione dei propri cittadini.

[21] I ricorrenti sostengono inoltre che non tutti gli isolani, fra i quali vi erano diversi analfabeti, avevano compreso la portata della rinuncia: *ivi,* par. 12. Risulta che 1340 persone avessero accettato, ma alcuni non lo fecero mai (cfr. *House of Lords Opinions* cit, par. 13). Al momento attuale, il ritorno della popolazione alle isole richiederebbe forti investimenti per l'avvio di nuove attività, dal momento che le piantagioni di cocco che un tempo davano da vivere alla comunità sono scomparse. Di qui, l'opinione di alcuni secondo cui i ricorsi sarebbero tentativi strumentali dei chagossiani, volti a ottenere finanziamenti ulteriori dal Governo britannico: a maggior ragione, sarebbe stato opportuno un giudizio di merito che potesse fare chiarezza.

[22] *Ibidem*.

transgenerazionale, che deriva dalla rimozione forzata di una popolazione indigena[23]. Si tratta di questioni nuove, ma proprio per questo una pronuncia nel merito sarebbe stata opportuna, a fornire elementi per lo sviluppo del diritto internazionale.

5. Il parere della Corte internazionale di giustizia sul diritto all'autodeterminazione del popolo delle isole Chagos

La questione delle isole Chagos viene sottoposta dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite alla CIG, con la richiesta di un parere consultivo[24]. In questa sede, i quesiti riguardano il diritto all'autodeterminazione del popolo dei Chagossiani, non le questioni sulla violazione di diritti individuali. La Corte accerta che il dominio britannico sulle isole Chagos prosegue in violazione del diritto all'autodeterminazione e che il Regno Unito deve porvi termine nel più breve tempo possibile[25]. Poiché l'autodeterminazione è un diritto *erga omnes* – si precisa – tutti gli Stati hanno interesse a chiederne il rispetto e devono cooperare con l'Assemblea Generale, cui spetta la competenza a stabilire le modalità dell'autodeterminazione[26].

La Corte si astiene dal pronunciarsi circa un divieto di riconoscimento delle situazioni giuridiche connesse con la violazione dell'autodeterminazione, benché vi siano in tal senso richieste di vari Stati intervenuti. Preci-

[23] Nel commentare il parere della Corte internazionale di giustizia sulla separazione delle isole Chagos – di cui si dirà a breve – il giudice, fra l'altro, esamina la decisione della CTEDU e rileva che: «[i]n further holding that new generations of Chagossians, not born there (in Chagos), could not claim to be "victims" of expulsions, the ECtHR/Fourth Chamber further limited their ability to seek redress in the future, inconsistently with the European Convention on Human Rights and with general principles of international law. An unknown "waiver" of the kind does further harm to the forcibly expelled Chagossians as well as to their victimized descendants» (cfr. l'opinione separata del giudice Cançado Trindade di cui *infra*, n. 28). par. 272).

[24] UNGA, Res. 292 (LXXI), *Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the legal consequences of the separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, 22 June 2017.

[25] «[T]he United Kingdom is under an obligation to bring an end to its administration of the Chagos Archipelago as rapidly as possible, thereby enabling Mauritius to complete the decolonization of its territory in a manner consistent with the right of peoples to self-determination»: *ivi.* par. 178. Secondo il Regno Unito e alcuni degli Stati intervenuti la Corte avrebbe dovuto astenersi dal rendere il parere, poiché il quesito verte in sostanza su di una controversia bilaterale sul punto, cfr. Z. Crespi Reghizzi, *Giurisdizione consultiva e principio consensuale: il parere della Corte internazionale di giustizia sulle* Isole Chagos, in *Rivista di diritto. internazionale,* 2019, pp. 807-818.

[26] Cfr. ICJ, 25 febbraio 2019, *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Advisory Opinion, *ICJ Reports* 2019, p. 95.

sazioni ben più dettagliate, invece, la stessa Corte aveva fornito ad esempio, nel parere sulla Namibia, o in quello sulla legittimità della costruzione del muro in Palestina, casi in cui parimenti aveva rilevato una violazione del diritto all'autodeterminazione di un popolo[27].

Inoltre, il parere evita di considerare le possibili conseguenze della violazione del principio di autodeterminazione sulla validità dell'accordo bilaterale fra Regno Unito e Stati Uniti, per la concessione dell'isola Diego Garcia. La Corte non si esprime sulla natura inderogabile del diritto all'autodeterminazione, malgrado l'opinione ampiamente condivisa che si tratti di norma di *jus cogens*: in questo ordine di idee, sarebbe stato necessario chiedersi se l'accordo di *Lancaster House* – che necessariamente implica la violazione del diritto all'autodeterminazione dei Chagossiani – non fosse da considerarsi radicalmente nullo, appunto per contrasto con lo *jus cogens*. Invece, il tema è trattato diffusamente da alcuni giudici che, nelle opinioni individuali, criticano in modo molto chiaro l'esitazione della Corte[28]. Certo, il punto non era oggetto di alcuno dei quesiti dell'Assemblea ma è pure vero che, in altri casi, la stessa Corte non ha esitato a pronunciarsi oltre l'ambito dei quesiti, come definiti nella richiesta di parere[29].

[27] Cfr. ICJ, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, *ICJ Reports,* 1971, pp. 16 ss.; ICJ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory,* Advisory Opinion of 9 July 2004, in *ICJ Reports* 2004, p. 136 ss. Per più ampi commenti, cfr. F. Salerno, *L'obbligo di non riconoscimento di situazioni territoriali illegittime dopo il parere della Corte internazionale di giustizia sulle isole Chagos*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, pp. 729-752.

[28] Il giudice Robinson osserva: «[t] the Court is content to follow its earlier characterization (…) of the right as one that establishes obligations *erga omnes* (…) [t]his approach might appear to be an example of what some see as a general reluctance on the part of the Court to engage fully with the concept of *jus cogens*»: cfr. ICJ, *Separation of the Chagos Archipelago* cit., *Separate Opinion of Judge Robinson*, parr. 49-50. Anche la giudice Selibunde argomenta diffusamente circa la natura di *jus cogens* del diritto all'autodeterminazione e sulla conseguente nullità dell'accordo fra Stati Uniti e Regno Unito*: ivi, Separate Opinion of Judge Selibunde*, par. 30 ss. Secondo il giudice Cançado Trindade: «[t]here is no justification for the ICJ not having addressed *jus cogens* in the present Advisory Opinion»: *ivi, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade,* par. 319.

[29] Come avvenuto proprio nel parere sulle liceità dell'uso delle armi nucleari: l'importante precisazione circa la natura dell'obbligo stabilito dall'art. VI del TNP non era in realtà richiesta dal quesito. Proprio sull'interpretazione dell'art. VI fornita in questo parere le Isole Marshall avevano basato i ricorsi – di cui sopra si è detto – nei confronti delle Potenze nucleari; cfr. ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, in *ICJ Reports*, 1996, p. 226.

6. Le conseguenze del parere

L'Assemblea generale, con una risoluzione del 22 maggio 2019, prende atto del parere, dichiarando che il Regno Unito è tenuto ad abbandonare le isole entro il termine di sei mesi, fissato nella stessa risoluzione. Inoltre, si invitano le Nazioni Unite e tutte le agenzie specializzate a considerare le Chagos come parte integrante dello Stato di Mauritius, evitando per il futuro di riconoscere o dare effetto a qualsiasi misura adottata dal Regno Unito in nome o per conto del BIOT[30]. Il Regno Unito non ha finora mutato in nulla la propria posizione che ammette un impegno alla futura restituzione delle Chagos a Mauritius, ma solo una volta cessate le esigenze di sicurezza che ancora rendono necessaria la presenza della base militare[31].

Tuttavia, l'invito dell'AG ha trovato riscontro in altre sedi. Dal 2020, la mappa ufficiale delle NU indica le isole come appartenenti a Mauritius[32]. L'Unione postale universale, con una risoluzione del 28 agosto 2021, ha deciso di non autorizzare più la registrazione, distribuzione e spedizione di francobolli emessi dal BIOT[33]. L'*Indian Ocean Tuna Commission* (IOTC) della FAO sta valutando l'espulsione del Regno Unito che, con la perdita del territorio nell'Oceano Indiano, non potrebbe più far parte della stessa Commissione in veste di Stato costiero[34].

Intanto, il Tribunale internazionale per il diritto del mare, ha ammesso

[30] UNGA, 22 maggio 2019, 73/295, *Advisory Opinion of the International Court of Justice on the legal consequences of the separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*.

[31] In una nota del Foreign Commonwealth and Development Office, 3 dicembre 2021, si precisa che "the United Kingdom has no doubts about its sovereignty over the Chagos Archipelogos (…) Mauritius has never held sovereignty and we do not recognize any claim (…) However, we have a long standing commitment, first made in 1965, to cede sovereignty of the Archipelago to Mauritius when it is no longer required for defence purposes": la nota, presentata alla OITC (cfr. *infra*, n. 33) è disponibile in https://www.iotc.org/sites/default/files/documents/2021/12/Statement_by_the_UK.pdf. Nella stessa nota, si precisa inoltre: "[t]he United Kingdom was disappointed that this matter was referred to the International Court of Justice (ICJ), contrary to the principle that the Court should not consider bilateral disputes without the consent of both States concerned".

[32] UN Geospatial Information Service, *Map of the World*, al sito https://www.un.org/geospatial/content/map-world.

[33] Cfr. UPU, 27 agosto 2021, *Press release: UPU adopts UN resolution on Chagos Archipelagos*, disponibile in https://www.upu.int/en/Press-Release/2021/Press-release-UPU-adopts-UN-resolution-on-Chagos-Archipelago.

[34] Cfr. FAO – IOTC, *Implementation of paragraph 6 of the UNGA Resolution* decisione sul punto è stata rinviata al 2022, cfr. FAO – IOTC, *Report of the 25° Session of the Indian Ocean Tuna Commission*, 7-11 June 2021, IOTC–2021–S25–R[E] p. 83, disponibile al sito https://www.iotc.org/sites/default/files/documents/2021/10/IOTC-2021-S25-RE.pdf.

la legittimazione di Mauritius come Stato con coste adiacenti od opposte alle Maldive, in una causa relativa alla delimitazione dei confini marittimi[35]. La decisione si basa proprio sulla considerazione di tali coste come non più attribuibili ad un dominio britannico, bensì – appunto – allo Stato di Mauritius.

7. La vicenda dei Rohingya nel Myanmar

Segnali positivi a favore di un rafforzamento della *rule of law*, arrivano dalla recente iniziativa del Gambia, che ha convenuto di fronte alla CIG il Myanmar, per l'asserita violazione della Convenzione sulla prevenzione e repressione del genocidio. All'origine del ricorso, la terribile situazione dei Rohingya, la minoranza musulmana oggetto – in particolare, dal 2017 – di persecuzioni da parte del governo birmano, che sarebbero compiute con intento di genocidio, ovvero di distruggere in tutto in parte il gruppo[36]. La giurisdizione della CIG, in questo caso, sussiste sulla base dell'art. IX della stessa Convenzione, accettato da entrambe le parti senza riserve. Il Myanmar, piuttosto, eccepisce una mancanza di legittimazione (capacity) ad agire da parte del Gambia. Più precisamente, lo Stato chiamato in causa non mette in discussione il carattere *erga omnes partes* degli obblighi nascenti dalla Convenzione sul genocidio, ammettendo che questo conferisca a tutti gli Stati parte un interesse diretto al rispetto della convenzione medesima. Si contesta, invece, che tale interesse conferisca (anche) la legittimazione ad agire di fronte alla Corte, sulla base dell'art. IX, ad uno Stato non specialmente leso dalle violazioni lamentate. In questo ordine di idee, pertanto, legittimato ad agire sarebbe stato piuttosto Bangladesh, il Paese confinante con il Myanmar in cui vivono molti Rohingya e dove molti altri affluiscono ora, fuggendo dalle persecuzioni.

Nell'ordinanza con cui dispone le misure cautelari, la Corte respinge questa interpretazione riduttiva del carattere *erga omnes partes* della con-

[35] Tribunale internazionale per il diritto del mare, *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Mauritious and Maldives in the Indian Ocean,* (Mauritius v. Maldives) *Preliminary Objections*, Order of 3 February 2021, disponibile in https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/dispute-concerning-delimitation-of-the-maritime-boundary-between-mauritius-and-maldives-in-the-indian-ocean-mauritius/maldives/.

[36] Cfr. ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, (The Gambia v. Myanmar), *Application instituting proceedings*, 11 November, 2019; cfr. anche *Situation of human rights of the Rohingya Muslims and other minorities in Myanmar*, *Report of the Secretary-General* (A/76/312), 31 August 2021.

venzione, precisando che "*any State party to the Genocide Convention and not only a specially affected State may invoke the responsibility of another State party with a view to ascertaining the alleged failure to comply with its obligations erga omnes partes, and to bring that failure to an end*"[37]. Ci si può attendere che la decisione sulla giurisdizione sia confermata nella sentenza definitiva. Non si tratta certo di un'ammissione dell'*actio popularis* – già esclusa dalla giurisprudenza della stessa CIG – bensì della valorizzazione del potenziale per l'affermazione della *rule of law,* insito nella clausola giurisdizionale[38].

8. Conclusioni

Nei casi descritti, il bisogno di giustizia ha portato popoli, minoranze o piccoli Stati "alla ricerca di un giudice" a livello internazionale. Colpisce invero come, di fronte della gravità dei danni morali e materiali, che questi soggetti lamentano, sia stato loro negato un giudizio nel merito. Si può forse non condividere il metodo della *strategic litigation* per casi di notevole rilievo politico, ma questo certo toglie rilevanza alle questioni giuridiche sottostanti. La stessa giurisprudenza internazionale, del resto, riconosce l'importanza etica dell'accertamento giudiziale della lesione di un diritto, tanto da considerare che la dichiarazione dell'avvenuta violazione possa già in sé costituire, per il soggetto leso, una forma adeguata di riparazione del danno morale[39]. Ma anche questa possibilità viene meno, se non si fa luogo al giudizio di merito e ove un tale accertamento sia negato con argomenti discutibili, difficilmente questo sarà visto come un risultato "neutrale".

Preme sottolineare che non si vuole sostenere, qui, che nei casi esaminati fosse lecito attendersi una decisione di accoglimento dei ricorsi, bensì che. una considerazione effettiva per il principio della *rule of law* avrebbe potuto indurre a favorire l'esame del merito, piuttosto che a preclu-

[37] Cfr. ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, (The Gambia v. Myanmar), *Request for the indication of provisional measures*, Order of 23 January 2020, par. 41.

[38] La Corte affermò che l'*actio popularis* non può esistere in diritto internazionale, né trovarvi spazio come principio generale comune agli ordinamenti interni: cfr. ICJ, *South West Africa Cases, Second Phase* (Ethiopia v. South Africa, Liberia v. South Africa), Judgement of 18 July 1966, in, 1966, pp. 6 ss., spec. par. 88.

[39] Cfr. ad esempio ICJ, *Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgement of 27 February 2007, in *ICJ Reports*, 2007, p. 43, par. 463.

derlo, anche limitatamente ad alcuni dei motivi di ricorso. Nel caso degli Inughuit, così come in quello dei Chagossiani, la CtEDU avrebbe potuto decidere in questo senso senza forzare né il principio consensualitico, né l'interpretazione della Convenzione. La CIG, dopo aver clamorosamente negato la propria giurisdizione nei casi introdotti dalle Isole Marshall, riconosce sì la violazione del diritto di autodeterminazione delle isole Chagos, ma avrebbe potuto esprimersi quanto alle conseguenze della conclusione raggiunta.

Nondimeno, quest'ultimo parere ha potuto innescare una serie di reazioni improntate alla necessità di ristabilire la legalità e tali seguiti rappresentano un segno positivo verso il rafforzamento della *rule of law*. Purtroppo, evidenziano anche – retrospettivamente – la gravità dell'occasione perduta dai Chagossiani a Strasburgo. Se la pronuncia della CIG fosse intervenuta prima, la CtEDU non avrebbe potuto non tenerne conto… e, data la necessità evitare il riconoscimento di un qualunque effetto giuridico alla separazione delle Chagos da Mauritius, sarebbe caduta la (comunque ambigua) argomentazione circa la non applicabilità *ratione loci* della Convenzione europea nelle Chagos, che aveva condotto alla decisione di inammissibilità del ricorso.

Corti e tribunali, pur nel rispetto del principio consensualistico, non dovrebbero esitare a rendersi interpreti del bisogno di giustizia a livello internazionale. Peraltro, il possibile progresso della *rule of law* dipende, in ultima analisi, dagli Stati. Dal momento che nessuna corte internazionale può procedere d'ufficio, sempre ad essi spetta di mettere in moto, ove possibile, il controllo giurisdizionale. Eppure, l'iniziativa del Gambia – quale Stato non specialmente leso, che agisce per far accertare la violazione di un obbligo *erga omnes* – rappresenta per ora un esempio pressoché isolato, mentre i ricorsi interstatali di fronte alla CtEDU sono sporadici e, nella quasi totalità dei casi, lo Stato ricorrente non agisce per il mero interesse al ripristino della legalità[40].

In presenza di illeciti internazionali gravi, come la violazione di obblighi *erga omnes*, i Governi per lo più valutano di reagire con sanzioni economiche o misure diplomatiche: iniziative che producono un imme-

[40] Il precedente più chiaro di azione in difesa della *rule of law* " è dato dai ricorsi del 1967 di Danimarca, Norvegia, Olanda e Svezia, per le violazioni dei diritti umani in Grecia, dopo il colpo di stato dei colonnelli. Risulta invece difficile escludere un interesse particolare negli attuali ricorsi interstatali presso la CtEDU: cfr. P. Palchetti, *Ricorsi interstatali in materia di diritti umani: uno strumento da maneggiare con cura*, in 15 *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, pp. 361-368.

diato impatto politico, anche presso l'opinione pubblica, dimostrando la volontà di "fare qualcosa" per porre rimedio. Insieme o in alternativa a queste misure, tuttavia, la possibilità di ricorso ad una corte o tribunale andrebbe cercata e considerata. Le conseguenze di una pronuncia in sede giurisdizionale potrebbero risultare infine più chiare e più efficaci nel lungo periodo delle misure economiche, della cui reale utilità spesso si dubita. L'affermazione della *rule of law*, al contrario, avrebbe valore di per sé, rafforzando il ruolo del diritto internazionale. Certo, le possibili controindicazioni vanno considerate, *in primis* la possibilità che lo Stato chiamato in giudizio possa poi reagire con il recesso dall'atto sulla cui base era stato reso possibile il giudizio.

Nella valutazione delle singole situazioni, i giuristi internazionalisti potrebbero dare un contributo, eventualmente attraverso le società che li riuniscono, proprio come la SIDI, indicando o proponendo ai politici il modo di promuovere un controllo giurisdizionale sul comportamento degli Stati ritenuti responsabili di violazioni di obblighi *erga omnes*, quando sia possibile fare affidamento su di un meccanismo precostituito per attivare una corte, anche a titolo consultivo. Il parere sulle Chagos, per quanto privo di effetti vincolanti, ha potuto innescare una serie di reazioni che nell'insieme dimostrano come la *rule of law* possa trovare una propria via per affermarsi, anche nell'ordinamento internazionale.

ISTITUZIONI FINANZIARIE INTERNAZIONALI E DEMOCRAZIA: ALLA RICERCA DI UN NUOVO MULTILATERALISMO

Maria Rosaria Mauro*

Sommario: 1. Il piano dell'indagine: la nozione di «democrazia» nel diritto internazionale e le «Istituzioni di Bretton Woods». – 2. La prima prospettiva: la questione del «deficit democratico» interno delle IFI. – 3. La seconda prospettiva: l'impatto delle IFI sullo stato della democrazia all'interno dei Paesi. – 4. *Segue:* i meccanismi di controllo democratico. – 5. *Segue:* attività delle IFI e rispetto dei diritti umani. – 6. Democrazia e nuove IFI: AIIB e BIRS a confronto. – 7. Considerazioni conclusive: verso un nuovo multilateralismo?

1. Il piano dell'indagine: la nozione di «democrazia» nel diritto internazionale e le «Istituzioni di Bretton Woods»

La democrazia rappresentativa è, attualmente, il sistema politico più diffuso al mondo; tuttavia, in diverse aree geografiche, tale forma di governo appare sotto attacco[1], allo stesso tempo, si va diffondendo il concetto di «democrazia illiberale»[2], espressione che appare quasi una contraddizione in termini.

In un tale scenario, emerge una prima questione: quale significato debba attribuirsi alla nozione di democrazia[3] e, in particolare, come essa debba essere interpretata in riferimento all'ordinamento internazionale[4].

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi del Molise.

[1] Cfr. sul tema S. Levitsky, D. Ziblatt, *How Democracies Die*, New York, 2018; D. Runciman, *How Democracy Ends*, London, 2018; T. Ginsburg, *Authoritarian International Law*, in *The American Journal of International Law*, 2020, pp. 221-260.

[2] V. al riguardo A. Sajó, *Ruling by Cheating: Governance in Illiberal Democracy*, Cambridge, 2021, in particolare pp. 18-55.

[3] V. sul tema W.B. Gallie, *Essentially Contested Concepts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1956, pp. 167-198; J.S. Dryzek, *Can There Be a Human Right to an Essentially Contested Concept? The Case of Democracy*, in *The Journal of Politics*, 2016, pp. 357-367; S.-E. Skaaning, *Democracy: Contested Concept with a Common Core*, in G. Crawford, A. Abdul-Gafaru (eds.), *Research Handbook on Democracy and Development*, Cheltenham, 2021, pp. 27-44.

[4] V. J. Crawford, *Democracy and the Body of International Law*, in G.H. Fox, B.R. Roth (eds.), *Democratic Governance and International Law*, Cambridge, 2000, p. 91; S.

Nel diritto internazionale, il concetto di democrazia è stato studiato, principalmente, seguendo due diverse prospettive. Un primo filone di studi, risalente essenzialmente al periodo immediatamente successivo alla fine della guerra fredda, si è concentrato sull'accertamento della democrazia quale principio del diritto internazionale, a cui gli Stati dovrebbero conformarsi[5].

Un secondo gruppo di autori, invece, nella difficoltà di individuare un tale principio nell'ordinamento internazionale, si è dedicato alla ricerca di possibili credenziali democratiche del sistema giuridico internazionale, dando maggiore attenzione ai temi della legittimità e della trasparenza della *governance* globale[6].

Invero, il concetto di democrazia difficilmente può essere contestualizzato nella realtà del sistema internazionale. La democrazia in senso stretto, infatti, richiede l'esistenza di un *demos* e di comunità politiche delimitate (oggi tipicamente gli Stati). Entrambi questi due elementi costitutivi, anzi, ontologici, mancano nella società internazionale[7]. La democrazia può esistere, propriamente, solo quando vi è una comunità politica, poiché, esclusivamente in presenza di un senso di appartenenza a una tale comunità, la minoranza accetta la volontà della maggioranza. In questi termini, il concetto di democrazia con difficoltà può essere trasposto su un piano globale. Di conseguenza, è preferibile ricercare norme, principi e pratiche volti a migliorare la legittimità democratica della *governance* globale contemporanea, invece di aspirare all'accertamento di una norma internazionale che imponga un obbligo di democrazia. In tal senso, la democrazia può essere intesa come un insieme complesso, all'interno del quale coesistono più

Marks, *International Law, Democracy and the End of History*, ivi, pp. 532-566; J. Wouters, B. De Meester, C. Ryngaert, *Democracy and International Law*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2003, pp. 139-197; H. Charlesworth, *Democracy and International Law*, in *Recueil des Cours*, 2015, Vol. 371, pp. 53–152; Id., *International Legal Encounters with Democracy*, in *Global Policy*, 2017, pp. 34-43.

[5] V., ad esempio, T.M. Franck, *The Emerging Right to Democratic Governance*, in *The American Journal of International Law*, 1992, pp. 46-91. In senso contrario all'esistenza di un tale principio v. M. Koskenniemi, *Legal Cosmopolitanism: Tom Franck's Messianic World*, in *New York University Journal of International law and Politics*, 2003, pp. 471–486.

[6] V. al riguardo B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law & Contemporary Problems*, 2005, pp. 15-61; D.C. Esty, *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*, in *Yale Law Journal*, 2006, pp. 1490-1562.

[7] V. al riguardo J. Klabbers, D. Lustig, A. Nollkaemper, S. Nouwen, M. Saliternik, J.H.H. Weiler, *International Law and Democracy Revisited: Introduction to the Symposium*, in *European Journal of International Law*, 2021, p. 11.

elementi, quali i diritti umani, lo stato di diritto, la *rule of law*, la rappresentatività, la legittimità, il principio di legalità. In altri termini, quelli che possono essere definiti «valori democratici».

Il presente contributo mira a esaminare quale ruolo le istituzioni finanziarie internazionali (IFI) possano avere nella promozione della democrazia così intesa, valutando l'impatto, in termini positivi o negativi, dell'attività di tali organizzazioni sulla promozione e il consolidamento dei valori democratici.

L'analisi verrà svolta in riferimento alle cosiddette «Istituzioni di Bretton Woods», ovvero il Fondo monetario internazionale (FMI) e la Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo (BIRS)[8]. Inoltre, verrà presa in considerazione anche la *Asian Infrastructure Investment Bank* (AIIB), che appare particolarmente rilevante in riferimento al tema trattato sia in quanto costituisce la seconda banca di sviluppo per numero di Membri (dopo la BIRS), sia poiché è stata istituita molto recentemente, sia, soprattutto, per lo stretto legame che essa ha con la Cina.

La relazione intercorrente tra le IFI e la democrazia verrà studiata sotto due diverse angolature: quella interna, in riferimento al c.d. «deficit democratico» delle IFI; e quella esterna, relativa all'incidenza dell'attività di tali Organizzazioni sul processo di democratizzazione e sullo stato della democrazia all'interno degli Stati destinatari dei loro interventi.

La prima ottica consente di valutare l'impatto sulla promozione della democrazia *inter* Stati, quindi, propriamente a livello internazionale; la seconda riguarda, invece, la promozione della democrazia *intra* Stato, ovvero a livello nazionale.

2. La prima prospettiva: la questione del «deficit democratico» interno delle IFI

Il FMI e la BIRS, come è noto, sono espressione del modello di cooperazione economica internazionale che si è affermato negli anni successivi

[8] Insieme alla BIRS, vi sono altre quattro organizzazioni, che costituiscono il «Gruppo della Banca mondiale» (GBM): l'*International Finance Corporation* (IFC), il cui Statuto è stato adottato il 25 maggio 1955; l'*International Development Association* (IDA), il cui Accordo istitutivo è stato aperto alla firma il 1° febbraio 1960; l'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), la cui Convenzione istitutiva è stata aperta alla firma il 18 marzo 1965; la *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA), la cui Convenzione istitutiva è stata aperta alla firma l'11 ottobre 1985. Con l'espressione Banca mondiale (BM) si indica, in senso proprio, la BIRS e l'IDA congiuntamente.

alla Seconda guerra mondiale, il c.d. modello «neoliberista», che influenzò l'ordine economico mondiale definito nell'ambito della Conferenza di Bretton Woods (1- 22 luglio 1944).

Nel corso degli anni, tale modello e l'ordine economico internazionale che esso ha ispirato sono stati, spesso, messi in discussione, in particolare a seguito della crisi finanziaria del 2007-2010 e, più di recente, in occasione della pandemia da Covid-19. Peraltro, va anche aggiunto che il ruolo del Fondo e della Banca nel contesto internazionale è mutato nel tempo, cambiando pure il rapporto tra tali Istituzioni e la «democrazia».

Negli ultimi anni, la questione del deficit democratico interno delle IFI e, in particolare, del FMI e della BIRS, è stata ampiamente trattata dalla dottrina[9], che ha messo in luce diversi aspetti critici propri di tali due Istituzioni.

Dal momento che le due Organizzazioni sono simili nella struttura, paragonabile a quella di una società per azioni, e nelle regole di funzionamento, le critiche mosse nei loro confronti da parte della dottrina, degli Stati e della stessa società civile sono analoghe.

Occorre premettere che il problema dell'esistenza del controllo democratico esiste, in realtà, per la maggior parte delle organizzazioni internazionali. Infatti, tali enti sono guidati da delegati dei governi degli Stati membri, pertanto, vi è una rappresentanza democratica e una responsabilità che sono, al massimo, di natura indiretta[10]; inoltre, gli staff interni delle organizzazioni internazionali hanno, spesso, maggiore influenza dei rappresentanti degli Stati da cui dovrebbero essere controllati[11].

Nel caso specifico del FMI e della BIRS, poi, vi sono alcune caratteristiche peculiari ritenute alla base del deficit democratico interno. Si trat-

[9] V. in argomento, per tutti, S. Cafaro, *Il governo delle organizzazioni di Bretton Woods. Analisi critica, processi di revisione in atto e proposte di riforma*, Torino, 2012, p. 99 ss.; E. Sciso (ed.), *Accountability, Transparency and Democracy in the Functioning of Bretton Woods Institutions*, Cham, 2017.

[10] Cfr. al riguardo R.E. Dahl, *Can International Organizations Be Democratic? A Skeptic's View*, in I. Shapiro, C. Hacker-Cordon (eds.), *Democracy's Edges*, Cambridge, 1999, pp. 19-36; A. Reinisch, *Securing the Accountability of International Organizations*, in J. Klabbers (ed.), *International Organizations*, Aldershot [etc.], 2005, p. 538 ss.; J. Klabbers, A. Peters, G. Ulfstein, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009; J. Brunnée, S.J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law: an Interactional Account,* Cambridge, 2010; T. Christiano, *Democratic Legitimacy and International Institutions*, in S. Besson, J. Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford [etc.], 2010, pp. 119-137.

[11] V. al riguardo B.S. Frey, *The Public Choice View of International Political Economy*, in R. Vaubel, T.D. Willett (eds.), *The Political Economy of International Organizations: a Public Choice Approach*, Boulder, Co [etc.], 1991, pp. 7-26.

ta, in particolare, dei seguenti aspetti: una *governance* basata sul sistema delle cosiddette «quote» e il correlato meccanismo del voto ponderato; la posizione privilegiata, tra i Membri, degli Stati industrializzati e, soprattutto, degli Stati Uniti[12]; il ruolo particolarmente incisivo del Direttore generale del FMI e del Presidente della BIRS, che hanno per tradizione, rispettivamente, cittadinanza europea e cittadinanza statunitense[13]; una struttura interna che ha contatti, essenzialmente, con i Ministri nazionali con competenze economiche (economia o finanze) e non con altri dicasteri maggiormente concentrati sulle problematiche sociali; la riluttanza a rendere pubblici e disponibili documenti e dati; il limitato ruolo della società civile; e soprattutto, infine, l'impatto negativo delle attività delle due IFI sui diritti umani.

Per superare i suddetti limiti, negli ultimi anni sono state proposte importanti riforme, alcune delle quali anche attuate, ma finora con risultati parziali[14].

[12] Per quanto riguarda la Banca, ad esempio, basti pensare che il Secondo emendamento (16 febbraio 1989) ha aumentato la quota di voti necessaria per l'approvazione degli emendamenti, cui è subordinata l'entrata in vigore dell'emendamento stesso, portandola dai 3/5 dei Membri aventi i 4/5 del totale dei poteri di voto ai 3/5 dei Membri aventi l'85% del totale dei poteri di voto, per consentire agli Stati Uniti, il maggiore azionista della BIRS, la cui partecipazione azionaria era diminuita al di sotto del 20%, di mantenere *de facto* un potere di veto. Questa condizione assicura agli Stati Uniti la possibilità di influenzare il processo decisionale anche senza esercitare tale veto *de facto*, poiché è improbabile che richieste di prestiti senza il sostegno di questo Stato vengano presentate per l'approvazione del Consiglio dei direttori esecutivi. Cfr. al riguardo N. Woods, *The Challenges of Multilateralism and Governance*, in C. Gilbert, D. Vines (eds.), *The World Bank: Structure and Policies,* Cambridge [etc.], 2000, pp. 132-156; H. Stein, *Beyond the World Bank Agenda,* Chicago, 2008. L'influenza statunitense si è dimostrata anche nella creazione di altre tre organizzazioni del GBM, l'IFC, l'IDA e la MIGA, fortemente volute dagli Stati Uniti. V. sul tema J.H. Weaver, *The International Development Association. A New Approach to Foreign Aid*, New York, 1965; B. Benjamin, *Invested Interests. Capital Culture, and the World Bank*, Minneapolis, MN, 2007, p. 62.

[13] V., in argomento, D.D. Avant, M. Finnemore, S.K. Sell (eds.), *Who Governs the Globe*, Cambridge, 2010.

[14] Ad esempio, si è proposto di: modificare il sistema delle quote in modo che i Paesi meno avanzati ottenessero più voti e un maggior potere decisionale (cfr. al riguardo N. Woods, *Making the IMF and the World Bank More Accountable*, in *International Affairs*, 2001, pp. 83-100; J.E. Stiglitz, *Democratizing the International Monetary Fund and the World Bank: Governance and Accountability*, in *Governance*, 2003, pp. 111-139); lasciare inalterato il sistema delle quote, incentrato sulla rilevanza dell'economia nazionale, introducendo però la regola della doppia maggioranza per le decisioni importanti, basata sia sui diritti di voto sia sul numero dei Paesi (v. D.P. Rapkin, J.R. Strand, *Developing Country Representation and Governance of the International Monetary Fund*, in *World Development*, 2005, pp. 1993-2011); modificare la distribuzione dei Direttori esecutivi in modo da aumentare il numero di quelli provenienti dai Paesi in via di sviluppo (v. N. Woods,

Per quanto riguarda la questione della democrazia *inter* Stati, il tema più delicato è, certamente, quello delle quote e la connessa questione del sistema di voto ponderato. Come si è osservato, entrambe le Istituzioni sono state concepite e operano come società per azioni. Infatti, vi è un requisito sostanziale per divenire Membri di tali IFI che è la partecipazione al capitale sociale dell'Organizzazione secondo quote determinate dal Consiglio dei Governatori del FMI[15]. Le quote dei Membri, che dovrebbero riflettere la rilevanza economica che ciascuno di essi ha nel contesto internazionale, sono periodicamente sottoposte a revisioni generali.

La quota svolge un ruolo fondamentale, incidendo sul potere decisionale dello Stato membro, poiché essa determina i diritti di voto. Per quanto riguarda il FMI, inoltre, la quota influisce, quasi sempre, sulle risorse dell'Organizzazione cui lo Stato membro può accedere, dal momento che da essa dipende l'ammontare massimo del finanziamento di cui si può beneficiare[16].

Nel contesto del FMI sono stati approvati, negli ultimi anni, importanti emendamenti dello Statuto, che hanno comportato tre cambiamenti rilevanti: il raddoppiamento delle quote; un maggiore potere di voto per le economie emergenti e i Paesi in via di sviluppo; un Consiglio di amministrazione composto integralmente da Direttori esecutivi eletti.

In particolare, il Quinto emendamento, entrato in vigore il 18 febbraio 2011, ha determinato un raddoppiamento delle quote e una nuova redistribuzione dei diritti di voto a beneficio principalmente dei BRICS (Brasile, Russia, India, Cina e Sudafrica)[17], inclusi ora fra i 10 maggiori azionisti.

Inoltre, il Sesto emendamento, entrato in vigore il 3 marzo 2011, ha

Making the IMF and the World Bank, cit., H. Askari, *Global Financial Governance: Whose Ownership?*, in *Business Economics*, aprile 2004, pp. 57-62); variare l'area di competenza dei Governatori delle due IFI per includere nel Consiglio figure con maggiore esperienza nel campo dello sviluppo (cfr. J.E. Stiglitz, *op. cit.*); cambiare i principi tradizionalmente seguiti per l'elezione del Direttore generale del FMI e del Presidente della BM, in modo che tali cariche possano essere ricoperte da cittadini di Paesi in via di sviluppo (v. N. Birdsall, W*hy It Matters Who Runs the IMF and the World Bank. Washington*, *Center for Global Development. Working Paper*, 2003, n. 22).

[15] Al momento dell'adesione al Fondo, a ogni Stato è assegnata una quota sulla base della quale vi è una sua sottoscrizione (cfr. l'art. III, sez. 1, dello Statuto). Cfr. anche l'art. II dello Statuto della BIRS.

[16] A differenza di quanto accade nell'ambito del FMI, in cui le quote rappresentano la base per l'accesso alle risorse, nella BIRS non vi sono limitazioni legate ai prestiti derivanti dalle azioni possedute. I prestiti sono concessi, infatti, quando i Membri hanno difficoltà a reperire risorse finanziarie in altri modi a condizioni ragionevoli.

[17] Approvato dal Consiglio dei Governatori con la risoluzione n. 63–3, del 5 maggio 2008. Tale revisione ha comportato un ampliamento della quota dei Paesi emergenti e dei

previsto la c.d. «*Reform of Quota and Voice in the International Monetary Fund*», che tende a riformare il sistema delle quote e la rappresentanza degli Stati in seno al FMI, con un aumento delle quote dei Paesi emergenti e dei Paesi in via di sviluppo, la triplicazione dei voti di base (ovvero il numero minimo di voti attribuito a ciascun Paese) e la previsione di Direttori esecutivi supplenti per i gruppi (*constituencies*) composti da almeno 19 Membri[18].

Infine, il Settimo emendamento, entrato in vigore il 26 gennaio 2016, ha introdotto una modifica importante nelle regole di *governance* del FMI, prevedendo una composizione del Consiglio dei Direttori esecutivi esclusivamente di membri eletti[19]. Viene meno, in tal modo, il privilegio, riservato finora ai cinque Membri tradizionalmente con le quote maggiori[20], di poter nominare un proprio Direttore esecutivo. Il suddetto emendamento ha anche stabilito un raddoppiamento delle quote, con un cambiamento a favore dei Paesi emergenti e a scapito dei Paesi sviluppati, soprattutto di quelli europei[21]. A seguito di tali riforme, dovrebbe essere garantita alle economie di mercato che crescono rapidamente una partecipazione maggiore alle decisioni del Fondo, poiché, per la prima volta, il potere di voto degli Stati Uniti e dei Membri dell'Unione europea (UE) risulta essere inferiore al 50%.

Anche per quanto riguarda la Banca, tra il 2011 e il 2012 il Consiglio dei Governatori ha approvato rilevanti modifiche nella *governance* e nella rappresentanza, note appunto come «*Share and Voice Reforms*». Le quote sono state modificate seguendo le riforme introdotte nell'ambito del FMI[22], in particolare allo scopo di aumentare il potere di voto dei Paesi in via di sviluppo e delle economie in transizione in tutte le agenzie del Gruppo.

Paesi in via di sviluppo al 44,7% (in precedenza era pari al 38,4% del totale) e una riduzione della quota dei Paesi sviluppati al 55,3% (prima era superiore al 60% del totale).

[18] Approvato dal Consiglio dei Governatori con la risoluzione n. 63-2, del 28 aprile 2008.

[19] Approvato dal Consiglio dei Governatori con la risoluzione n. 66-2, del 15 dicembre 2010.

[20] Tali Membri erano Stati Uniti, Giappone, Germania, Francia e Regno Uniti. Attualmente i maggiori azionisti del FMI sono Stati Uniti, Giappone, Cina, Germania, Francia e Regno Unito (gli ultimi due con una quota uguale).

[21] La riforma ha previsto un raddoppiamento delle quote degli Stati membri, con un aumento generalizzato del 60% per tutti gli Stati e del 40% restante di aumenti *ad hoc* per i Membri sottorappresentati, in modo da garantire una maggiore corrispondenza con gli equilibri globali e più peso alle economie emergenti e ai Paesi in via di sviluppo.

[22] La BIRS ha seguito l'esempio del FMI, mantenendo, però, la regola dei Direttori esecutivi nominati dagli azionisti maggiori.

Inoltre, il Consiglio dei Governatori della BIRS ha adottato tre risoluzioni, che hanno approvato le proposte del Consiglio dei Direttori esecutivi concernenti la riforma della rappresentanza, decidendo un aumento del capitale selettivo, un aumento del capitale generale e ulteriori azioni per i nuovi Membri[23]. L'aumento del capitale selettivo, in particolare, consente appunto una maggiore rappresentanza e partecipazione dei Paesi in via di sviluppo e delle economie in transizione.

Infine, il Consiglio dei Governatori ha approvato anche il Terzo emendamento dello Statuto, relativo alle partecipazioni azionarie e ai diritti di voto dei Membri[24].

Peraltro, sebbene la riforma del 2010 abbia comportato, a causa della nuova distribuzione delle quote, un incremento dei voti dei Paesi in via di sviluppo e delle economie in transizione (pari a un totale del 47,19%), i Paesi industrializzati mantengono ancora più del 50% delle azioni della BIRS e, quindi, dei voti[25]. Perciò, per quanto riguarda i limiti collegati alla struttura e al funzionamento della Banca, il problema maggiore concerne tuttora la ridotta rappresentanza degli Stati minori. Infatti, i Paesi in via di sviluppo e le economie in transizione, che sono ancora quelli maggiormente interessati ai programmi della Banca, continuano ad avere scarso peso nell'ambito dell'Organizzazione, aspetto che compromette una loro effettiva partecipazione alle decisioni. Il potere decisionale dei BRICS, ad esempio, in termini di voti posseduti, è rimasto relativamente basso rispetto all'elevato livello dei finanziamenti che ricevono dalla BIRS e alla loro crescente partecipazione all'economia mondiale[26]. Inoltre, contrariamente a quanto vale ormai per il FMI, nel contesto della Banca il Consiglio dei Direttori esecutivi, che è l'organo operativo, mantiene una composizione che agevola gli Stati con le quote maggiori, dal momento che permane il sistema delle *constituencies* con a capo un singolo Direttore esecutivo eletto da un gruppo di Paesi, eccetto per i sei Stati con le sottoscrizioni di capitale

[23] Cfr. le risoluzioni del Consiglio dei Governatori n. 612, *2010 Selective Increase in Authorized Capital Stock to Enhance Voice and Participation of Developing and Transition Countries*, n. 613, *2010 General Capital Increase*, n. 614, *2010 Additional Increase in Authorized Capital Stock for Subscription of New Members*, del 16 marzo 2011.

[24] Lo Statuto della BIRS è stato emendato, per la terza volta, il 27 giugno 2012.

[25] Nell'ambito della BIRS, il numero dei voti di ogni Stato membro corrisponde alla somma dei suoi voti di base e dei voti per ogni parte di capitale detenuta (cfr. l'art. V, sez. 3, lett. *a*, dello Statuto).

[26] Cfr. al riguardo R. Wade, *How Are We Doing? The State of the World Bank*, in *Challenge*, luglio-agosto 2010, in https://relooney.com/NS3040/0_New_9478.pdf, p. 50. L'attuale potere di voto di Brasile, India e Russia, ad esempio, continua a essere inferiore a quello di Germania e Francia.

e il potere di voto maggiori (Stati Uniti, Giappone, Cina, Germania, Francia e Regno Unito), che possono *nominare* un proprio direttore esecutivo, nonché per l'Arabia Saudita, che beneficia del diritto a una *monocostituency*. Va aggiunto anche che tale peculiarità nella *governance* della Banca potrebbe ostacolare, altresì, la partecipazione della società civile dei Paesi con minore peso decisionale nell'ambito della singola *costituency*, dal momento che il Direttore esecutivo della *constituency*, di fatto proposto dallo Stato più rilevante del gruppo, potrebbe essere poco propenso a tutelare gli interessi della popolazione degli altri Paesi che esso formalmente rappresenta.

Dunque, nella prospettiva interstatale, il livello di democrazia delle due IFI appare ancora molto basso, nonostante le riforme introdotte, a causa del sistema di voto ponderato, della struttura di *governance* che restringe la rappresentanza dei Paesi meno ricchi nonché dell'influenza diretta e indiretta degli Stati economicamente più importanti e, in particolare, degli Stati Uniti. Questi fattori costituiscono ostacoli significativi alla democratizzazione delle due Organizzazioni, limitando la loro responsabilità nei confronti della maggioranza degli Stati membri e anche, indirettamente, della società civile di tali Stati.

3. La seconda prospettiva: l'impatto delle IFI sullo stato della democrazia all'interno dei Paesi

Maggiormente complessa è la valutazione del contributo delle due IFI allo stato della democrazia e, in generale, al processo di democratizzazione all'interno degli Stati.

È innegabile che, almeno fino alla fine della guerra fredda, tali Istituzioni si siano preoccupate principalmente della diffusione delle ideologie politiche ed economiche di stampo occidentale nei Paesi destinatari dell'aiuto, in particolare in quelli africani, più che della promozione della democrazia in tali Stati[27]. Va altresì ricordato che, secondo diversi studiosi, gli aiuti delle IFI, come quelli della cooperazione allo sviluppo bilaterale, hanno, di fatto, influito negativamente sulle riforme politiche dei Paesi beneficiari, riducendo il potere delle autorità nazionali di decidere riguardo ai problemi economici interni e avendo, di conseguenza, un impatto negativo

[27] Cfr. S. Babb, A. Kentikelenis, *International Financial Institutions As Agents of Neoliberalism*, in D. Cahill, M. Cooper, M. Konings, D. Primrose (eds.), *The Sage Handbook of Neoliberalism,* London, 2018, pp. 16-27.

sulla democrazia in tali Stati[28]. Al riguardo, si è parlato proprio di una «cessione di sovranità» a vantaggio delle IFI da parte dello Stato beneficiario dell'intervento[29].

È anche evidente che, per molti anni, sono state erogate risorse a Stati con sistemi dittatoriali[30], rafforzando regimi autocratici e ostacolando la democrazia e i processi di democratizzazione, o a Paesi con una corruzione dilagante[31], facendo sorgere dubbi sulla volontà o, quanto meno, sulla capacità delle due Organizzazioni di indirizzare la *governance* interna e contrastare tale corruzione.

In alcuni casi, peraltro, i beneficiari del finanziamento hanno sperimentato un importante processo di democratizzazione[32].

Ora, come confermano le ricerche della dottrina che si occupa della relazione tra democrazia e sviluppo economico, la prima, ovvero la presenza di istituzioni democratiche, non rappresenta di per sé una condizione imprescindibile per il secondo[33]. L'esempio della Cina ne è una prova concreta. Tuttavia, la democrazia è, quanto meno, *compatibile* con lo sviluppo e probabilmente lo favorisce anche, come dimostrato ampiamente dalle democrazie occidentali. Così come è evidente che la crescita economica e l'industrializzazione hanno determinato, spesso, pure un progresso a livello sociale e politico[34].

D'altronde, nonostante non sia dimostrabile che la democrazia sia una condizione imprescindibile per lo sviluppo e viceversa, la mancanza di un regime democratico nel Paese mutuatario si è rivelata, frequentemente,

[28] V. al riguardo A. Goldsmith, *Foreign Aid and Statehood in Africa*, in *International Organization*, 2001, pp. 123-148.

[29] Cfr. G. Mwakikagile, *Africa is in a Mess: What Went Wrong and What Should Be Done*, 2ª ed., Dar es Salaam, 2006, p. 27.

[30] Ad esempio, il Congo (Zaire) di Mobutu, lo Zimbabwe di Mugabe, la Romania di Ceausescu, nonché dittature latino-americane come quelle in Brasile e in Nicaragua. V. al riguardo E. Toussaint, *World Bank and IMF Support to Dictatorships*, 9 aprile 2020, in http://www.cadtm.org/World-Bank-and-IMF-support-to-dictatorships.

[31] Ad esempio, le Filippine di Marcos o il Mozambico. V. al riguardo J. Hanlon, *Do Donors Promote Corruption? The Case of Mozambique*, in *Third World Quarterly*, 2004, pp. 747-763.

[32] Cfr. al riguardo S. Limpach, K. Michaelowa, *The Impact of World Bank and IMF Programs on Democratization in Developing Countries*, in *CIS Working Paper*, 2010, n. 62.

[33] V., in argomento, L. Sirowy, A. Inkeles, *The Effects of Democracy on Economic Growth and Inequality: a Review*, in *Comparative International Development*, 1990, pp. 126–157; A. Przeworski, F. Limongi, *Political Regimes and Economic Growth*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1993, pp. 300–324.

[34] V. al riguardo S.M. Lipset, *Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy*, in *The American Political Science Review*, 1959, p. 75.

una concausa del fallimento dell'assistenza finanziaria delle IFI. Infatti, è probabile che in Stati autocratici gli aiuti vengano utilizzati a beneficio del singolo o di pochi con un peggioramento delle condizioni generali del Paese[35].

4. Segue: *i meccanismi di controllo democratico*

Pur rivelandosi assai arduo valutare l'incidenza che un'organizzazione internazionale può avere sulla democrazia all'interno degli Stati verso i quali opera, tuttavia, si può giungere ad alcune importanti conclusioni al riguardo prendendo in considerazione tre fondamentali indicatori, intesi appunto quali meccanismi di controllo democratico, che sono: l'accesso pubblico alle informazioni ovvero la trasparenza; la partecipazione della società civile; la *social accountability* ovvero la responsabilità verso la società civile per le azioni decise[36]. Tali indicatori, infatti, fanno luce sul ruolo che la popolazione degli Stati membri ha all'interno dell'organizzazione presa in esame.

Per entrambe le due IFI considerate, questi requisiti sono stati rafforzati nel tempo, dal momento che esse hanno, gradualmente, dato maggiore prova di trasparenza, assicurato una più ampia partecipazione della società civile e creato organi appositi di controllo.

[35] V. al riguardo W. Easterly, *The White Man's Burden: Why the West's Efforts to Aid the Rest Have Done So Much Ill and So Little Good*, New York, 2006. In diversi casi, funzionari pubblici sono stati accusati di beneficiare delle risorse della Banca a titolo personale; ciò è accaduto, ad esempio, in Gambia, Indonesia e Nigeria (cfr. sul tema B. Rich, *The World Bank Under James Wolfensohn*, in J.R. Pincus, J.A. Winters (eds.) *Reinventing the World Bank,* Ithaca, NY, 2002, pp. 26-53; S. Berkman, *The World Bank and the Gods of Lending,* Sterling, VA, 2008). In alcuni Paesi in via di sviluppo con regimi non democratici, poi, gli aiuti hanno finanche avuto effetti negativi sulle condizioni di vita della popolazione. Ad esempio, secondo uno studio riguardante 138 Paesi, relativo al periodo 1990-1997, i tassi di mortalità infantile sarebbero aumentati in tali Stati successivamente all'aiuto (v. al riguardo P. Navia, T.D. Zweifel, *Democracy Saves Children: Regimes and Infant Mortality Post-Cold War*, in *Journal of Democracy*, 2003, pp. 1-28; T.D. Zweifel, *International Organizations and Democracy*, Boulder, CO, 2006). In generale, spesso le condizioni socio-economiche nel Paese destinatario dell'aiuto sono peggiorate, a causa della cattiva distribuzione dei redditi prodotti, cfr. al riguardo F. Clausen, A. Attaran, *The Chad-Cameroon Pipeline Project – Assessing the World Bank's Failed Experiment to Direct Oil Revenues Towards the Poor*, in *The Law and Development Review*, 2011, pp. 30-65.

[36] V. in argomento A. Grigorescu, *Democratic Intergovernmental Organizations? Normative Pressures and Decision-Making Rules*, Cambridge, 2015, p. 10. Cfr. anche C. Kreuder-Sonnen, B. Zangl, *Which Post-Westphalia? International Organizations between Constitutionalism and Authoritarianism*, in *European Journal of International Relations*, 2015, pp. 568–594.

Ad esempio, sono state introdotte ampie politiche di accesso alle informazioni, in virtù delle quali vige il principio secondo cui tutto è pubblicamente accessibile a meno che non sia espressamente considerato riservato[37].

Inoltre, sono stati previsti all'interno di tali Organizzazioni vari meccanismi di partecipazione della società civile, che garantiscono, quanto meno, la consultazione e lo scambio e influenzano il processo decisionale interno, sebbene la società civile non possa, formalmente, partecipare alla votazione. Ad esempio, essa interviene, insieme con i funzionari del governo nazionale e il personale della Banca, nella redazione del *Poverty Reduction Strategy Paper* (PRSP), in cui sono descritte le politiche e i programmi strutturali necessari per promuovere la crescita e ridurre la povertà di un Paese, nonché le relative esigenze di finanziamento esterno[38]. La partecipazione della società civile alla formulazione e all'attuazione delle strategie nazionali per la riduzione della povertà è, al tempo stesso, causa ed effetto di regimi nazionali democratici, poiché si riconosce alla popolazione locale il diritto di organizzarsi e avere un ruolo anche a livello internazionale.

Le due IFI hanno predisposto pure altri strumenti di partecipazione della società civile, ad esempio, nel 1982 è stato creato l'*NGO-World Bank Commitee*, sostituito nel 2000 dal *WB-Civil Society Forum*. Attualmente, inoltre, il *Civil Society Policy Forum* (CSPF) partecipa abitualmente agli *Spring Meetings* e alle riunioni annuali del FMI e del GBM, consentendo alle organizzazioni della società civile di dialogare e scambiare opinioni su numerosi temi con il personale del GBM e del FMI, delegazioni governative e altre parti interessate.

Infine, per quanto riguarda l'*accountability* nei confronti della società civile, sono stati introdotti strumenti per la valutazione dell'operato delle due IFI che, pur senza costituire meccanismi di tutela giurisdizionale e di risoluzione delle controversie, non solo assicurano maggiore trasparenza,

[37] Nel novembre 2009, il Consiglio dei Direttori esecutivi della BM ha approvato la *World Bank Policy on Access to Information*, in vigore dal 1° luglio 2010. Tale *Policy* è stata poi ulteriormente ampliata secondo le modifiche approvate dal Consiglio dei Direttori esecutivi il 3 aprile 2013 e il 30 giugno 2015. V., al riguardo, anche il documento *2013 Review of the Fund's Transparency Policy* del 14 maggio 2013.

[38] Lo strumento del PRSP, introdotto nel gennaio 1999, punta a consentire un equilibrio fra la riduzione della povertà e la promozione dello sviluppo sostenibile, nel senso che è volto a garantire, da una parte, un contesto macroeconomico e finanze solidi, dall'altra, un quadro sociale e strutturale saldo. Esso si caratterizza, perciò, per il fatto di perseguire l'obiettivo di una maggiore integrazione fra i diversi aspetti dello sviluppo.

ma anche promuovono una responsabilizzazione di tali Organizzazioni per la loro attività. In particolare, nel luglio 2001 è stato istituito l'*Independent Evaluation Office* (*IEO*)[39], che ha il compito di condurre valutazioni indipendenti e oggettive delle politiche e attività del FMI, al fine di migliorare la *learning culture* all'interno dell'Organizzazione, rafforzarne la credibilità esterna e sostenere la *governance* e il controllo istituzionali. Tale Ufficio è completamente indipendente dal *Management* del Fondo e opera separatamente dal Consiglio dei Direttori esecutivi, sebbene i suoi rapporti siano discussi nell'ambito di tale Consiglio.

Ancora più significative sono le riforme volte ad assicurare una maggiore *accountability* introdotte in seno alla Banca a partire dall'inizio degli anni '90 del secolo scorso. In primo luogo, essa ha adottato specifiche politiche volte a tutelare gli interessi sociali e ambientali, note come *Operational Policies* (OPs) e contenute nell'*Operational Manual*[40]. Inoltre, l'Organizzazione ha deciso di introdurre un apposito organo di controllo incaricato di valutare il rispetto di tali politiche, l'*Inspection Panel*, istitui-

[39] Cfr. la decisione adottata dal Consiglio dei Direttori esecutivi il 10 aprile 2000 per stabilire un ufficio di valutazione indipendente nel FMI.

[40] Le prime proposte operative e note applicative sono state adottate dalla Banca già negli anni '70 del secolo scorso, allo scopo di individuare, prevenire e attenuare un eventuale danno ambientale o sociale dei suoi progetti. Solo negli anni '80, però, la Banca ha modificato il proprio «manuale operativo», per reagire alle critiche di mancanza di trasparenza dei criteri di selezione dei progetti da finanziare e, soprattutto, di assenza di attenzione alle conseguenze sulle popolazioni locali e sull'ambiente derivanti dall'attuazione di alcuni progetti finanziati. A tal fine, l'Organizzazione ha deciso di adottare norme di autoregolamentazione cui avrebbero dovuto attenersi gli organi nell'esercizio delle proprie funzioni. Inizialmente, tali regole erano contenute principalmente nelle *Operational Manual Statements* (OMSs) e nelle *Operational Policy Notes* (OPNs). Nel 1987, poi, al fine di organizzare in modo sistematico il manuale operativo della Banca, sono state introdotte le cosiddette *Operational Directives* (ODs), contenenti contemporaneamente aspetti relativi a politiche, procedure e tecniche operative, che hanno sostituito le OMSs. Nel 1992 le ODs sono state distinte in OPs, che determinano i parametri per la condotta delle operazioni della Banca, e *Bank Procedures* (BPs), che spiegano le modalità di attuazione delle politiche operative, entrambe vincolanti per lo staff dell'Organizzazione. Nel 1997, la Banca ha raggruppato le 10 OPs in specifiche *Safeguard Policies* (SPs), sei ambientali, due sociali e due giuridiche, linee guida il cui obiettivo è impedire eventuali danni alle popolazioni e all'ambiente derivanti dai progetti finanziati dalla Banca nel processo di sviluppo nell'ottica di una riduzione sostenibile della povertà. Tali politiche sono state revisionate nel tempo. Infine, il 4 agosto 2016, il Consiglio dei Direttori esecutivi ha approvato il nuovo *Environmental and Social Framework* (ESF), che rafforza l'impegno della Banca a favore dello sviluppo sostenibile attraverso dieci *Environmental and Social Standards* (ESS), in vigore dal 1° ottobre 2018. V. sul tema P. Dann, M. Riegner, *The World Bank's Environmental and Social Safeguards and The Evolution of Global Order*, in *Leiden Journal of International Law*, 2019, pp. 537-559.

to nel 1993, che ha competenza per la BIRS e l'IDA[41]. L'*Inspection Panel* ha il compito di verificare se l'attività delle due menzionate agenzie del GBM sia stata conforme, nella fase di elaborazione, valutazione e realizzazione di un progetto, alle proprie *policies* e *procedures*. Nonostante la rilevanza dell'Organo ispettivo, va aggiunto, però, che il suo mandato è limitato, i meccanismi riparatori previsti per le persone danneggiate dai progetti continuano a essere insufficienti e le risposte del *Management* della Banca alle conclusioni del *Panel* sono spesso inadeguate[42].

5. Segue*: attività delle IFI e rispetto dei diritti umani*

Da quanto osservato nel paragrafo precedente, rispetto alle origini, le Istituzioni di Bretton Woods si caratterizzano ora per una maggiore trasparenza[43], un maggiore utilizzo dei canali di partecipazione e di pressione da

[41] Cfr. le risoluzioni del Consiglio dei Direttori esecutivi n. 93-10 (BIRS) e n. 93-6 (IDA), del 22 settembre 1993. Inoltre, nel 1999 è stato creato il *Compliance Advisor Ombudsman* (CAO), competente per l'IFC e la MIGA. V. sul tema L. Boisson de Chazournes, *Public Participation in Decision-Making: the World Bank Inspection Panel*, in E. Brown Weiss, A. Rigo Sureda, L. Boisson de Chazournes (eds.), *The World Bank, International Financial Institutions, and the Development of International Law: a Symposium Held in Honor of Dr. Ibrahim F. I. Shihata*, Washington, DC, 1999, pp. 84-94; I.F.I. Shihata, *The World Bank Inspection Panel: in Practice*, 2ª ed., New York, 2000; K. Lukas, *The Inspection Panel of the World Bank: an Effective Extrajudicial Complaint Mechanism?*, in *The World Bank Legal Review: Law and Justice for Development*, 2015, pp. 531-544; D. Hunter, *Contextual Accountability, the World Bank Inspection Panel, and the Transformation of International Law in Edith Brown Weiss's Kaleidoscopic World*, in *The Georgetown International Environmental Law Review*, 2020, pp. 439-466.

[42] Al riguardo, è interessante ricordare la decisione della Corte suprema statunitense del 27 febbraio 2019, nel caso *Jam* v. *International Finance Corporation*, in https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/17-1011_mkhn.pdf, in cui viene riconosciuto che le organizzazioni internazionali possono essere perseguite davanti ai tribunali statunitensi. In particolare, la Corte suprema si è pronunciata a favore di alcuni pescatori indiani, respingendo la richiesta di «immunità assoluta» avanzata dall'IFC. I ricorrenti hanno agito davanti ai tribunali statunitensi per non aver ricevuto un risarcimento adeguato a seguito di un'indagine del CAO, secondo cui l'investimento dell'IFC nella centrale elettrica Tata Mundra in India aveva provocato danni sostanziali ai loro mezzi di sussistenza. V. al riguardo T. Collà Ruvolo, *L'immunità dalla giurisdizione alla luce del Caso* Jam et al. *c.* International Financial Corporation: nuove prospettive per le organizzazioni economiche internazionali, in *La Comunità Internazionale*, 2021, pp. 175-196.

[43] La Banca, in particolare, è stata una delle prime organizzazioni internazionali ad adottare una *policy* di informazione pubblica. Infatti, nel 1985 è stata adottata la Direttiva sulla *Disclosure of Information*, che ha introdotto una presunzione in favore della *disclosure*. Come si è in precedenza osservato (v. supra nota 37), la politica di accesso alle informazioni della Banca è stata più volte revisionata, dando tale Organizzazione prova sempre più di un elevato standard di trasparenza. Sul tema della trasparenza v. M. Donaldson, B.

parte della società civile nazionale, nonché un maggiore controllo sulla loro attività, nonostante alcuni limiti. Questi fattori incidono positivamente sul contributo delle due Organizzazioni allo stato della democrazia e ai processi di democratizzazione all'interno degli Stati a favore dei quali intervengono.

Ciò detto, va aggiunto che continua a permanere un elemento molto critico nell'operato di tali IFI, che incide proprio su uno dei presupposti della democrazia: l'impatto della loro attività sul rispetto dei diritti umani.

Nonostante l'originario diverso mandato, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, le due Organizzazioni hanno iniziato a esercitare un'azione di finanziamento molto simile, legata all'attuazione di programmi di aggiustamento strutturale da parte dello Stato debitore secondo i principi del c.d. «*Washington Consensus*»[44] e la regola della condizionalità quale mezzo per migliorare le performance economiche di tale Stato, con scarsa o, addirittura, inesistente attenzione all'impatto dei loro interventi su altri aspetti di natura non economica. In virtù della politica della c.d. «condizionalità», le risorse sono concesse dalle due Organizzazioni solo nel rispetto da parte dello Stato beneficiario di una serie di *condizioni* ovvero dell'adozione di specifiche riforme di politica economica.

Si è osservato che la condizionalità indebolirebbe le istituzioni politiche nazionali[45], poiché i governi beneficiari sacrificherebbero il proprio potere decisionale al fine di ottenere le risorse necessarie dalle IFI[46]. Al riguardo, si è parlato di «paradosso della condizionalità»[47], dal momento

Kingsbury, *The Adoption of Transparency Policies in Global Governance Institutions: Justifications, Effects, and Implications*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2013, p. 123; J. Tallberg, *Transparency*, in J. Katz Cogan, I. Hurd, I. Johnstone (eds.), *The Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford, 2016, pp. 1170-1192.

[44] L'espressione «*Washington Consensus*» fu coniata negli anni '80 del secolo scorso per indicare l'elenco delle riforme economiche cui andavano subordinati i prestiti delle Istituzioni di Bretton Woods. Tale espressione riflette pienamente gli orientamenti degli esperti che definirono le suddette riforme, i quali si erano appunto formati nelle università occidentali e, in particolare, in quelle statunitensi. Cfr. al riguardo J. Williamson, *What Washington Means by Policy Reform*, in J. Williamson (ed.) *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington, DC, 1990.

[45] V. J.E. Stiglitz, *Making Globalization Work,* New York London, 2006.

[46] Si veda N.M. Jensen, *Crisis, Conditions, and Capital: the Effect of International Monetary Fund Agreements on Foreign Direct Investment Inflows*, in *The Journal of Conflict Resolution*, 2004, pp. 194-210.

[47] V. A.G. Dijkstra, *The Effectiveness of Policy Conditionality: Eight Country Experiences*, in *Development and Change*, 2002, pp. 307-334. Cfr. anche T. Forster, A.E. Kentikelenis, B. Reinsberg, T.H. Stubbs, L.P. King, *How Structural Adjustment Programs Affect Inequality: a Disaggregated Analysis of IMF Conditionality*, *1980–2014*, in *Social Science Research*, maggio 2019, pp. 83-113.

che i creditori spingono lo Stato debitore ad avere una *governance* migliore e a promuovere la democrazia al proprio interno, imponendogli, però, al tempo stesso di approvare specifiche leggi ed esautorando, in tal modo, il parlamento nazionale.

Peraltro, vi sono anche studi, soprattutto di natura economica, secondo cui il timore di un impatto negativo dei prestiti delle IFI sulla democrazia sarebbe ingiustificato. Ad esempio, da una ricerca, che analizza i dati relativi a 120 Paesi in via di sviluppo ed economie emergenti nell'intervallo temporale 1971-2007, risulta che gli accordi conclusi con il FMI non hanno comportato livelli di democrazia più bassi nel breve periodo; al contrario, emergerebbe una positiva, sebbene modesta, relazione fra la partecipazione al programma del Fondo e il livello di democrazia, dal momento che i programmi di aggiustamento strutturale avrebbero determinato alcune riforme democratiche[48].

Per alcuni autori, le conseguenze dell'operato di tali Organizzazioni dipenderebbero dalle modalità dell'intervento. Ad esempio, secondo uno studio riguardante gli effetti dei programmi della Banca e del Fondo sul processo di democratizzazione in 76 Paesi in via di sviluppo africani e asiatici, dal 1974 al 2007, i programmi delle IFI non modificherebbero i meccanismi di responsabilità verso l'elettorato nei Paesi beneficiari; tuttavia, tali programmi indurrebbero cambiamenti nelle libertà civili e nel controllo interno del governo mutuatario. In particolare, i tipi di prestito tradizionali avrebbero a breve termine, nello Stato debitore, rilevanti effetti negativi sull'estensione della responsabilità a livello orizzontale e sulle libertà civili; mentre, prestiti maggiormente flessibili aumenterebbero sensibilmente, a lungo termine, la portata dei controlli e degli equilibri a livello nazionale. Inoltre, il coinvolgimento della società civile nella formulazione e nell'attuazione di strategie nazionali per la riduzione della povertà determinerebbe, potenzialmente, uno sviluppo delle libertà civili nel Paese[49].

Secondo altri studiosi, infine, vi sarebbero effetti diversi a seconda del tipo di condizionalità: l'attività di prestito del FMI e della BIRS influirebbe positivamente sul processo di democratizzazione quando vengono potenziati i meccanismi di responsabilità delle autorità nazionali ed è, di conseguenza, ridotta la possibilità di utilizzare gli aiuti per scopi diversi[50].

[48] V. S.C. Nelson, G.P.R. Wallace, *Are IMF Lending Programs Good or Bad for Democracy?*, in *The Review of International Organizations*, 2017, pp. 523-558.

[49] V. S. Limpach, K. Michaelowa, *op. cit.*.

[50] Tale tesi si fonda su uno studio relativo a diverse tipologie di prestito concessi dalla Banca e dal Fondo a 100 Paesi a basso e medio reddito nel periodo 1980-2011. V. al

L'impatto negativo della condizionalità e delle riforme di fatto imposte dal Fondo e dalla Banca sul rispetto dei diritti umani è, invero, un fenomeno ben noto: infatti, è spesso limitata la capacità dello Stato debitore di garantire non solo i diritti sociali ed economici, ma anche quelli civili e politici, che rappresentano il nocciolo della democrazia[51].

Numerosi studi dimostrano, ad esempio, che le politiche del Fondo hanno compromesso la capacità di diversi Paesi africani di conseguire i *Millennium Development Goals* (MDGs) promossi dall'Assemblea generale dell'ONU[52], poiché le restrizioni decise hanno impedito a tali Stati di investire in settori importanti come la formazione e la salute[53].

La questione degli effetti negativi derivanti dall'azione del Fondo è stata sollevata, di recente, pure in riferimento alla gestione della crisi economico-finanziaria che ha coinvolto taluni Stati appartenenti all'area euro (Grecia, Irlanda e Portogallo), dove l'imposizione di misure di *austerity* ha comportato un generale abbassamento degli standard di tutela dei diritti umani[54], susci-

riguardo K. Birchler, S. Limpach, K. Michaelowa, *Aid Modalities Matter: the Impact of Different World Bank and IMF Programs on Democratization in Developing Countries*, in *International Studies Quarterly*, 2016, p. 437.

[51] Cfr. al riguardo G. Bird, D. Rowlands, *The International Monetary Fund: Distinguishing Reality from Rhetoric* Cheltenham, Northampton, 2016.

[52] Nel 2000, l'Assemblea generale dell'ONU ha individuato i cosiddetti otto «obiettivi di sviluppo del millennio», che gli Stati membri avrebbero dovuto raggiungere entro il 2015, in particolare: sradicare la povertà estrema e la fame; rendere universale l'istruzione primaria; promuovere la parità dei sessi e l'autonomia delle donne; ridurre la mortalità infantile; migliorare la salute materna; combattere l'HIV/AIDS, la malaria e altre malattie; garantire la sostenibilità ambientale; sviluppare un partenariato mondiale per lo sviluppo (cfr. la risoluzione dell'Assemblea generale 55/2, *United Nations Millennium Declaration*, dell'8 settembre 2000).

[53] Ad esempio, una recente analisi, che prende in esame 16 Stati dell'Africa occidentale, collega la condizionalità alla riduzione della spesa per la sanità, mettendo in evidenza le conseguenze dannose delle misure adottate sui tentativi di assicurare una copertura sanitaria universale (v. T. Stubbs, A. Kentikelenis, D. Stuckler, M. McKeee, L. King *The Impact of IMF Conditionality on Government Health Expenditure: a Cross-National Analysis of 16 West African Nations*, in *Social Science and Medicine*, febbraio 2017, in www.sciencedirect.com/science/article/pii/ S0277953616306876, pp. 225-226; S. Gupta, *Can a Causal Link Be Drawn? A Commentary on "The Impact of IMF Conditionality on Government Health Expenditure: a Cross-national Analysis of 16 West African Nations*", in *Social Science and Medicine*, maggio 2017, in www.sciencedirect.com/science/article/pii/ S0277953617301685, pp. 199-201).

[54] Sull'intervento del FMI nella crisi degli Stati dell'area euro cfr. IEO, *The IMF and the Crises in Greece, Ireland, and Portugal,* 28 luglio 2016, in https://www.imf.org/ieo/files/completedevaluations/EAC%20-%20Full%20Report.pdf; G. Russell Kincaid, *The IMF's Role in the Euro Area Crisis: What Are the Lessons from the IMF's Participation in the Troika?, IEO Background Paper,* BP/16-02/06, 8 luglio 2016, in https://www.imf.org/ieo/files/completedevaluations/EAC__BP_16-02_06__The_IMF_s_Role_in_the_Troika.PDF.

tando la censura da pare di corti costituzionali europee[55] e organi internazionali di protezione dei diritti umani[56].

La condizionalità ha caratterizzato l'intervento delle due IFI anche nel periodo di crisi legato al Covid-19, nonostante le iniziative da esse adottate per contrastare la pandemia e le sue conseguenze[57]. Ad esempio, una recente indagine di OXFAM relativa a 91 prestiti del Fondo collegati all'emergenza Covid-19, approvati tra marzo e settembre 2020 a beneficio di 81 Paesi, dimostra che l'Organizzazione ha fatto un ampio ricorso alla condizionalità[58].

Proprio a causa della condizionalità e degli effetti onerosi delle misure di *austerity* imposte di fatto dalle Istituzioni di Bretton Woods, diversi Stati hanno iniziato a preferire altri canali di assistenza finanziaria: la Cina, in particolare, si sta affermando come *lender* alternativo a livello globale[59].

[55] Cfr. ad esempio la sentenza della Corte costituzionale portoghese del 5 aprile 2013, n. 187/2013, in http://www.tribunalconstitucional.pt. V. in argomento D. Pauciulo, *Le misure di austerità al vaglio di alcune corti costituzionali europee*, in M.R. Mauro (a cura di), *L'Europa tra sfide economiche e garanzie dei diritti dei cittadini*, Campobasso, 2015, pp. 113-130.

[56] Cfr. ad esempio le decisioni sul merito del Comitato europeo dei diritti sociali del 7 dicembre 2012, *Federation of Employed Pensioners of Greece (IKA-ETAM)* v. *Greece*, ricorso n. 76/2012, e *Panhellenic Federation of Pensioners of the Public Electricity Corporation (POS-DEI)* v. *Greece*, ricorso n. 79/2012, in http://hudoc.esc.coe.int. V. anche la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 novembre 2005, nel caso *Capital Bank AD* v. *Bulgaria*, ricorso n. 49429/99, in http://hudoc.echr.coe.int, in particolare par. 90.

[57] Cfr. sul tema P. Acconci, *La crisi economica al tempo dell'emergenza sanitaria Covid-19. Le reazioni delle organizzazioni internazionali*, in *Osservatorio sulle attività delle organizzazioni internazionali e sovranazionali, universali e regionali, sui temi di interesse della politica estera italiana*, *Working Paper* 2-2020, in https://www.esteri.it/mae/resource/doc/2021/02/sioi_-_working_paper_2-2020.pdf.

[58] Secondo tale indagine, l'84% degli accordi di prestito conclusi (76 su 91) «invitano» i Paesi poveri, già colpiti duramente dalle ricadute economiche della pandemia, ad adottare severe misure di austerità, quali tagli sensibili ai sistemi sanitari pubblici e ai regimi pensionistici, nonché blocchi e tagli dei salari per i lavoratori del settore pubblico (v. OXFAM, *Behind the Numbers. A Dataset on Spending, Accountability, and Recovery Measures Included in IMF COVID-19 Loans*, in https://www.oxfam.org/en/international-financial-institutions/imf-covid-19-financing-and-fiscal-tracker). In un altro studio relativo ai progetti finanziati dalla BM in risposta all'emergenza sanitaria, approvati tra aprile e fine giugno 2020, OXFAM mette in rilievo che solo 8 progetti su 71 mirano ad eliminare le spese sanitarie, proibitive in almeno 56 dei Paesi interessati (cfr. K. Malouf Bous, A. Marriott, E. Seery, R. Shadwick, *From Catastrophe to Catalyst: Can the World Bank Make COVID-19 a Turning Point for Building Universal and Fair Public Healthcare Systems?*, dicembre 2020, in https://policy-practice.oxfam.org/resources/from-catastrophe-to-catalyst-can-the-world-bank-make-covid-19-a-turning-point-f-621113/, pp. 4-6).

[59] La Cina è divenuta, ormai, il principale creditore ufficiale. V. al riguardo S. Horn, C.M. Reinhart, C. Trebesch, *China's Overseas Lending*, in *Journal of Interna-*

Le IFI hanno tradizionalmente giustificato la scarsa considerazione per i diritti umani invocando il principio della c.d. «neutralità politica»[60], che è esplicitamente previsto sia nello Statuto della BIRS sia in quello dell'IDA. In virtù di tale principio, la Banca è tenuta a operare agendo soltanto sulla base di considerazioni di natura economica e con un mandato rivolto esclusivamente allo sviluppo economico. Lo Statuto, infatti, contiene un divieto esplicito di qualsiasi attività o interferenza politica da parte della Banca[61]. Il *Legal Department* di tale Organizzazione ha ritenuto, a lungo, le attività relative alla tutela dei diritti umani questioni di natura politica e, quindi, al di fuori del mandato della Banca[62]. Tuttavia, tale Organizzazione ha, nel tempo, parzialmente modificato la propria posizione in tema di diritti umani. Infatti, è gradualmente emersa la consapevolezza che l'aiuto economico da solo non sia sufficiente ai fini dello sviluppo di un Paese, anche perché è stato dimostrato che il sostegno finanziario può indurre una maggiore

tional Economics, novembre 2021, in https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0022199621001197.

[60] Tuttavia, secondo il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali dell'ONU, «Like any other subject of international law, international financial institutions and other international organizations are "bound by any obligations incumbent upon them under general rules of international law, under their constitutions or under international agreements to which they are parties". They are therefore obligated to comply with human rights, as listed in particular in the Universal Declaration of Human Rights, that are part of customary international law or of the general principles of law, both of which are sources of international law» (cfr. *Statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, *Public Debt, Austerity Measures and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, E/C.12/2016/1, 24 giugno 2016, par. 7). Il Comitato ha richiamato quanto affermato dalla Corte internazionale di giustizia nel parere del 20 dicembre 1980, *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, in *I.C.J. Reports 1980*, p. 73, par. 37. V. sul tema W. van Genugten, *The World Bank Group, the IMF and Human Rights. A Contextualised Way Forward*, Cambridge Antwerp Portland, 2015.

[61] In primo luogo, la BIRS e i suoi dirigenti non possono intervenire negli affari politici di alcuno Stato membro, né possono lasciarsi influenzare nelle loro decisioni dall'orientamento politico dello Stato membro (o degli Stati membri) in questione. Altresì, le decisioni assunte dalla Banca devono essere fondate, esclusivamente, su considerazioni di natura economica, che vengono valutate in modo imparziale allo scopo di realizzare gli obiettivi dell'Organizzazione enunciati nell'art. I dello Statuto (cfr. l'art. IV, sez. 10, dello Statuto). Infine, la BIRS deve assicurarsi che i fondi del mutuo da essa accordato siano destinati esclusivamente agli scopi per i quali esso è stato concesso, tenuto conto debitamente delle considerazioni economiche e di rendimento e senza permettere che intervengano influenze o considerazioni politiche o extraeconomiche (cfr. l'art. III, sez. 5, dello Statuto).

[62] V. su questo aspetto R.T. Coulter, L.A. Crippa, E. Wann, *Principles of International Law for Multilateral Development Banks. The Obligation to Respect Human Rights*, Indian Law Resource Center, gennaio 2009, in www.indianlaw.org, p. 2; S. McInerney-Lankford, *Human Rights and Development: a Comment on Challenges and Opportunities from a Legal Perspective*, in *Journal of Human Rights Practice*, 2009, p. 55.

crescita esclusivamente qualora lo Stato beneficiario abbia già attuato politiche di *good governance* e creato istituzioni pubbliche adeguate[63]. Una tale consapevolezza ha indotto la Banca a riconoscere la centralità di temi che non ricadevano, inizialmente, nell'ambito della sua *core competence*. La *governance*, ovvero le regole attraverso le quali istituzioni pubbliche e private sono gestite, ad esempio, ha assunto un'importanza fondamentale.

Sull'adozione di tale nuovo orientamento da parte della Banca ha influito, indubbiamente, pure l'affermarsi di un diverso concetto di sviluppo a livello internazionale, inteso non più esclusivamente come sviluppo «economico» ma come «*human development*», nozione che fa riferimento a parametri di natura non solo economica, includendo al suo interno altri elementi, ad esempio la dimensione sociale e quella ambientale. Tale nuova concezione è stata, a sua volta, favorita dall'adozione da parte dell'Assemblea generale dell'ONU, nel 1986, della Dichiarazione sul diritto allo sviluppo[64].

Questi cambiamenti hanno inciso sulle finalità e le modalità dei prestiti della Banca, che sono mutate nel corso degli anni, dando sempre maggiore rilevanza alla tutela dei diritti umani[65].

La svolta definitiva si è avuta nel 2006, quando il *General Counsel* della Banca Roberto Dañino ha reso l'importante *Legal Opinion on Human Rights and the World Bank*, in cui ha affermato che «the articles of agreement permit, and in some cases require, the Bank to recognize the human rights dimensions of its development policies and activities since it is now evident that human rights are an intrinsic part of the Bank's mission»[66]. Tuttavia, nonostante tali evoluzioni, gli organi internazionali di tutela dei diritti umani ritengono ancora inadeguato il contributo della Banca in tale campo[67].

[63] Cfr. World Bank, *Assessing Aid: What Works, What Doesn't and Why?*, New York, 1998.

[64] Cfr. la risoluzione dell'Assemblea generale A/RES/41/128, del 4 dicembre 1986.

[65] Cfr. World Bank, *Development and Human Rights: the Role of World Bank*, Washington, 1998, p. 2, in cui la Banca riconosce che «creating the conditions for the attainment of human rights is a central and irreducible goal of development», ponendo la tutela dell'individuo come obiettivo delle sue politiche di sviluppo.

[66] Cfr. *Legal Opinion on Human Rights and the Work of the World Bank. Senior Vice-President and General Cousel*, 27 gennaio 2006, par. 25.

[67] Cfr. il *Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights*, A/70/274, 4 agosto 2015, par. 68, in cui Philip Alston afferma espressamente: «For most purposes, the World Bank is a *human rights-free zone* …». V. anche il *Report of the Independent Expert on the Promotion of a Democratic and Equitable International Order, The Interplay between the Economic Policies and Safeguards of International Financial*

6. Democrazia e nuove IFI: AIIB e BIRS a confronto

Anche come reazione alle contestate Istituzioni di Bretton Woods, sono state istituite, di recente, due nuove IFI: la NDB[68] e l'AIIB[69]. L'istituzione di tali due Organizzazioni è stata accolta con reazioni diverse, poiché, mentre alcuni le ritengono espressione di un sistema più equo e alternativo a quello di Bretton Woods, altri temono che si possa determinare una *governance* mondiale sempre più frammentata[70]. La creazione

Institutions and Good Governance at the Local Level, A/HRC/45/28, 10 agosto 2020, par. 20, in cui Livingstone Sewanyana osserva: «The importance that international financial institutions attach to human rights in their respective safeguard frameworks varies … the World Bank and AfDB refer to support for human rights in aspirational rather than operational terms and recognize the responsibility of clients to comply with human rights. The International Finance Corporation, the private sector arm of the World Bank, considers respect for human rights as solely the responsibility of its clients …».

[68] L'istituzione della Nuova Banca di Sviluppo è stata richiesta dall'India in occasione del IV vertice dei BRICS, tenutosi a Nuova Delhi nel 2012 (28-29 marzo). L'Accordo istitutivo è stato firmato il 15 luglio 2014 a Fortaleza, in Brasile, durante il VI vertice dei BRICS (15-17 luglio) ed è entrato in vigore nel 2015 in occasione del VII vertice dei BRICS (9-10 luglio) a Ufa, in Russia. Anche la NDB è stata concepita come un'alternativa al FMI, alla BM e alle altre IFI tradizionalmente controllate dai Paesi occidentali. Il suo scopo principale è finanziare progetti infrastrutturali e di sviluppo sostenibile nei BRICS, in altre economie emergenti e nei Paesi in via di sviluppo. Tale Banca, cui possono aderire tutti i Membri delle Nazioni Unite, è nota pure come «BRICS *bank*», poiché in essa vi è una partecipazione ugualitaria al capitale societario dei cinque Stati del gruppo, che hanno contribuito con una quota uguale al capitale iniziale di 100 miliardi di dollari (cfr. l'art. 2 dell'Accordo sulla NDB del 15 luglio 2014), avendo ciascuno il 20% dei diritti di voto. Pure in caso di future adesioni, i cinque Paesi BRICS manterranno una quota di capitale sociale pari almeno al 55% delle azioni totali. Tale aspetto è fondamentale, dal momento che il potere di voto all'interno del Consiglio di amministrazione si fonda sulle azioni possedute dal Membro (cfr. l'art. 8, lett. *c*, i, dello Statuto). Inoltre, il Presidente è eletto, a rotazione, da un Membro appartenente ai BRICS, mentre i quattro Vicepresidenti sono individuati dai restanti Paesi BRICS (cfr. l'art. 3 dell'Accordo sulla NDB). V. al riguardo A.F. Cooper, *The BRICS' New Development Bank: Shifting from Material Leverage to Innovative Capacity*, in *Global Policy,* 2017, pp. 275-284; J. Zhu, *Two Approaches to Institutionalizing the New Development Assistance: a Comparative Analysis of the Operational Institutions of NDB and AIIB*, in Y. Jing, A. Mendez, Y. Zheng (eds.), *New Development Assistance*, Singapore, 2020, pp. 75-97.

[69] L'istituzione della Banca asiatica d'investimento per le infrastrutture è stata proposta, nell'ottobre 2013, dal Presidente cinese Xi Jiping e il suo Statuto è stato firmato il 29 giugno 2015, entrando in vigore il 25 dicembre successivo. Lo scopo di tale Organizzazione è il finanziamento di opere infrastrutturali nell'area asiatica, in particolare nell'Asia centro-meridionale, principalmente nei settori della connettività, energia e acqua. La Cina ha sottoscritto la quota maggiore del capitale azionario, detenendo, pertanto, il numero più elevato di voti. V. al riguardo G.T. Chin, *The Asian Infrastructure Investment Bank – New Multilateralism: Early Development, Innovation, and Future Agendas*, in *Global Policy*, 2019, pp. 569-581.

[70] Cfr. al riguardo P. Subacchi, *The AIIB Is a Threat to Global Economic Gover-*

dell'AIIB, in particolare, è stata interpretata con due opposte chiavi di lettura. Secondo una parte della dottrina, prevalentemente di origine cinese, tale Organizzazione sarebbe nata dall'esigenza di una maggiore partecipazione dei Paesi asiatici nel settore del finanziamento multilaterale allo sviluppo[71], con la Cina in una posizione centrale[72]. Secondo questa corrente dottrinale, l'elemento distintivo di tale Banca sarebbe proprio l'idea di multilateralismo che essa propone: un multilateralismo "cinese", diverso da quello "statunitense" istituzionalizzato a Bretton Woods che ha permesso agli Stati Uniti di beneficiare di un ruolo egemone a livello internazionale e rafforzare la propria *leadership* nell'economia mondiale. Mentre, la Cina non mirerebbe a una simile posizione di supremazia, non intendendo mettere in discussione l'ordine mondiale esistente attraverso l'istituzione di tale Organizzazione, dovendo essere la funzione dell'AIIB complementare a quella delle altre organizzazioni competenti in tale campo. Il multilateralismo "cinese" tenderebbe, pertanto, a migliorare la *governance* globale, ristabilendo l'equilibrio a favore dei Paesi sottorappresentati[73].

Molto più di frequente, tuttavia, l'AIIB è descritta come una manifestazione del potere della Cina nella *governance* globale[74]. Essa, infatti, è

nance, in *Foreign Policy,* 2015, in http://foreignpolicy.com/2015/03/31/the-aiib-is-a-threat-to-global-economic-governance-china.

[71] V. al riguardo D.M. Ong, *The Asian Infrastructure Investment Bank: Bringing 'Asian Values' to Global Economic Governance?*, in *Journal of International Economic Law*, 2017, pp. 535–560.

[72] Ad esempio, il Presidente dell'Organizzazione è attualmente il cinese Jin Liqun, eletto nel 2020 per un secondo mandato. Secondo lo Statuto, il Presidente deve essere cittadino di un Membro regionale (perciò, non necessariamente di cittadinanza cinese); tuttavia, è richiesta per la sua nomina una maggioranza qualificata pari ai 2/3 dei Governatori con i 3/4 del potere di voto totale (cfr. l'art. 29, par. 1). Poiché la Cina detiene circa il 26,6% dei voti, per questa come per altre decisioni importanti, per le quali è sempre richiesta una maggioranza pari al 75% del potere di voto, tale Stato potrebbe, di fatto, esercitare il veto. La Cina non solo è il maggiore azionista dell'AIIB, ma anche ha un potere di voti superiore a quello dei successivi cinque principali azionisti messi insieme. Inoltre, dal momento che nello Statuto è chiarito che la percentuale del capitale sociale detenuto dai Membri regionali non può essere inferiore al 75% del capitale sociale totale sottoscritto, i Membri non regionali possono detenere al massimo il 25% del potere di voto. Tale condizione impedisce sia ai Membri dell'UE sia agli Stati Uniti (attualmente non Membro) di avere un ruolo dominante in tale contesto.

[73] V. al riguardo B. Gu, *Chinese Multilateralism in the AIIB*, in *Journal of International Economic Law*, 2017, pp. 137–158, in particolare pp. 157-158.

[74] V. C. Weaver, *Hypocrisy Trap: the Rhetoric, Reality, and Reform of the World Bank*, Princeton, 2008. V. sul tema anche H. Wang, *The New Development Bank and the Asian Infrastructure Investment Bank: China's Ambiguous Approach to Global Financial Governance*, in *Development and Change*, 2019, pp. 221-244.

stata intesa come il progetto più ambizioso di rafforzamento istituzionale multilaterale realizzato da una potenza non occidentale dopo la fine della guerra fredda[75], una prova della diplomazia ombra globale della Cina che mirerebbe a minare le strutture di *governance* guidate dagli Stati Uniti stabilite dopo la Seconda guerra mondiale[76] o anche come il tentativo di Pechino di creare il proprio ordine internazionale[77].

Al di là dei diversi giudizi, certamente l'AIIB costituisce la prima grande iniziativa della Cina come Stato leader in un'organizzazione internazionale con una *membership* universale, rappresentando, indubbiamente, un sorprendente cambiamento nella *governance* globale[78]. L'istituzione dell'AIIB potrebbe, infatti, significare la creazione di una struttura in competizione con la BM nel ruolo di ente deputato al finanziamento allo sviluppo[79]. In questo senso, l'AIIB potrebbe servire a istituzionalizzare un «*Beijing Consensus*»[80], basato sul principio di non ingerenza negli affari interni degli Stati, in contrapposizione al «*Washington Consensus*», che si fonda invece sulla regola del prestito condizionato[81].

Per quanto riguarda il tema oggetto del presente contributo, è evidente che il ruolo della Cina nell'AIIB potrebbe favorire, come è già accaduto a livello bilaterale, prestiti che non tengano in alcun modo in considerazione una *governance* con una dimensione etica, la protezione dei diritti umani o il livello della democrazia negli Stati beneficiari[82]. Ciò, indubbiamente,

[75] V. G.B. Andornino, *Economic–Security Nexus in the AIIB: China's Quest for Security through Eurasian Connectivity*, in *Global Policy*, 2019, p. 605.

[76] V. al riguardo H. Reisen, *Alternative Multilateral Development Banks and Global Financial Governance*, in *International Organisations Research Journal*, 2015, pp. 106–118. V. anche Id., *Will the AIIB and the NDB Help Reform Multilateral Development Banking?*, in *Global Policy*, 2015, pp. 297–304.

[77] Cfr. il Libro bianco sulla difesa del Giappone del settembre 2019.

[78] V. al riguardo Z. Peng, S.K. Tok, *The AIIB and China's Normative Power in International Financial Governance Structure*, in *Chinese Political Science Review*, 2016, pp. 736–753; T. Gutner, *AIIB: Is the Chinese-led Development Bank a Role Model?*, Council on Foreign Relations, 25 giugno 2018, in https://www.cfr.org/blog/aiib-chinese-led-development-bank-role-model; Id., *Critical Junctures, Strategic Choice, and the Birth of the AIIB, paper* presentato a *ECPR Joint Sessions*, Mons, 8-12 aprile 2019, in https://ecpr.eu/Events/Event/PaperDetails/44911, p. 2.

[79] Cfr. P. Subacchi, *op. cit.*

[80] V. al riguardo W. Chen (ed.), *The Beijing Consensus? How China Has Changed Western Ideas of Law and Economic Development*, Cambridge, 2017. L'espressione «*Beijing Consensus*» è stata coniata, nel 2004, da Joshua Cooper Ramo, in contrapposizione al «*Washington Consensus*» (cfr. J.C. Ramo, *The Beijing Consensus*, London, 2004).

[81] Cfr. al riguardo D.C.K. Chow, *Why China Established the Asia Infrastructure Investment Bank*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2016, pp. 1263 e 1298.

[82] Uno studio relativo a 100 contratti conclusi da enti statali cinesi e governi mutuatari

comporterebbe un arretramento rispetto al lungo, sebbene ancora incompleto, percorso compiuto dalla BIRS[83].

Inoltre, per quanto simile alla BIRS per molti aspetti[84], che la differenziano da altre banche regionali di sviluppo, quali l'apertura a una *membership* globale e l'ampia competenza sia *ratione loci* sia *ratione materiae*, l'AIIB si distingue proprio per il ruolo della Cina al suo interno. Analizzandola, emerge che, pur essendo tale Organizzazione caratterizzata dalla presenza (sul piano istituzionale e operativo) di elementi che la rendono apparentemente maggiormente democratica rispetto alle Istituzioni di Bretton Woods, la partecipazione della società civile, l'accesso pubblico alle informazioni (ovvero la trasparenza) e l'*accountability*, intesi quali meccanismi di controllo democratico, sono sostanzialmente diversi da quelli propri dell'attuale quadro istituzionale della BIRS, risultando tali parametri meno sviluppati nella nuova Banca come anche, del resto, nella NDB[85]. Complessivamente, pertanto, nonostante entrambe le due recenti

di 24 Paesi in via di sviluppo in Africa, Asia, Europa orientale, America Latina e Oceania rivela tre principali peculiarità di tali contratti. In primo luogo, sono incluse in essi clausole di riservatezza normalmente non presenti nei contratti di prestito, che impediscono ai mutuatari di rivelare i termini o, addirittura, l'esistenza del debito. In secondo luogo, i finanziatori cinesi cercano di avvantaggiarsi rispetto agli altri creditori, negoziando intese parallele, volte ad esempio a mantenere il debito fuori dalla ristrutturazione collettiva (le cosiddette clausole «*no Paris Club*»). Infine, vi sono in questi contratti clausole di cancellazione, scadenza anticipata e stabilizzazione che consentono alla Cina di influenzare la politica interna ed estera dei Paesi debitori. V. al riguardo A. Gelpern, S. Horn, S. Morris, B. Parks, C. Trebesch, *How China Lends: a Rare Look into 100 Debt Contracts with Foreign Governments*, marzo 2021, in https://docs.aiddata.org/ad4/pdfs/How_China_Lends__A_Rare_Look_into_100_Debt_Contracts_with_Foreign_Governments.pdf.

[83] Gli Stati Uniti, in particolare, temono che l'AIIB possa seguire standard di salvaguardia ambientale e tutele sociali, nonché regole in materia di trasparenza e meccanismi di responsabilità divergenti da quelli propri della BM, reintroducendo elementi di incertezza relativamente al comportamento sia dei mutuanti sia dei mutuatari (v. al riguardo D. Desierto, *Breaking the Washington Consensus? The Rise of 'Alternative' Development Banks*, in *EJIL: Talk!*, 18 marzo 2015, in https://www.ejiltalk.org/breaking-the-washington-consensus-the-rise-of-alternative-development-banks/).

[84] Cfr. al riguardo D. Ella, *Balancing Effectiveness with Geo-Economic Interests in Multilateral Development Banks: the Design of the AIIB, ADB and the World Bank in a Comparative Perspective*, in *The Pacific Review*, luglio 2020, pp. 1022-1053.

[85] V. al riguardo E.C. Heldt, H. Schmidtke, *Global Democracy in Decline? How Rising Authoritarianism Limits Democratic Control over International Institutions*, in *Global Governance: a Review of Multilateralism and International Organizations*, 2019, pp. 231-254. Cfr. anche il rapporto pubblicato dalla Heinrich Böll Foundation, K. Horta, W. Wang, *The Beijing-led Asian Infrastructure Investment Bank: Global Leader in Infrastructure Finance, at What Cost?*, ottobre 2021, in https://www.boell.de/sites/default/files/2021-10/E-Paper%20The%20AIIB%238217s%20Approach%202021%20Endf.pdf?dimension1=division_ip.

IFI mettano in luce, nei documenti ufficiali, la loro apertura nei confronti della società civile, la trasparenza e l'*accountability*, i suddetti requisiti sono nettamente più sviluppati nel contesto della BIRS[86].

La partecipazione della società civile, ad esempio, non è in alcun modo formalizzata ed è in gran parte delegata ai «*clients*» dell'AIIB e della NDB, mentre la BIRS ha stabilito una serie di meccanismi formali di partecipazione che garantiscono, quanto meno, consultazione e scambio, pur non consentendo alle organizzazioni della società civile di partecipare al voto e guidare il processo decisionale della Banca.

Allo stesso modo, le politiche di accesso alle informazioni di tali due IFI sono meno complete rispetto a quelle della BIRS[87], dando agli Stati membri l'ultima parola su quali documenti debbano essere considerati pubblici e quali riservati. Mentre, per la BIRS vige ormai il principio opposto, secondo cui tutto è pubblicamente accessibile a meno che non sia espressamente considerato riservato. In riferimento all'AIIB, in particolare, i due principali strumenti in materia di trasparenza e accesso pubblico alle informazioni sono la *Policy on Public Information* (PPI)[88], adottata dal Consiglio dei Direttori nel settembre 2018, e l'*Environmental and Social Framework* (ESF), approvato nel febbraio 2016. Sebbene il PPI includa una sorta di presunzione a favore della *disclosure*, invero, non vi è un'indicazione chiara dei documenti da rendere pubblici, né le scadenze entro cui farlo; inoltre, sono previste talmente tante eccezioni che le decisioni su quali documenti divulgare sono rimesse, in ultima analisi, al Presidente dell'Organizzazione[89]. Va aggiunto che lo scopo principale di tale Banca è il finanziamento di iniziative nel settore delle infrastrutture, che comportano normalmente elevati rischi ambientali e sociali; di conseguenza, la trasparenza e la partecipazione della società civile acquistano ancora maggiore importanza in un contesto del genere. Le ONG, infatti, hanno invitato l'AIIB a garantire una pubblicazione, entro scadenze temporali vincolanti, dei documenti relativi ai progetti ad alto rischio e a consultare le parti interessate prima dell'approvazione del progetto. Peraltro, l'ESF era ini-

[86] V. E.C. Heldt, H. Schmidtke, *op. cit.*, p. 248.

[87] Nei trattati istitutivi di entrambe le due recenti Banche si afferma che verrà promossa la trasparenza delle operazioni (cfr. l'art. 15 dello Statuto della NDB e l'art. 34, par. 4, dello Statuto dell'AIIB), tuttavia, tali Organizzazioni hanno attuato solo *policies* di informazione incomplete, con numerose eccezioni.

[88] V. anche la *Information Disclosure Policy* della NDB del giugno 2017.

[89] In realtà, nella PPI vi sono solo principi generali, senza alcuna indicazione sui documenti da rendere disponibili al pubblico. Inoltre, tra le varie eccezioni, vi è anche la possibilità di non divulgazione nel caso in cui un governo consideri le informazioni sensibili.

zialmente molto vago nel disciplinare l'accesso pubblico alle informazioni sugli impatti ambientali e sociali. Tale strumento è stato recentemente modificato[90] e contiene, ora, un riferimento a tempi specifici per l'accesso da parte del pubblico alle bozze di valutazione ambientale per i progetti ad alto rischio. Cionondimeno, nel documento vi sono anche una serie di limitazioni che rimettono, in effetti, le decisioni sui tempi del rilascio di tali bozze al *Management* dell'AIIB. Inoltre, in alcuni casi è consentito il differimento dell'accesso alle informazioni pubbliche o, addirittura, la mancata divulgazione delle informazioni al pubblico[91]. Al contrario, la BM è tenuta a rendere pubblico il rapporto sulla valutazione dell'impatto ambientale prima che vi sia la decisione di finanziamento. Inoltre, l'ESF affida la procedura di *accountability* ai *clients*, i quali dovrebbero istituire un *Project-level Grievance Redress Mechanism* per le persone che ritengono di essere state danneggiate dall'impatto ambientale o sociale del progetto[92]; tuttavia, tale sistema non sempre funziona come previsto. Il *Mandalika Urban Development and Tourism Project* finanziato dall'AIIB in Indonesia è un esempio di come la mancanza di trasparenza possa comportare importanti violazioni dei diritti umani. In tale occasione, la riluttanza della Banca a rivelare l'esito della propria revisione del rilevamento del territorio del cliente e la mancata valutazione dei rischi ambientali e sociali nella fase di pianificazione hanno causato gravi danni alle comunità interessate dal progetto. Nel marzo 2021, esperti indipendenti del Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite hanno contestato l'operato e la mancanza di *due diligence* dell'AIIB nell'identificare, prevenire e mitigare gli impatti negativi sui diritti umani del progetto in questione, nonché nel rendere conto del modo in cui affrontare tali impatti, in contrasto con quanto stabilito nei Principi guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani[93].

[90] L'ESF è stato emendato nel febbraio 2019. Successivamente, nel maggio 2021, il Consiglo dei Direttori ha approvato ulteriori revisioni dell'ESF.

[91] Ad esempio, non è prevista alcuna comunicazione nel caso in cui la transazione sia di natura commercialmente sensibile. Inoltre, vincoli ancora maggiori vi sono in caso di prestiti attraverso intermediari finanziari quali banche commerciali e fondi di *private equity*.

[92] Cfr. al riguardo il par. 71.2, lett. *c*, dell'*Environmental and Social Policy.*

[93] Cfr. al riguardo OHCHR, *Indonesia: UN Experts Flag Rights Concerns over $3bln Tourism Project*, 31 marzo 2021, in https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=26962&LangID=S). V. anche *Mandates of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights; the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises; the Special Rapporteur on the Right to Development; the Special Rapporteur on Adequate Housing as a Component of the Right to an Adequate Standard of Living, and on the Right to*

Anche la NDB ha adottato un *Environment and Social Framework*, che è stato revisionato nel marzo 2016. In assenza di organi e procedure propri, la Banca richiede ai clienti di stabilire meccanismi di reclamo.

Infine, per quanto riguarda l'*accountability*, sia la BIRS sia l'AIIB hanno istituito meccanismi formali di responsabilità verso la società civile[94], mentre non è prevista alcuna possibilità di presentare un reclamo nel sistema della NDB per gli individui o gruppi colpiti dai suoi progetti. In ogni caso, sebbene nel contesto dell'AIIB vi sia un organo per i reclami, esso non sembra operare in modo indipendente ed efficace[95]. Va aggiunto che, nel 2018, tale Organizzazione ha adottato, in nome del principio dell'efficienza, quella che considera una grande innovazione nella *governance*: l'*Accountability Framework*. Tale strumento formalizza la delega del potere decisionale sui finanziamenti dal Consiglio di amministrazione al Presidente dell'Organizzazione, con gravi ripercussioni anche sul piano

Non-discrimination in This Context; the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights Defenders; the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples; the Independent Expert on The Promotion of a Democratic and Equitable International Order and the Independent Expert on Human Rights and International Solidarity, AL OTH 24/2021, 4 marzo 2021, in https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownLoadPublicCommunicationFile?gId=26078. I Principi guida su imprese e diritti umani sono stati approvati dal Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite con la risoluzione 17/4 del 16 giugno 2011.

[94] Il meccanismo di *accountability* dell'AIIB è il *Project-Affected People's Mechanism* (PPM). Individui e gruppi, danneggiati dal mancato rispetto da parte dell'AIIB della sua *Environmental and Social Policy*, possono presentare un reclamo alla *Compliance, Effectiveness and Integrity Unit* (CEIU). La CIEU può valutare il reclamo e proporre possibili rimedi al Consiglio dei Direttori, tra cui consultazioni tra gli individui colpiti e l'AIIB, la condivisione delle informazioni e la riformulazione dei progetti. Il Consiglio dei Direttori prende la decisione finale (cfr. l'*AIIB Policy on the Project-affected People's Mechanism*, approvata dal Consiglio dei direttori il 7 dicembre 2018). Tale Meccanismo, peraltro, è stato oggetto di diverse critiche, in quanto è scarsamente accessibile, la procedura è eccessivamente gravosa, essendo possibile ricorrere a esso solo dopo l'approvazione del progetto, e non è aperto alle organizzazioni della società civile. V. al riguardo K. Horta, *The Asian Infrastructure Investment Bank (AIIB). A Multilateral Bank Where China Sets the Rules*, Berlin, 2019, pp. 30-35.

[95] V. il rapporto pubblicato da Recourse e Urgewald, K. Geary, D. Schäfer, *The Accountability Deficit: How the Asian Infrastructure Investment Bank's Complaints Mechanism Falls Short*, ottobre 2021, in cui si evidenzia che, nonostante 142 progetti approvati e oltre 28 miliardi di dollari investiti dall'Organizzazione in sei anni di attività, l'AIIB non ha ricevuto ancora alcun reclamo. Secondo il rapporto, ciò dipenderebbe principalmente dalla circostanza che più della metà dei progetti, 72 su 142, non sono ammissibili alla luce del meccanismo di *accountability*. Infatti, i progetti cofinanziati con altre banche multilaterali non rientrano nell'ambito di applicazione del meccanismo, pertanto, in tale circostanza non è possibile richiedere un eventuale risarcimento. L'AIIB è l'unica fra le banche multilaterali di sviluppo a prevedere una tale esclusione.

democratico interno alla Banca[96]. Inoltre, a differenza delle Istituzioni di Bretton Woods, il Consiglio dei Direttori dell'AIIB è composto da membri che non risiedono dove ha la sede l'Organizzazione (Pechino), i quali, in aggiunta, si incontrano periodicamente[97]. Perciò, non solo la gestione delle attività ordinarie è affidata essenzialmente al Presidente, ai suoi vice che esso stesso raccomanda al Consiglio dei Direttori per l'approvazione[98] e agli altri funzionari dello staff che il Presidente nomina senza previa consultazione di altri organi[99], ma anche, secondo diversi autori, l'assenza di Direttori residenti esporrebbe l'AIIB a una maggiore ingerenza da parte della Cina[100].

Il ruolo di primo piano nelle due recenti IFI di Stati autoritari spiega, probabilmente, perché i meccanismi di controllo democratico introdotti al loro interno siano relativamente deboli. Al contrario, come si è precedentemente osservato, la BIRS ha compiuto, negli anni, un processo di democratizzazione rilevante, sia per quanto riguarda la dimensione «interna» (democrazia *inter* Stati) sia relativamente alla dimensione «esterna» (democrazia *intra* Stato). Tale Istituzione è stata spinta a impegnarsi in riforme democratiche, aprendosi alla società civile, divenendo più trasparente e sviluppando una *social accountability* anche per la pressione di Stati membri democratici e delle loro collettività.

7. Considerazioni conclusive: verso un nuovo multilateralismo?

Già a partire dagli anni '70 del secolo scorso, il disegno originario di multilateralismo, delineato a Bretton Woods, si è dimostrato inattuabile, con un'interdipendenza divenuta iperglobalizzazione, in cui il potere degli

[96] Cfr. la decisione sull'*Accountability Framework* del Consiglio dei Direttori dell'11 aprile 2018, il *Paper on the Accountability Framework* e il regolamento sull'*Accountability Framework* in vigore dal 1° gennaio 2019.

[97] Cfr. l'art. 27, par. 1, dello Statuto. In dottrina tale innovazione è stata definita «a bold step away from the status quo» (v. J. Ransdell, *Institutional Innovation by the Asian Infrastructure Investment Bank*, in *Asian Journal of International Law*, 2019, p. 152). Peraltro, l'ipotesi di un Consiglio di non residenti fu originariamente ventilata anche per le Istituzioni di Bretton Woods, v. al riguardo N. Lichtenstein, *Governance of the Asian Infrastructure Investment Bank in Comparative Context*, in P. Quayle, X. Gao (eds.), *Good Governance and Modern International Financial Institutions*, Leiden Boston, 2019, pp. 95-96.

[98] Cfr. l'art. 30, par. 1, dello Statuto.

[99] Cfr. l'art. 30, par. 3, dello Statuto.

[100] V. A. Uhlin, *Legitimacy Struggles in Global Governance: Legitimation and Delegitimation of the Asian Infrastructure Investment Bank*, in *SAGE Open*, luglio-settembre 2019, pp. 7–9.

Stati più forti è apparso sempre più interconnesso con *footloose capitals* e mercati finanziari non regolati[101]. In tale contesto, spesso le riforme delle istituzioni multilaterali, ripetutamente promesse, sono state ostacolate dagli attori più forti.

A seguito della crisi economico-finanziaria globale del 2007-2010, è emersa l'esigenza di una sostanziale revisione dell'ordine economico internazionale che, secondo quanto indicato dal G20 di Londra del 2 aprile 2009, avrebbe dovuto includere anche la riforma del mandato, della competenza e della *governance* delle IFI[102].

All'epoca, la gravità e la diffusione su scala mondiale della crisi hanno indotto a optare decisamente per politiche di austerità, ritenendo che un taglio nella spesa pubblica avrebbe rilasciato risorse per sostenere il settore privato e innescare la crescita. Invece, tale scelta ha non poco contribuito alla mancanza di preparazione degli Stati di fronte alle conseguenze della recente pandemia da Covid-19, colpendo in molti Paesi proprio il settore della sanità e, in particolare, delle infrastrutture sanitarie pubbliche.

La pandemia ha messo in luce ancor di più le lacune di un sistema che si è gradualmente allontanato dalla sua concezione originaria, evidenziando nettamente la discrepanza tra la portata delle sfide transnazionali contemporanee, quali salute pubblica, cambiamento climatico, stabilità finanziaria, povertà estrema, sviluppo sostenibile, e la debolezza della attuale *governance* globale.

Ciò ha indotto a mettere definitivamente in discussione il multilateralismo, la cui crisi ha avuto origine anche dalla crescente sfiducia nei confronti del fenomeno della globalizzazione e dalla mancanza di regole e strumenti adeguati che garantiscano un corretto ed equilibrato funzionamento delle istituzioni multilaterali.

Peraltro, questa crisi senza precedenti potrebbe fornire un'opportunità per un nuovo multilateralismo, che rilanci la cooperazione internazionale in un momento di grande tensione per la comunità internazionale, anche a seguito del conflitto tra la Russia e l'Ucraina.

In occasione dell'apertura della 75° sessione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, il Segretario generale António Guterres ha ri-

[101] Cfr. al riguardo UNCTAD. *Trade and Development Report 2017. Beyond Austerity: Towards a Global New Deal*, New York Geneva, 2017, p. 31; UNCTAD, *Trade and Development Report 2018. Power, Platforms and the Free Trade Delusion,* New York Geneva, 2018, p. IV.

[102] Cfr. *London Summit – Leaders' Statement*, 2 aprile 2009, in particolare, paragrafi 4 e 20.

chiamato l'idea di un *New Global Deal* a livello internazionale, evocando l'espressione proposta a seguito della Grande depressione dal Presidente statunitense Roosevelt. In un tale contesto, le IFI posso svolgere un ruolo fondamentale, non solo quali attori incaricati di garantire la stabilità finanziaria globale e immettere liquidità nel sistema, ma anche come strumenti di cooperazione tecnica e assistenza a favore dei Paesi più fragili.

La precondizione per un nuovo multilateralismo è, però, un insieme di riforme realistiche dell'attuale quadro istituzionale e di *governance*[103], che consentano l'affermarsi del «multilateralismo inclusivo» evocato dal Segretario Generale delle Nazioni Unite[104]. Il FMI e la BIRS hanno già compiuto un percorso importante a sostegno di una maggiore democrazia a livello interno ed esterno, tuttavia, occorrono ulteriori interventi per garantire maggiore legittimità, maggiore rappresentanza, maggiore responsabilità, maggiore tutela dei diritti umani, in definitiva, un maggior rispetto dei valori democratici[105].

Peraltro, è evidente che regimi autoritari stanno proponendo, anche a livello di *governance* globale, una concezione alternativa, incentrata, fortemente, sulla sovranità nazionale e sulla non ingerenza, nel senso che si vuole riservare allo Stato il pieno controllo sulle istituzioni a capo di tale *governance*. Ciò significa che la presenza e il consolidamento di regimi di tal genere non solo contribuisce a un declino della democrazia sul piano interno degli Stati, ma sembra anche tradursi in organizzazioni internazionali con un minore controllo democratico, con notevoli ripercussioni nel contesto internazionale.

La Cina, in particolare, appare intenzionata a proporre un multilateralismo *China-oriented*, alternativo a quello delineato a Bretton Woods, di cui è prova non solo l'AIIB (e in misura minore la NDB), ma anche la *Belt and Road Initiative* (BRI)[106] e il *Regional Comprehensive Economic Par-*

[103] V. il *Report of the Independent Expert on the Promotion of a Democratic and Equitable International Order, in Defence of a Renewed Multilateralism to Address the Coronavirus Disease (COVID-19) Pandemic and Other Global Challenges*, A/HRC/48/58, 9 agosto 2021, par. 63.

[104] Cfr. *Secretary-General's Address to the Opening of the General Debate of the 75th Session of the General Assembly*, 22 settembre 2020.

[105] Cfr. al riguardo J.A. Scholte (ed.) *Building Global Democracy? Civil Society and Accountable Global Governance*, Cambridge, 2011.

[106] La BRI (nota anche come «*One Belt One Road*» – OBOR) è la strategia proposta nel 2013 dal Presidente cinese Xi Jinping al fine di potenziare le relazioni commerciali fra Cina, Europa, Asia centrale, Sud-est Asiatico e Africa orientale, attraverso la realizzazione di corridoi di trasporto terrestre e marittimo in un numero sempre crescente di Paesi. Sebbene non vi sia formalmente un collegamento tra l'AIIB e la BRI, entrambe sono state

tnership (RCEP)[107], con possibili conseguenze sulla democrazia a livello globale. L'espansione del potere di Stati autoritari potrebbe comportare, pertanto, un sistema di *governance* globale diverso e meno controllato democraticamente, in concorrenza con le organizzazioni esistenti, poiché la legittimità democratica di queste nuove Banche risulta, per ora, inferiore a quella delle Istituzioni di Bretton Woods e di altre IFI di «ispirazione» occidentale. Il processo di democratizzazione della *governance* globale, nel suo insieme, dunque, potrebbe essere a rischio[108], venendo ostacolata ulteriormente l'affermazione della democrazia quale «principio imperativo della vita internazionale»[109].

promosse dal Presidente cinese Xi Jinping e sono un'espressione della volontà della Cina di assumere un ruolo di primo piano nella scena economica internazionale, potendo apparire complementari. V. al riguardo E. Martínez Galán, F.J. Leandro, *The Belt and Road Initiative: the Cornerstone of the New-Fangled Financial Institutionalism Led by China*, in *Baltic Journal of European Studies*, 2019, p. 165 ss.; K.Y.A. Haga, *The Asian Infrastructure Investment Bank: a Qualified Success for Beijing's Economic Statecraft*, in *Journal of Current Chinese Affairs*, 2021, p. 5 ss.; e il rapporto della Hinrich Foundation, S. Paterson, *The AIIB: Still a Geo-economic Tool for China?*, agosto 2021, pp. 12-13.

[107] Il Partenariato economico regionale globale è finalizzato alla costituzione di un'area di libero scambio fra i 10 Membri dell'ASEAN più Australia, Cina, Corea del Sud, India, Giappone e Nuova Zelanda. L'Accordo, firmato il 15 novembre 2020, è entrato in vigore il 1° gennaio 2022.

[108] V. al riguardo R.O. Keohane, S. Macedo, A. Moravcsik. *Democracy-Enhancing Multilateralism*, in *International Organization*, 2009, pp. 1-31; E. Gratzke, M. Naoi, *Multilateralism and Democracy: a Dissent Regarding Keohane, Macedo, and Moravcsik*, in *International Organization*, 2011, pp. 589-598.

[109] Cfr. I. Clark, *International Legitimacy and World Society*, Oxford, 2007, pp. 153-154.

IL RISPETTO DEI VALORI COMUNI NELL'AZIONE ESTERNA E NEL PROCEDIMENTO DI ADOZIONE DELLE MISURE RESTRITTIVE

Sara Poli*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La promozione dei valori comuni attraverso le misure restrittive. – 3. La compatibilità delle misure restrittive adottate dall'Unione con il diritto internazionale. – 4. Le misure restrittive relative alle gravi violazioni e agli abusi dei diritti umani. – 5. Le misure coercitive unilaterali e il loro impatto sul godimento dei diritti umani. – 6. Il rispetto dei valori comuni nell'adozione delle misure restrittive: il ruolo della Corte di Giustizia. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Il saggio si propone di esaminare come l'Unione europea ('UE') promuova alcuni dei valori comuni su cui essa si fonda e in particolare, il rispetto di *standards* democratici, dei diritti umani e della *rule of law* nella sua azione esterna, utilizzando le misure restrittive[1] previste dall'art. 215 del TFUE. Tali strumenti, che possono essere qualificati in taluni casi come contromisure e in altri come meri atti di ritorsione[2], servono a determinare, nella valutazione dell'Unione[3], un cambiamento nel comportamento o nelle azioni dei soggetti sanzionati. Come è noto, le misure restrittive possono colpire individui-organo statali, persone fisiche o giuridiche o altri enti non statali (ad esempio organizzazioni terroristiche); consistono in divieti di ingresso nel territorio di un Paese ovvero nel congelamento dei beni e delle risorse economiche dei destinatari. A tali atti, fondati sulle disposizioni del-

* Professoressa ordinaria di Diritto dell'Unione Europea, Università degli Studi di Pisa.

[1] Il termine sarà utilizzato in modo intercambiabile con quello di "sanzioni" anche se si tratta di una semplificazione. Per approfondimenti sul tema delle misure restrittive mi si permetta di rinviare a Poli, *Le misure restrittive autonome dell'Unione europea* (Editoriale scientifica, 2019).

[2] T. Gazzini, E. Hernell, *Restrictive measures adopted by the EU from the standpoint of international and EU law*, in *European Law Review*, 2011, p. 800.

[3] Così il Consiglio dell'Unione descrive la finalità di tali misure negli orientamenti sulle sanzioni del 4 maggio 2018, 5664/18, disponibili al sito: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5664-2018-INIT/en/pdf.

la Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC), possono essere associate anche misure coercitive di natura economica[4] adottate nei confronti di un Paese terzo[5]. Dopo aver brevemente passato in rassegna le misure restrittive adottate dall'UE per consolidare il rispetto dei valori di cui all'art. 2 TUE (paragrafo 2), si discuterà della compatibilità della specifica categoria di misure restrittive oggetto dell'indagine con gli obblighi di diritto internazionale cui è soggetta l'Unione (paragrafo 3). Infatti, il diritto di adottare misure restrittive, in assenza di risoluzioni del Consiglio di sicurezza, è contestato non solo dagli Stati destinatari delle sanzioni, ma anche da molti Paesi in via di Sviluppo[6]. Successivamente, sarà brevemente commentato il regime di sanzioni riguardante le gravi violazioni e abusi dei diritti umani (paragrafo 4)[7], che costituisce uno strumento specificamente dedicato al consolidamento di uno dei valori riconosciuti dall'art. 2 TUE. Alcuni elementi di criticità saranno messi in evidenza. Dopo aver preso posizione a favore della compatibilità delle misure restrittive in esame con il diritto internazionale, il saggio si soffermerà sull'impatto delle misure coercitive unilaterali (tra cui rientrano le misure restrittive) sul godimento dei diritti umani nella valutazione della relatrice speciale nominata dal Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite (paragrafo 5). L'autrice intende mettere in discussione la fondatezza di alcune delle critiche che emergono in questo contesto.

Infine, sarà esaminato in che misura l'Unione rispetti i valori quali la tutela dei diritti umani e la *rule of law* nel processo di adozione delle misure restrittive, mettendo in evidenza il ruolo svolto dalla Corte di Giustizia con riguardo all'attività a titolo di PESC del Consiglio che viene in rilievo in questo saggio (paragrafo 6). Saranno infine messi in evidenza alcuni

[4] Sono tali i divieti di importazioni o esportazioni di beni (incluse armi), di effettuare investimenti nonché di fornire servizi.

[5] Il Consiglio dell'UE non specifica nel testo delle Decisioni PESC se le misure restrittive sono adottate a titolo di contromisura o di ritorsione. Tuttavia, si deve ritenere che in alcuni casi tali atti possono qualificarsi come contromisure in quanto violano gli obblighi di liberalizzazione degli scambi stabiliti dal GATT (accordo che è vincolante per l'UE e tipicamente per il Paese terzo colpito da misure restrittive) oppure i termini degli accordi commerciali o di altro tipo conclusi dall'UE con il partner che è colpito dalle sanzioni. Al riguardo v. nota 86.

[6] S. Hofer, *The Developed/Developing Divide on Unilateral Coercive Measures: Legitimate Enforcement or Illegitimate Intervention?*, 16 Chinese Journal of International Law, 2017, p. 175.

[7] Decisione (PESC) 2020/1999 del Consiglio del 7 dicembre 2020 relativa a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani, (GU 2020, L 140/1/13); Regolamento del Consiglio (EU) 2020/1998 del 7 dicembre 2020 relativo a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani (GU 2020, L 410/1).

profili di criticità collegati ad una recente sentenza di appello relativa al ricorso di annullamento *Venezuela c. Consiglio*[8], a cui seguiranno alcune valutazioni conclusive (paragrafo 7).

2. La promozione dei valori comuni attraverso le misure restrittive

Le misure restrittive sono uno strumento molto utilizzato nell'azione esterna dell'UE al fine di promuovere, al di fuori dei confini europei, la democrazia, lo stato di diritto, l'universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in linea con l'art. 21 c. 1 del TUE. Sono adottate dall'Unione in modo prevalentemente autonomo[9] rispetto all'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU)[10]. Infatti, da un lato, i valori di cui all'art. 2 TUE non sono condivisi da tutti i membri dell'organizzazione a carattere universale. Dall'altro, all'interno del Consiglio di Sicurezza dell'ONU possono verificarsi situazioni in cui è impossibile adottare misure coercitive *ex* art. 41 della Carta di San Francisco laddove, ad esempio, ci siano violazioni massicce dei diritti umani; ciò in quanto la Cina e la Russia usano spesso il loro diritto di veto in queste circostanze. In alcuni casi poi le violazioni dei diritti umani avvengono proprio all'interno di uno o di entrambi i membri del Consiglio di sicurezza con diritto di veto.

Il Consiglio dell'UE ha sempre sottolineato come sia preferibile che l'istituzione di sanzioni avvenga nell'ambito dell'ONU. Tuttavia, anche di recente l'organizzazione ha chiarito che non è impegnata nel "*multilateralismo fine a se stesso*"[11].

Occorre sommariamente identificare quali sono le misure restrittive adottate dall'UE per promuovere valori comuni, come quelli identificati nell'art. 2 del TUE.

La prassi dell'Unione è ricca di misure restrittive puramente unilaterali intese a reagire a colpi di stato o a elezioni Presidenziali fraudolente

[8] Causa C-872/19 P *Venezuela c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2021:507.

[9] Esistono tuttavia misure restrittive "miste" in quanto si istaurano su preesistenti regimi di sanzioni di origine onusiana.

[10] Negli ultimi quattro anni le misure restrittive autonome hanno continuato a proliferare e ormai sono di gran lunga più numerose di quelle di derivazione onusiana. Per una lista completa dei regimi sanzionatori adottati dall'UE, dalle NU e da parte di entrambe le suddette organizzazioni, si veda il sito <https://www.sanctionsmap.eu/#/main.> (ultimo accesso, 24 giugno 2021).

[11] Comunicazione Congiunta al Parlamento Europeo e al Consiglio sul rafforzamento del contributo dell'UE al multilateralismo basato su regole del 17 febbraio 2021, JOIN (2021) 3 final, p. 1.

e/o alle violazioni dei diritti umani precedenti lo svolgimento di tali elezioni e/o verificatesi successivamente a tali eventi. Sanzioni supportate da queste motivazioni sono state istituite nel febbraio 2021 per la situazione in Birmania[12], nel 2020 per le elezioni presidenziali in Bielorussia[13] e nel 2015 per quelle in Burundi[14]. Tra i primi casi in cui sono state adottate sanzioni contro persone che costituiscono gravi minacce alla democrazia, violano i diritti umani e lo stato di diritto ci sono quelle relative alla situazione politica dello Zimbabwe istituite a partire dal 2002 e poi e successivamente modificate nel corso del tempo[15]. Possiamo osservare che nelle motivazio-

[12] Il Paese in esame è stato oggetto di sanzioni dal 1996 (V. posizione comune 96/635/PESC del Consiglio (GU 1996, L 287/1)) per motivi legati alla persistenza al potere di un regime militare e per le violazioni dei diritti umani perpetrate nel Paese. La maggior parte di esse sono state revocate nel 2013 a seguito dei miglioramenti intervenuti. Tuttavia, nel 2021 l'UE ha imposto nuove misure restrittive sottoponendo al congelamento dei beni e delle risorse economiche persone appartenenti ai più alti gradi delle forze armate che hanno annullato i risultati delle elezioni nel febbraio 2021. I criteri di designazione sono stati poi modificati per includere attività che minano lo stato di diritto, nonché la possibilità di imporre misure restrittive contro gli interessi economici delle Forze Armate del Myanmar (Tatmadaw). In questo contesto, quattordici funzionari sono stati elencati anche per le atrocità commesse contro la popolazione Rohingya nel 2017. Si veda il Comunicato stampa del Consiglio dell'UE, "Myanmar/Birmania: sanzioni UE a 11 persone per il recente colpo di Stato militare e la successiva repressione", 22 March 2021, disponibile al link <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/03/22/myanmar-burma-eu-sanctions-11-people-over-the-recent-military-coup-and-ensuing-repression/> (ultimo accesso, 23 giugno 2021). Decisione (PESC) 2021/482 e Decisione (PESC) 2021/483. Si vedano anche le più recenti misure sanzionatorie della Decisione (PESC) 2021/639 del Consiglio del 19 aprile 2021 che modifica la decisione 2013/184/PESC concernente misure restrittive in considerazione della situazione in Myanmar/Birmania (GU 2021, L 132I/12).

[13] Le persone responsabili di gravi violazioni dei diritti umani o della repressione della società civile e dell'opposizione democratica sono state designate dalla Decisione di esecuzione (PESC) 2020/1388 del Consiglio del 2 ottobre 2020 che attua la decisione 2012/642/PESC relativa a misure restrittive nei confronti della Bielorussia (G.U. 2020, L 319/I). V. anche regolamento di esecuzione (UE) 2021/339 del consiglio del 25 febbraio 2021 che attua l'articolo 8 bis del regolamento (CE) n. 765/2006 concernente misure restrittive nei confronti della Bielorussia (GU 2021, L 68/29). V. anche la decisione con la quale vengono mutati i criteri di designazione di alcuni funzionari bielorussi considerati responsabili di casi di sparizioni irrisolte di talune persone nel periodo 1999-2000. V. Decisione (PESC) 2021/353 del Consiglio del 25 febbraio 2021 che modifica la decisione 2012/642/PESC relativa a misure restrittive nei confronti della Bielorussia (GU 2021, L 68/189). Tuttavia, sin dal 1997 ci sono stati problemi collegati allo svolgimento delle elezioni nel Paese.

[14] Le misure sono state prese nei confronti delle forze di polizia e militari responsabile di aver compromesso la democrazia prendendo decisioni operative che hanno portato a un uso sproporzionato della forza e atti di repressione violenta delle manifestazioni pacifiche iniziate il 26 aprile 2015 a seguito dell'annuncio della candidatura del presidente Nkurunziza alla presidenza. Decisione (PESC) 2015/1763 concernente misure restrittive in considerazione della situazione in Burundi (GU 2015, L 257/37).

[15] Decisione (PESC) 2021/258 del Consiglio del 18 febbraio 2021 che modifica la

ni che giustificano l'istituzione di misure restrittive viene dato risalto non solo alle violazioni degli standard democratici e dei diritti umani, ma anche al deterioramento dello stato di diritto. A titolo di esempio, nella prassi recente ciò è avvenuto per la situazione venutasi a creare in Venezuela[16] e Nicaragua[17]. Le misure dell'UE vanno a colpire persone coinvolte nella repressione della società civile e dell'opposizione democratica, ovvero che conducono azioni, politiche o attività che compromettono in altro modo la democrazia e lo Stato di diritto nel Paese[18].

L'UE ha anche adottato sanzioni di fronte a violazioni dei diritti umani (o anche di diritto umanitario) non collegate ad eventi elettorali, – come quelli compiuti in Guinea[19] dalle persone riconosciute responsabili dei massacri e delle violenze compiute nell'ottobre 2009 da una commissione d'inchiesta internazionale – in Siria[20] e in Iran[21].

decisione 2011/101/PESC concernente misure restrittive in considerazione della situazione nello Zimbabwe (GU 2021, L 58/51).

[16] Decisione (PESC) 2017/2074 del Consiglio, del 13 novembre 2017, concernente misure restrittive in considerazione della situazione in Venezuela (GU 2017, L 295/60).

[17] Decisione (PESC) 2019/1720 del Consiglio del 14 ottobre 2019 concernente misure restrittive in considerazione della situazione in Nicaragua (GU 2019, L 262/58).

[18] L'UE non si limita a colpire la *leadership* governativa e i sostenitori più stretti dei membri del governo o i responsabili dei mezzi di informazione, ma sanziona anche alti dirigenti delle forze di polizia che compiono arresti arbitrari di manifestanti pacifici e/o si rendono responsabili di maltrattamenti e atti di tortura; giudici che emettono sentenze di matrice politica nei confronti di giornalisti, *leader* dell'opposizione, attivisti e manifestanti e ledono il diritto alla difesa nello svolgimento del loro compiti, compromettendo così il rispetto dello stato di diritto; sono colpiti anche privati (imprenditori) qualora, ad esempio, condannino pubblicamente le proteste dell'opposizione (come avvenuto per cittadini Bielorussi) oppure laddove supportino il regime al potere o traggano vantaggio da questo. Così nel 2019 e successivamente nel 2021 l'UE ha adottato misure restrittive nei confronti del Presidente dell'assemblea nazionale del Nicaragua, dei familiari, del Presidente della Corte suprema, di alti dirigenti delle forze di polizia responsabili di gravi violazioni dei diritti umani, comprese la detenzione e l'arresto sistematici di potenziali candidati alle elezioni presidenziali e di leader dell'opposizione, nonché della repressione della società civile e dell'opposizione democratica. Decisione (PESC) 2019/1720, cit. e decisione (PESC) 2021/1278 (GU 2021, L 277/I/24).

[19] Decisione 2010/638/CFSP riguardante le misure restrittive contro la Repubblica di Guinea (GU 2010, L 280/10).

[20] L'UE ha adottato un regime di sanzioni in considerazione della situazione della Siria come reazione alle violazioni di diritto umanitario e dei diritti umani compiute in tale Paese. Decisione 2013/255/PESC del Consiglio, del 31 maggio 2013 relativa a misure restrittive nei confronti della Siria (GU 2013, L 147/14).

[21] Decisione 2011/235/PESC del Consiglio, del 12 aprile 2011, concernente misure restrittive nei confronti di determinate persone ed entità in considerazione della situazione in Iran (GU 2011, L 100/51). Queste misure restrittive sono state istituite per contrastare la violazione dei diritti umani commesse nel Paese. Nell'aprile 2021, otto persone e tre entità sono state aggiunte alla *blacklist*. Le persone interessate erano responsabili della risposta

L'Unione non giustifica mai l'istituzione delle misure restrittive sulla base di considerazioni legate alla sicurezza nazionale dell'Unione o dei suoi Stati membri, come invece è avvenuto nella prassi più recente delle sanzioni instaurate dagli negli Stati Uniti[22]. Le misure dell'Unione vengono adottate in considerazione della situazione interna ad un certo Paese[23] e sono intese a far pressione sui governi dei Paesi autori di misure repressive affinché cessino la loro condotta ovvero adottino tutte le misure necessarie per assicurare il ripristino della legalità internazionale, se le violazioni siano compiute da soggetti privati.

In nessun caso l'Unione istituisce un regime di misure restrittive che abbia il solo fine di reagire al mancato rispetto di standards democratici. Se agisse in tal senso il rischio sarebbe che le sue misure fossero considerate abusive in quanto intese a tutelare valori propri e/o solo di alcuni membri della comunità internazionale. Di solito, le misure restrittive sono istituite a seguito dello sviluppo di un clima di violenza e trasgressioni dei diritti umani a carattere diffuso; si tratta quindi di situazioni in cui risultano pregiudicati valori considerati degni di protezione universalmente.

Un'eccezione è costituita dalle misure restrittive adottate nel 2021 in considerazione della situazione del Libano ma ancora prive di iscritti nella lista[24]. Queste sono intese a sanzionare le persone responsabili di pregiudicare la democrazia e il rispetto dei diritti umani o che compiono gravi illeciti finanziari[25] in un contesto di elevata instabilità politica ed economica.

violenta alle manifestazioni del novembre 2019 in Iran. Si veda il Comunicato stampa del Consiglio dell'UE, "Iran: il Consiglio riesamina il regime di sanzioni dell'UE in materia di diritti umani", 12 aprile 2021, disponibile al link <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/04/12/iran-council-reviews-eu-human-rights-sanctions-regime/>.

[22] Le sanzioni adottate in relazione alla costruzione del gasdotto North Stream II sono giustificate della necessità di proteggere la sicurezza energetica europea. V. *Protecting Europe Energy Security Act* (PEESA), Title LXXV, National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2020, Pub. L. No. 116-92, come emendato il 1 gennaio 2021 (v. the National Defense Authorization Act for FY2021 (FY2021 NDAA), Pub. L. 116-28).

[23] Attraverso le delegazioni dell'Unione è possibile acquisire preziose informazioni riguardo alle violazioni compiute nei Paesi terzi e anche alle persone che traggono vantaggio dal governo al potere.

[24] Decisione (PESC) 2021/1277 del Consiglio del 30 luglio 2021 concernente misure restrittive in considerazione della situazione in Libano.

[25] Sulla base dell'art. 1a della decisione 2021/1277, cit sono inserite nella *blacklist* le persone che compromettono la democrazia o lo stato di diritto in Libano in quanto: (i) ostacolano o pregiudicano il processo politico democratico, contrastando in modo persistente la formazione di un governo ovvero ostacolando o pregiudicando gravemente lo svolgimento di elezioni; (ii) ostacolano o pregiudicano l'attuazione dei piani approvati dalle autorità libanesi e sostenuti dai soggetti internazionali pertinenti, inclusa l'Unione, e volti a mi-

Nella previsione dell'UE, andando a sanzionare le persone sopra elencate, l'organizzazione indurrà il Libano a realizzare con urgenza riforme basate sugli accordi raggiunti dopo l'esplosione del 4 agosto 2020 da parte di tutti i leader politici libanesi e volti a colmare le divergenze politiche a sostegno delle riforme. Si tratta indubbiamente di obiettivi ambiziosi, ma al di là della compatibilità con il diritto internazionale, non si vede come possano essere raggiunti grazie all'uso di misure restrittive.

Infine, occorre considerare alcuni casi di sanzioni non collegate alla violazione dei diritti umani ma intese a consolidare la democrazia stabile o la *rule of law*. Sono tali le misure sullo sviamento dei fondi pubblici adottate in relazione alla situazione dell'Egitto[26], Tunisia[27] e Ucraina[28]. Le sanzioni in esame sono intese a favorire il recupero di fondi pubblici indebitamente sottratti dalla *ex* classe politica al potere in Ucraina prima del 2014 e in Egitto e in Tunisia prima del 2011. Le persone i cui beni e risorse economiche sono congelati dall'UE sono oggetto di procedimenti giudiziari per sviamento di fondi pubblici aperti successivamente ai cambi di governo che si sono verificati in tali Paesi tra il 2011 e il 2014. Queste misure restrittive, che colpiscono *ex* individui organo e i loro familiari, si distinguono da tutte le altre in esame in questo saggio in quanto sono attuate dall'Unione con il sostegno politico degli stessi governi dei Paesi terzi interessati dalle sanzioni. Nella misura in cui esse rispettano gli standards internazionali in materia di diritti umani delle persone sanzionate[29], la loro adozione non è vietata dal diritto internazionale.

3. La compatibilità delle misure restrittive adottate dall'Unione con il diritto internazionale

Le misure restrittive unilaterali dell'Unione passate in rassegna nel paragrafo precedente sono contestate dagli Stati destinatari. Sarebbe sorprendente se così non fosse. Anche Cina e Russia hanno adottato una dichiara-

gliorare la responsabilità e la buona governance nel settore pubblico o ad attuare riforme economiche fondamentali (anche nei settori bancario e finanziario), compresa l'adozione di una normativa trasparente e non discriminatoria sull'esportazione di capitali. Infine, sono sanzionati: (iii) i gravi illeciti finanziari in materia di fondi pubblici, nella misura in cui gli atti in questione sono coperti dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, e (iv) l'esportazione non autorizzata di capitali.

[26] Decisione 2011/172/CFSP del Consiglio, GU 2011, L 76/63.

[27] Decisione 2011/72/PESC del Consiglio (GU 2011, L 28/62).

[28] Decisione 2014/119/PESC, del Consiglio (GU 2014, L 66/26).

[29] V. *infra,* paragrafo 7.

zione congiunta nel 2016 in cui considerano le misure coercitive unilaterali "non fondate sul diritto internazionale"[30]. I due Paesi hanno qualificato tali misure come atti di ingerenza negli affari interni di uno Stato o una violazione della loro sovranità; laddove i cittadini di tali Paesi sono stati oggetto di misure restrittive, essi hanno adottato contro-sanzioni[31].

Rimane da stabilire se le misure in esame siano compatibili con il diritto internazionale consuetudinario come codificato nel progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per fatti illeciti redatto dalla Commissione di diritto internazionale[32].

Possiamo dire che le misure restrittive, adottate in considerazione della situazione in un Paese terzo, nella maggior parte dei casi costituiscono delle forme di coercizione economica compatibili con il diritto internazionale poiché intervengono laddove ci siano violazioni gravi di obblighi dovuti nei confronti della comunità internazionale nel suo complesso, come ad esempio quelli che consistono nel rispettare i diritti umani; per tale motivo non costituiscono atti di ingerenza negli affari interni di uno Stato. Le misure adottate dall'UE sono legali nella misura in cui il soggetto che le impone può essere considerato alla stregua di un gruppo di Stati[33] che adotta le sanzioni "*(c) To cooperate in the application of measures designed to bring the breach to an end [...]*, sulla base dell'art. 51 c. 3 c) del progetto di articoli sopra menzionato[34]. Tale disposizione consente di adottare misure

[30] Dichiarazione congiunta di Russia e Cina sulla promozione e i principi di diritto internazionale, 25 giugno 2016, su cui v. https://www.asil.org/blogs/russia-and-china- issue-joint-declaration-promotion-and-principles-international-law-june-25.

[31] Nel 2021 per la prima volta la Cina ha approvato norme interne che le consentono di adottare sanzioni per motivi di interesse nazionale. V. Anti-sanctions law to protect China's interests (10 giugno 2021), commentata sul sito: https://www.china-briefing.com/news/chinas-anti-foreign-sanctions-law-how-businesses-should-prepare/.

[32] Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per illeciti internazionali del 2000 (pubblicato sullo Yearbook of the international law commission, 2000, vol 1 (part II, disponibile https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2000_v2_p1.pdf).

[33] V. par. 387, Yearbook of the International Law Commission, cit. Va detto che l'UE non è uno Stato ma un'organizzazione internazionale *sui generis* con competenze estese in materia di misure restrittive, anche se non esclusive. Tuttavia, gli Stati membri ormai agiscono in questo settore all'interno dell'organizzazione, laddove riescano ad adottare una posizione comune all'unanimità.

[34] Invece, sulla base del progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali (pubblicato su in Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II, Part Two) e sottoposto all'approvazione dell'Assemblea generale (A/66/10, para. 87)), non è previsto che tali soggetti di diritto internazionale possano adottare misure intese a far cessare violazioni gravi di obblighi dovuti nei confronti di tutta la comunità internazionale da parte degli Stati. L'art. 42 consente invece agli Stati di adottare misure simili a quelle di cui all'art. 51 c. 3 c), nei confronti delle organizzazioni internazionali.

intese a far cessare illeciti internazionale gravi compiuti dagli autori delle violazioni dei diritti umani. Le sanzioni esaminate nel paragrafo 2 sono state adottate dall'UE al fine di far pressione sui vari Paesi terzi affinché cessino le gravi violazioni di obblighi dovuti nei confronti della comunità internazionale (che sono qualificabili in alcuni casi come vere e proprie lesioni di norme di diritto cogente).

Certamente, qualora le misure restrittive dell'UE fossero istituite in presenza di colpi di stato pacifici, e dunque in assenza delle violazioni sopra citate, la liceità di tali misure sarebbe dubbia e le eventuali restrizioni imposte dall'UE sarebbero da considerare un'interferenza negli affari interni del Paese terzo interessato. Nella prassi però non ci pare che siano state imposte sanzioni di questo tipo.

Infine, un altro elemento che contribuisce a rendere compatibili le misure coercitive adottate dall'Unione con il diritto internazionale è che esse sono proporzionate: infatti, si tratta di divieti di esportazione di attrezzature che possono essere utilizzate a fini della repressione interna ovvero di attrezzature, tecnologie o software per il monitoraggio e l'intercettazione delle comunicazioni tramite Internet o di altre forme di comunicazione. Non si tratta di misure di embargo di ampia portata.

In conclusione, in virtù della qualità dei valori violati e della proporzionalità della reazione dell'Unione si deve ritenere che le sanzioni oggetto del saggio non sono incompatibili con gli obblighi discendenti dal diritto internazionale.

4. Le misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani

Di recente, su iniziativa dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, è stata istituito un regime di sanzioni[35] per contrastare le gravi violazioni e abusi dei diritti umani posti in essere da soggetti statali e non statali[36]. Si tratta di misure restrittive a carattere "diffuso" poiché non vanno a colpire un singolo Paese terzo ma coloro che compiono abusi in tutta la comunità internazionale[37]. Gli Stati sono consi-

[35] Decisione (PESC) 2020/1999, cit.

[36] V. art. 1 c. 3. Tra i soggetti sanzionabili si devono ritenere inclusi anche i movimenti di ribelli.

[37] Il nuovo regime stabilito dall'UE è simile a quello americano adottate negli Stati Uniti: il 'Blocking the Property of Persons Involved in Serious Human Rights Abuses or Corruption', Executive Order no. 13818, disponibile al link <https://home.treasury.gov/system/files/126/glomag_eo.pdf> (ultimo accesso, 20 marzo 2021). Tuttavia, a differenza del

derati i responsabili primari del rispetto e della protezione dei diritti umani all'interno del loro territorio. Tuttavia, lo scopo delle misure in esame è colpire gli autori di violazioni gravi dei diritti umani, indipendentemente dal Paese in cui queste sono state compiute.

Come recita la decisione PESC 2020/1999, "i diritti umani sono universali, indivisibili, interdipendenti e interconnessi"[38]. Il nuovo strumento è considerato dal Consiglio coerente con gli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione di cui all'art. 21, c. 2 lett b, tra cui è annoverato anche il consolidamento del rispetto dei diritti umani[39]. Ciò nella convinzione che solo il rispetto di questi e di altri valori di cui all'art. 2 TUE garantisca la pace e una sicurezza sostenibile[40].

Sono sottoposte a sanzioni (congelamento delle risorse economiche o divieto di ingresso nel territorio dell'Unione) le persone che compiono violazioni di obblighi che possono essere qualificati *erga omnes* o di diritto cogente; ne sono esempi il genocidio e la tortura. Tra le violazioni sono incluse: i crimini contro l'umanità, la riduzione in schiavitù e la discriminazione razziale, le esecuzioni e uccisioni extragiudiziali, sommarie o arbitrarie, la sparizione forzata di persone, gli arresti o le detenzioni arbitrarie[41].

Nella decisione 2020/1999/PESC, istitutiva di tale regime, non viene fatto riferimento alla Carta delle Nazioni Unite, ma c'è un evidente collegamento tra alcuni degli strumenti di protezione dei diritti umani adottati nell'ambito dell'ONU e il regime di misure restrittive in esame. Infatti, all'art.1 c. 2 si afferma che: "Ai fini dell'applicazione del paragrafo 1, si dovrebbe tener conto del diritto internazionale consuetudinario e di strumenti di diritto internazionale ampiamente accettati[...]." Segue un elenco delle più importanti convenzioni a carattere universale intese a proteggere

regime di sanzioni americano non sono compresi nel campo di applicazione *ratione materiae* delle misure restrittive dell'UE gli atti di corruzione. Anche l'Australia ha adottato una norma interna simile a quelle in esame. V. il Global Human Rights Sanctions Regulations del 2020 (https://www.legislation.gov.uk/uksi/2020/680/made) e il rapporto: https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/Joint/Foreign_Affairs_Defence_and_Trade/MagnitskyAct/Report.

[38] Preambolo n. 2.

[39] Con un'espressione poco felice la decisione PESC 2020/1999 afferma che le violazioni e gli abusi dei diritti umani "violano i principi e minacciano gli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione di cui all'articolo 21, paragrafi 1 e 2, del trattato sull'Unione europea (TUE)."

[40] Preambolo n. 1.

[41] Si veda l'art. 1(1) della Decisione del Consiglio n. 2020/1999, cit.

i diritti umani[42]. Ci si chiede in che senso l'Unione "intenda tenere" conto delle convenzioni sopra citate. Si può ipotizzare che il Consiglio faccia riferimento alle definizioni delle violazioni stabilite dalle convenzioni citate prima di istituire una misura restrittiva.

Ma è possibile imporre sanzioni anche a persone che violino altri diritti o compiano altre violazioni, nella misura in cui queste sono diffuse, sistematiche o comunque costituiscano motivo di seria preoccupazione per quanto concerne gli obiettivi di politica estera e di sicurezza comune stabiliti all'articolo 21 TUE[43]. Certamente, questa clausola lascia al Consiglio grande discrezionalità. Sarebbe stato utile ancorare l'iscrizione nella lista di responsabili di queste "altre violazioni" a rapporti di organi (o anche commissioni d'inchiesta) incaricate di monitorare il rispetto dei diritti umani.

Il neonato regime sanzionatorio è stato utilizzato abbastanza rapidamente sia per elencare le persone responsabili di violazioni sistematiche e diffuse dei diritti umani qualificabili come violazioni di norme di diritto cogente (come nel caso delle sanzioni adottate rispetto ai responsabili cinesi dei programmi di sorveglianza, detenzione e indottrinamento su larga scala rivolte agli uiguri e a persone di altre minoranze etniche musulmane[44]), sia per le violazioni dei diritti umani per così dire "ordinarie" che sembrano prive di tali caratteristiche (come quelle collegate all'arresto del *leader* dell'opposizione Navalny in Russia)[45]. Le decisioni di iscrivere nel-

[42] Per l'elenco si rimanda per motivi di spazio all'art. 1 c. 2 della decisione del Consiglio n. 2020/1999, cit.

[43] L'elenco non esaustivo delle violazioni o degli altri abusi dei diritti umani comprende: i) tratta di esseri umani, nonché abusi dei diritti umani di cui al presente articolo da parte dei trafficanti di migranti; ii) violenza sessuale e di genere; iii) violazioni o abusi della libertà di riunione pacifica e di associazione; iv) violazioni o abusi della libertà di opinione e di espressione; v) violazioni o abusi della libertà di religione o di credo.

[44] L'Unione ha inserito nelle liste nere individui o entità non statali ritenuti responsabili di detenzioni arbitrarie su larga scala come, in particolare, quelle degli Uiguri nello Xinjiang in Cina; alcuni membri delle forze militari coinvolte nella presa di potere del potere a Myanmar; soggetti coinvolti nella repressione nella Repubblica Democratica Popolare di Corea oppure nelle esecuzioni extragiudiziali e nelle sparizioni forzate in Libia, nella tortura e nella repressione contro le persone LGBTIQ+ e contro gli oppositori politici in Cecenia in Russia; inoltre, sono stati sanzionati alcuni responsabili di atti di tortura, delle esecuzioni extragiudiziali, sommarie o arbitrarie e di uccisioni nel Sudan meridionale e in Eritrea. Decisione (PESC) 2021/481 del Consiglio del 22 marzo 2021 che modifica la decisione (PESC) 2020/1999 relativa a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani (GU 2021, LI 99/25).

[45] Quattro designazioni di funzionari di alto livello sono state fatte in relazione a "gravi violazioni dei diritti umani in Russia, compresi arresti e detenzioni arbitrari" e per l'arresto del leader dell'opposizione Alexei Navalny. V. Decisione (PESC) 2021/372 del

le *blacklists* talune persone anziché altre è comunque di natura politica: ci possono essere casi in cui non è stato possibile raggiungere un accordo tra gli Stati membri per imporre misure restrittive nonostante il verificarsi di violazioni particolarmente gravi dei diritti umani come quelle avvenute nella regione del Tigray (Etiopia)[46].

Più che dare all'Unione il potere di agire in nuovi ambiti[47], il regime di sanzioni sulle gravi violazioni dei diritti umani permette all'organizzazione di adottare le misure restrittive con maggiore facilità e flessibilità[48], non essendo esse legate alla situazione interna di un singolo Paese. Gli Stati membri saranno tendenzialmente più propensi alla loro istituzione che non nel caso in cui siano chiamati a adottare misure a carattere globale (cioè adottate nei confronti del Paese nel suo complesso).

Il nuovo regime ha permesso di imporre sanzioni nei confronti di funzionari statali cinesi per le persecuzioni degli Uiguri; fino ad ora ciò non era stato possibile in assenza di uno specifico regime di sanzioni *ad hoc*. In questo senso, il nuovo strumento rafforza la capacità dell'organizzazione di promuovere il rispetto dei diritti umani al suo esterno e consente all'UE di affermarsi come un attore internazionale attivo su questo fronte[49].

Va osservato che il nuovo regime di sanzioni si distingue da quelli adottati in considerazione della situazione di un Paese terzo in cui si verificano violazioni dei diritti umani. Infatti, mentre questi ultimi tipicamente sono indirizzati alla *leadership* politica di un Paese terzo, al fine di far cessare le violazioni in atto, il quadro di sanzioni sulle gravi violazioni dei diritti umani sembra ispirato da un intento punitivo. Tale finalità desta qualche perplessità in quanto le restrizioni nei confronti delle perso-

Consiglio del 2 marzo 2021 che modifica la decisione (PESC) 2020/1999 relativa a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani (GU L71/I/6); il Regolamento di esecuzione (UE) 2021/371 del Consiglio del 2 marzo 2021 che attua il regolamento (EU) 2020/1998 relativo a misure restrittive contro gravi violazioni e abusi dei diritti umani, (GU 2021, LI 71/1).

[46] Al riguardo v. la dichiarazione dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani Bachelet del 13 settembre 2021, https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27448&Lan gID=E.

[47] Infatti, come sottolinea il Parlamento europeo, due terzi delle sanzioni specifiche per paese dell'UE sono state imposte a sostegno di obiettivi in materia di diritti umani e democrazia. Si veda Risoluzione del Parlamento europeo del 14 marzo 2019 su un regime europeo di sanzioni per le violazioni dei diritti umani (2019/2580(RSP)), par. C.

[48] C. Eckes, T*he EU human rights sanctions regime: striving for utopia backed by sovereign power?*, *European Foreign Affairs Review*, 2021, p. 224.

[49] Si noti che l'art. 9 della decisione 2021/1999/PESC incoraggia Paesi terzi ad adottare misure simili a quelle dell'Unione al fine di massimizzare gli effetti delle misure restrittive dell'UE.

ne sanzionate sono adottate senza alcuna determinazione di colpevolezza dell'autore della violazione emessa da un giudice o da un organismo imparziale ed indipendente. Pertanto, il nuovo quadro sanzionatorio presenta qualche profilo di criticità riguardo al rispetto del diritto alla difesa delle persone sanzionate.

Viceversa, non sembrano condivisibili altre critiche avanzate dalla dottrina nei confronti del nuovo regime di sanzioni. In particolare, non ci pare giustificato affermare che il nuovo strumento tenda ad oscurare le violazioni dei diritti umani promosse da organi statali[50]. In realtà, tra le persone colpite dalle sanzioni molte fanno parte dell'apparato statale ricoprendo vari incarichi collegati alla sicurezza interna del Paese. Inoltre, l'UE continua ad utilizzare le misure restrittive rivolte alla leadership governativa dei Paesi che violano i valori dell'UE[51]. Può essere considerata riduttiva anche la valutazione per cui il nuovo regime di sanzioni costituisce una mera dichiarazione politica attraverso la quale l'UE registra la sua disapprovazione verso la condotta tenuta da coloro che violano i diritti umani a beneficio della sua "*domestic audience*[52]". Dietro questa affermazione si celano dubbi sull'effetto deterrente del nuovo strumento. Certamente, l'adozione delle misure in esame da parte dell'Unione non è sufficiente a far cessare tali violazioni; tuttavia, l'assenza di reazioni di fronte ad esse implicherebbe l'accettazione di pratiche contrarie a norme fondamentali dell'ordinamento internazionale. Pertanto, il regime appena creato serve a far pressione sulla leadership governativa che compie violazioni gravi dei diritti umani. Naturalmente, essendo lo strumento sanzionatorio solo uno tra quelli che l'Unione può usare per esercitare un'influenza sui Paesi terzi al cui interno vengono compiute violazioni dei diritti umani, sarebbe necessario ricorrere anche ad altri mezzi per prevenire ulteriori violazioni. Tutto il ventaglio delle relazioni economiche e politiche dell'organizzazione nei confronti dei Paesi all'interno dei quali sono compiuti gli abusi dovrebbe essere ridotto da parte dell'UE. Ciò implica, ad esempio, che l'organizzazione e gli Stati membri dovrebbero stabilire rapporti di coope-

[50] Editorial, A new tool in the Union's human right toolbox, in *CMLRev* 2021, p. 625.

[51] Lo strumento in esame non è destinato a sostituire le misure restrittive rivolte contro la leadership politica di Paesi che violano i diritti umani. Infatti, l'UE ha continuato a fare affidamento sui regimi di sanzioni collegati ad uno specifico Paese terzo per inserire nelle *blacklists* le persone che commettono violazioni dei diritti umani. Recentemente, nuove designazioni di persone sanzionate sono state fatte nel contesto delle misure restrittive adottate in considerazione della situazione dell'Iran (regime sanzionatorio per i diritti umani), della Bielorussia e della Birmania (v. note 12, 13 e 21).

[52] Editorial, cit, p. 632.

razione economica meno intensa con la Cina, considerata la natura delle violazioni dei diritti umani compiute da tale Paese. Tuttavia, questa rimane una sfida aperta.

5. Le misure coercitive unilaterali e il loro impatto sui diritti umani

Le misure restrittive dell'UE sono contestate, da un lato, poiché esistono dubbi sul se l'UE sia abilitata a adottare contromisure per reagire a violazione di obblighi *erga omnes,* incluse quelle di diritto cogente; dall'altro in quanto, trattandosi di misure coercitive unilaterali, queste incidono sul godimento dei diritti umani. Il Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite[53], unitamente al rappresentante speciale, Alena Douhan, nominata da tale organismo per valutare l'impatto delle misure coercitive economiche sui diritti umani e proporre raccomandazioni intese ad eliminare o ridurre tale impatto, hanno criticato le misure adottate dall'UE e da altri Paesi. Nel suo rapporto del 2020[54], la relatrice definisce le misure coercitive unilaterali genericamente come mezzi di pressione adottati da Stati o organizzazione internazionali senza l'autorizzazione del Consiglio di Sicurezza e, pur ammettendo che tali misure non sono vietate se si tratta di meri atti inamichevoli o contromisure che soddisfano il principio di proporzionalità, ha criticato, *inter alia*, sia il proliferare di misure adottate contro individui, che di quelle di natura settoriale imposte nei confronti di un Paese terzo. In particolare, viene sottolineato come queste ultime colpiscano interi comparti dell'economia, senza che gli operatori colpiti abbiano compiuto violazioni di alcuna norma di diritto internazionale. Ciò a differenza di ciò che avviene per le "sanzioni tradizionali". Specifiche osservazioni critiche sono rivolte ai regimi sanzionatori dell'UE, come quelli che prendono di mira il settore energetico, minerario, finanziario, della difesa e del traspor-

[53] In una risoluzione del 2014, adottata con voto contrario di tutti Paesi dell'Unione presenti all'interno di quell'organismo, le misure coercitive unilaterali sono state criticate per l'impatto negativo che esercitano sul godimento dei diritti umani dell'intera popolazione di un Paese; in particolare le misure di natura economica colpiscono, seppur indirettamente, il diritto alla vita e alla salute di tutta la popolazione. V. risoluzione del Consiglio sui diritti Umani A/HRC/RES/27/21 del 3 ottobre 2014.

[54] A. Douhan, *Negative impact of unilateral coercive measures: priorities and road map: report of the Special Rapporteur on the Negative Impact of Unilateral Coercive Measures on the Enjoyment of Human Rights*, A/HRC/45/7, 21 luglio 2020, p. 2. Sull'impatto delle sanzioni sulle attività umanitarie in Siria, v. N. Zelyova, *Restrictive measures – sanctions compliance, implementation and judicial review challenges in the common foreign and security policy of the European Union*, Era Forum, 2021, p. 159 ss.

to ferroviario in Russia o che istituiscono il divieto di erogazione di servizi turistici in Crimea o ancora quelle degli Stati Uniti in materia di commercio di oro, petrolio e servizi finanziari. La *rapporteur* ritiene che queste misure tendano ad avere effetti che possono essere assimilati a quelli delle sanzioni economiche a carattere globale, delle quali è stata riconosciuta l'inefficacia[55]. Un secondo gruppo di rilievi critici concerne gli effetti negativi sui destinatari indiretti di tali atti e le conseguenze umanitarie della loro applicazione; in particolare, viene messo in evidenza come in taluni casi essi abbiano ostacolato il lavoro delle organizzazioni umanitarie[56].

In realtà, le critiche appena descritte non sembrano essere applicabili alle misure restrittive che tutelano il rispetto della democrazia, della *rule of law* e dei diritti umani. Infatti, in tale tipologia di sanzioni sono rare quelle che impongono divieti di importazione o esportazione di beni di ampia portata[57]. Misure di questo tipo vengono adottate solo di fronte a violazioni dell'integrità territoriale da parte di un Paese terzo come nel caso della Russia o della Siria[58]; viceversa, le misure di natura economica adottate dall'Unione di fronte a violazioni di principi e valori comuni comprendono divieti di esportazione di armi o di strumenti che possono essere usati a fini di pressione interna o di *software* e attrezzature per le intercettazioni telefoniche, oppure il divieto di addestramento delle forze militari o di cooperazione militare con Paesi in cui ci sono stati colpi di Stato[59], o ancora di vendita delle tecnologie elencate nell'elenco comune delle attrezzature militari dell'Unione europea[60]. In questo quadro, anche l'impatto umanitario delle misure coercitive unilaterali in esame risulta necessariamente molto contenuto.

[55] A. Douhan, *Negative impact*, cit., p. 5.

[56] Altri rilievi critici vengono riservati alle sanzioni che hanno effetti extraterritoriali o a quelle rivolte a funzionari di organizzazioni internazionali nell'esercizio delle loro funzioni. A. Douhan, *op. cit.*, p. 6. Tuttavia, l'UE non adotta misure di questo tipo. Ciò a differenza degli USA che, ad esempio, hanno attuato misure intese a proteggere l'autonomia energetica dell'UE (v. nota 22) e hanno sanzionato funzionari della Corte internazionale di Giustizia.

[57] Un'eccezione è il divieto di importazione ed esportazione dei prodotti del petrolio adottato nei confronti della Bielorussia.

[58] Decisione 2013/255/PESC del Consiglio del 31 maggio 2013 relativa a misure restrittive nei confronti della Siria (GU 2013, L 147/14). Si tratta di sanzioni di ampia portata (divieti di investimento e divieti di esportazione di tecnologie, nonché restrizioni di carattere finanziario) poiché la leadership politica del Paese ha compiuto violazioni gravi di norme di diritto umanitario.

[59] Come nel caso della Birmania, ma vedi anche Guinea, Burundi, Iran, Libano, Nicaragua e Venezuela.

[60] V. ad esempio le misure restrittive adottate nei confronti del Venezuela.

6. Il rispetto dei valori comuni nell'adozione delle misure restrittive: il ruolo della Corte di Giustizia

L'UE non può imporre sanzioni intese a rafforzare sul piano esterno i valori sopra menzionati se poi essa stessa non li rispetta al suo interno. In virtù del principio di coerenza delle politiche esterne ed interne dell'Unione[61], quest'ultima è tenuta ad osservare i valori identificati dall'art. 2 TUE, e in particolare i diritti umani, anche quando adotta le misure restrittive. Sarà dunque brevemente esaminato il ruolo svolto dalla Corte di Giustizia al riguardo.

Pur essendo generalmente esclusa la competenza giurisdizionale del giudice dell'Unione rispetto alle disposizioni della PESC, le misure restrittive individuali sono invece pienamente soggette al sindacato giurisdizionale, alle condizioni stabilite dall'art. 263 c. 4 TFUE[62]. Ciò in quanto le persone fisiche o giuridiche oggetto di misure restrittive si vedono limitati i diritti fondamentali (*in primis* il diritto alla proprietà ma anche quello consistente nel condurre un'attività di impresa). Al giudice dell'Unione è affidato il compito di controllare la legalità delle restrizioni poste in essere dal Consiglio[63], che è tenuto a rispettare i diritti fondamentali, tra cui rientra anche il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva[64].

Nella sua copiosa giurisprudenza relativa agli PESC in esame in questo saggio la Corte di Giustizia ha utilizzato sia la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, e in particolare il suo art. 47[65], che i valori stessi di cui all'art. 2 TUE, a cui è sottoposta la PESC per effetto dell'art. 23 del TEU, come fonte per interpretare sia la portata della sua giurisdizione con riguar-

[61] Art. 11 c. 3, secondo paragrafo TUE.

[62] V. art. 275 c. 2 TFUE. In via giurisprudenziale, la Corte di Giustizia si è riconosciuta competente ad esaminare ricorsi di annullamento riguardanti atti collegati alla PESC, considerando che l'azione esterna è soggetta al rispetto della *rule of law* nella sentenza C-455/16 P, *H c. Consiglio*, EU:C:2016:569. P. Van Elsuwege, *Upholding the Rule of Law in the Common Foreign and Security Policy: H v. Council*, 54 *Common Market Law Review,* 2017, p. 855 ss. Si noti che il Tribunale, a cui è stato rinviato l'esame del caso, ha riconosciuto alla ricorrente un risarcimento dei danni morali pari a 30.000 euro accogliendo il ricorso considerato il comportamento illegittimo del Consiglio (si tratta di un raro caso di ricorso di annullamento accolto per sviamento di potere). V. causa T 271/10 RENV II, *H c Consiglio*, ECLI:EU:T:2020:548.

[63] Infatti, sulla base della sentenza *Les Verts*, l'UE è una "Unione di diritto".

[64] C 280/12 P, *Consiglio/Fulmen e Mahmoudian*, EU:C:2013:775, punto 59 C 348/12 P, *Consiglio/Manufacturing Support & Procurement Kala Naft*, EU:C:2013:776, punto 66.

[65] I ricorrenti hanno invocato senza successo anche altri diritti previsti dalla Carta dei diritti fondamentali: tra questi ci sono il diritto di proprietà, il diritto a condurre un'attività economica e il diritto ad una buona amministrazione.

do alle misure restrittive, sia il merito delle domande di annullamento inoltrate dai destinatari delle misure restrittive che i ricorsi volti a stabilire la responsabilità extracontrattuale dell'Unione[66]. Queste tendenze giurisprudenziali sono esemplificate da alcune sentenze la cui importanza viene solo sinteticamente messa in rilievo in questo paragrafo per motivi di spazio.

Nell'esercizio delle competenze a titolo di PESC, il Consiglio è tenuto a rispettare i valori dell'UE sia quando iscrive nelle *black lists* i ricorrenti, che allorché difende le misure restrittive davanti alla Corte di Giustizia[67].

Nella causa *Rosneft*[68] la Corte di Giustizia ha interpretato in modo ampio la competenza ad esaminare la legalità delle misure restrittive mentre in una pronuncia successiva, relativa alla causa *Bank Refah Kargaran*, ha stabilito che i destinatari di misure restrittive possono proporre ricorsi per responsabilità extracontrattuale nei confronti dell'UE per i danni provocati dall'adozione di Decisioni PESC[69]. In entrambe le sentenze la portata della

[66] Ma il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva è stato valorizzato dalla Corte di Giustizia anche al fine di considerare ricevibili i ricorsi di annullamento proposti da un'ampia gamma di soggetti sanzionati, alcuni dei quali difficilmente potevano essere qualificati come ricorrenti privati. Grazie ad una interpretazione blanda dei requisiti soggettivi previsti per l'impugnazione delle misure restrittive, sulla base degli articoli 275 c. 2 e art. 263(4) TFEU, alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, è stato considerato ammissibile anche il ricorso proposto da un'articolazione del governo iraniano. V. Causa T-564/12, *Ministry of Energy of Iran*, ECLI:EU:T:2015:599. Per ulteriori approfondimenti si rimanda a S. Poli, *Judicial protection and its limits in the case law concerning individual restrictive measures in the European Union*, E. Neframi, M. Gatti, *Constitutional issues of EU external relations law*, Luxembourg, 2018, pp. 287-306.

[67] Il Consiglio è tenuto a rispettare la *rule of law* anche quando difende le misure restrittive davanti alla Corte di Giustizia. Questo principio emerge nella sentenza relativa alla causa C-123/18P, *HTTP* (ECLI:EU:C:2019:694) in cui la Corte di Giustizia ha annullato una sentenza del Tribunale poiché quest'ultimo aveva respinto il ricorso per responsabilità extracontrattuale dell'Unione proposto dal ricorrente considerando che il Consiglio non aveva tenuto alcun comportamento illegittimo. In particolare, in primo grado era stato accettato che il Consiglio potesse invocare tutti gli elementi pertinenti intervenuti nei 5 anni successivi alla data dell'adozione della decisione PESC contestata dal ricorrente al fine di provare di non aver tenuto un comportamento illegittimo quando aveva iscritto la società HTTP nella lista. La Corte di Giustizia ritiene che il Tribunale abbia commesso un errore di diritto così statuendo. Infatti, per provare di non aver tenuto un comportamento illegittimo il Consiglio può avvalersi di tutti gli elementi che aveva a disposizione *al momento della iscrizione nella lista* (corsivo dell'autrice) del ricorrente. Viceversa, non è invece possibile concedere al Consiglio cinque anni al fine di provare che il comportamento tenuto era legittimo. Tale periodo di tempo è quello previsto per inoltrare un'azione per responsabilità extracontrattuale da parte delle persone che subiscono danni a seguito del comportamento illegittimo di una istituzione dell'UE.

[68] Causa C-72/15 P, *Rosneft*, ECLI:EU:C:2017:236.

[69] Ciò in virtù del principio della coerenza del sistema giurisdizionale in base al quale se è possibile reclamare i danni dall'Unione in relazione ad un regolamento che dà

competenza della Corte di Giustizia viene ampliata in assenza di riferimenti espliciti nell'art. 275 c. 2 TFUE.

Il giudice dell'Unione ha esaminato se il Consiglio non abbia travalicato i limiti della sua discrezione inserendo nelle *black lists* persone che non avrebbero dovuto figurare in quegli elenchi in quanto non rispondenti ai criteri di designazione stabiliti dalle decisioni PESC, istitutive di misure restrittive, o in quanto non esistevano prove sufficienti per la loro iscrizione nella lista. Così ha annullato in varie occasioni le iscrizioni nella lista di ricorrenti privati e i loro nomi sono stati espunti dalle decisioni istitutive di misure restrittive[70]. Ha anche accolto domande per il risarcimento dei danni immateriali collegati ad un'erronea iscrizione nelle *black lists*[71].

Certamente, le misure restrittive comportano una limitazione dei diritti delle persone sanzionate. Ma l'ingerenza con il godimento dei diritti umani è ammessa, se la limitazione che ne risulta è prevista da norme e risulta necessaria per realizzare "obiettivi superiori" come il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. La maggior parte dei ricorsi sono stati respinti dal giudice dell'Unione o comunque, anche se accolti, il Consiglio ha poi modificato i motivi alla base della iscrizione nella lista nera e i ricorrenti hanno continuato a rimanere soggetti a misure restrittive[72].

Al di là degli aspetti puramente quantitativi, negli anni il sindacato della Corte di Giustizia rispetto all'azione del Consiglio a titolo di PESC

attuazione ad una Decisione PESC, istitutiva di misure restrittive, tale possibilità deve estendersi anche ai ricorsi contro queste ultime.

[70] V. a titolo di esempio, le sentenze del Tribunale, cause riunite T-329/12 e T-74/13, *Mazen Al-Tabbaa*, ECLI:EU:T:2014:622 e T-652/11, *Bassam Sabbagh*, ECLI:EU:T:2015:112, T-293/12, *Syria International Islamic Bank*, ECLI:EU:T:2014:439, T-490/18 *Neda Industrial Group* ECLI:EU:T:2020:318. Per un esempio di decisione del Consiglio che elimina dagli elenchi vari ricorrenti che hanno visto accolto il loro ricorso di annullamento v. Decisione (PESC) 2017/83 del Consiglio, del 16 gennaio 2017, che modifica la decisione 2010/413/PESC concernente misure restrittive nei confronti dell'Iran, GU 2017, L 12/92. Per recenti esempi di imprenditori siriani la cui associazione al regime governativo iraniano non è stata sufficientemente suffragata dal Consiglio, v. T-256/19 *Bashar Assi*, ECLI: ECLI:EU:T:2021:818 e T 257/19, *Khaldoun Al Zoub*, ECLI:EU:T:2021:819. Si vedrà se il Consiglio deciderà di eliminare i nomi dagli allegati delle misure restrittive siriane.

[71] Causa T 384/11 *Safa Nicu Sepahan*, ECLI:EU:T:2014:986. La ricorrente ha ottenuto un risarcimento di 50.000 euro. Si tratta di un riconoscimento importante considerato che in altra pronuncia la Corte di Giustizia aveva ritenuto che la cancellazione dalla ista costituisse un'adeguata riparazione dei danni immateriali subiti a causa dell'erronea iscrizione nella lista. V. C 239/12 P, *Abdulrahim*, EU:C:2013:331

[72] Per un esempio v. Decisione (PESC) 2015/2216 del Consiglio del 30 novembre 2015 che modifica la decisione 2010/413/PESC concernente misure restrittive nei confronti dell'Iran, GU 2015, L314/58.

è diventato qualitativamente più penetrante e ciò ha determinato cambiamenti nella procedura seguita dal Consiglio al fine di stabilire misure restrittive in particolare per ciò che riguarda le misure restrittive sullo sviamento dei fondi pubblici[73]. In relazione a questa particolare categoria di misure restrittive, si segnalano vari ricorsi di annullamento che hanno portato alla cancellazione dalla lista dei ricorrenti.

A partire dal 2018, il Tribunale o la Corte di Giustizia hanno annullato le iscrizioni nelle *black lists* di alcuni ricorrenti ucraini ed egiziani. In una sentenza di appello[74] il giudice dell'Unione ha ritenuto che il Consiglio non avesse provato che le misure restrittive impugnate dall'*ex* primo ministro ucraino Azarov fossero basate su una base fattuale sufficientemente solida poiché per poterlo fare avrebbe dovuto accertare esso stesso che i diritti della difesa e il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva di cui gode il ricorrente fossero stati rispettati nei procedimenti giudiziari ucraini prima di adottare la sua decisione di rinnovare le misure restrittive nei confronti di Azarov[75]. Successivamente, il tribunale ha annullato le iscrizioni nella lista di altri ricorrenti ucraini e i nomi di alcune persone sono stati espunti dalla *blacklist*[76].

Nel 2020 la Corte di Giustizia ha annullato le iscrizioni nella lista dei familiari di Mubarak (che nel frattempo era deceduto)[77]. Anche in questo caso, il motivo dell'illegalità delle misure è che il Consiglio non ha dimostrato che nel Paese che conduceva i procedimenti giudiziari contro i ricorrenti fossero stati rispettati il diritto alla difesa e alla tutela giurisdizionale effettiva delle persone oggetto di indagini[78].

Gli standard che il Consiglio deve rispettare per poter imporre le sanzioni in esame sono talmente elevati che per tale istituzione dimostrare di

[73] S. Poli, L'evoluzione del controllo giurisdizionale sugli atti PESC intesi a consolidare la rule of law: il caso delle misure restrittive sullo sviamento di fondi pubblici, in Diritto dell'Unione europea, 2019, pp. 301-329.

[74] C-530/17 P *Mykola Yanovych Azarov c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2018:1031.

[75] C-530/17 P, cit, punto 34.

[76] È questo il caso di Mykola Yanovych Azarov e Edward Stavytskyi. V. Decisione (PESC) 2020/373 del Consiglio del 5 marzo 2020 che modifica la decisione 2014/119/PESC, relativa a misure restrittive nei confronti di talune persone, entità e organismi in considerazione della situazione in Ucraina, GU 2020, L 71/10. Anche i ricorsi presentati tra il 2017 e il 2020 da Klymenko sono stati accolti. V. l'ultimo tra questi: T 258/20 *Oleksandr Viktorovych Klymenko*, ECLI:EU:T:2021:52. Tuttavia, il nome del ricorrente rimane ancora iscritto nell'elenco dei sanzionati.

[77] Cause riunite C-72/19 P e C-145/19 P, *Suzanne Saleh Thabet e a. c Consiglio*, ECLI:EU:C:2020:992.

[78] Le misure restrittive egiziane sono state infine abrogate dal Consiglio in quanto quest'ultimo sostiene che le misure hanno raggiunto il loro scopo.

aver assolto l'obbligo appena citato diventa una *probatio diabolica*[79]. La Corte di Giustizia ha reso così difficilmente difendibili in giudizio le misure restrittive sullo sviamento dei fondi pubblici.

Complessivamente, ci pare che il giudice dell'Unione abbia assicurato che l'organizzazione sia coerente quando difende i diritti umani all'estero considerato che essa stessa assicura il rispetto dei diritti umani al suo interno.

Ma vale la pena segnalare una sentenza recente in cui il giudice dell'Unione ha fatto riferimento ai valori – e in particolare, quello del rispetto dello stato di diritto – in modo non del tutto condivisibile, al fine di consentire ad un Paese terzo, interessato dalle misure restrittive dell'Unione, di impugnare davanti alla Corte di Giustizia le sanzioni adottate dal Consiglio in relazione alla situazione del Paese terzo. Il riferimento è ad una sentenza di appello nella causa *Venezuela c. Consiglio*[80]. In primo grado[81], il Paese terzo aveva impugnato alcuni atti PESC e "non PESC" che imponevano una serie di divieti di esportazione di attrezzature finalizzate alla repressione interna nei confronti degli operatori economici degli Stati membri[82]. Tuttavia, mentre il Tribunale ha respinto il ricorso per difetto di legittimazione ad agire, nel giugno 2020 in appello la Corte di Giustizia ha considerato ricevibile l'azione proposta dal Venezuela chiarendo per la prima volta che il ricorrente costituiva una persona giuridica, ai sensi dell'art. 263 c. 4 TFEU e in quanto tale, poteva impugnare i divieti di esportazione previsti dal regolamento n. 2017/2063, purché fossero rispettate le altre condizioni di ammissibilità del ricorso (l'interesse diretto e individuale).

La Corte di Giustizia interpreta così la disposizione sopra menzionata e l'art. 275 c. 2 TUE, alla luce del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo e ritiene che questa interpretazione sia conforme al valore dello

[79] Vale la pena osservare che la Corte di Giustizia, nell'ambito dei ricorsi proposti da ricorrenti ucraini, evidenzia come l'adesione dell'Ucraina alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, il cui rispetto è assicurato dalla Corte di Strasburgo, non assolve il Consiglio dall'obbligo di verificare che le decisioni di tale Paese, su cui si basano le misure restrittive dell'UE, rispettino i diritti alla difesa e alla tutela giurisdizionale effettiva.

[80] Causa C-872/19 P, cit.

[81] Causa T-65/18, *Venezuela c. Consiglio*, ECLI:EU:T:2019:649.

[82] Regolamento (UE) 2017/2063 del Consiglio, del 13 novembre 2017, concernente misure restrittive in considerazione della situazione in Venezuela (GU 2017, L 295/21), regolamento di esecuzione (UE) 2018/1653 del Consiglio, del 6 novembre 2018, che attua il regolamento 2017/2063 (GU 2018, L 276/1) e la decisione (PESC) 2018/1656 del Consiglio, del 6 novembre 2018, che modifica la decisione (PESC) 2017/2074, concernente misure restrittive in considerazione della situazione in Venezuela (GU 2018, L 276/10).

stato di diritto che l'UE è tenuta a rispettare. A rafforzare questa conclusione, supportata peraltro dai governi belga, bulgaro, tedesco, estone, lettone, lituano e dai Paesi Bassi, afferma che "*gli obblighi dell'Unione di garantire il rispetto del valore dello Stato di diritto non possono in alcun modo essere subordinati ad una condizione di reciprocità per quanto riguarda i rapporti intrattenuti dall'Unione con Stati terzi"* (par. 52). Da tale affermazione si deduce che per la Corte di Giustizia è irrilevante che all'Unione non sia consentito impugnare le sanzioni imposte da Paesi terzi davanti ai giudici di tali Stati; ciò in quanto non possiamo far dipendere il rispetto dello stato di diritto nell'Unione dall'osservanza di tale valore all'interno dei Paesi terzi con i quali la stessa intrattiene relazioni.

Certamente, la mancanza di reciprocità riguardo alla possibilità di impugnare sanzioni unilaterali adottate nei confronti di cittadini dell'Unione davanti ai giudici di Paesi terzi non può essere considerato un fattore politico che osta in modo assoluto alla concessione del medesimo trattamento a favore di tali Stati a parti inverse. Tuttavia, ciò non vuol dire che sia condivisibile l'interpretazione dell'art. 263 c. 4 TFEU offerta dal giudice dell'Unione in base alla quale tra le persone giuridiche a cui fa riferimento tale disposizione possono essere inclusi anche i Paesi terzi. Infatti, il giudice dell'Unione non è convincente nel collegare la legittimazione ad agire del Venezuela al rispetto della tutela giurisdizionale effettiva e dello stato di diritto. Questo collegamento vale se i destinatari delle misure di diritto sono soggetti non statali, mentre non tiene nel caso in cui i ricorrenti siano Paesi terzi. La disposizione in esame è stata concepita come uno strumento per permettere a soggetti non statali di contestare le misure restrittive, tramite l'art. 275 par. 2, in quanto queste limitano i loro diritti fondamentali e i privati non hanno altro modo per contestare tali misure. Viceversa, i Paesi terzi possono discutere delle misure restrittive a livello diplomatico nelle sedi opportune; inoltre, ad essi è riservata la possibilità di sindacare la compatibilità delle misure restrittive con gli obblighi discendenti da accordi internazionali nell'ambito del sistema di risoluzione delle dispute dell'OMC[83].

Occorre poi aggiungere un ulteriore elemento che vale a rendere poco convincente l'esito dell'appello nella causa promossa dal Venezuela. Pur esistendo ricorsi proposti da Paesi terzi che sono stati considerati

[83] Di recente l'Ucraina e la Russia hanno utilizzato l'OMC per risolvere controversie relative ad alcune misure di limitazione del traffico di merci imposte dalla Russia per motivi collegati alla sua sicurezza. V. WT/DS512/R, rapporto del Panel report of 5 April 2019, *Russia-Measures concerning traffic in transit.*

ricevibili[84], come rileva l'AG Hogan, esistono elementi distintive importanti rispetto a quello in esame: in particolare, essi non avevano per fine l'annullamento di atti PESC e i ricorrenti non avevano violato i diritti umani al loro interno. L'allargamento del novero di soggetti legittimati ad impugnare in giudizio le decisioni PESC del Consiglio assunte in vista del consolidamento e del sostegno al rispetto dei diritti umani[85] in tali Stati, ci sembra che possa addirittura compromettere la realizzazione degli obiettivi sopra citati, se ai Paesi terzi che abbiamo compiuto simili violazioni viene concesso di sindacare le menzionate misure del Consiglio.

La sentenza *Venezuela c. Consiglio* avrà implicazioni sistemiche negative in quanto incoraggerà Paesi responsabili di violazioni dei diritti umani o di altre norme di diritto internazionale a far ricorso alla Corte di Giustizia. Certamente, sarà difficile che le domande di annullamento possano essere accolte nel merito. È infatti arduo immaginare quali siano i motivi suscettibili di inficiare la validità di una misura restrittiva che ha portata generale ed astratta come quella adottata dal Consiglio nel caso del Venezuela, posto che il giudice dell'Unione non potrebbe annullare le Decisioni PESC impugnate poiché risultano sproporzionate rispetto all'obiettivo proposto. Infatti, spetta al Consiglio stabilire quali sono gli atti attraverso i quali si possono conseguire gli obiettivi della PESC.

L'UE potrebbe decidere in via unilaterale, senza violare alcun obbligo internazionale, di limitare i rapporti commerciali con Paesi terzi per motivi politici. Al massimo, qualora essa fosse vincolata al rispetto di un Trattato concluso con il Paese oggetto di sanzioni, ed avente ad oggetto la liberalizzazione degli scambi commerciali, forse, sarebbe possibile considerare le misure restrittive incompatibili con gli eventuali obblighi discendenti da tale atto. Ma va sottolineato che spesso le clausole contenute all'interno degli accordi dell'Unione prevedono la possibilità di derogare alle sue previsioni per motivi legati alla sicurezza nazionale o dell'Unione. Inoltre, il modo in cui la Corte di Giustizia o il Tribunale hanno interpretato tali clausole nei pochi casi in cui esse sono venute in rilievo nella giurisprudenza relativa alle misure restrittive consente all'Unione di adottare tali atti PESC senza temere le censure del giudice dell'Unione[86]. Tale è il caso

[84] Si veda punti 75-77 delle Conclusioni dell'AG Hogan del 20 gennaio 2021 nella causa C-872/19 P *Venezuela c. Consiglio*.

[85] Art. 21 c. 2 b) TUE.

[86] Nella sentenza relativa alla causa *Rosneft*, cit, la Corte di Giustizia ha escluso che le misure restrittive adottate in relazione alla situazione della Russia fossero incom-

della sentenza Rosneft e l'ampia interpretazione data all'art. 99 punto 1, lett. d) dell'accordo di partenariato e cooperazione con la Russia che, nella valutazione del giudice dell'Unione, consente a quest'ultima di prendere qualsiasi misura in violazione di tale accordo, al fine di tutelare gli interessi essenziali della sicurezza. Tuttavia, il Consiglio potrebbe essere costretto dalla Corte di Giustizia a sospendere l'accordo in via preventiva (e in virtù della violazione di suoi elementi essenziali, tra cui rientrano le violazioni dei diritti umani) per poi adottare le misure restrittive per motivi di politica estera.

7. Conclusioni

Nonostante le critiche rivolte dai paesi sanzionati dall'UE e da organismi quali il Consiglio sui diritti umani delle Nazioni Unite alle misure coercitive unilaterali imposte dall'organizzazione, le sanzioni intese a consolidare la democrazia, la *rule of law* e il rispetto dei diritti umani non violano obblighi di diritto internazionale, considerate le circostanze che sono alla base della loro istituzione e la portata materiale delle misure restrittive. Infatti, da un lato, le restrizioni dell'Unione sono attuate solo se accanto alle violazioni di standards democratici o della *rule of law* (non necessariamente espressione di valori comuni) si verificano all'interno dello Stato terzo trasgressioni di beni e valori comuni come il rispetto dei diritti umani. Dall'altro, l'UE non solo privilegia l'uso di sanzioni individuali rispetto a quelle che interessano l'economia di un intero Paese terzo ma qualora scelga di imporre divieti di esportazione, come avvenuto nel caso delle misure restrittive del Venezuela del 2017, questi non vanno a colpire l'economia dello Stato terzo ma si limitano a proibire l'esportazione di prodotti specifici (le attrezzature e strumenti che possono essere utilizzati ai fini della repressione interna).

Così agendo, l'UE contribuisce alla formazione di una norma consue-

patibili con le disposizioni dell'accordo di partenariato e cooperazione concluso dall'UE con la Russia. Nella valutazione del giudice dell'Unione, l'art. art. 99 punto 1, lett. d) del menzionato Trattato consente a quest'ultima di prendere qualsiasi misura in violazione di tale accordo, al fine di tutelare gli interessi essenziali della sicurezza nonché la pace e la sicurezza internazionale (punti 110-116). In altra sentenza, il Tribunale ha considerato le misure restrittive impugnate dalla Rosneft compatibili con l'art. XXI del GATT poiché "*taken in time of war or other emergency in international relations*" al fine di tutelare gli interessi di sicurezza essenziali degli Stati membri dell'Unione (T-715/14, *Rosneft*, ECLI:EU:T:2018:544, punto 151).

tudinaria che consente di adottare misure restrittive proporzionate laddove ci siano violazioni dei diritti umani[87].

Venendo al nuovo regime rivolto a sanzionare gli autori di violazioni gravi dei diritti umani, pur permettendo all'UE di reagire celermente di fronte a tali situazioni, sono ad esso associati alcuni elementi di criticità: l'UE impone misure restrittive individuali senza avere a disposizione alcun meccanismo che consenta di accertare le violazioni compiute dai presunti trasgressori dopo aver assicurato loro il rispetto del diritto alla difesa.

Quanto alla procedura di adozione di misure restrittive dell'Unione, è stato messo in evidenza come esistano antidoti giudiziari alle possibili violazioni dei diritti fondamentali da parte del Consiglio per quanto riguarda le misure restrittive di natura individuale: la Corte di Giustizia assicura il rispetto dei valori sopra menzionati anche se ciò non vuol dire che l'esito de ricorsi debba essere necessariamente la cancellazione dalla lista dei ricorrenti. Infine, la giurisprudenza del giudice dell'Unione non è esente da paradossi. In nome del rispetto dello stato di diritto, è ora possibile per un Paese terzo che viola valori e beni comuni impugnare in giudizio misure intese a far rispettare proprio quegli stessi valori.

[87] Le considerazioni svolte non sono applicabili ad alcune misure restrittive, come quelle adottate rispetto alla situazione in Libano; infatti, la loro istituzione non sembra ancorata a violazioni di obblighi *erga omnes*.

UNIONE EUROPEA E *RULE OF LAW* NELLA *GOVERNANCE* DELL'ECONOMIA GLOBALE: L'APPROCCIO AL CONTENZIOSO PER IL LIBERO SCAMBIO

Elisa Baroncini*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'azione dell'Unione europea in seno all'OMC per mantenere il diritto d'appello: il *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement* (MPIA). – 3. L'attivazione da parte dell'Unione europea dei meccanismi bilaterali di risoluzione delle controversie degli accordi di libero scambio di ultima generazione. – 3.1. Il *report* del caso *Ukraine – Wood Export Ban*. – 3.2. Il *report* del caso *Korea – Labour Commitments*. – 4. Le misure unilaterali dell'Unione europea e il coinvolgimento della società civile. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Oggetto del presente contributo è l'approccio dell'Unione europea (UE) alla crisi del meccanismo di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), il cui funzionamento è minacciato dal dicembre 2019 a causa della persistenza del veto statunitense alla nomina dei nuovi membri dell'Organo d'appello[1]. L'azione europea per opporsi e superare questo versante della crisi del multilateralismo presenta profili di particolare interesse, essendo caratterizzata da un lavoro attento e innovativo delle istituzioni dell'Unione, in particolare della Commissione, il cui tratto distintivo è il richiamo alla *rule of law* internazionale[2]. Quest'ultima, infatti, come indicato anche dal Trattato di Lisbona,

* Professoressa ordinaria di Diritto internazionale, Università di Bologna.

[1] Sulla crisi dell'Organo d'appello dell'OMC cfr., *inter alia*, N.M. Hart, B.J. Murrill, *The World Trade Organization's (WTO's) Appellate Body: Key Disputes and Controversies*, Congressional Research Service R46852, 22 July 2021; J. Lehne, *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?*, Berlin-Berne, 2019; C. Lo, J. Nakagawa, T. Chen (Eds.), *The Appellate Body of the WTO and its Reform*, Heidelberg, 2020; G. Sacerdoti, *The Stalemate Concerning the Appellate Body of the WTO: Any Way Out?*, *Question of International Law*, 2019, pp. 37-59; United States Trade Representative, *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*, Washington D.C., February 2020.

[2] Su tale tema v. N. Arajärvi, *The Core Requirements of the International Rule of Law in the Practice of States*, *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021, pp. 173-193; S. Beaulac, *An Inquiry into the International Rule of Law*, *EUI MWP* 2007/14; S. Chester-

deve essere alla base dell'azione internazionale della UE[3]. Le Nazioni Unite hanno definito la *rule of law* a livello nazionale ed internazionale come "a principle of governance in which all persons, institutions and entities, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with internationally recognized human rights"[4]; la *rule of law*, inoltre, richiede "measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency"[5]. Pertanto, anche l'esito di una controversia deve essere fondato su un'applicazione delle regole oggettiva e coerente, e non, invece, determinato dalle relazioni di potere tra le parti in disputa[6]. Occor-

man, *Rule of Law*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007; S. Chesterman, *An International Rule of Law?*, *The American Journal of Comparative Law*, 2008, pp. 331-361; T.P Holterhus, *The History of the Rule of Law*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2018, pp. 430-466; M. Koskenniemi, *Imagining the Rule of Law: Rereading the Grotian "Tradition"*, *European Journal of International Law*, 2019, pp. 17-52; H. Krieger, G. Nolte, A. Zimmermann (Eds.), *The International Rule of Law: Rise or Decline? Foundational Challenges*, Oxford, 2019; R. McCorquodale, *Defining the International Rule of Law: Defying Gravity?*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2016, pp. 277-304; C.E. Pavel, *The International Rule of Law*, *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2019, pp. 1-20.

[3] L'art. 21 TUE indica, tra l'altro, che "[l]'Unione definisce e attua politiche comuni e azioni e opera per assicurare un elevato livello di cooperazione in tutti i settori delle relazioni internazionali al fine di … consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale" (al par. 2, lett. b). Cfr. anche l'art. 3, par. 5 TUE. Sui valori dell'azione internazionale dell'Unione cfr. Federico Casolari, *I principi del diritto dell'Unione europea negli accordi commerciali: una visione di insieme*, in G. Adinolfi (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, 2021, pp. 73-105; M. Cremona (Ed.), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Portland-Oxford, 2018; E. Kassoti, R.A. Wessel, *The Normative Effect of Article 3(5) TEU: Observance and Development of International Law by the European Union*, in corso di pubblicazione in P. García Andrade (Ed.), *Interacciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Público*, Tirant lo Blanch, 2022. Sulla *rule of law* nel sistema dell'Unione europea v. F. Casolari, *Lo Stato di diritto preso sul serio*, in P. Manzini, M. Vellano (a cura di), *Unione europea 2020 – I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, 2021, pp. 285-314; P. Mengozzi, *La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, *Rivista di diritto europeo*, 1992, pp. 511-525.

[4] S/2004/616, *Report of the Secretary-General: The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies*, 23 August 2004, par. 6.

[5] *Ibid.*

[6] Cfr. K. Alter, *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*, Princeton, 2014; J.E. Alvarez, *International Institutions as Law-Makers*, Oxford, 2006; G. Biehler, *Procedures in International Law*, Heidelberg, 2008; R. Howse, H. Ruiz-Fabri, Geir Ulfstein, M.Q. Zang (Eds.), *The Legitimacy of International Trade Courts and Tri-*

re, quindi, che tale esito provenga da un meccanismo internazionale vincolante che assicuri equità, *predictability* e autorevolezza nella trattazione di una causa, nonché l'indipendenza dei soggetti terzi chiamati a giudicare[7]. Inoltre, nel garantire il rispetto delle regole internazionali, l'Unione valorizza un altro profilo della *international rule of law*, quello della legittimazione dell'operato delle sue istituzioni attraverso la partecipazione della società civile all'elaborazione dell'azione europea, predisponendo procedure inclusive dei soggetti portatori di interesse e, più in generale, di associazioni e cittadini, nella definizione della *trade policy* europea e dei suoi strumenti, e nella loro attuazione.

L'analisi del tema qui proposto verrà articolata in tre parti, corrispondenti ai tre elementi della strategia europea per garantire un contenzioso internazionale in materia di economia che sia trasparente, partecipato ed efficace. In primo luogo, ci si soffermerà sull'azione dell'Unione europea in seno all'OMC per mantenere il diritto all'appello nel sistema ginevrino di risoluzione delle controversie[8]; quindi, si considererà la dinamica del contenzioso degli accordi bilaterali di libero scambio dell'Unione europea[9]; infine, l'attenzione verrà riservata alle misure unilaterali della disciplina europea, cui ricorrere quale *extrema ratio* laddove i tentativi di risolvere una controversia con mezzi diplomatici, o ricorrendo a gruppi di *panelists* o arbitri, non producano l'auspicato risultato positivo[10]. Seguiranno alcune prime conclusioni, ove verrà evidenziato il contributo che, anche attraverso l'approccio al contenzioso internazionale sul libero scambio, l'Unione intende dare alla realizzazione degli obiettivi per lo sviluppo sostenibile dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite[11]. Parimenti, verrà sottolineata l'im-

bunals, Cambridge, 2018; A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford, 2011; E.-Ulrich Petersmann, *Rule-of-law in International Trade and Investments? Between Multilevel Arbitration, Adjudication and "Judicial Overreach"*, EUI Working Papers, Law 2020/10; P.-T. Stoll, *International Investment Law and the Rule of Law*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2018, pp. 267-292; S. Villalpando, *On the International Court of Justice and the Determination of Rules of Law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2013, pp. 243-251.

[7] Sulla *international rule of law* con particolare riferimento al sistema multilaterale degli scambi cfr. J. Hillmann, *Moving Towards an International Rule of Law? The Role of the GATT and the WTO in its Development*, in G. Marceau (Ed.*), A History of Law and Lawyers in the GATT/WTO – The Development of the Rule of Law in the Multilateral Trading System*, Cambridge, 2015, pp. 60-75.

[8] V. *infra* il par. 2.

[9] V. *infra* il par. 3.

[10] V. *infra* il par. 4.

[11] Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni unite del 25 settembre 2015*, Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1.

portanza del principio di trasparenza per il perseguimento della *international rule of law* nelle relazioni esterne economiche dell'Unione europea.

2. L'azione dell'Unione europea in seno all'OMC per mantenere il diritto d'appello: il Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement (MPIA)

L'approccio dell'Unione Europea al meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC[12] è caratterizzato dalla ferma e convinta adesione ad un sistema multilaterale degli scambi fondato sulle regole (*rules-based*), nel quale le dispute sono sottoposte ad una procedura contenziosa vincolante e articolata in due gradi di giudizio, e, quindi, il rispetto degli obblighi internazionali e il loro *enforcement* avvengono alla luce dell'interpretazione data agli accordi di Marrakesh da un'istanza d'appello permanente, che garantisca, anche attraverso la sua indipendenza, la qualità delle decisioni[13].

La UE è sempre stata ben consapevole del rischio di quanto si sarebbe poi verificato: la perseveranza del veto statunitense all'elezione dei Membri dell'Organo d'appello avrebbe privato il sistema multilaterale del secondo grado di giudizio; e la paralisi del Tribunale permanente, in caso di appello nel vuoto di una parte soccombente dinanzi al *panel*, avrebbe implicato il blocco dell'intero meccanismo di risoluzione delle controversie in riferimento al reclamo interessato, in quanto l'adozione del *report* di un *panel* da parte dell'Organo di risoluzione delle controversie dell'OMC (*Dispute Settlement Body*, DSB) è naturalmente preclusa dall'impugnazione di tale *report*[14].

[12] Sul sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC cfr., *inter alia*, G. Adinolfi, *La soluzione delle controversie*, in G. Venturini (a cura di), *L'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2015, pp. 303-331; L. Choukroune, J.J. Nedumpara, *International Economic Law – Text, Cases and Materials*, Cambridge, 2021, pp. 412 ss.; F. Marrella, *Manuale di diritto del commercio internazionale*, Padova, 2020, pp. 785 ss.; P. Van den Bossche, Denise Prévost, *Essentials of WTO Law*, Cambridge, 2021, pp. 30-53; M.R. Mauro, *Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Napoli, 2019, pp. 173 ss.; P. Van den Bossche, Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization – Text, Cases, and Materials*, Cambridge, 2022, pp. 173 ss.

[13] Per una presentazione efficace della visione dell'Unione europea sul meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC v. la dichiarazione del Rappresentante della UE in WT/GC/M/181, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 9-10 December 2019*, 24 February 2020, parr. 5.130-5.141.

[14] L'intesa sulla risoluzione delle controversie dell'OMC stabilisce il diritto all'appello, il quale, esercitato dinanzi ad un Organo d'appello che non abbia almeno tre membri,

Dinanzi ad un simile scenario, l'Unione ha saggiamente scelto di percorrere parallelamente due possibili vie d'uscita. Da un lato, la Commissione europea ha preso atto delle critiche e delle preoccupazioni espresse dagli Stati Uniti, e si è prodigata nel promuovere soluzioni comuni, avendo, però, sempre cura di precisare che la ricerca di condivisione veniva condotta "*while preserving the essential features of the [dispute settlement] system and of its Appellate Body*"[15]. Sono state, così, proposte, nel 2018, modifiche all'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, DSU)[16]; e si è svolto un alacre lavoro di supporto all'Ambasciatore David Walker nella sua opera di facilitatore del processo informale dell'OMC dedicato al funzionamento dell'Organo d'appello, processo che, nel dicembre 2019, avrebbe portato alla formulazione dei cd "Walker Principles"[17].

Dall'altro lato, determinata a preservare la funzione d'appello dell'OMC anche nell'ipotesi in cui una soluzione comune non fosse praticabile in tempo utile, l'Unione ha elaborato un piano B, un'alternativa basata sull'arbitrato previsto dall'art. 25 del DSU "*as a temporary avenue to enable appeals of panel reports*"[18]. La disposizione richiamata, infatti,

paralizza la soluzione di quella data controversia. Infatti, in base all'art. 16, par. 4, del DSU "[i]f a party has notified its decision to appeal, the report by the panel shall not be considered for adoption by the DSB until after completion of the appeal"; e l'art. 17, par. 1, del DSU stabilisce che ogni sezione giudicante dell'Organo d'appello sia formata da tre membri: "[a] standing Appellate Body shall be established by the DSB. The Appellate Body shall hear appeals from panel cases. It shall be composed by seven persons, *three of whom shall serve on any one case*" (il corsivo è nostro). Pertanto, se non vi sono almeno tre giudici nell'istanza d'appello, l'impugnazione blocca l'adozione del *report* del *panel*.

[15] WT/GC/W/752/Rev.2, *Communication from the European Union, China, Canada, India, Norway, New Zealand, Switzerland, Australia, Republic of Korea, Iceland, Singapore, Mexico, Costa Rica and Montenegro to the General Council*, 11 December 2018, a p. 1.

[16] WT/GC/W/752/Rev.2, *Communication from the European Union, China, Canada, India, Norway, New Zealand, Switzerland, Australia, Republic of Korea, Iceland, Singapore, Mexico, Costa Rica and Montenegro to the General Council*, 11 December 2018; WT/GC/W/753/Rev.1, *Communication from the European Union, China, India and Montenegro to the General Council*, 11 December 2018.

[17] WT/GC/W/791, *Draft Decision – Functioning of the Appellate Body*, 28 November 2019; see also JOB/GC/222, *Informal Process on Matters Related to the Functioning of the Appellate Body – Report by the Facilitator, H.E. Dr. David Walker (New Zealand)*, 15 October 2019.

[18] S. Andersen, T. Friedbacher, C. Lau, N. Lockhart, J. Yves Remy, I. Sandford, *Using Arbitration under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals*, CTEI Working Papers, CTEI-2017-17, a p. 1. V. anche J. Bacchus, *Saving the WTO's Appeals Process*, www.cato.org/blog, 19 October 2018; E. Baroncini, *The EU Approach to Over-*

consente ai Membri OMC, divenuti parti di una controversia, di ricorrere ad un arbitrato rapido per facilitare la risoluzione della loro disputa. Tale procedura arbitrale è perfettamente integrata nel contenzioso multilaterale[19], nell'ambito del quale rappresenta uno degli strumenti utili a realizzarne l'obiettivo generale di assicurare ai reclami una soluzione positiva e sollecita, che rispetti e preservi i diritti e gli obblighi degli Accordi di Marrakesh, conferendo sicurezza e affidabilità al sistema dell'OMC. Un gruppo di avvocati internazionalisti ha lanciato, nel 2017, l'idea di garantire il giudizio d'appello rendendo quest'ultimo l'oggetto di un accordo d'arbitrato, fondato, per l'appunto, sull'art. 25 del DSU. Proprio valorizzando ed elaborando la cd. *Andersen Proposal*[20] la Commissione europea è, inizialmente, pervenuta ad un modello di intesa bilaterale per l'arbitrato d'appello, costruito sui tre elementi irrinunciabili per Bruxelles, ossia a) la natura vincolante del sistema OMC di risoluzione delle controversie, b) il doppio grado di giudizio attraverso una revisione in appello, e c) l'indipendenza degli esperti chiamati a decidere[21]. Tale modello ha ottenuto un ampio sostegno politico a livello europeo: è stato appoggiato dal Consiglio dell'Unione[22] e, successivamente, dal Parlamento europeo, il quale ha dichiarato di sostenere appieno "le recenti iniziative dell'UE volte a

come the WTO Dispute Settlement Vacuum: Article 25 DSU Interim Appeal Arbitration as a Bridge Between Renovation and Innovation, in M. Kolsky Lewis, J. Nakagawa, R.J. Neuwirth, C.B. Picker, P.-T. Stoll (Eds.), *A Post-WTO International Legal Order – Utopian, Dystopian and Other Scenarios*, Heidelberg, 2020, pp. 115-132; J. Hillebrand Pohl, *Blueprint for a Plurilateral WTO Arbitration Agreement under Article 25 of the Dispute Settlement Understanding*, in D. Prévost, I. Alexovičocá, J. Hillebrand Pohl (Eds.), *Restoring Trust in Trade, Liber Amicorum in Honour of Peter Van den Bossche*, Oxford, 2019, pp. 139-155.

[19] V. Y. Tanaka, *The Peaceful Settlement of International Disputes*, Cambridge, 2018, pp. 304-305.

[20] Cfr. S. Andersen, T. Friedbacher, C. Lau, Nicolas Lockhart, J.Y. Remy, I. Sandford, *Using Arbitration under Article 25 of the DSU to Ensure the Availability of Appeals*, cit.

[21] V. SI(2019) 452, *WTO Appellate Body – Work on A Possible Interim Solution*, Brussels, 23 May 2019, a p. 2. Sulle *three EU red lines* cfr., in dottrina, Joost Pauwelyn, *WTO Dispute Settlement post 2019: What to Expect?*, *Journal of International Economic Law*, 2019, pp. 297-321, in particolare alla nota n. 60, ove l'autore riporta la dichiarazione fatta da un funzionario dell'Unione europea durante la Conferenza, organizzata presso la sede dell'OMC a Ginevra il 24 maggio 2019 dal World Trade Institute, sul tema "WTO Appellate Review: Reform Proposals and Alternatives": "it's very simple – three red lines, two stage process, independence of the adjudicators, and binding dispute settlement. And if we look at those three red lines, Article 25 appeal arbitration squarely fits the bill".

[22] Cfr. EU Council Conclusions 9753/19, *Outcome of the Council Meeting – 3695th Council meeting, Foreign Affairs – Trade issues*, Brussels, 27 May 2019, a p. 3; Council of the European Union, doc. 10905/19, *WTO Appellate Body – Interim Arrangement – En-*

concludere accordi provvisori con i nostri principali partner commerciali per trovare soluzioni temporanee che preservino il diritto dell'Unione alla risoluzione delle controversie commerciali in seno all'OMC mediante le due istanze vincolanti e l'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri … ricorda[ndo] al contempo che l'obiettivo centrale della strategia dell'UE … [rimane] l'istituzione di un Organo di appello permanente"[23]. Nei mesi di luglio e ottobre 2019, la Commissione ha concluso, rispettivamente, con il Canada e la Norvegia l'accordo bilaterale temporaneo per l'arbitrato d'appello[24].

Tuttavia, con il precipitare degli eventi – la mancata adozione, sempre a causa del veto statunitense, dei *Walker Principles* da parte del Consiglio generale dell'OMC, e, quindi, il blocco dell'Organo d'appello- l'iniziativa europea fondata sull'art. 25 del DSU ha incontrato il forte interesse di un gruppo di Membri OMC, e, in breve tempo, è stata affinata e trasformata in uno strumento plurilaterale[25]. È stato, così, concluso e notificato al Segretariato dell'OMC il *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement* (MPIA)[26], cui attualmente aderiscono 25 Membri

dorsement, 5 July 2019; EU Council Conclusions 11255/19, *Outcome of the Council Meeting – 3708th Council meeting, Agriculture and Fisheries*, Brussels, 15 July 2019, a p. 11.

[23] P9-TA-PROV(2019)0083, *Risoluzione del Parlamento europeo del 28 novembre 2019 sulla crisi dell'organo di appello dell'OMC*, par. 5.

[24] Cfr. JOB/DSB/1/Add.11, *Statement on A Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes – Interim Appeal Arbitration Pursuant to Article 25 of the DSU*, Communication circulated at the request of the Delegations of Canada and the European Union, 25 July 2019 (come modificato da JOB/DSB/1/Add.11/Rev.1); JOB/DSB/1/Add.11/Suppl.1, *Statement on A Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes – Interim Appeal Arbitration Pursuant to Article 25 of the DSU*, Communication circulated at the request of the Delegations of the European Union and Norway, 21 October 2019.

[25] Su questi aspetti v. E. Baroncini, *The EU and the Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement (MPIA) – A Contingency Tool to Save the WTO Appellate Stage*, in B. Barel, A. Gattini (a cura di), *Le prospettive dell'export italiano in tempi di sfide e crisi globali. Rischi e opportunità*, Torino, 2021, pp. 83-120, alle pp. 83-95.

[26] JOB/DSB/1/Add.12, *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU*, Communication circulated at the request of the Delegations of Australia, Brazil, Canada, China, Chile, Colombia, Costa Rica, the European Union, Guatemala Hong Kong-China, Iceland, Mexico, New Zealand, Norway, Pakistan, Singapore, Switzerland, Ukraine, Uruguay, 30 April 2020. Sull'MPIA cfr. K. Kugler, *Operationalizing MPIA Appeal Arbitrations: Opportunities and Challenges*, in M. Elsig, Rodrigo Polanco, P. van den Bossche (Eds.), *International Economic Dispute Settlement – Demise or Transformation?*, Cambridge, 2021, pp. 68-96; X. Li, *DSU Article 25 Appeal Arbitration: A Viable Interim Alternative to the WTO Appellate Body?*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2020, pp. 461-478; Per un costante aggiornamenti sui temi dell'MPIA v. il sito

dell'OMC[27], che hanno già formato il Collegio arbitrale del nuovo meccanismo, costituito da dieci tra i massimi esperti del diritto internazionale dell'economia[28].

L'MPIA è strutturato in tre distinte parti: la comunicazione al DSB, che contempla i principi dell'appello arbitrale, formalmente denominata "*Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU*"; il modello di accordo d'arbitrato, da utilizzare dalle parti in disputa, ossia le "*Agreed Procedures for Arbitration under Article 25 of the DSU in Dispute DS X*", inserite come Allegato 1 alla comunicazione; e, infine, l'insieme di regole dedicate alla composizione del Collegio arbitrale dell'MPIA, contenute nell'Allegato 2 del documento introduttivo[29]. Considerato come una soluzione temporanea per mantenere il doppio grado di giudizio nel sistema OMC mentre si continua ad esplorare la via diplomatica per migliorare il contenzioso multilaterale preservando la funzione dell'appello[30], l'MPIA intende sperimentare alcune innovazioni emerse nel dibattito sulla riforma del Tribunale permanente, al fine di migliorare "*the procedural efficiency of appeal proceedings*"[31]. Oltre ad ampliare il numero dei giudici – a differenza dei sette membri dell'Organo d'appello, gli "*MPIA arbitrators*" sono dieci – il meccanismo provvisorio prevede che i partecipanti all'arbitrato d'appello possano ulteriormente allargare la composizione del Collegio "*by agreement of all participating*

web Geneva Trade Platform, *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement (MPIA)*, https://wtoplurilaterals.info/plural_initiative/the-mpia/ (consultato il 10 marzo 2022).

[27] Si tratta di Australia, Benin, Brasile, Canada, Cina, Cile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Hong Kong – Cina, Islanda, Macao – Cina, Messico, Montenegro, Nicaragua, Norvegia, Nuova Zelanda, Pakistan, Perù, Singapore, Svizzera, Ucraina, Unione europea, e Uruguay.

[28] Cfr. la decisione dei partecipanti all'MPIA JOB/DSB/1/Add.12/Suppl.5, *Statement on A Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes, Supplement, Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement Pursuant to Article 25 of the DSU,* 31 July 2020. I dieci arbitri dell'MPIA sono Mateo Diego-Fernández Andrade, Thomas Cottier, Locknie Hsu, Valerie Hughes, Alejandro Jara, José Alfredo Graça Lima, Claudia Orozco, Joost Pauwelyn, Penelope Ridings, e Guohua Yang.

[29] V. JOB/DSB/1/Add.12, cit.

[30] All'arbitrato d'appello si può ricorrere solo nelle "extraordinary circumstances" dell'inoperabilità del Tribunale permanente dell'OMC (JOB/DSB/1/Add.12, cit., a p. 2), ossia "as long as the Appellate Body is not able to hear appeals of panel reports in disputes among [the participants] due to an insufficient number of Appellate Body members" (JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 1, a p. 2). Pertanto l'MPIA "will remain in effect only until the Appellate Body is again fully functional" (JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 15, a p. 3).

[31] JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 3, a p. 2.

Members at any time"[32], dando seguito ad una delle proposte presentate nel 2018 anche dall'Unione europea in seno all'OMC[33]. Sempre per garantire tempi stretti all'attività arbitrale dell'MPIA, viene conferito agli arbitri il potere di indicare due tipi di misure alle parti in disputa. Un primo gruppo di regole ha natura vincolante: gli arbitri possono esigere da attore e convenuto di attenersi ad alcune misure organizzative, come "*page limits, time limits and deadlines as well as … the lenght and number of hearings required*"[34], per trattare compiutamente la procedura d'appello. Altre misure possono essere solo proposte dagli arbitri: ad esempio, questi ultimi possono suggerire l'esclusione degli argomenti fondati sulla violazione dell'art. 11 del DSU[35], disposizione che consente in sede d'appello di verificare se il *panel* abbia correttamente svolto una valutazione oggettiva della questione dinanzi ad esso sollevata, una verifica inclusiva della modalità con cui sono stati ricostruiti i fatti nel primo grado di giudizio. Infatti, l'art. 11 del DSU è stato sempre più frequentemente invocato dinanzi all'Organo d'appello dell'OMC, nell'evidente tentativo di "*relitigate*"[36] la parte in fatto nella procedura di impugnazione, laddove quest'ultima, invece, deve essere limitata alle questioni di diritto[37]. Per superare tale prassi poco ortodossa, certo può risultare utile l'esortazione degli arbitri dell'MPIA, poiché appare complicato immaginare che gli avvocati delle parti in disputa consiglino di mantenere un argomento fondato sull'art. 11 del DSU che il Collegio giudicante ha chiesto di omettere. Il principio di economia giudiziale è ulteriormente rafforzato dal superamento dell'attuale obbligo,

[32] JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 5, a p. 7.

[33] Al fine di "strengthen […] the independence and impartiality of the Appellate Body … [and] improv[e] efficiency so as to enable it to meet the required timeframes", Bruxelles, in sede OMC, ha suggerito di rivedere l'art. 17 del DSU a) inserendo un unico mandato per i giudici d'appello (prolungandolo, però, tra i sei e gli otto anni), b) aumentando il numero dei membri del Tribunale da sette a nove giudici, e c) stabilendo il tempo pieno per la carica di membro dell'Organo d'appello. Cfr. WT/GC/W/753/Rev.2, cit., a p. 1.

[34] V. JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 12, a p. 5. Per l'analogo approccio della UE nelle sue proposte del 2018 cfr. WT/GC/W/752/Rev.2, cit., pp. 2 e 4.

[35] "If necessary in order to issue the award within the 90 day time-period, the arbitrators may also propose substantive measures to the parties, such as an exclusion of claims based on the alleged lack of an objective assessment of the facts pursuant to Article 11 of the DSU" (JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 13, a p. 5).

[36] Cfr. I. Garcia Bercero, *What Do We Need a World Trade Organization for? – The Crisis of the Rule-Based Trading System and WTO Reform*, BertelsmannStiftung, 2020, nota n. 62, a p. 33.

[37] Analogamente all'art. 17, par. 6, del DSU, l'MPIA prevede che "[a]n appeal shall be limited to issues of law covered by the panel report and legal interpretations developed by the panel" (JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 9, a p. 5).

in sede d'impugnazione dinanzi all'Organo d'appello, di considerare ogni questione sollevata dagli appellanti[38]: infatti, l'MPIA prevede che gli arbitri considerino "*only ... those issues that are necessary fro the resolution of the dispute*"[39]. È chiaro l'obiettivo di evitare il superamento del termine massimo di 90 giorni per l'appello, il quale, pur previsto dall'art. 17, par. 5, del DSU, è stato sempre più spesso sistematicamente disatteso nella prassi dell'OMC a causa del progressivo assottigliarsi dei componenti dell'Organo d'appello, della natura sempre più complessa di ogni singola procedura d'appello, e del notevole numero di impugnazioni di *reports* dei *panels*. A sugello delle finalità di snellimento ed efficacia alla base dell'MPIA, va sottolineato l'accordo che, su proposta degli arbitri, le parti in disputa possono raggiungere per superare il termine massimo di 90 giorni per completare la procedura[40].

Dall'impianto che si è tratteggiato risulta evidente che l'efficienza procedurale e l'approccio costruttivo alla fase dell'appello, limitando la discussione dell'impugnazione ai soli aspetti essenziali della controversia, sono posti nella responsabilità congiunta degli arbitri e delle parti in disputa, per la cui esecuzione ottimale l'MPIA appresta una serie di strumenti particolarmente innovativi.

Al termine della procedura d'appello dell'MPIA, gli arbitri adottano un lodo arbitrale immediatamente vincolante, che verrà presentato per la discussione dinanzi al DSB e a tutti i Consigli e/o Comitati dell'OMC che gestiscono gli Accordi di Marrakesh interpretati nell'impugnazione[41]. Il lodo arbitrale dovrà naturalmente, come tutte le soluzioni alle dispute nell'OMC, rispettare il quadro giuridico del sistema multilaterale[42].

[38] "The Appellate Body shall address each of the issues raised in accordance with paragraph 6 during the appellate proceeding" (art. 17, par. 12, del DSU).

[39] JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 10,a p. 5.

[40] "On a proposal from the arbitrators, the parties may agree to extend the 90 day time-period for the issuance of the award" (JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 14, a p. 6).

[41] "The parties agree to abide by the arbitration award, which shall be final. Pursuant to Article 25.3 of the DSU, the award shall be notified to … the DSB and to the Council or Committee of any relevant agreement" (JOB/DSB/1/Add.12, cit., par. 15, a p. 6).

[42] "All solutions [to WTO disputes] … including arbitration awards … [have to] be consistent with [the WTO A]greements] and … not nullify or impair benefits accruing to any Member under those agreements, nor impede the attainment of any objective of those agreements" (art. 3, par. 5, del DSU).

3. L'attivazione da parte dell'Unione europea dei meccanismi bilaterali di risoluzione delle controversie degli accordi di libero scambio di ultima generazione

Il secondo pilastro della strategia dell'Unione europea consiste nell'attivazione dei meccanismi bilaterali di risoluzione delle controversie che caratterizzano, in particolare, gli accordi di libero scambio di nuova generazione negoziati e sottoscritti dalla UE. La Commissione può, così, avvalendosi di tali meccanismi, evitare che l'Unione, a causa di un appello nel vuoto di un Membro OMC, o contro un Membro dell'OMC che non abbia aderito all'MPIA, si ritrovi bloccata nella definizione di una disputa nel sistema multilaterale – anche se, naturalmente, si tratta di un obiettivo raggiungibile solo nell'ipotesi in cui lo Stato terzo in contrasto con l'Unione abbia sottoscritto un accordo preferenziale con Bruxelles.

Il ricorso ai meccanismi bilaterali non indica affatto l'intenzione di abbandonare il quadro giuridico del sistema multilaterale: al contrario, la vasta rete di accordi preferenziali, che collega l'Europa ad ogni area del globo, è caratterizzata da disposizioni che non solo richiamano e rinviano alle regole dell'OMC, ma precisano altresì che un obbligo derivante da un accordo bilaterale, analogo ad un impegno multilaterale, debba essere applicato nel contesto regionale così come interpretato dalla giurisprudenza di *panels* ed Organo d'appello dell'OMC[43]. Inoltre, gli accordi

[43] Si veda, ad esempio, l'art. 29.17 dell'Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra Unione e Canada, rubricato "Regola generale di interpretazione": "[i]l collegio arbitrale interpreta le disposizioni del presente accordo secondo le norme di interpretazione consuetudinarie del diritto internazionale pubblico, comprese quelle stabilite dalla *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*. Il collegio arbitrale tiene conto anche delle pertinenti interpretazioni formulate nelle relazioni dei collegi arbitrali e dell'Organo d'appello adottate dall'Organo di conciliazione dell'OMC" (*Decisione (UE) 2017/37 del Consiglio del 28 ottobre 2016 relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, dell'Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri dall'altra*, in *GUUE* L11/1 del 14.1.2017); oppure l'art. 14.16 dell'Accordo di libero scambio tra Unione e Repubblica sudcoreana, dedicato alle "Norme di interpretazione", il quale, dopo aver richiamato i medesimi canoni ermeneutici sui trattati, stabilisce che "… [s]e un obbligo derivante dal presente accordo è identico a un obbligo derivante dall'accordo OMC, il collegio arbitrale adotta un'interpretazione compatibile con le interpretazioni pertinenti stabilite dalle decisioni dell'Organo di conciliazione dell'OMC" (*Decisione del Consiglio del 16 settembre 2010 relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria dell'Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra (2011/265/UE)*, in *GUUE* L127/1 del 14.5.2011); o, ancora, l'art. 21.16 dell'Accordo tra l'Unione europea e il Giappone per un partenariato economico, ove è sancito che il *panel* debba tener conto "anche delle pertinenti interpretazioni formulate nelle relazioni dei *panel* e dell'Organo

economici di ultima generazione sono dotati di clausole di coordinamento volte a scongiurare il formarsi di procedimenti paralleli, precludendo, così, l'incardinamento della stessa controversia in diversi sistemi pattizi[44]. Già da questi primi elementi dell'impianto convenzionale risulta evidente l'intento dell'Unione, e dei suoi partner, di predisporre ed avvalersi di un quadro giuridico di gestione delle relazioni economiche internazionali che garantisca equità e chiarezza – e dunque omogeneità- delle regole da osservare per gli scambi e la collaborazione commerciali, assicurando il ricorso a procedure efficaci e snelle per superare le divergenze su interpretazione ed applicazione degli accordi che possano sorgere tra le parti contraenti.

Sono essenzialmente due le tipologie di meccanismi di risoluzione delle controversie disciplinate negli accordi di libero scambio di nuova

di appello adottate dal DSB" (*Decisione (UE) 2018/1907 del Consiglio del 20 dicembre 2018 relativa alla conclusione dell'Accordo tra l'Unione europea e il Giappone per un partenariato economico*, in *GUUE* L 330/1 del 27.12.2018; di analogo tenore letterale è l'art. 15.21 dell'Accordo di libero scambio tra Unione europea e Vietnam, *Decisione (UE) 2020/753 del Consiglio del 30 marzo 2020 relativa alla conclusione dell'Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica socialista del Vietnam*, in *GUUE* L 186/1 del 12.6.2020). Sulla rilevanza della giurisprudenza multilaterale per gli accordi regionali v. G. Sacerdoti, *La contribution de l'Organe d'appel de l'OMC à la construction du droit international économique: système commercial multilatéral, accords régionaux, droit de l'investissement*, in *Revue générale de droit international public*, 2016, pp. 723-744.

[44] Recita l'art. 29.3 dell'Accordo CETA, intitolato "Scelta del foro": "[i]l ricorso alle disposizioni sulla risoluzione delle controversie del presente capo lascia impregiudicata la possibilità di ricorrere alla risoluzione delle controversie a norma dell'accordo OMC o di qualunque altro accordo di cui le parti siano firmatarie. In deroga a [ciò] … qualora un obbligo sostanzialmente equivalente sia previsto dal presente accordo e dall'accordo OMC o da qualunque altro accordo di cui le parti siano firmatarie, una parte non può denunciare in entrambe le sedi la violazione di tale obbligo. In tal caso, una volta avviato il procedimento di risoluzione delle controversie previsto da uno degli accordi, la parte si astiene dal denunciare la violazione di un obbligo sostanzialmente equivalente a norma dell'altro accordo, a meno che il foro scelto non riesca, per motivi procedurali o giurisdizionali diversi dalla conclusione dei lavori a norma dell'allegato 29-A, punto 20, a formulare conclusioni su tale denuncia"; cfr. anche l'art. 14.19 dell'Accordo UE/Corea, l'art. 21.27 dell'Accordo UE/Giappone, e l'art. 15.24 dell'Accordo UE/Vietnam, di simile formulazione. Sul tema del coordinamento tra le controversie negli accordi economici cfr. *inter alia* L. Boisson de Chazournes, *Parallel and Overlapping Proceedings in International Economic Law: Towards an Ordered Co-existence*, in Hélène Ruiz-Fabri (Ed.), *International Law and Litigation: A Look into Procedure*, Baden-Baden, 2019, pp. 331-361; C. Furculita, *Fork-in-the-Road Clauses in the New EU FTAs: Addressing Conflicts of Jurisdictions with the WTO Dispute Settlement Mechanism*, *CLEER Papers*, 2019/1; K. Kwak, G. Marceau, *Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements*, in *Canadian Yearbook of International Law*, 2004, pp. 83-152; L. Marotti, *Il coordinamento tra meccanismi di soluzione delle controversie negli accordi dell'Unione europea*, in G. Adinolfi (a cura di), *Gli accordi preferenziali di nuova generazione dell'Unione europea*, Torino, 2021, pp. 33-53.

generazione della UE. Per i regimi sulla circolazione di beni e servizi, il contenzioso bilaterale si richiama al sistema dell'OMC, con il quale condivide la prima fase delle consultazioni, suscettibile di sfociare, in assenza di un'intesa mutualmente concordata tra le parti[45], in una procedura arbitrale. Il *panel* arbitrale ha il potere di adottare una decisione vincolante, e a tale lodo arbitrale le parti in disputa si devono conformare[46], pena la possibilità, per chi ha vinto la procedura, di sospendere concessioni "in misura equivalente all'annullamento o alla diminuzione dei benefici causati dalla violazione"[47] dell'accordo di libero scambio riscontrata dal collegio giudicante. Si sottolinea che negli accordi dell'Unione, non vi è, però, il doppio grado di giudizio che caratterizza il meccanismo multilaterale di risoluzione delle controversie.

Riguardo, invece, agli innovativi capitoli su commercio e sviluppo sostenibile (*Trade and Sustainable Development Chapters*, "TSD Chapters") che contraddistinguono i *Free Trade Agreements* (FTAs) di ultima generazione della UE[48], i meccanismi di *enforcement*, lungi dal prevedere dispositivi sanzionatori, promuovono la cooperazione delle Parti contraenti, coinvolgendo gli organi politici comuni, e quelli espressione della società civile, nella gestione del contenzioso sui delicati temi della sostenibilità. Anche la terminologia riflette l'approccio diplomatico e di collaborazione che deve caratterizzare il confronto sul rispetto delle nuove disposizioni degli FTAs. Così, l'Unione, o lo Stato terzo che ha sottoscritto l'Accordo di libero scambio (ALS), può chiedere consultazioni "su ogni questione di comune interesse"[49] relativa al *TSD Chapter*, e le parti sono tenute a compiere "ogni sforzo per giungere a una soluzione che sia soddisfacente per entrambe … [assicurandosi] che la soluzione sia compatibile con le attività dell'OIL [Organizzazione internazionale del lavoro] o delle organizzazioni o degli organismi ambientali multilaterali competenti"[50], investendo anche il Comitato per il commercio e lo

[45] "Le parti possono in qualsiasi momento pervenire a una soluzione concordata di una controversia … Esse notificano tale soluzione al Comitato per il commercio. Alla notifica della soluzione concordata, la procedura è chiusa" (Art. 14.13 dell'Accordo UE/Corea).

[46] "Le parti adottano le misure necessarie per conformarsi in buona fede al lodo del collegio arbitrale e si adoperano per concordare il periodo di tempo per dare esecuzione al lodo arbitrale" (art. 14.8.1 dell'Accordo UE/Corea).

[47] Art. 14.11.2 dell'Accordo UE/Corea.

[48] Sui capitoli dedicati alla sostenibilità ed i relativi meccanismi di *enforcement* v. D. van 't Wout, *The Enforceability of the Trade and Sustainable Development Chapters of the European Union's Free Trade Agreements*, in *Asia Europe Journal*, 2021, pp. 1-18.

[49] Art. 13.14.1 dell'Accordo UE/Corea.

[50] Art. 13.14.2 dell'Accordo UE/Corea.

sviluppo sostenibile per esaminare la questione oggetto di consultazioni[51]. Se le consultazioni falliscono, la parte che ha avviato la procedura può chiedere l'istituzione di un Gruppo di esperti, il quale esamina le memorie delle parti, dispone le udienze, può chiedere informazioni, anche agli enti previsti nel *TSD Chapter*. "[P]er quanto possibile", le parti devono poi adoperarsi "per tenere conto dei pareri o delle raccomandazioni del Gruppo di esperti" contenute nella relazione finale di quest'ultimo[52]. Inoltre, "[l]a messa in atto delle raccomandazioni del gruppo di esperti è monitorata dal Comitato per il commercio e lo sviluppo sostenibile"[53]. Le regole *ad hoc* per il contenzioso degli accordi dell'Unione sulle questioni di sostenibilità pongono, quindi, un obbligo di *best efforts* per la parte la cui normativa o condotta viene considerata in contrasto con il Capo su commercio, ambiente e diritti fondamentali dei lavoratori, ma non è consentita l'adozione di contromisure. Al contrario, vi è una significativa responsabilizzazione dei vari organi comuni, politici ed espressione della società civile, per superare le situazioni di attrito con nuove, più eque ed avanzate, discipline, capaci di ottemperare agli importanti impegni di sostenibilità sottoscritti dalle Parti contraenti.

Dal dicembre 2018 sono quattro i reclami introdotti dalla UE attivando i meccanismi bilaterali dei suoi accordi di libero scambio[54]. La prima richiesta di consultazioni, contro la Corea del Sud, è stata presentata nel dicembre del 2018, ed aveva ad oggetto il mancato rispetto degli obblighi di sostenibilità relativi ai diritti fondamentali dei lavoratori (*Korea – Labour Commitments*)[55]; quindi è stata avviata la procedura contro l'Ucraina, poiché l'Unione contestava l'illegittimità delle restrizioni di Kiev all'esportazione di legname pregiato e legno grezzo (*Ukraine – Wood Export Ban*)[56]. Vi sono, poi, le due

[51] "Una parte, se ritiene che la questione debba essere ulteriormente esaminata, può chiedere che il Comitato per il commercio e lo sviluppo sostenibile sia convocato per esaminare la questione presentando una domanda scritta al punto di contatto dell'altra parte. Il Comitato di riunisce sollecitamente e cerca di concordare una soluzione. La soluzione è resa pubblica, salvo diversa decisione del Comitato" (art. 13.14.3 dell'Accordo UE/Corea).

[52] Cfr. l'art. 13.15.2 dell'Accordo UE/Corea.

[53] *Ibid.*

[54] Sulla prassi contenziosa dell'Unione nei suoi accordi di libero scambio di ultima generazione v. il sito dedicato della Commissione europea: *Disputes under Bilateral Trade Agreements*, al link https://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/dispute-settlement/bilateral-disputes/ (consultato il 30 marzo 2022).

[55] *Republic of Korea – compliance with obligations under Chapter 13 of the EU – Korea Free Trade Agreement, Request for Consultations by the European Union*, Brussels, 17 December 2018.

[56] Delegation of the European Union to Ukraine, *Note verbale*, 15 January 2019.

dispute che riguardano il continente africano: quella contro l'Unione doganale dell'Africa australe a causa delle misure di salvaguardia sull'importazione di tagli di pollo congelati dalla UE, il cui *Panel* è già stato istituito (*SACU – Poultry Safeguards*)[57]; e il reclamo presentato contro l'Algeria, per via di una serie di misure del Paese nordafricano che ostacolano il libero scambio con l'Unione europea, rispetto al quale, invece, è pendente la richiesta dell'Unione di formare il Collegio arbitrale (*Algeria – Trade Restrictive Measures*)[58].

Nelle procedure contenziose appena elencate, che vedono costantemente l'Unione nella veste di parte attrice, abbiamo già due *reports*, relativi alle controversie con l'Ucraina e la Corea del Sud, molto importanti – sia per i temi trattati che per l'approccio all'*enforcement* manifestato dalle parti in disputa e dai Gruppi di esperti chiamati a pronunciarsi- sui quali ci soffermeremo a breve. Preme qui subito sottolineare un tratto procedurale comune nella tipologia di contenzioso considerata, una volta raggiunta l'istituzione del *panel* arbitrale, ossia l'apertura alla società civile ricorrendo all'istituto dell'*amicus curiae*. Infatti, formatosi il Collegio giudicante, le parti in disputa e il *Panel* hanno concordato le modalità di partecipazione al contenzioso, per i soggetti aventi la nazionalità di una delle due parti in disputa, attraverso la presentazione di una memoria "*directly relevant to a factual or a legal issue under consideration by the arbitration panel*"[59]. Il documento dell'*amicus curiae*, che deve essere inviato entro circa tre settimane dalla pubblicazione dell'avviso, ha avuto un ruolo marginale nel caso *Ukraine – Wood Export Ban*. Infatti, in tale disputa è stata presentata solo una memoria, peraltro scritta in ucraino, dalla "*Ukrainian Association of the Club of Rome*". Tradotta in inglese, è stata inclusa dal *Panel* nella documentazione da utilizzare per redigere il suo *report*, senza, però, che nessuna delle parti in disputa vi facesse riferimento nella discussione del caso dinanzi al Collegio arbitrale[60]. Invece, in *Korea – Labour Commitments*,

[57] *Arbitration Panel Established in the Dispute Concerning the Safeguard Measure Imposed by SACU on Imports of Poultry from the EU*, Brussels, 8 December 2021.

[58] Delegation of the European Union to Algeria, *Note verbale*, 19 March 2021.

[59] *Procedural Information Related to EU-Korea Dispute Settlement on Labour*, 19 December 2019; *Arbitration Panel Established on Ukraine's Wood Export Ban – Deadline for Submissions*, 12 February 2020; *Arbitration Panel Established in the Dispute Concerning the Safeguard Measure Imposed by SACU on Imports of Poultry from the EU Brussels*, 8 December 2021.

[60] *Restrictions Applied by Ukraine on Exports of Certain Wood Products to the European Union* (*Ukraine – Wood Export Ban*), Final Report of the Arbitration Panel established pursuant to Article 307 of the Association Agreement between Ukraine, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, 11 December 2020, par. 478.

sono state diverse le memorie presentate dalla società civile, rispetto alle quali il Gruppo di esperti ha manifestato "full regard"[61], anche senza fare espresso riferimento o identificare con precisione gli *amicus curiae* nel testo del *report* laddove il *Panel* li abbia presi in considerazione per la sua analisi del caso[62].

Prima di illustrare nei loro tratti essenziali i due *reports* tra Unione europea, Ucraina e Corea del Sud, occorre rimarcare che entrambi sono coerenti con le finalità espresse dalla Commissione europea nel riesame della politica commerciale comune. Infatti l'Unione, nell'approccio al contenzioso, si è costantemente adoperata per promuovere tutela ambientale, equità sociale e lavoro dignitoso[63], richiamando la giurisprudenza dell'Organo d'appello dell'OMC che "ha notevolmente rafforzato la legittimità e la prevedibilità del sistema di risoluzione delle controversie, anche prestando particolare attenzione alla tutela del diritto dei membri dell'OMC di legiferare a fini sanitari, ambientali o di altri obiettivi politici legittimi"[64], e dando seguito all'impegno annunciato nella *trade policy review* di sostenere "nelle discussioni internazionali sulle questioni commerciali e ambientali … un'interpretazione delle pertinenti disposizioni dell'OMC che riconosca il diritto dei membri di fornire risposte efficaci alle sfide ambientali globali, in particolare i cambiamenti climatici e la protezione della biodiversità"[65].

3.1. Il report del caso Ukraine – Wood Export Ban

Il *report* del caso *Ukraine – Wood Export Ban* dell'11 dicembre 2020 riguardava le restrizioni all'esportazione adottate dalle autorità di Kiev nel 2005, con un bando permanente per dieci tipi di legname pregiato (tra i quali ciliegi, peri, castagni e gli alberi di noce), e nel 2015, con un divieto temporaneo di durata decennale per tutte le esportazioni di legname grez-

[61] *Panel of Experts Proceeding Constituted under Article 13.15 of the EU-KOREA Free Trade Agreement* (*Korea – Labour Commitments*), Report of the Panel of Experts, 20 January 2021, par. 99.

[62] Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, parr. 160-162, 204, 236.

[63] V. COM(2021) 66, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Riesame della politica commerciale – Una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva*, Bruxelles, 18 febbraio 2021.

[64] COM(2021) 66, Annex, *Riformare l'OMC: verso un sistema commerciale multilaterale sostenibile ed efficace*, Bruxelles, 18 febbraio 2021, a p. 7.

[65] COM(2021) 66, Annex, *Riformare l'OMC* …, cit., a p. 5.

zo[66]. Si tratta della prima disputa sollevata da Bruxelles avvalendosi di un accordo preferenziale nonostante l'oggetto della controversia, riflettendo il quadro normativo dell'OMC e riguardando uno Stato che è anche membro del sistema multilaterale, si prestasse ad essere comunque considerato nell'ambito del contenzioso multilaterale. La scelta della Commissione europea, oltre ad individuare una valida alternativa alla crisi del meccanismo ginevrino di risoluzione delle controversie, riflette la valutazione politica di confrontarsi nel quadro pattizio bilaterale concordato da Unione ed Ucraina: certamente meno esposto rispetto alla ribalta del sistema multilaterale dell'OMC, l'esame delle divergenze nell'ambito dell'Accordo di associazione è suscettibile di incentivare ulteriormente una soluzione diplomatica della disputa.

La questione centrale affrontata dal *Panel* arbitrale consisteva nello stabilire se le misure attaccate dall'Unione europea fossero dei provvedimenti protezionisti a favore dell'industria ucraina della lavorazione del legno e dell'arredamento, oppure potessero essere giustificate come necessarie per la gestione sostenibile delle foreste ucraine, e utili a frenare una deforestazione intensiva, suscettibile di avere gravi conseguenze per l'ecosistema.

Riscontrato che le restrizioni all'esportazione di Kiev integravano una violazione dell'art. 35 dell'Accordo di associazione (AA) tra l'Unione europea e l'Ucraina[67], il *report* risulta di particolare interesse poiché interpre-

[66] Sul Panel Report *Ukraine – Wood Export Ban* sui divieti di importazione del legname v. T. Dolle, L. Medina, *The EU's Request for Arbitration Under the EU-Ukraine Association Agreement*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2020, pp. 104-110; A. Makhinova, M. Shulha, *The Arbitration Panel Ruling on Ukraine's Certain Wood Restrictions under the EU-UA Association Agreement*, in *Global Trade and Customs Journal*, 2021, pp. 355-362; I. Polovets, *Report of Arbitration Panel in Restrictions Applied by Ukraine on Exports of Certain Wood Products to the European Union*, *in Legal Issues of Economic Integration*, 2021, pp. 1-14; V. Pogoretskyy, *The Arbitration Panel Report in Ukraine – Export Prohibition on Wood Products: Lessons from the "Pegasus" of International Adjudication*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2021, pp. 732-758.

[67] Rubricata "Restrizioni all'importazione e all'esportazione", la disposizione in oggetto stabilisce che "Nessuna delle Parti adotta o mantiene divieti o restrizioni o misure di effetto equivalente sull'importazione di merci dell'altra Parte o sull'esportazione o sulla vendita all'esportazione di merci destinate al territorio dell'altra Parte, salvo quanto altrimenti disposto dal presente accordo o in conformità all'articolo XI del GATT 1994 e alle relative note interpretative. A questo scopo, l'articolo XI del GATT 1994 e le sue note interpretative sono incorporati nel presente accordo e ne fanno parte integrante". Per il testo dell'Accordo di associazione v. Decisione del Consiglio, del 17 marzo 2014, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria dell'accordo di associazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica e i loro Stati membri, da una parte, e l'Ucraina, dall'altra, per quanto riguarda il preambolo, l'articolo 1 e i titoli I, II e VII (2014/295/UE), *GUUE* L161/1 del 29.5.2014.

ta l'art. 36 dell'AA, la disposizione sulle eccezioni generali agli obblighi di liberalizzazione che rinvia gli artt. XX e XXI dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT) 1994[68], richiamando costantemente la giurisprudenza dei *panels* e dell'Organo d'appello dell'OMC, come richiesto dell'art. 320 dell'AA[69], e valorizzando ulteriormente l'impegno delle Parti contraenti a dare attuazione al principio dello sviluppo sostenibile. Il Collegio arbitrale sottolinea l'accordo di Ucraina ed Unione europea sul fatto che "*the restoration of forests ... and the preservation of rare and valuable species ... are 'fundamental, vital and important in the highest degree'*"[70]. Inoltre, esso qualifica il Capo 13 dell'AA, dedicato a "Commercio e sviluppo sostenibile", come "*relevant context*" per interpretare le disposizioni su "Scambi e questioni commerciali" di cui al Titolo IV dell'AA[71], e quindi valutare la necessità di un ostacolo agli scambi da giustificare[72]: il *Panel* arbitrale riconosce, così, il bando del 2005 come giustificabile in base all'art. XX, lett. b), del GATT 1994 anche alla luce del diritto dell'Ucraina ad adottare, come stabilito dall'art. 290 dell'AA, una legislazione che "preveda livelli elevati di protezione dell'ambiente"[73]. Il "right to regulate" espressamente codificato nell'AA viene, quindi, opportunamente e correttamente utilizzato dal Collegio giudicante per rafforzare la tutela dei *non-trade values* nelle relazioni tra UE ed Ucraina. Per quanto riguarda, invece, il divieto temporale di importazione del legname grezzo del 2015, il *Panel* ha concluso che, pur essendo il provvedimento di Kiev relativo alla preservazione delle risorse naturali, esso non può essere giustificato dall'art. XX, lett. g), del GATT 1994 – in buona sostanza perché l'Ucraina non è altrettanto attenta alle questioni di sostenibilità quando si tratta del commercio di legname per

[68] Ai sensi dell'art. 36 dell'AA "[n]essuna disposizione del presente accordo può essere interpretata come un divieto per le Parti di adottare o applicare misure conformi agli articoli XX e XXI del GATT 1994 e alle relative note interpretative che sono integrati nel presente accordo e ne fanno parte integrante".

[69] In base a tale disposizione "[s]e un obbligo derivante dal presente accordo è identico a un obbligo derivante dall'accordo OMC, il collegio arbitrale adotta un'interpretazione compatibile con l'interpretazione pertinente stabilita dalle decisioni [del DSB]".

[70] Panel Report, *Ukraine – Wood Export Ban*, par. 308.

[71] "The Arbitration Panel is … persuaded that the provisions of Chapter 13 serve as relevant context for the interpretation of other provisions of Title IV, which allow the Parties to introduce or maintain measures in derogation to Article 35 of the AA, including for environmental reasons based on Article 36 of the AA in conjunction with Article XX of the GATT 1994 …" (Panel Report, *Ukraine – Wood Export Ban*, par. 251).

[72] Panel Report, *Ukraine – Wood Export Ban*, par. 332.

[73] Panel Report, *Ukraine – Wood Export Ban*, parr. 374-375.

esigenze interne al Paese, per le quali vi è uno sfruttamento massiccio di questa risorsa naturale[74].

3.2. Il report del caso Korea – Labour Commitments

Nel gennaio 2021 viene pubblicato il *report* del caso *Korea – Labour Commitments*, avente ad oggetto l'interpretazione ed applicazione dell'art. 13.4.3 dell'Accordo di libero scambio tra Unione europea e Corea del Sud. La disposizione richiamata, che fa parte del Capo 13 dell'ALS, dedicato a Commercio e sviluppo sostenibile, riguarda l'impegno di Unione e Corea "a rispettare, promuovere e realizzare, nelle loro leggi e pratiche" i *core labour standards* della Dichiarazione dell'OIL del 1998 sui principi e i diritti fondamentali al lavoro, inclusi gli aggiornamenti successivi, nonché l'obbligo "ad attuare effettivamente le Convenzioni dell'OIL che la Corea e gli Stati membri dell'Unione europea hanno rispettivamente ratificato", come pure l'impegno ad "adopera[rsi] assiduamente per ratificare le Convenzioni fondamentali dell'OIL, e le altre Convenzioni classificate dall'OIL come Convenzioni 'aggiornate'"[75]. La decisione della Commissione di chiedere alla Corea del Sud di entrare in consultazioni rappresenta una delle risposte alle sollecitazioni provenienti dalla società civile[76] e dal Parlamento europeo per un miglior monitoraggio ed una più soddisfacente attuazione degli impegni sulla sostenibilità previsti dall'ALS[77]. Infatti, a fronte delle prove addotte sul mancato rispetto, da parte della Corea, della libertà di associazione dei lavoratori e del diritto alla contrattazione collettiva, gli esponenti della società civile dichiaravano che "*it is indeed incumbent on the Commission to use the FTA to raise these issues on a formal basis with the Korean government*", e che "*failure of the EU to act in this case, in light of the overwhelming evidence of the breach of Article 13,*

[74] Panel Report, *Ukraine – Wood Export Ban*, par. 468. Sul punto v. N. Lavranos, *WTO Rules Provide Basis for DCFTA Arbitration Ruling on Ukrainian Lumber Export Restrictions*, *Borderlex*, 14 December 2020.

[75] Sulla disciplina dell'OIL per la tutela dei lavoratori v. A. Zanobetti, *Diritto internazionale del lavoro – Norme universali, regionali e dell'Unione europea*, Milano, 2021, pp. 21 ss.

[76] In particolare, dal Forum UE/Corea della società civile istituito dall'art. 13.13 dell'ALS, e dal Gruppo consultivo nazionale dell'Unione, facente capo sempre al medesimo Accordo.

[77] Cfr. FIDH, *EU-Korea FTA: European Commission Urged to Open Consultations on Korea Labour Failures*, 2 January 2017, disponibile al link https://www.fidh.org/en/impacts/eu-korea-fta-european-commission-urged-to-open-consultations-on-korea (consultato il 10 aprile 2022).

would undermine the effectiveness of Sustainable Development Chapters in EU's trade Agreements, and of the EU trade policy in general"[78]. Il Parlamento ribadiva le osservazioni del Forum della società civile e dei gruppi consultivi interni, sottolineando che "i progressi compiuti dalla Corea sugli obiettivi contenuti nel Capo sul commercio e lo sviluppo sostenibile non [erano] soddisfacenti e che sussist[evano] ancora casi di violazione della libertà di associazione, compresi esempi preoccupanti di detenzione di leader dei sindacati e di interferenze nei negoziati, che invece [rientrano] … nell'autonomia delle parti della contrattazione", ed esortando, quindi, "la Commissione ad avviare consultazioni formali con il governo coreano, conformemente all'articolo 13, paragrafo 14 dell'Accordo, e, qualora tali consultazioni non dovessero sortire risultati, [invitava] … il Gruppo di esperti conformemente all'articolo 13, paragrafo 15, dell'Accordo a intervenire e a continuare il dialogo riguardo al mancato rispetto da parte del governo coreano di alcuni degli impegni assunti e in particolare a profondere sforzi continui e sostenuti, in linea con gli obblighi sanciti dall'Accordo, allo scopo di garantire la ratifica da parte della Corea delle Convenzioni fondamentali dell'OIL che non [aveva] ancora ratificato"[79].

Così, dopo aver messo a punto la sua strategia nei due *non-paper* del 2017[80] e 2018[81], in cui annunciava "*more assertive use of the dispute settlement procedures*"[82], la Commissione attivava, nel dicembre 2018, lo speciale meccanismo di risoluzione delle controversie previsto dall'ALS per le questioni del Capo 13 su commercio e sviluppo sostenibile[83]; e, fallite

[78] *Letter to Commissioner Malmström of the Domestic Advisory Groups (DAG) under the EU-Korea FTA*, Brussels, 16 December 2016, in European Public Services Union*, EU Domestic Advisory Group (DAG) Calls on European Commission to Open Labour Consultations on Trade Union Rights pursuant to the EU-Korea FTA*, 21 December 2016, disponibile al link https://www.epsu.org/article/eu-domestic-advisory-group-dag-calls-european-commission-open-labour-consultations-trade-0 (consultato il 10 aprile 2022).

[79] P8_TA(2017)0225, *Risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2017 sull'attuazione dell'Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Corea*, par. 5.

[80] Non-Paper of the Commission Services, *Trade and Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements*, 11 July 2107, disponibile al link https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/july/tradoc_155686.pdf (consultato il 10 aprile 2022).

[81] Non-Paper of the Commission Services, *Feedback and Way Forward on Improving the Implementation and Enforcement of Trade and Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements*, 26 February 2018, disponibile al link https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156618.pdf (consultato il 10 aprile 2022).

[82] Non-Paper of the Commission Services, *Feedback and Way Forward* …, cit., a p. 7.

[83] *Republic of Korea – Compliance with Obligations under Chapter 13 of the EU – Korea Free Trade Agreement, Request for Consultations by the European Union*, 17 De-

le consultazioni bilaterali con la Corea, l'istituzione europea chiedeva la formazione di un gruppo di esperti in base all'art. 13.15 dell'ALS[84]. Infatti, ad avviso dell'Unione, la legislazione sudcoreana sulla nozione di lavoratore, che escludeva i lavoratori autonomi ed i disoccupati, nonché quella sull'autorizzazione all'istituzione dei sindacati e all'elezione dei suoi rappresentanti, che lasciava troppa discrezionalità alle autorità amministrative sudcoreane, e comprimeva la possibilità di scegliere liberamente i propri rappresentanti da parte degli associati, confliggevano con l'obbligo previsto dall'art. 13.4.3 dell'ALS di rispettare, promuovere e realizzare i principi fondamentali dell'OIL quali risultano dall'adesione a tale Organizzazione e della Dichiarazione sui principi e sui diritti fondamentali al lavoro del 1998. Inoltre, la Corea avrebbe violato anche la seconda frase dell'art. 13.4.3, poiché non aveva ancora ratificato quattro delle otto Convenzioni fondamentali dell'ILO: sul lavoro forzato (no. 29, 1930); la libertà di associazione (no. 87, 1948); il diritto alla contrattazione collettiva (no. 48, 1949); l'abolizione del lavoro forzato (no. 105, 1957)[85].

Nel *report* del gennaio 2021, il Gruppo di esperti ha riscontrato l'incompatibilità della legislazione sudcoreana con l'art. 13.4.3 dell'ALS, tranne che per la parte relativa alla verifica dei requisiti normativi da parte delle autorità amministrative preposte al rilascio della certificazione necessaria per la registrazione dei nuovi sindacati[86]. In riferimento a quest'ultimo aspetto, il *Panel* ha chiesto che la questione "*be referred to consultative bodies established under Article 13.12 of the EU-Korea FTA for continued consultations*"[87], richiamando, quindi, le parti in disputa a confrontarsi e collaborare per superare la divergenza, dunque ad assumersi anche la responsabilità politica di ricercare una soluzione diplomatica. Va rimarcata l'importanza della sensibilità dimostrata dal Gruppo di esperti nel valorizzare l'obbligo di collaborazione tra le parti contraenti di cui all'art. 13.12 dell'ALS per l'applicazione concreta del Capo su commercio e sviluppo sostenibile: il richiamo al rispetto del dovere di collaborazione assunto da Unione europea e Corea del Sud, infatti, dà autentico e corretto contenu-

cember 2018, disponibile al link https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/december/tradoc_157586.pdf (consultato il 10 aprile 2022).

[84] V. European Commission, *EU Moves Ahead with Dispute Settlement over Workers' Rights in Republic of Korea*, 5 July 2019

[85] I testi delle Convenzioni citate sono disponibili sul sito ufficiale dell'OIL al link https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12000:::NO::: (consultato il 10 aprile 2022).

[86] Cfr il "Summary of Findings and Recommendations" alle pp. 78-79 del Panel Report, *Korea – Labour Commitments*.

[87] Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 258.

to al "*cooperation approach*" scelto dalla UE per l'*enforcement* dei TSD Chapters dei suoi accordi di ultima generazione. Riguardo alla mancata ratifica delle quattro Convenzioni dell'OIL sopra elencate, il Gruppo di esperti ha concluso che la Corea non abbia violato l'obbligo di cui all'art. 13.4.3, "*to 'make continued and sustained efforts' towards ratification of the core ILO Conventions*"[88]. Al contrario, il *Panel* ha ritenuto che la parte convenuta abbia rispettato lo standard giuridico espresso dall'ultima frase della disposizione richiamata, la quale "*does not impose an obligation of result but of effort*"[89], poiché l'impegno delle istituzioni sudcoreane a ratificare le Convenzioni dell'OIL, pur lento, risulta, comunque, tangibile. Pertanto, "*the Panel is of the view that Korea's efforts for the past three years satisfy the legal threshold of the provisions*"[90].

Il *report* è stato giustamente considerato come "remarkable"[91]. Infatti, riguardo alla disputa che era chiamato a risolvere, il Gruppo di esperti ha sviluppato un'attività di confronto e considerazione delle regole da applicare, come pure delle condotte da giudicare, che ha promosso un clima di collaborazione positivamente confluito a) nella ratifica, da parte della Corea, di tre delle quattro Convenzioni OIL non ancora concluse[92], come pure b) nel pieno coinvolgimento del governo asiatico per il rispetto di quanto stabilito dal Gruppo di esperti[93]. Accanto all'importante risultato politico di un esito alla fine condiviso dalle parti in disputa, il *report* del caso *Korea – Labour Commitments* è ragguardevole per il rigoroso quadro giuridico interpretativo che stabilisce per definire la portata delle disposizioni del Capo su commercio e sviluppo sostenibile dell'ALS, come pure per l'affermazione della forza vincolante degli impegni a rispettare i principi dell'OIL e ad "adopera[rsi] assiduamente per ratificare le Convenzioni fondamentali dell'OIL e le altre Convenzioni, classificate dell'OIL come

[88] Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 293.

[89] Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 288.

[90] Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 288.

[91] Così si esprimono M. Bronckers, G. Gruni, *Retooling the Sustainability Standards in EU Free Trade Agreements*, *Journal of International Economic Law*, 2021, pp. 25-51, e condivide T. Novitz, *Sustainable Labour Conditionality in EU Free Trade Agreements? Implications of the EU-Korea Expert Panel Report*, *European Law Review*, 2022, pp. 3-23.

[92] Le tre Convenzioni OIL ratificate dalla Corea del Sud dopo il *report* del gennaio 2021 sono la C29 sul Lavoro forzato, la C87 sulla libertà di associazione, e la C98 sul diritto alla contrattazione collettiva; mentre la C105 sull'abolizione del lavoro forzato deve ancora essere conclusa. Cfr. European Economic and Social Committee, *EU-Korea DAG Follows the Developments in South Korea Subsequent to the Report of the Panel of Experts and South Korea's Ratification of ILO Conventions*, 24 November 2021.

[93] *Ibid.*

Convenzioni 'aggiornate'", un risultato ermeneutico non dato per scontato nel dibattito tra gli esperti.

Riguardo al quadro interpretativo, il Gruppo di esperti esordisce collocando con la massima chiarezza le disposizioni del Capo 13 dell'ALS, di cui doveva definire la portata, nell'ordinamento giuridico internazionale in quanto fonti vincolanti pattizie, rigettando la loro qualificazione come esempi di *soft law*. Come anche concordato dalle parti in disputa, *"[t]o the extent that it is mandated to clarify and elucidate the meaning of relevant provisions of Chapter 13 of the EU-Korea FTA, the Panel is obligated to follow and apply the general rules of treaty interpretation ... as set out in Articles 31 and 32 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (the 'VCLT')*"[94]. Quindi, il Gruppo di esperti richiama l'art. 31 della Convenzione di Vienna[95] e la giurisprudenza internazionale che lo ha significativamente interpretato – Corte internazionale di giustizia, Organo d'Appello e *panels* dell'OMC, giurisprudenza arbitrale internazionale[96]- affermando che "[t]he Panel is mindful of the prevailing jurisprudence on Article 31, which requires a holistic approach based on examining the ordinary meaning of the terms together with their context in light of the object and purpose of the treaty, all under the rubric of good faith"[97], e ricordando come "[a] disproportionate reliance on one particular element may yield a misplaced or inaccurate interpretation"[98].

Quindi, il Gruppo di esperti prosegue nell'analisi della portata dell'art. 13.4.3 dell'ALS, e giunge alla conclusione che gli obblighi ivi espressi a proposito dei diritti fondamentali dei lavoratori e della ratifica delle Convenzioni più importanti dell'OIL sono impegni pattizi vincolanti, e non generiche statuizioni di *soft law*, che impedirebbero di andare a sindacare con puntualità la condotta di chi le ha sottoscritte. A fronte dell'affermazione sudcoreana che il verbo "commit to"[99], considerato nel suo significato ordinario, "appears to imply an inspiration"[100], il *Panel*, invece, "finds that

[94] Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 42.

[95] *Vienna Convention on the Law of Treaties*, done at Vienna on 23 May 1969, *UNTS*, 1980, Vol. 1155, p. 331.

[96] V. la giurisprudenza internazionale citata alla nota 9 del Panel Report *Korea – Labour Commitments*.

[97] Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 46.

[98] *Ibid.*

[99] Nella versione italiana "commit to" viene reso con l'espressione "si impegnano a rispettare, promuovere, realizzare, nelle loro leggi e pratiche, i principi su cui si basano i diritti fondamentali" (art. 13.4.3 dell'ALS).

[100] Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 125.

the ordinary meaning of 'commit to' … is 'to bind oneself to a course of action'" con la conseguenza che "this represents *a legally binding obligation of commitment* to respecting, promoting and realising the obligations arising from membership of the ILO and the 1998 ILO Declaration in relation to the principles concerning the fundamental rights"[101]. Inoltre, il Gruppo di esperti non solo ha considerato vincolanti gli impegni assunti nella disposizione richiamata, ma ha dato loro significativo spessore, applicando il principio di integrazione sistemica di cui all'art. 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati nel definire la portata dei vocaboli scelti dai negoziatori per redigere le norme dell'ALS. In particolare, per interpretare la portata del principio della libertà di associazione, il *Panel* richiama la prassi interpretativa dei principi dell'OIL e delle Convenzioni dell'OIL realizzata dal Comitato sulla libertà di associazione dell'organizzazione specializzata delle Nazioni Unite, nonché il significato che le espressioni utilizzate dall'art. 13.4.3 dell'ALS hanno nel diritto internazionale dei diritti fondamentali, oltre alla dottrina internazionalistica rilevante sui temi affrontati: *"[t]he relevant ordinary meaning of 'respect' is to 'show respect for ... refrain from injuring, harming, insulting, interfering with, or interrupting' ... so a commitment to respecting the principles relating to the right to freedom of association refers to the negative obligation not to injure, harm, insult, interfere with or interrupt freedom of association*. It is also appropriate to have regard to the meaning of 'respect' in international human rights law. *The UN Covenant on Economic, Social and Cultural Rights places an obligation on States to ... 'refrain from interfering with the enjoyment' of the rights*"[102].

A proposito, poi, della conclusione delle Convenzioni fondamentali dell'OIL, il Gruppo di esperti respinge con la massima fermezza la lettura sudcoreana dell'impegno a compiere "*continued and sustained efforts towards ratifying the fundamental ILO Conventions*" come "*a lower level of legal obligation*", poiché introdotto dal verbo modale "*will*" anziché "*shall*": "Korea's argument that the last sentence of Article 13.4.3 means that a Party is permitted to simply maintain the status quo or only to make minimal efforts is difficult to reconcile with the ordinary meaning of the terms of the provision. In the Panel's opinion, to 'make continued and sustained efforts' means to take steps forward: *standing still, or something*

[101] Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 127, il corsivo è nostro.
[102] Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 131, il corsivo è nostro.

akin to that, is not to be countenanced".[103] Venendo, quindi, a definire la sostanza dell'impegno a compiere "continued and sustained efforts", il Gruppo di esperti introduce un elemento di flessibilità, qualificando la "legally binding obligation" di cui all'art. 13.4.3 dell'ALS come "an obligation of 'best endeavours'" … [the] textual language accords the Parties a certain leeway in selecting specific ways of making such required efforts … the standard against which the Parties are to be measured is higher than undertaking merely minimal steps or none at all, and lower than a requirement to explore and mobilise all measures available at all times"[104].

4. Le misure unilaterali dell'Unione europea e il coinvolgimento della società civile

Il terzo elemento della strategia europea per rispettare e promuovere la *rule of law* internazionale negli scambi mondiali è il rafforzamento degli strumenti unilaterali, cui ricorrere come *extrema ratio* laddove non sia possibile raggiungere un esito positivo avvalendosi del contenzioso multilaterale o bilaterale, a causa dell'atteggiamento ostruzionistico della controparte, non disponibile ad esperire i meccanismi concordati, o inottemperante rispetto al risultato ottenuto ricorrendo alle procedure sulla soluzione delle controversie.

Parallelamente all'alacre attività per scongiurare il blocco dell'Organo d'appello dell'OMC attraverso uno strumento temporaneo quale l'MPIA, e all'attivazione dei meccanismi bilaterali di risoluzione delle controversie degli accordi di libero scambio, l'Unione avviava, nel dicembre 2019, la procedura legislativa per rafforzare il cd *Enforcement Regulation*[105]. Il nuovo regolamento UE 2021/167, adottato da Parlamento europeo e Consiglio il 10 febbraio 2021, prevede quindi la possibilità, per l'Unione, "di sospendere in tempi rapidi le concessioni o altri obblighi derivanti dagli accordi commerciali internazionali, compresi gli accordi regionali o bilaterali, nel caso in cui il ricorso effettivo a una risoluzione delle controversie vincolante non sia possibile in quanto il paese terzo non contribuisce a rendere

[103] Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, par. 272, il corsivo è nostro.

[104] Panel Report, *Korea – Labour Commitments*, parr. 274 e 277.

[105] COM(2019) 623, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica del regolamento (UE) n. 654/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'esercizio dei diritti dell'Unione per l'applicazione e il rispetto delle norme commerciali internazionali*, Bruxelles, 12 Decembre 2019.

possibile tale ricorso"[106]. Infatti, "se un appello a norma dell'articolo 17 dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie dell'OMC non si può completare e se il paese terzo non ha acconsentito a un accordo provvisorio in materia di arbitrato d'appello a norma dell'articolo 25 dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie dell'OMC"[107], la Commissione può adottare appropriate misure di politica commerciale per salvaguardare gli interessi dell'Unione. Lo stesso può accadere "nelle controversie commerciali relative ad altri accordi commerciali internazionali, compresi gli accordi regionali o bilaterali, se non è possibile ricorrere allo strumento della risoluzione delle controversie in quanto il paese terzo non intraprende le azioni necessarie perché una procedura di risoluzione delle controversie possa funzionare, anche rinviando indebitamente la procedura, il che equivale a non cooperare al processo"[108], situazione che si può verificare, ad esempio, laddove, "il paese terzo non designi un arbitro e non esista un meccanismo alternativo che consenta comunque di procedere alla risoluzione delle controversie"[109].

Nella Relazione di accompagnamento alla proposta di revisione dell'*Enforcement Regulation*, la Commissione giustifica l'inserimento di nuove motivazioni per ricorrere a contromisure richiamando l'art. 52, par. 4, del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti, adottato dalla Commissione di diritto internazionale nell'agosto 2001[110] e fatto proprio dall'Assemblea generale dell'ONU nel dicembre dello stesso anno[111]. Infatti, la condizione indicata dalla disposi-

[106] Sesto considerando del Regolamento (UE) 2021/167 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 recante modifica del regolamento (UE) n. 654/2014, relativo all'esercizio dei diritti dell'Unione per l'applicazione e il rispetto delle norme commerciali internazionali, *GUUE* L49/1 del 12.2.2021. Sul Regolamento (UE) 2021/167 cfr. G. Adinolfi, *Regime failure e contromisure unilaterali: la modifica dell'enforcement regulation dell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2021, pp. 319-352

[107] Art. 3, lett. a bis) del Regolamento (UE) 654/2014, come modificato dal Regolamento (UE) 2021/167.

[108] Art. 3, lett. b bis) del Regolamento (UE) 654/2014, come modificato dal Regolamento (UE) 2021/167.

[109] COM(2019) 623, cit., a p. 2.

[110] Doc. A/56/10, *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 23 April–1 June and 2 July–10 August 2001, Official Records of the General Assembly*, Fifty-sixth session, Supplement No.10, pp. 26-30.

[111] A/RES/56/83, *Resolution adopted by the General Assembly – Responsibility of States for internationally wrongful acts*, 12 December 2001. Sulle contromisure nel diritto internazionale cfr. D. Alland, *The Definition of Countermeasures*, in James Crawford, A. Pellet, S. Olleson, (Eds.), *The Law of International Responsability*, Oxford, 2010, pp. 1127-1136; C. Focarelli, *Le contromisure nel diritto internazionale*, Milano 1994; A. Gianelli, *Adempimenti preventivi all'adozione di contromisure internazionali*, Milano, 1997;

zione richiamata del Progetto di articoli del 2001 per poter adottare contromisure anche in presenza di un sistema vincolante per la definizione delle dispute – ossia che "la parte responsabile non collabori in buona fede nelle procedure di risoluzione delle controversie, impedendo in tal modo alla parte lesa di completarle"[112]- è suscettibile di manifestarsi con diverse modalità, come indicato dalla stessa Commissione di diritto internazionale, "ranging from an initial refusal to cooperate in the procedure, for example by non-appearance, through non-compliance with a provisional measures order, whether or not it is formally binding, through to refusal to accept the final decision of the court or tribunal"[113], includendo "situations where a State party fails to cooperate in the establishment of the relevant tribunal or fails to appear before the tribunal once it is established"[114]. Si tratta di circostanze che riflettono la violazione del principio di buona fede nella condotta in una procedura contenziosa posta dall'Unione alla base del rinnovato *Enforcement Regulation* per l'adozione di contromisure.

Analoga attenzione al pieno rispetto del diritto internazionale viene data dalle istituzioni europee nelle discussioni per l'adozione della nuova proposta di uno strumento dell'Unione che contrasti le misure di coercizione economica degli Stati terzi, situazione che si verifica "qualora un paese terzo, mediante misure che incidono sugli scambi o sugli investimenti, intenda costringere l'Unione o uno Stato membro ad adottare o ad astenersi dall'adottare un determinato atto"[115], dunque anche a compiere, o astenersi dal compiere, "una particolare scelta politica"[116]. Dopo la dichiarazione congiunta di Parlamento, Consiglio e Commissione, compiuta avviando i lavori per dotare la UE, in tempi stretti, di un *anti-coercion instrument* (ACI) e nella quale si è ribadito che "[l]'Unione mantiene il suo impegno a favore di un approccio multilaterale alla risoluzione internazionale delle controversie, del commercio basato su regole e della cooperazione internazionale per conseguire gli obiettivi di sviluppo sostenibile delle Nazioni

F. Paddeu, *Countermeasures*, *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2015; A. Tanzi, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Milano, 2021, pp. 431 ss.

[112] COM(2019) 623, cit., a p. 5.

[113] *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts – General Commentary*, in Doc. A/56/10, cit., pp. 31-143, a p. 137.

[114] *Ibid.*

[115] Cfr. COM(2021) 775, *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla protezione dell'Unione e dei suoi Stati membri dalla coercizione economica da parte di paesi terzi*, Bruxelles, 12 dicembre 2021, art. 1, par. 1, a p. 15.

[116] COM(2021) 775, cit., *Relazione introduttiva della Commissione Europea*, a p. 1.

Unite"[117], la Commissione, sia nella proposta che in tutti i documenti ufficiali di presentazione del Regolamento per contrastare la coercizione economica dei Paesi terzi, ha costantemente dichiarato l'esigenza di redigere, e quindi successivamente applicare, il nuovo strumento della UE nel pieno rispetto dell'ordinamento giuridico internazionale. Così, la proposta per il nuovo Regolamento UE esordisce affermando che "[q]ualsiasi azione intrapresa a norma del presente regolamento è coerente con gli obblighi dell'Unione ai sensi del diritto internazionale ed è condotta nel contesto dei principi e degli obiettivi dell'azione esterna dell'Unione"[118], e, puntando chiaramente all'effetto di deterrenza come principale finalità della nuova disciplina, indica il ricorso alle contromisure come una opzione estrema, di "last resort"[119].

Il grande sforzo messo in campo dall'Unione per promuovere il pieno rispetto degli impegni internazionali sulla liberalizzazione degli scambi vede il sistematico coinvolgimento dei soggetti portatori di interesse, più in generale della società civile, nella definizione di strategie e strumenti, e nella loro attuazione. Infatti, oltre a richiederne il parere durante la formulazione delle proposte di strumenti unilaterali[120] o delle posizioni da assumere durante i negoziati[121], ora la Commissione intende coinvolgere

[117] Dichiarazione del Parlamento, del Consiglio e della Commissione (2021/C 49/02), *GUUE* C49/2 del 12.2.2021.

[118] COM(2021) 775, cit., art. 1, par. 2, a p. 16.

[119] Cfr. COM(2021) 775, cit., *Relazione introduttiva della Commissione Europea*, pp. 1-10, e il 15° considerando del preambolo della proposta di Regolamento, il quale recita: "[l]'Unione dovrebbe istituire contromisure solo nel caso in cui altri mezzi, quali i negoziati, la mediazione o il procedimento aggiudicativo, non portino alla cessazione immediata ed effettiva della coercizione economica e alla riparazione del pregiudizio causato all'Unione o ai suoi Stati membri, e qualora sia necessario agire per tutelare gli interessi e i diritti dell'Unione e dei suoi Stati membri e ciò sia nell'interesse dell'Unione. È opportuno che il regolamento stabilisca le norme e le procedure applicabili per l'istituzione e l'applicazione di misure di risposta dell'Unione e consenta un'azione rapida ove necessario per preservare l'efficacia di tali misure" (COM(2021) 775, cit., pp. 13-14).

[120] V., ad esempio, le consultazioni aperte per definire come formulare l'ACI: *European Commission, Strengthening the EU's Autonomy – Commission Seeks Input on a New Anti-Coercion Instrument*, 23 March 2021 (documenti prodotti per e durante le consultazioni disponibili al link https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12803-Commercio-meccanismo-per-scoraggiare-e-contrastare-le-azioni-coercitive-di-paesi-terzi_it consultato il 10 aprile 2022).

[121] Molto note sono le consultazioni pubbliche organizzate per definire la posizione dell'Unione europea ai negoziati con gli Stati Uniti sulla proposta per il Partenariato transatlantico su commercio e investimenti (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP) a proposito del capitolo sugli investimenti: v. European Commission, *Commission to Consult European Public on Provisions in EU-US Trade Deal on Investment and Investor-State Dispute Settlement*, 21 January 2014.

significativamente operatori economici e società civile anche nella fase di *enforcement* degli accordi e delle misure una volta adottati. Sotto questo profilo, si segnala la nomina, nel luglio 2020, del *Chief Trade Enforcement Officer* (CTEO), l'alto funzionario della Commissione europea responsabile del monitoraggio e dell'esecuzione della corretta applicazione degli accordi di diritto internazionale dell'economia di cui l'Unione è parte contraente[122]. Per consentire al CTEO di svolgere con tempestività ed efficacia la sua attività, è stato predisposto, nel novembre 2020. il *Single Entry Point* (SEP), un sito web dedicato[123] dove ogni soggetto interessato – sia esso un operatore economico, oppure una ONG- può segnalare un reclamo fondato sul mancato rispetto, da parte di un Paese terzo, di un impegno pattizio sottoscritto con l'UE, ascrivibile al diritto OMC oppure a quello di un accordo preferenziale. Attraverso il SEP, pertanto, la società civile diviene protagonista dell'*enforcement* delle regole dell'economia globale, richiamando il CTEO ad adoperarsi per l'osservanza degli impegni classici della liberalizzazione degli scambi, come pure dei nuovi obblighi sulle questioni di sostenibilità, volti a definire l'equo rapporto tra commercio e tutela ambientale, diritti dei lavoratori, nonché le questioni sul cambiamento climatico[124].

5. Conclusioni

Naturalmente, la partecipazione della società civile alla definizione prima, e all'attuazione poi, di politiche e strumenti della politica commerciale dell'Unione può essere effettiva solo laddove a) le istituzioni europee agiscano nella trasparenza, e promuovano tale principio con Stati terzi e

[122] Il primo CTEO ad essere nominato dalla Commissione Europea è Denis Redonnet: cfr. European Commission Press Release, *European Commission Appoints its First Chief Trade Enforcement Officer*, 24 July 2020.

[123] V. European Commission, DG Trade, *Access2Markets*, al link https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/contact-form#contact (consultato il 10 marzo 2022).

[124] Per una descrizione della funzione del CTEO si veda il sito dedicato della DG Trade della Commissione europea, *Chief Trade Enforcement Officer*, al link https://ec.europa.eu/trade/trade-policy-and-you/contacts/chief-trade-enforcement-officer/#:~:text=The%20European%20Commission%20implements%20and,regional%20and%20bilateral%20trade%20agreements (consultato il 10 marzo 2020). Su ruolo della società civile e sull'attività svolta nel suo primo anno di mandato dal CTEO v. COM(2021) 654, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sull'attuazione e sull'applicazione degli accordi commerciali dell'UE*, Bruxelles, 27.10.2021.

organizzazioni internazionali[125]; e b) operatori economici, ONG, e singoli ben conoscano le regole sostanziali e le procedure di partecipazione della *trade policy* della UE.

Il legame tra trasparenza, anche in quanto elemento della *international rule of law*[126], e partecipazione della società civile emerge con nettezza nella recente Comunicazione della Commissione sulla revisione della politica commerciale dell'Unione[127], come pure nell'agenda prospettata per la riforma dell'OMC[128]. Proseguendo l'impegno già intrapreso nel 2015 con il documento "Commercio per tutti"[129], nella strategia del 2021 per una politica commerciale aperta, sostenibile e assertiva la Commissione ribadisce il pieno coinvolgimento della società civile per "garantire una politica commerciale trasparente e inclusiva"[130]: l'accesso alla documentazione e la possibilità di seguire le procedure di elaborazione ed applicazione degli strumenti di diritto internazionale dell'economia vengono considerati elementi indispensabili per l'effettiva partecipazione della persona fisica o giuridica alla definizione della *trade policy* della UE. Con specifico riferimento, poi, alla riforma del sistema multilaterale del commercio, la Commissione propone di rafforzare le regole di trasparenza dell'OMC nell'accesso alla documentazione e nella conoscenza delle normative nazionali, e la partecipazione del pubblico, usando i mezzi digitali, per consentire di seguire

[125] Riguardo al principio di trasparenza v. A. Bianchi, A. Peters (Eds.), *Transparency in International Law*, Cambridge, 2013; L. Biukovic, *Transparency Norms, the World Trade System and Free Trade Agreements: The Case of CETA*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, pp. 93-107; S. Cafaro, *Cittadinanza e democraticità dell'Unione europea*, in A. Di Stasi (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018, pp. 263-276; H. Hofmann, P. Leino-Sandberg, *An Agenda for Transparency in the EU*, *European Law Blog*, 23 October 2019; J. Organ, *EU Citizen Participation, Openness and the European Citizens Initiative: The TTIP Legacy*, *Common Market Law Review*, 2017, pp. 1713-1747.

[126] Sull'importanza della trasparenza come valore della *rule of law* internazionale cfr. M. Kanetake, *The Interfaces between the National and International Rule of Law: The Case of UN Targeted Sanctions*, *International Organizations Law Review*, 2012, pp. 267-338; M. Mutua, *Africa and the Rule of Law*, *International Journal on Human Rights*, 2016, pp. 159-173; A. Peters, *International Organizations and International Law*, in J. Katz Cogan, I. Hurd, I. Johnstone (Eds), *The Oxford Handbook of International Organizations*, Oxford, 2016, pp. 33-59.

[127] COM(2021) 66, cit.

[128] COM(2021) 66 Annex, cit.

[129] COM(2015) 497, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Commercio per tutti: verso una politica commerciale e di investimento più responsabile*, Bruxelles, 14.10.2015.

[130] COM(2021) 66, cit., a p. 24.

i lavori dei vari Comitati e Consigli dell'OMC alla più ampia platea possibile. L'istituzione europea suggerisce, inoltre, la formazione di un nuovo Comitato nell'architettura istituzionale del sistema multilaterale, un *WTO Consultative / Advisory Committee* composto da rappresentanti delle imprese e della società civile per raccogliere gli *inputs* di tali soggetti sui vari temi che interessano il funzionamento del sistema multilaterale e i negoziati per ampliare il quadro giuridico della *governance* dell'economia mondiale[131].

Accanto alla trasparenza, per essere significativa la partecipazione della società civile, in particolare nell'*enforcement* delle regole di diritto internazionale, richiede sia la conoscenza degli accordi multilaterali, regionali e bilaterali che quella dei diversi meccanismi di dialogo e comunicazione tra operatori economici, ONG, singoli, e istituzioni europee, *in primis* la Commissione. In tale prospettiva, essenziale risulta la formazione che i docenti universitari possono realizzare per tutti i soggetti interessati, e in tal senso assume ancora maggior rilievo la dedizione della Società italiana di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea nella promozione delle materie internazionalistiche e di diritto unionale. Con le conoscenze adeguate, la società civile potrà fornire alla UE dati, documenti, analisi ed idee per promuovere il pieno rispetto e il miglioramento delle regole di liberalizzazione degli scambi.

L'articolata risposta che l'Unione europea ha elaborato sulla crisi del contenzioso dell'OMC si caratterizza per il coinvolgimento della società civile – dall'indicazione alla Commissione di possibili reclami, alla partecipazione al contenzioso ricorrendo all'istituto dell'*amicus curiae* – e per la costante ricerca, attraverso cooperazione e diplomazia, di soluzioni amichevoli alle divergenze, senza rinunciare, però, agli strumenti necessari per ricorrere a misure unilaterali ogniqualvolta ciò risultasse necessario, a causa degli atteggiamenti di chiusura e di mancato rispetto di regole e valori da parte degli Stati *partner* della UE. Indubbiamente, si tratta di un importante contributo alla *rule of law* e ad alcuni dei 17 *Sustainable Development Goals* (SDGs) dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite: in particolare, la strategia dell'Unione ben si presta a dar seguito all'Obiettivo 16, che richiede di promuovere società pacifiche e inclusive per lo sviluppo sostenibile, garantire l'accesso alla giustizia per tutti e costruire istituzioni efficaci, responsabili e inclusive a tutti i livelli; e all'Obiettivo 17, che intende rafforzare i mezzi di attuazione e rivitalizzare la *partnership* globale per lo sviluppo sostenibile.

[131] COM(2021) 66 Annex, cit., a p. 16.

INSTITUTIONAL WEAKNESS AS A RULE OF LAW CHALLENGE: THE POWERS OF CONDITIONALITY

Michael Ioannidis*

Summary: 1. Another type of rule of law challenge. – 2. *Institutional weakness and the rule of law*. – 2.1. Values of Article 2 TEU: on the rule of law – 2.2. Weak statehood as a rule of law problem. – 2.3. Weak members in the EU – 3. What does weak membership mean for the EU? – 3.1. Weak membership and the EU Rule of Law Toolbox. – 3.2. Weak membership and conditionality.

1. Another type of rule of law challenge

According to Article 2 TEU, the rule of law is one of the values that EU Member States need to uphold. As the CJEU recently ruled, the values of Article 2 TEU are not merely policy guidelines or intentions but 'an integral part of the very identity of the European Union as a common legal order'[1]. When discussing challenges to the rule of law, the focus has mainly been on undue interferences of the executive with the judiciary, challenges that have been associated with developments especially related with Poland and Hungary. This contribution turns to another form of rule-of-law problem, which are not related to strong executives, trying to capture independent courts or agencies, but with systemic weakness in applying the law, owed to lack of resources or length of proceedings.

Although the rule of law is an abstract legal concept, it has a minimum core: the rule of law requires that the law actually *rules*. That means, first, that public authorities act themselves in accordance with the law, and, second, that, they ensure that the law is observed by private actors. In international law, states facing widespread problems of (in)effectiveness in implementing their laws are often described as weak, fragile or failed. Of

* Senior Research Fellow, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. This contribution is based on a short intervention in the 2021 SIDI Conference which developed some of the ideas contained in M. Ioannidis, *Weak Members and the Enforcement of EU Law*, in A. Jakab, D. Kochenov (eds), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017.

[1] Case C-156/21, *Hungary v Parliament and Council*, EU:C:2022:97, para. 232.

course, the EU is a developed legal order with a sophisticated infrastructure, guaranteeing respect of the law both at the domestic and at the EU levels. Certain member states, however, have difficulties in ensuring the implementation of their laws due to corruption, lack of resources, lengthy judicial proceedings, or bad organization. Countries like Greece face such challenges, thereby sometimes falling short of the rule of law requirement set out in Article 2 TEU.

This type of problems requires another approach compared to that followed for countries such as Hungary and Poland. Not sanctions and the prospect of activating Article 7 TEU, but administrative assistance, and perhaps, also a qualified (or conditional) application of mutual trust and solidarity. This intervention addresses additional aspect in the debate on the rule of law, focusing on two points: why (and when) institutional weakness should be treated as a rule of law problem (Section 2) and what can be the role of conditionality in addressing this problem (Section 3).

2. Institutional weakness and the rule of law

2.1. Values of Article 2 TEU: on the rule of law

When discussing the rule of law, a basic distinction is between the proponents of a 'thin', mainly formal understanding of the rule of law, and a 'thick', more substantive concept[2]. Those who advocate a 'thin' understanding claim that formal legality is the basic content of the rule of law: it requires that the polity should be governed by abstract pre-set rules rather than by the arbitrary will of the ruler(s). Those who read more substantive elements in the rule of law advocate a 'thicker' understanding and suggest that not any law satisfies this value, but only rules that are adopted in a democratic procedure and conform to fundamental rights, including non-discrimination.

In EU law, the current understanding of the rule of law is closer to a substantive, 'thick' one. This is reflected in the stance of the Commission[3]

[2] P. Craig, *Formal and substantive conceptions of the rule of law: An analytical framework* (1997) Public Law 467; B.Z. Tamanaha, *The History and Elements of the Rule of Law* (2012), Singapore Journal of Legal Studies 232, pp. 233-236.

[3] See Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council further strengthening the Rule of Law within the Union. State of play and possible next steps, COM/2019/163 final, Brussels, 3.4.2019.

and of the legislator. According to Article 2(a) of Regulation 2020/2092 (the 'Rule of Law Conditionality Regulation')[4], the rule of law,

> "includes the principles of legality implying a transparent, accountable, democratic and pluralistic law-making process; legal certainty; prohibition of arbitrariness of the executive powers; effective judicial protection, including access to justice, by independent and impartial courts, also as regards fundamental rights; separation of powers; and non-discrimination and equality before the law. The rule of law shall be understood having regard to the other Union values and principles enshrined in Article 2 TEU".

The Court of Justice of the European Union (CJEU) has accepted this view, which goes beyond legality, noting that a Member State whose society is characterised by discrimination cannot be regarded as ensuring respect for the rule of law, within the meaning of that common value[5]. Dignity and equality are also required by the rule of law[6].

Even in a 'thick' understanding of the rule of law, however, the effectiveness of law belongs to its minimum core. We can only speak of a polity governed by the rule of law when its public authorities act in accordance with constitutional norms and the general rules laid down by superior organs, usually a parliament, and when courts and administrative authorities are effective in ensuring that the law is generally observed by private actors. Effectiveness is a necessary precondition for law to fulfil one of its central functions: to provide society a reliable foundation for forming credible long-term normative expectations[7]. Only effective legal orders succeed in signalling that some actions are more likely and acceptable than others, thus making it easier for persons to act and plan their future within complex social environments[8].

Positive EU law also hints to effectiveness as a critical element of the EU value of the rule of law. The elements of rule of law set out in Article

[4] Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget, OJ 2020 L 433I, p. 1, and corrigendum, OJ 2021 L 373, p. 94. Recital (3) of the Regulation provides the case-law from which these elements are derived.

[5] Case C-156/21, *Hungary v Parliament and Council*, EU:C:2022:97, para. 229

[6] Ivi, para. 230.

[7] N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993, pp. 150-153; J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, Mass., 2008 (repr.), pp. 144 et seq; J. Raz, *The Authority of Law* 2nd edn, 2009, p. 222.

[8] N. Luhmann, *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 1*, 1970, p. 185.

2(a) of the Rule of Law Conditionality Regulation do not only cover action that *actively endangers* the rule of law, such as interference with the independence of the judiciary, but also instances of ineffectiveness. According to Article 3(b), indicative of breaches of the principles of the rule of law is also the failure to 'prevent, correct or sanction arbitrary or unlawful decisions by public authorities, including by law-enforcement authorities' and 'withholding financial and human resources affecting their proper functioning or failing to ensure the absence of conflicts of interest'. Article 4(2) also includes the 'improper functioning' of certain public authorities as potential breach to the rule of law.

Not any form of inefficiency amounts to a rule of law problem, however. In order to succeed in providing reliable information, rules must be 'socially shared': that is, they must be 'known to be generally applicable guides'[9]. This function of law is not threatened by isolated, episodic infringements. In all legal systems there are cases of corruption, long-lasting judicial procedures or agencies inefficient in enforcing certain rules. Such *episodic* instances of ineffectiveness, however, are not sufficient to undermine the general expectation that legal rules, courts and administrative authorities have the power and the ability to influence their incentives and disincentives. Things are different when an *endemic* inability to implement the law exists. Due to widespread corruption, or systematic delays in the delivery of justice, the law might fail to convey the information necessary to structure and support normative expectations. For example, in a system where obtaining a final judicial decision may take too many years, what the law 'in the books' requires is of secondary importance for social action. Once it has reached this threshold, a legal system fails to exercise its core function, to support reliable expectations.

2.2. Weak statehood as a rule of law problem

The concept of weak statehood is often used at the international level to distinguish states which diverge considerably from the average state[10].

[9] J. Knight, *Institutions and Social Conflict*, Cambridge, 1992, p. 17.

[10] For a general overview, see D. Kostovicova, V. Bojicic-Dzelilovic, *Persistent State Weakness in the Global Age*, Farnham, England; Burlington, VT, 2009, p. 2; F. Leidenmühler, *Kollabierter Staat und Völkerrechtsordnung: zur Aktualität der Westfälischen Ordnung, entwickelt an Fragen des Wegfalls effektiver Staatsgewalt*, Berlin, 2011, pp. 173 et seq; C. Richter, *Collapsed States: Perspektiven nach dem Wegfall von Staatlichkeit Zugleich ein Beitrag zu den Grundlagen des Selbstbestimmungsrechts der Völker und zur Struktur des völkerrechtlichen Staatsbegriffs*, Baden-Baden, 2011.

Different criteria are employed in international law and international relations literature to distinguish between 'stronger' and 'weaker' states. These criteria can be broadly distinguished into two categories[11]. The first is connected with the economic performance of the state or its ability to provide for a minimum of public goods. The second reflects effectiveness in implementing the law.

Often, state strength is measured in terms of *material capacity and economic success*. The focus can be on income and growth[12], military strength, capacity for self-defence and political influence[13], or the ability to offer certain public goods[14]. These criteria are definitely valid in measuring strength in the fields of international politics, but using these criteria in *legal* discourses is problematic because their application presupposes value judgements in controversial issues. Similarly, defining which public goods are necessary to distinguish weak from strong states touches upon a polity's specific priorities. What level of healthcare should a state provide to its citizens is an issue too contingent upon policy preferences to serve as a tool for legal analysis[15].

The criterion which serves best to qualify a state as strong or weak in a legal discourse is rather *the capacity of a political entity to enforce its collective decisions, resorting to coercion if necessary*[16]. That is, the abil-

[11] For other categorisations, see U. Schneckener, *States at Risk – Zur Analyse fragile Staatlichkeit* in Ulrich Schneckener (ed), *States at Risk – Fragile Staaten als Sicherheits- und Entwicklungsproblem*, 2004, 12; F. Leidenmühler, *Kollabierter Staat und Völkerrechtsordnung: zur Aktualität der Westfälischen Ordnung, entwickelt an Fragen des Wegfalls effektiver Staatsgewalt,* cit. 860, pp. 174 et seq.

[12] For one of the most recent influential accounts of that type, see D. Acemoglu and J.A. Robinson, *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, London, 2012. See also R.I. Rotberg, *Failed States, Collapsed States, Weak States. Causes and Indicators* in R.I. Rotberg (ed), *State Failure and State Weakness in a Time of Terror*, 2003, p. 4.

[13] M.I. Handel, *Weak States in the International System*, 2nd edn, London, 1990, pp. 48 et seq.

[14] See indicatively R.I. Rotberg, *Failed States, Collapsed States, Weak States. Causes and Indicators,* cit.; P. Stewart, *Weak States and Global Threats: Fact or Fiction?* (2006) 29 The Washington Quarterly 27, p. 29; E. Ikpe, *Challenging the discourse on fragile states* (2007) 7 Conflict, Security and Development 85, p. 86; E. Newman, *Failed States and International Order: Constructing a Post-Westphalian World* (2009) 30 Contemporary Security Policy 421, p. 422.

[15] These analytical hurdles become even more acute in those cases where standards of legitimacy are also added to measure state strength. See T. Risse, U. Lehmkuhl, *Governance in Areas of Limited Statehood – New Modes of Governance?* (2006) SFB-Governance Working Paper Series No 1, pp. 9-10.

[16] M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5th revised edn, Tübingen, 1972, p. 29.

ity of a state to implement the law. Effectiveness or strength, following this criterion, means the ability to 'make, implement, and enforce central decisions for a collectivity'[17]. This type of effectiveness requires in turn that central institutions, such as parliaments or governments, first, exist and second, command the necessary resources, material or otherwise, to implement the norms they set[18]. A minimum of effectiveness in the implementation of the law is a precondition for the existence of a legal order. Following Hans Kelsen, what is typical of a legal order is its effectiveness 'by and large'[19]. Moreover, one of the preconditions for a functional system of international coordination is that governments dispose of an organised system of authority able to give effect to the international responsibilities they assume[20].

Of course, not every state with rule-of-law-problems is a weak state – let alone failed; a qualified degree of weakness is necessary. This is not an exact science. At the one end of this spectrum is the ideal type of fully functioning state, where central institutions exist and are capable of enforcing their decisions and international commitments throughout the realm. At the other end, states are usually referred to as 'collapsed' or 'failed'. In these cases, central authorities have totally lost their ability to implement their decisions and do not even hold the monopoly of physical coercion[21].

[17] T. Risse, *Governance in Areas of Limited Statehood: Introduction and Overview* in T. Risse (ed), *Governance Without a State?*, New York, 2011, 4. See also R.H. Jackson, C.G. Rosberg, *Why Africa's Weak States Persist: The Empirical and the Juridical in Statehood* (1982) 35 World Politics 1, p. 6.

[18] See T. Risse, *Governance in Areas of Limited Statehood: Introduction and Overview,* cit., p. 4; G. Kreijen, *State failure, Sovereignty and Effectiveness: Legal Lessons from the Decolonization of Sub-Saharan Africa*, Leiden, 2004, p. 86.

[19] H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., 1949, pp. 120, 152, 170, 173; H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, 2nd, revised and enlarged, edn, Berkeley, 1967, pp. 46, 86, 210, 290.

[20] F. Leidenmühler, *Kollabierter Staat und Völkerrechtsordnung: zur Aktualität der Westfälischen Ordnung, entwickelt an Fragen des Wegfalls effektiver Staatsgewalt,* cit. p. 272. For international law, relevant government is the effective government, G. Kreijen, *State failure, Sovereignty and Effectiveness: Legal Lessons from the Decolonization of Sub-Saharan Africa,* cit., p. 21. This is reflected to the criterion of government being the most important of the criteria of statehood set by the Montevideo Convention. A variety of levels of weakness has thus emerged, pointing to different degrees of effectiveness in order to qualify statehood along the strong-weak continuum. For an overview of relevant efforts, see R. Koskenmäki, *Legal Implications Resulting from State Failure in Light of the Case of Somalia* (2004) 73 Nordic Journal of International Law 1, p. 2; E. Newman, *Failed States and International Order: Constructing a Post-Westphalian World,* cit., pp. 426-427.

[21] See R.I. Rotberg, *Failed States, Collapsed States, Weak States. Causes and Indicators,* cit.

Intermediate categories include states which fell short of fully functioning states without, however, the central public authority being totally irrelevant[22]. In line with the considerations above, the most promising way to address weakness or strength in international law is a generalized rule-of-law failure[23].

2.3. Weak members in the EU

Of course, no EU Member State is failed within the meaning that the term has acquired in the international law and political science literature. Even Greece, which experienced a massive GDP decline during the eurozone crisis of the 2010s and still faces important challenges with regard to the length of judicial proceedings, remains among the richest and most stable countries judged by *global* standards.

At the European level, however, the threshold of effectiveness is set considerably higher than at the global level. EU Member States are not simply required to meet the standards of statehood indicated by a global average or simply the enforcement requirements of international law. Their capacity shall be judged with reference to their participation in the advanced project of European integration and the requirement to uphold EU law[24]. Membership in the EU thus sets *a higher threshold of state effectiveness for EU Member States*. This is the basic reason why we should rather speak of weak *members* rather than weak *states* in the EU context: it is EU membership which sets the threshold of strength.

This heightened threshold can be justified by reference to several reasons: the closer interdependence of EU polities, the dual legitimatory basis

[22] Thomas Risse distinguishes 'failed' from 'limited' statehood, which only refer to 'areas', namely 'territorial or functional spaces within otherwise functioning states', T. Risse, *Governance in Areas of Limited Statehood: Introduction and Overview,* cit., p. 5.

[23] Practically, the degree of this ability or lack thereof is usually documented using reports from international organisations or indicators focusing on rule of law criteria and especially the ability to enforce the law. The World Bank criteria, as used in the Worldwide Governance Indicators, <http://info.worldbank.org/governance/wgi/>. See C.R. Apaza, *Measuring Governance and Corruption through the Worldwide Governance Indicators: Critiques, Responses, and Ongoing Scholarly Discussion* (2009) 42 Political Science & Politics 139; M.J. Kurtza, A. Schrank, *Growth and Governance: Models, Measures, and Mechanisms* (2007) 69 The Journal of Politics 538.

[24] Article 197 TFEU sets this idea in the rank of primary law, connecting domestic administrative capacity, the implementation of EU law and the proper functioning of the Union.

of the EU, the basically decentralized implementation of Union law, and mutual trust and solidarity.

First, because of the closer territorial proximity of EU Member States, negative externalities owed to one Member's weakness have greater impact upon the others, compared to the ineffectiveness of states located in more distant parts of the world. Regarding immigration and asylum, for example, the incapacity of some states to guard their borders may have consequences for the rest of EU Member States.

Second, weakness impacts on the legitimacy of EU institutions that are comprised by national officials. Weak statehood might have a detrimental impact on the myriad of EU bodies comprised by national officials in their capacity as representatives of the Member States. States involved in European decision-making through mechanisms such as comitology, but which display structural and persistent weakness regarding the capacity of their administrations, might compromise the overall effectiveness and legitimacy of those mechanisms.

Third, the nature of the EU requires a minimum of domestic administrative and judicial effectiveness in order to produce its legal effects. The EU is a *Rechtsgemeinschaft*, setting norms in a broad spectrum of policy fields, but a *Rechtsgemeinschaft* which disposes only very limited capacities in *directly* implementing its own law. There is thus a divergence at the EU level between who sets the norms and who commands the resources that are necessary for their implementation. This is a fundamental point for the EU constitutional order and bears decisively on any discussion on effectiveness at the EU level. It essentially means that the effectiveness of EU law relies on the implementing capacities of domestic governments and any subnational public entities. If a state lacks such capacities, the normativity of EU law is jeopardised.

Fourth, and most important, the effects of weak statehood become more acute to the extent that the principle of mutual trust governs the relations between Member States. Trust in the effectiveness of domestic administrations and courts is presupposed by the principle of mutual recognition, which, by allowing products and services lawfully marketed in one Member State to enter the markets of other Member States[25], amounts in effect to horizontal transfer of power to foreign domestic authorities[26].

[25] This principle originates in the 'Cassis de Dijon' case law, Case 120/78 *Rewe-Zentral AG* v *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, EU:C:1979:42.

[26] S. K. Schmidt, *Mutual recognition as a new mode of governance* (2007) 14 J Eur Public Policy 667, p. 672.

Since it is only *lawfully* circulated products and services which should enjoy the privileges deriving from the principle of mutual recognition[27], Member States need to trust each other's effectiveness when it comes to setting and enforcing *their own* rules, that is rules also beyond EU law. Mutual trust has been a basic argument for the Union legislator and for the CJEU in highlighting the centrality of the rule of law for the EU. The CJEU has stressed that the existence of mutual trust between the Member States is justified by the fundamental premiss that each Member State shares with all the other Member States, and recognises that they share with it, the values of Article 2 TEU[28]. Continued compliance with the value of the rule of law is thus, according to the Court, a condition for the enjoyment of all the rights deriving from the application of the Treaties to that Member State[29]. Recital (5) of the Rule of Law Conditionality Regulation bases the new rule-of-law conditionality regime also on this consideration.

Solidarity goes hand in hand with mutual trust. In the EU, solidarity is a principle that received great attention after the Eurozone and the COVID crises[30]. One basic idea that has emerged during these tumultuous years is that solidarity in the EU is conditional upon respect of certain fundamental values, amongst which the rule of law. This has been stressed in the context of the adoption of the Rule of Law Conditionality Regulation and was used as an important argument by the CJEU to uphold its legality. According to the Court, the Union solidarity shown through the distribution of EU funds is based on mutual trust between the Member States in the responsible use of the common resources[31].

These considerations highlight the importance of the component of effectiveness in the Union value of the rule of law. Systemic deficiencies

[27] See European Commission, Working Document, Guidance Document. The concept of 'lawfully marketed' in the Mutual Recognition Regulation (EC) No 764/2008, COM (2013) 592 final.

[28] Opinion 2/13, EU:C:2014:2454, para. 168; Case C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, EU:C:2018:117, para. 30; Case C-896/19, *Repubblika*, EU:C:2021:311, para. 62; Case C-156/21, *Hungary v Parliament and Council*, paras 125 and 129.

[29] Joined Cases, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 and C-840/19, *Euro Box Promotion and Others*, EU:C:2021:1034, para. 162; Case C-156/21, *Hungary v Parliament and Council*, para. 126.

[30] See indicatively, M. Ioannidis, *Between Responsibility and Solidarity: COVID-19 and the Future of the European Economic Order* (2020) 80 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1; V. Borger, *The Currency of Solidarity: Constitutional Transformation during the Euro crisis*, Cambridge, 2020; A. d. G. Merino, *The Recovery Plan: Solidarity and the Living Constitution* (2021) EU Law Live.

[31] Case C-156/21, *Hungary v Parliament and Council*, EU:C:2022:97, para. 129.

in the rule of law[32], thus, may indicate that some Member States are weak *members*[33]. An EU Member State is thus weak if, due to widespread corruption, lack of resources or bad organisation, it fails to give real effect to its law, thereby falling short of the rule-of-law requirement set out in Article 2 TFEU.

3. What does weak membership mean for the EU?

3.1. Weak membership and the EU Rule of Law Toolbox

How should a supranational legal order like that of the EU react to weak membership? The EU has developed a very broad palette of instruments to address rule of law problems in the Member States (the so-called Rule of Law Toolbox of the EU)[34]. Most of these, however, focus on problems of active interference with the judiciary and other independent authorities, rather than institutional weakness. The current toolbox is comprised by sanctioning mechanisms, tools to improve acceptancy through norm internalization as well assistance and conditionality.

In the field of rule of law, sanctions are mainly represented by the procedures envisaged in Article 7 TEU, which has been often described as the 'nuclear option'[35] in the battle to protect EU values. After following a sequence of steps, this procedure may lead to the suspension of certain rights deriving from of the Treaties, including voting rights of the Member State concerned in the Council. Until 2017, the procedure provided in Article 7 TEU had never been triggered. For the first time, proceedings were launched in December 2017 for Poland and in September 2018 for Hungary. These procedures continue pending in the Council. The Rule of

[32] On the concept of system deficiency, see A. von Bogdandy, M. Ioannidis, *Systemic deficiency in the rule of law: What it is, what has been done, what can be done* (2014) 51 Common Market Law Review 59, pp. 71 et seq.

[33] See in detail on this concept, M. Ioannidis, *Weak Members and the Enforcement of EU Law* in A. Jakab, D. Kochenov (eds), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017.

[34] For an overview of the mechanisms at the disposal of the EU with regard to the rule of law, see European Commission, Rule of Law Report 2021, Toolbox, 20 July 2021,<https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/ruleoflaw2021_toolbox_factsheet_en.pdf>; A. Festa, *Lo Stato di diritto nello spazio europeo*, Napoli, 2021, pp. 129 et seq.

[35] J.M. Barroso, *State of the Union 2012 Address*, Strasbourg, 12 September 2012 <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_596>.

Law Framework, initiated by the Commission in 2014[36], essentially details a pre-Article 7 procedure aiming to prevent emerging threats to the rule of law to escalate. It essentially structures a dialogue that operates under the shadow of Article 7 TEU sanctions[37]. Both these procedures, following a sanctioning rationale, appear rather inappropriate for addressing rule of law problems in the form of weakness. It is difficult to imagine that suspending rights could incentive Member States to strengthen their domestic institutions and provide for more effective rule of law in their jurisdictions. Sanctions seem more apt in addressing problems of active interference with institutions, such as in the case of Hungary and Poland.

In the last years, the EU has developed a number of mechanisms aiming at engaging Member States in structured exchanges with a view to committing them to action to address rule of law difficulties. These mechanisms focus on acceptancy of common rules rather than sanctions. The Rule of Law Mechanism is a yearly cycle aiming to promote the rule of law and to prevent problems from emerging or deepening. According to the Commission, this instrument focuses on 'improving understanding and awareness of issues and significant developments in areas with a direct bearing on the respect for the rule of law – justice system, anti-corruption framework, media pluralism and freedom, and other institutional issues linked to checks and balances'[38]. The Rule of Law Mechanism is structured around a yearly report, including 27 country chapters, presenting Member State-specific assessments. Such approach to the Rule of Law can indeed be used also to address weak members. The Rule of Law Report, does not only focus on interference but also on ineffectiveness. For example, the Italian chapter measures progress with regard to the quality and efficiency

[36] European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, A New EU Framework to Strengthen the Rule of Law, COM(2014) 158 final, Brussels, 11.3.2014. See R. Baratta, *Rule of Law 'Dialogues' Within the EU: A Legal Assessment* (2016) 8 Hague Journal on the Rule of Law 357; D. Kochenov, L. Pech, *Upholding the Rule of Law in the EU: On the Commission's „Pre-Article 7 Procedure" as a Timid Step in the Right Direction* (2015) Foundation Robert Schuman, EUI Working Paper RSCAS 2015/24 .

[37] See in detail A. von Bogdandy, C. Antpöhler, M. Ioannidis, *Protecting EU values: Reverse Solange and the rule of law framework* in András Jakab and Dimitry Kochenov (eds), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017.

[38] European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 2020 Rule of Law Report, The rule of law situation in the European Union, Brussels, 30.9.2020, COM(2020) 580 final, 3.

of the judicial system, highlighting the 'serious challenges related to the efficiency of the justice system, including backlogs and length of proceedings'[39]. For Greece, the 2021 Report also highlights that the justice system continues to face challenges as regards its efficiency[40]. Socialization and peer-pressure mechanisms, which are inherent in the preparation of these reports, may be used to address problems associated with weak institutions.

When non-compliance is not the outcome of the rational calculation of costs and benefits but of weak institutions, sanctions lose much of their attractiveness as means to induce compliance[41]. On the other hand, socialisation and norm-internalisation might not be sufficient, especially in settings where consensual decision-making is not always possible. On such occasions, the best response might be to resort to non-confrontational mechanisms, often through technical and financial assistance[42]. However, capacity building through the mere transfer of resources is usually not the preferred or more effective solution[43]. To foster bureaucratic efficiency and the rule of law, international organisations and the EU have developed a variety of mechanisms both at pre-accession and post-accession stages to address horizontal themes – that is not sectorial capacities, which are subject to specific rules such as the European Social Funds. The following briefly sketches some of the recent responses aimed at making access to European funds conditional on rule-of-law strength. This could be viewed as a new form of EU intervention when facing weak institutions that has reached a new dimension with the Rule of Law Conditionality Regulation.

[39] European Commission, Staff Working Document, 2021 Rule of Law Report, Country Chapter on the rule of law situation in Italy Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 2021 Rule of Law Report, The rule of law situation in the European Union, SWD(2021) 716 final, Brussels, 20.7.2021.

[40] European Commission, Staff Working Document, 2021 Rule of Law Report, Country Chapter on the rule of law situation in Greece Accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 2021 Rule of Law Report, The rule of law situation in the European Union, SWD(2021) 709 final, Brussels, 20.7.2021.

[41] C. Koutalakis, *Why are Laws not Enforced? (Γιατί δεν εφαρμόζονται οι νόμοι;)*, Athens, 2012, p. 97.

[42] K. Raustiala, *Compliance and Effectiveness in Regulatory Cooperation* (2000) 32 Case Western Reserve Journal of International Law 387.

[43] T.A. Börzel and others, *Obstinate and Inefficient: Why Member States Do Not Comply With European Law* (2010) 43 Comparative Political Studies 1363, 1383.

3.2 Weak membership and conditionality

Conditionality has been one of the instruments used to address weaknesses and promote institution-building during the accession stage in many phases of EU enlargement[44]. Accession conditionality has a significant rule of law component, which requires aspiring members to strengthen their judicial and administrative systems. However, it is addressed to states outside the Union, not Member States.

Within the EU, the most far-reaching effort to address ineffectiveness in state institutions was the conditionality set to Greece during the Eurozone crisis. During the crisis, conditionality was used for the first time to address institutional weakness and poor enforcement in *current* EU Members – not prospective ones. Building on this experience, conditionality has been discussed as a powerful instrument to promote the rule of law also in the context of the post-COVID EU financial instrument[45]. The following will focus on the use of conditionality to address weakness rather than active interferences with the rule of law.

Conditionality has been a common element of all financial-assistance instruments since the beginning of the Eurozone crisis in 2010[46]. Conditions primarily focused on the attainment of budgetary targets and economic reforms. It was already clear at the early stages of the crisis, however, that the weakness of the Greek state and the state of the rule of law in the country were additional issues of concern[47]. One fundamental issue has

[44] A. Dimitrova, *Enlargement, Institution-Building and the EU's Administrative Capacity Requirement* (2002) 25 West European Politics 171. On accession conditionality law in general, see D. Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality: Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, Austin, 2008.

[45] A. von Bogdandy and J. Łacny, *Suspension of EU funds for breaches of the rule of law – a dose of tough love needed?* (2020) SIEPS European Policy Analysis ; M. Fisicaro, *Rule of Law Conditionality in EU Funds: The Value of Money in the Crisis of European Values* (2019) 4 European Papers 695.

[46] On EU financial assistance conditionality, see M. Ioannidis, *EU Financial Assistance Conditionality after 'Two Pack'* (2014) 74 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 61.

[47] K. Featherstone, *The JCMS Annual Lecture: The Greek Sovereign Debt Crisis and EMU: A Failing State in a Skewed Regime* (2011) 49 Journal of Common Market Studies 193, p. 195 et seq. The weakness of the Greek public administration and judiciary has been a recurring theme both in the literature and in the reports of many international institutions, see T. Pelagidis, *The Greek Paradox of Falling Competitiveness and Weak Institutions in a High GDP Growth Rate Context (1995-2008)* (2010) GreeSE Paper No 38 Hellenic Observatory Papers on Greece and Southeast Europe GreeSE Paper No 38, p. 13. For recent approaches to the causes of Greek failure in light of the crisis, see T.S. Pappas, *Why Greece Failed* (2013) 24 Journal of Democracy 31; A. Triandafyllidou, R. Gropas, H. Kouki,

been the delay in the delivery of justice, which has led to many convictions of the country before the European Court of Human Rights (ECtHR)[48]. The EU Task Force for Greece, the special Commission body established in 2011 to support Greek reform efforts and to assist the implementation of the EU/IMF adjustment programmes, referred to the structural ineffectiveness and non-implementation of policies as 'a major and debilitating weakness' of Greece[49].

Funds offered to Greece thus required in exchange reforms aiming at strengthening the state, including the judiciary. The 2010 conditionality programme noted that the Greek public administration did not always 'ensure that policies are implemented fully and efficiently once the legislation has been passed'[50]. As the continuing problems of Greece appeared to be closely connected to administrative and judicial ineffectiveness, subsequent conditions focused more closely on the reform and modernisation of these sectors. For example, the creditors focused on judicial reform, including the use of e-registration and e-tracking of the status of individual cases in all courts, the organisation of the courts, the situation of court officials, and the effective and timely enforcement of contracts, competition rules and judicial decisions[51]. The third programme, adopted in 2015, continued in the same direction[52]. The government was explicitly required to 'modernise and significantly strengthen the Greek administration, and to put in place a programme, in close collaboration with the European Commission, for capacity-building and de-politicizing the Greek administration'[53].

Introduction: Is Greece a Modern European Country?, A. Triandafyllidou, R. Gropas, H. Kouki (eds), *The Greek Crisis and European Modernity*, Identities and Modernities in Europe, 2013.

[48] See in more detail M. Ioannidis, *Weak Members and the Enforcement of EU Law,* cit., pp. 485 et seq.

[49] Task Force for Greece, First quarterly report, SI(2011) 399/3, 17.11.2011, p. 14. In a similar vein, in its 2011 comprehensive report on the Greek administration, the OECD noted the existence of systemic failures and functional weaknesses, pointing to the 'inadequate capacity of ministries to carry reforms into the implementation stage'. OECD, 'Greece: Review of the Central Administration 2011' (2011) OECD Public Governance Reviews, p. 27.

[50] European Commission, *The Economic Adjustment Programme for Greece (May 2010)*, Occasional Papers No 61, p. 23.

[51] European Commission, *The Second Economic Adjustment Programme for Greece (March 2012)*, Occasional Papers No 94, p. 81–83.

[52] See European Commission, *Memorandum of Understanding Between the European Commission Acting on Behalf of the European Stability Mechanism and the Hellenic Republic and the Bank of Greece*, 19.8.2015, p. 31.

[53] Ivi, p. 29.

Conditionality was coupled with technical assistance. In 2011, the Commission established a special mechanism with the mandate actively to support capacity building in Greece, the so-called Task Force for Greece (TFGR). TFGR, was tasked with identifying and coordinating the technical assistance which Greece needed to deliver the structural reforms of the EU/IMF adjustment programme[54]. A significant part of its work focused on reforms to the public administration, combating corruption and reform to the judicial system[55]. In June 2015, the Commission announced the creation of a new service, the 'Structural Reform Support Service'(SRSS)[56], aimed at assisting Member States implement growth-enhancing administrative and structural reforms – such as the promotion of the Rule of Law and combating corruption. In January 2020, the mandate of the Structural Reform Support Service was taken over by DG REFORM[57]. DG REFORM support is mainly provided through the Technical Support Instrument (TSI)[58].

The actual effect of this involvement of financial assistance conditionality in addressing the effectiveness dimension of the of rule of law cannot be assed here. According to the European Stability Mechanism (ESM) Independent Self-Evaluation Report, despite some important reforms, the adjustment programmes have had very limited success in the areas of administration and justice[59]. From a legal perspective, however, the extent and detailed nature of these conditions, together with the form of technical support, seem to have opened a new chapter in EU intervention in the area of administrative and judicial reform in *current* Member States[60]. Accord-

[54] European Commission, *The Task Force for Greece*, <http://ec.europa.eu/about/taskforce-greece/index_en.htm>.

[55] See the regular Reports of the TFGR <http://ec.europa.eu/about/taskforce-greece/reports/index_en.htm> and the 'Preliminary Evaluation of the Technical Assistance provided to Greece in 2011–2013 in the areas of Tax Administration and Central Administration Reform', prepared by Alvarez & Marsal Taxand and Adam Smith International for the European Commission (2014) <http://ec.europa.eu/about/taskforce-greece/pdf/tfgr/evaluation_report_alvarez_july_2014_en.pdf> accessed 5 July 2016.

[56] European Commission, Speaking Points of Vice-President Dombrovskis on the Commission's New Structural Reform Support Service, Brussels, 17,6.2015 <http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-15-5218_en.htm>.

[57] https://ec.europa.eu/info/departments/structural-reform-support/mission-statement-directorate-general-structural-reform-support_en.

[58] <https://ec.europa.eu/info/overview-funding-programmes/technical-support-instrument-tsi_en>

[59] European Stability Mechanism, Independent Evaluator, Lessons from Financial Assistance to Greece, Independent Evaluation Report, European Stability Mechanism, 2020, 65-66.

[60] See E. Ongaro, *The Relationship between the New European Governance Emerging from the Fiscal Crisis and Administrative Reforms: Qualitatively Different, Quantita-*

ing to Featherstone, in the two first assistance packages to Greece, the conditions requiring administrative measures represented approximately forty percent of the total number of reforms required[61], with a rising trend over time[62]. These reforms touched upon several aspects of Greek administration and justice, with a focus on the better use of information technology, the strengthening of the autonomy of key parts of the administration – such as tax authorities – combating corruption, and the connection of the Greek administration with external technical advisors[63]. It seems that this is the first time that the EU has been involved in the organisational restructuring of national administrations in this way[64]. Without explicitly saying so, therefore, EU financial assistance conditionality treated Greece as a *de facto* weak member. Greece's creditors have operated on the assumption that the Greek rule of law and its institutions required special attention.

In addition, according to its agreement with EU and the IMF, Greece has been *required* to draw on the technical assistance offered by other EU Member States, the European Commission, the IMF or other organisations in priority areas[65]. This reference to an obligation to make use of technical assistance is also reflected in Regulation 472/2013 governing the implementation of financial-assistance programmes[66]. Article 7(8) of this Regulation refers to capacity-building for Members 'experiencing insufficient administrative capacity or significant problems in the implementation of its adjustment programme'. Such Members 'shall seek technical assistance from the Commission', which will then explicitly outline the objectives and the means of that assistance and constitute a group of experts. This language seems at first sight to be at odds with Article 197(2) TFEU, which provides that the EU 'may support the efforts of Member States to improve their administrative capacity to implement Union law'. This provision allows for a possibility to draw such assistance but not an obligation to do so.

tively Different, or nothing New? A Plea for a Research Agenda (2014) 15 Administrative Culture 10.

[61] K. Featherstone, *External conditionality and the debt crisis: the 'Troika' and public administration reform in Greece* (2014) 22 J Eur Public Policy 295, p. 302.

[62] Ivi, pp. 303-304.

[63] Ivi, p. 305.

[64] Ivi, p. 308.

[65] European Commission, The Second Economic Adjustment Programme for Greece (March 2012) Occasional Papers No 94, p. 131.

[66] Regulation (EU) No 472/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on the strengthening of economic and budgetary surveillance of Member States in the euro area experiencing or threatened with serious difficulties with respect to their financial stability, OJ 2013 L140, 1.

It also focuses on administrative capacity to the extent it affects the implementation of Union law, and not in all fields of law, as the value of rule of law requires. However, in the context of the Eurozone crisis, the view has prevailed that the EU has the power to request such measures when the EU offers assistance to Member States on the basis of Article 122 TFEU, or the ESM financing facilities, as allowed by Article 136 (3) TFEU, which provides European assistance to be tied to 'strict conditionality'. These provisions have been read to allow for financial assistance to Eurozone Member States as expression of solidarity under conditions[67]. These conditions also included reforms to address weak institutions.

The experience of the Eurozone crisis has provided experience to the design of the post-COVID framework aiming to support ailing EU economies[68]. The backbone of this framework is the Recovery and Resilience Facility (RFF) with €723.8 billion in loans and grants available to support reforms and investments undertaken by EU countries. Rule of law relevant conditionality is relevant in two aspects in this new framework.

First, in order to receive financial support under the RRF, EU Member States need to prepare and submit to the Commission national Recovery and Resilience Plans (RRPs), setting out their investments and reforms plans. Although these are plans submitted by national governments, they need to meet some Union standards, including the Country Specific Recommendations issued by the EU in the context of the European Semester. Compliance with these requirements is assessed by the Commission and approved by the Council. Disbursement of sums is conditional on recipient countries achieving agreed milestones and targets. The six pillars according to which Member States have to draft their RRPs[69] do not contain a dedicated one for rule of law weaknesses. However, weaker Member States have included commitments to strengthen their institutions, and especially in judiciary in their RRPs. Greece has undertaken commitments to modernise the public administration, justice and fight against corruption under the pillar of its RRP 'private investment and economic and institu-

[67] See in detail M. Ioannidis, *Europe's new transformations: How the EU economic constitution changed during the Eurozone crisis* (2016) 53 Common Market Law Review 1237; V. Borger, *The Currency of Solidarity: Constitutional Transformation during the Euro crisis*, cit.

[68] See in detail B. De Witte, *The European Union's COVID-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift* (2021) 58 Common Market Law Review 635.

[69] These pillars are green transition; digital transformation; economic cohesion, productivity and competitiveness; social and territorial cohesion; health, economic, social and institutional resilience; policies for the next generation.

tional transformation'[70]. The Commission, in its assessment of the Greek Plan, discussed extensively issues of administration and justice, noting that Greece continues to face important challenges with regard to institutional quality[71]. Italy has also included reforms in the judicial system and public administration in its RFF under the pillar on 'health, economic and institutional resilience'[72]. In its assessment of the Italian Plan, the Commission also noted that Italy's public administration remains subject to structural weaknesses in terms of efficiency and effectiveness and that administrative capacity remains weak[73]. It remains to be seen how strict the review of these commitments will be. In any case, the overall structure of the RFF, although it allows efforts to address institutional weakness, it addresses them as a means to promote economic growth rather the rule of law – and no link is made to these reforms as precondition to solidarity transfers within the Union.

These elements are rather reserved for the second – and much more famous – conditionality mechanism associated with the EU post-COVID funding programme: the Rule of Law Conditionality Regulation[74]. Its aim is guarantee that EU funds are not available to Member States who challenge the value of the rule of law. It requires that, when Member States implement the Union budget, including resources made available on the basis of the RFF, and through loans and other instruments guaranteed by the Union budget, and whatever method of implementation they use, they

[70] Εθνικό Σχέδιο Ανάκαμψης και Ανθεκτικότητας (National recovery and resilience plan) <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/nrrp_greece_2_0_greek_280721.pdf>, p. 373 et seq.

[71] European Commission, Staff Working Document, *Analysis of the recovery and resilience plan of Greece, Accompanying the document Proposal for a Council Implementing Decision, on the approval of the assessment of the recovery and resilience plan for Greece*, SWD (2021) 155 final, Brussels, 17.6.2021, p. 12.

[72] Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza <https://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf>, pp. 44 et seq.

[73] European Commission, Staff Working Document, *Analysis of the recovery and resilience plan of Italy, Accompanying the document Proposal for a Council Implementing Decision, on the approval of the assessment of the recovery and resilience plan for Italy*, SWD (2021) 165 final, Brussels, 22.6.2021, p. 12.

[74] For analysis, see J. Łacny, *The Rule of Law Conditionality Under Regulation No 2092/2020–Is it all About the Money?* (2021) 13 Hague Journal on the Rule of Law 79; C. Fasone, *Crisi dello stato di diritto: condizionalità a tutela del bilancio dell'Unione e conclusioni del Consiglio europeo*, (2021) Quaderni costituzionali 214; E. Castorina, *Stato di diritto e "condizionalità economica": quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle Conclusionidel Consiglio europeo del 21 luglio 2020)* (2020) 29 federalismi.it 43.

respect the rule of law. As such is a conditionality instrument *dedicated* to the rule of law.

The primary target of this Regulation is situations of active interference with constitutional checks-and-balances, as exposed in the cases of Poland and Hungary. As noted above, the Regulation, in its indicative list of breaches of the rule of law, includes the withholding of financial and human resources affecting the proper functioning of authorities and Article 4(2) counts the improper functioning of authorities as breaches of the principles of the rule of law. These cases seem to be directed to 'strategic weakness'; the focus of the Regulation is on the active threat of the rule of law. The second point that needs to be stressed is that the activation of the Rule of Law Conditionality Regulation requires that any breaches of the value of the rule of law affect or seriously risk affecting the sound financial management of the Union budget or the protection of the financial interests of the Union in a sufficiently direct way[75]. The CJEU has ruled that the Regulation, in order to satisfy legal certainty, requires a "genuine link" between a rule of law breach and an effect or serious risk of effect on sound financial management or financial interest of the EU[76]. Unlike financial assistance conditionality, thus, the Rule of Law Conditionality Regulation does not cover across-the-board rule of challenges. Its legality has been made contingent by the CJEU to the protection of the Union budget during its implementation[77]. Of course, the scope of the Union budget after the post-COVID EU funding regime is quite expansive and EU money would bring a lot of national authorities. Finally, even though the Regulation provides for several consultations with the Member State concerned[78], these do not have the open-ended, iterative character of financial assistance conditionality or the conditionality of the RFF and thus seem less pertinent to address institutional weaknesses.

In sum, thus, in the new funding Framework, the experience of the Eurozone crisis in dealing with weak institutions is expressed in the RFF commitments rather than in the Rule of Law Conditionality Regulation. The latter is basically oriented to Member States facing issues of undue interference with the judiciary or other authorities rather than weak mem-

[75] Case C-156/21, *Hungary v Parliament and Council*, EU:C:2022:97, paras 111 and 144.

[76] Case C-156/21, Hungary v Parliament and Council, EU:C:2022:97, para. 147.

[77] Case C-156/21, Hungary v Parliament and Council, EU:C:2022:97, paras. 114 and 119.

[78] Article 6 Regulation 2020/2092.

bers. On the other hand, RRF commitments address state weakness through the lens of economic growth rather than the value of the rule of law. From this perspective, the new set of rules conditioning access to post-COVID EU funds are a missed opportunity to address weak membership as a rule of law problem.

LO STATO DI DIRITTO NELLA PROCEDURA DI AMMISSIONE ALL'UNIONE EUROPEA

Marco Evola*

Sommario: 1. Lo Stato di diritto quale condizione di ammissione all'UE e i valori comuni nella dimensione sovranazionale: le ragioni della ricerca. – 2. La progressiva importanza dello Stato di diritto nella procedura di ammissione. – 3. Le caratteristiche del controllo sullo Stato di diritto nella procedura di ammissione. – 4. L'oggetto del controllo sullo Stato di diritto: il potere giudiziario. – 4.1. *Segue*: la lotta alla corruzione. – 4.2. *Segue*: il contrasto della criminalità organizzata. – 5. La funzionalità della condizione relativa allo Stato di diritto all'adattamento all'*acquis* dell'Unione. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Lo Stato di diritto quale condizione di ammissione all'UE e i valori comuni nella dimensione sovranazionale: le ragioni della ricerca

La procedura di ammissione all'Unione europea costituisce un terreno di indagine privilegiato nel quadro di una riflessione sui valori comuni nella dimensione sovranazionale in ragione sia della soggezione dell'ingresso nell'Unione europea al soddisfacimento di condizioni di natura politica, sia della funzione promozionale che l'ammissione stessa ha acquisito. In ordine al primo profilo indicato occorre sottolineare che le Comunità europee e, successivamente, l'Unione europea sono state concepite dai Trattati come organizzazioni aperte alla partecipazione di nuovi Stati, caratteristica, questa, che spiega agevolmente la previsione di requisiti di natura politica, tra i quali lo Stato di diritto, ai fini della partecipazione alla platea dei Paesi membri[1]. In tale prospettiva si spiega, innanzitutto, la formazione di una prassi che, pur nel silenzio dei Trattati istitutivi[2], ha subordinato la *membership* a condizioni di natura politica. Non è questa la sede per ripercorrere gli sviluppi di questa prassi comune agli Stati membri e alle

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea, LUMSA.

[1] Con particolare riferimento allo Stato di diritto vedi L. Pech, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, Jean Monnet Working Paper 04/09, pp. 62 ss.

[2] Cfr. l'art 98 del Trattato istitutivo della CECA, l'art. 235 del Trattato istitutivo della CEE e l'art. 205 del Trattato istitutivo dell'EURATOM.

istituzioni comunitarie[3]. Possiamo qui ricordare la Dichiarazione sulla democrazia adottata nell'ambito del Consiglio europeo di Copenaghen del 1978 nella quale gli Stati partecipanti alle Comunità hanno confermato la loro volontà di garantire «il rispetto dei valori di ordine giuridico, politico e morale, per loro imprescindibili, e di salvaguardare i principi della democrazia rappresentativa, della supremazia del diritto, della giustizia sociale e del rispetto dei diritti dell'uomo.

L'applicazione di tali principi implica un regime politico di democrazia pluralistica che garantisca la libera espressione delle opinioni nell'organizzazione costituzionale dei poteri e le procedure necessarie alla tutela dei diritti dell'uomo.

Dichiarano solennemente che il rispetto e il mantenimento della democrazia rappresentativa e dei diritti dell'uomo in ciascuno degli Stati membri sono elementi essenziali di una partecipazione alle Comunità Europee».[4] Siffatta prassi[5] ha trovato una formalizzazione[6] nelle note Conclusioni del Consiglio europeo di Copenaghen del giugno del 1993, che ha individuato

[3] Sulla prassi relativa alle condizioni di ammissione nell'Unione europea cfr. M. Cremona, *Accession to the European Union: membership conditionality and accession criteria*, in Polish Yearbook of International Law, 2001, pp. 219 ss.; C. Hillion, *The Copenhagen Criteria and Their Progeny*, in *Idem* (ed), *EU Enlargement: A Legal Approach*, Oxford, 2004, p. 17; K. Inglis, *EU Enlargement: Membership Conditions Applied to Future and Potential Member States*, in S. Blokmans, A. Łazowski (eds.), *The European Union and its Neighbours*, The Hague, 2006, pp. 61 ss.; T. Marktler, *The Power of the Copenhagen Criteria*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2006, p. 343 ss; a.f. tatham, *Enlargement of the European Union*, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2009, pp. 193 ss.

[4] Consiglio europeo, Dichiarazione sulla democrazia, Copenaghen 7/8 Aprile 1978, Bollettino CE, 1978, n. 3, p. 6.

[5] Non è possibile procedere in questo contributo alla disamina della complessa questione della natura giuridica della prassi che ha determinato la previsione di una serie di condizioni di ammissione non stabilite dai Trattati istitutivi e del suo rapporto con le norme di rango primario che le disciplinano. Ci ripromettiamo di tornare sul tema in altra sede. Sul ruolo della prassi nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea cfr. J.P. Jacqué, *La pratique des institutions communautaires et le développement de la structure institutionnelle communautaire,* in R. Bieber, G. Ress (eds.), *Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftrechts – The Dynamics of EC Law*, Baden Baden, 1987, pp. 377 ss.; T. Blanchet, J. Keller-Nöellet, *Peut-on parler de «coutume» en droit de l'Union européenne?*, in I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gerard, F. Ost., M. Van de Kerchove (dir), *Les sources du droit revisitées*, *Vol. 1, Normes internationales et constitutionnelles*, Bruxelles, 2011, pp. 207 ss.; R. Baratta, *Diritto e prassi evolutiva dell'Eurogruppo*, in *Dir. Unione eur.*, 2015, pp. 515 ss.; O. Porchia, *Il diritto non scritto nel funzionamento delle istituzioni dell'Unione europea*, in P. Palchetti (a cura di), *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo*, XX Convegno, Macerata 5-6 giugno 2015, Napoli, pp. 349 ss.

[6] Sottolinea questo elemento S. Fortunato, *Comment to Article 49*, in H.J. Blanke, S. Mangiameli (eds.), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, Heidelberg, 2012, pp. 1357 ss., p. 1360.

le condizioni di natura politica ai fini dell'ammissione riferendosi alla «stabilità istituzionale che garantisca la democrazia, il principio di legalità, i diritti umani, il rispetto e la protezione delle minoranze»[7]. Originariamente riferiti alle candidature degli Stati dell'Europa centrale e orientale, i criteri di Copenaghen sono stati posti alla base anche delle successive procedure che coinvolgono la Turchia e gli Stati dei Balcani occidentali[8].

Quanto al secondo profilo di rilevanza dianzi accennato deve dirsi che mentre nelle procedure relative a Regno Unito, Danimarca, Irlanda e Norvegia è stata compiuta una verifica puramente formale sul carattere democratico dell'ordinamento, sul rispetto dello Stato di diritto e sulla garanzia della protezione dei diritti fondamentali[9], a partire dalla tornata che ha condotto al grande allargamento del 2004 l'ammissione ha assunto la diversa funzione di promuovere i valori ai quali è ancorato il processo di integrazione europea. Affidata a meccanismi di condizionalità[10], l'ammissione persegue l'obiettivo di sostenere i processi di riforma normativa, istituzionale ed economica che permettano agli Stati candidati alla *membership* di rispettare le condizioni stabilite dal Consiglio europeo di Copenaghen. La modifica così prodotta ha reso l'ammissione uno strumento inteso a contribuire alla formazione di un tessuto connettivo comune identificato dall'art 2 TUE, norma richiamata dall'art. 49 TUE, come peraltro emerge con evidenza dalla considerazione che il rispetto delle condizioni politiche è necessario ai fini dell'apertura dei negoziati[11].

Nel quadro tracciato è opinione di chi scrive che particolare attenzione

[7] Consiglio europeo, Conclusioni della Presidenza, Copenaghen, 21-22 giugno 1993, Punto 7 A iii).

[8] Nell'ampia letteratura sull'ammissione degli Stati dei Balcani occidentali cfr. C. Pippan, *The Rochy Road to Europe: The EU?s Stabilisation and Association Process for the Western Balkans and the Principle of Conditionality*, in *European Foreign Affairs Review*, 2004, pp. 219 ss.; S. Blockmans, *Though Love. The European Union's Relations with the Western Balkans*, The Hague, 2008; L. Appiacciafuoco, *L'Unione europea e la condizionalità democratica nelle relazioni con i Paesi dei Balcani occidentali*, in *Studi int. europ*., 2010, pp. 492 ss.; A. Rizzo, *L'Unione europea e i Paesi dei Balcani occidentali nella prospettiva dell'allargamento*, in *Dir. Unione eur.*, 2011, pp. 454 ss.; I. Ingravallo, *Osservazioni sulle prospettive di allargamento dell'Unione europea ai Balcani occidentali*, in E. Triggiani, F. Cherubini, I. Ingravallo, E. Nalin, R. Virzo (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, pp. 567 ss.

[9] Commissione europea, *Opinion on the Application for Membership Received from the United Kingdom, Ireland, Denmark, Norway*, COM (67) 650, 29.9.1967, par. 6.

[10] K.E. Smith, *The Evolution and Application of EU Membership Conditionality*, in M. Cremona, *The Enlargement of the European Union*, Oxford, 2003, pp. 105 ss.; T. Cerruti, *L'Unione europea alla ricerca dei propri confini. I criteri politici di adesione e il ruolo dei nuovi Stati membri*, Torino, 2010, spec. pp. 1-59.

[11] Il Consiglio europeo di Lussemburgo del 12 e 13 dicembre 1997, *Conclusioni della*

debba essere rivolta allo Stato di diritto quale condizione di ammissione all'Unione europea per un duplice ordine di ragioni.

La prima ragione deve essere individuata nel fatto che la condizione relativa allo Stato di diritto ha acquistato nell'ambito della procedura di ammissione una progressiva importanza in rapporto alle altre condizioni di natura politica.

Per ciò che attiene, invece, alla seconda ragione di rilevanza va detto che la considerazione del modo in cui lo Stato di diritto opera all'interno della procedura di ammissione travalica i confini di questa e getta una luce sulla natura e le dinamiche interne al processo di integrazione europea. La tesi che si intende sostenere è che l'applicazione dello Stato di diritto quale condizione di ammissione si rivela funzionale all'adattamento all'*acquis* dell'Unione e alla realizzazione di un'economia di mercato basata sulla concorrenza da parte degli Stati candidati e alla loro partecipazione al mercato unico. Il criterio di ammissione dello Stato di diritto opera, dunque, all'interno della logica tipica del funzionalismo e consolida questo approccio all'integrazione europea.

2. La progressiva importanza dello Stato di diritto nella procedura di ammissione

Come accennato, lo Stato di diritto ha acquistato un'importanza sempre maggiore nel contesto dell'ammissione all'Unione europea[12], ciò che ha determinato la sua progressiva emersione quale condizione autonoma all'interno del sistema delle condizioni politiche.

Per meglio comprendere questo processo è utile prendere le mosse dall'ammissione degli Stati dell'Europa centrale e orientale. In sede di esame delle candidature di quei Paesi lo Stato di diritto è stato associato alla democrazia, dando vita ad un unico criterio di ammissione in sede di esame delle candidature, a dispetto della chiara distinzione operata dal Consiglio europeo di Copenaghen del 1993. Dai Rapporti periodici della Commissione sui progressi compiuti dagli Stati coinvolti nella procedura di ammissione emerge che il rispetto dell'unica condizione formata da democrazia e Stato di diritto è stato identificato nell'esistenza di un sistema in cui i poteri dello

Presidenza, par. 25 ha stabilito che «il rispetto dei criteri politici di Copenaghen costituisce una condizione preliminare all'apertura dei negoziati di adesione».

[12] Sul punto cfr. T. Cerruti, *Lo stato di diritto nel processo di allargamento ai Balcani occidentali*, in *Dir. pubbl. comp. eur*, 2019, pp. 137 ss., specialmente pp. 144 ss.

Stato siano separati. La fusione delle condizioni relative alla democrazia e allo Stato di diritto è stata, cioè, operata attraverso il ricorso alla teoria della separazione dei poteri[13]. Coerentemente con questa impostazione la Commissione ha proceduto alla disamina delle riforme relative a ciascuno dei tre poteri dello Stato al fine di verificare che il sistema nel suo complesso garantisse la loro separazione. Una chiara espressione del modo in cui la Commissione ha operato si ritrova nella seguente considerazione relativa alla Slovacchia contenuta nella nota Comunicazione *Agenda 2000*: «the Commission is concerned that the rule of law and democracy are not yet sufficiently rooted. This would require a greater openness to opposing views, the proper functioning of States institutions and the respect for their individual roles in the constitutional order. A democracy cannot be considered stable if the respective rights and obligations of institutions such as presidency, the constitutional court or the central referendum commission can be put into question by the government itself and if the legitimate role of the opposition in parliamentary committees is not accepted»[14]. L'approccio così definito è stata riprodotto anche rispetto alla Croazia, come emerge dal parere della Commissione sulla domanda di ammissione di questo Stato[15].

Tuttavia, già nell'ultima fase delle procedure che hanno riguardato gli Stati dell'Europa centrale e orientale prende avvio il processo che condurrà alla distinzione dello Stato di diritto dalla democrazia. Ci si riferisce alle decisioni della Commissione del 2006 che hanno istituito il Meccanismo di cooperazione e verifica destinato ad essere applicato a Romania e Bulgaria dopo l'adesione. Le decisioni perseguono l'obiettivo di garantire la piena attuazione delle condizioni necessarie all'affermazione dello Stato di diritto, prevedendo la verifica della realizzazione di un insieme di finalità in alcuni settori tra i quai l'organizzazione del potere giudiziario, la lotta alla corruzione e il contrasto della criminalità organizzata, la cooperazione tra l'UE e gli Stati interessati[16]. La maggiore rilevanza che lo Stato di diritto ha acqui-

[13] F. Hoffmeister, *Changing Requirements for Membership*, in A. Ott, K. Inglis (ed. by), *Handbook on European Enlargement. A Commentary on the Enlargement Process*, The Hague, 2002, pp. 90 ss., p. 94; D. Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality. Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2008, pp. 85 ss.

[14] Commissione europea, *Agenda 2000 for a stronegr and wider Union*, COM (97) 2000 final, 15.7.1997, p. 31.

[15] Commissione europea, *Opinion on Croatia's Application for Membership of the European Union*, COM (2004) 257 final, 20.4.2004, p. 11.

[16] Commissione europea, Decisione della Commissione del 13 dicembre 2006 che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Romania per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro

stato trova una manifestazione nell'esigenza espressa dal Consiglio europeo di Bruxelles del dicembre del 2006 che il suo rispetto da parte degli Stati candidati si realizzi sin dalle fasi iniziali del processo di preparazione alla *membership*. Nelle Conclusioni adottate il Consiglio europeo ha affermato che «difficult issues such as administrative and judicial reforms and the fight against corruption will be addressed at an early stage»[17]. Questa impostazione trova coerente sviluppo sia nell'attività di controllo effettuata dalla Commissione, sia nella strutturazione dei negoziati di adesione.

Rispetto al primo profilo la Commissione dal 2007 ha dedicato una maggiore attenzione alle diverse questioni comprese nell'ambito del controllo sullo Stato di diritto (vedi *infra* par. 4), sottolineando che questo ha una rilevanza centrale nell'accesso all'Unione europea e costituisce una delle maggiori sfide che gli Stati richiedenti devono affrontare[18]. Valoriz-

la corruzione, G.U. L354/56 del 14.12.2006. La Decisione individuava i seguenti parametri di riferimento: «1) garantire una maggiore trasparenza e una maggiore efficienza dei procedimenti giudiziari, in particolare potenziando la capacità e la responsabilità del Consiglio superiore della magistratura. Riferire in merito all'impatto dei nuovi codici di procedura civile e penale ed effettuare i necessari controlli. 2) Creare, come previsto, un'agenzia di integrità responsabile della verifica delle proprietà, delle incompatibilità e dei potenziali conflitti d'interesse, nonché dell'emissione di decisioni obbligatorie su cui basare eventuali azioni dissuasive. 3) Sulla base dei progressi già compiuti, continuare a condurre indagini professionali e imparziali su accuse di corruzione ad alto livello. 4) Adottare ulteriori misure per prevenire e combattere la corruzione, in particolare all'interno delle amministrazioni locali». Commissione europea, Decisione della Commissione del 13 dicembre 2006 che istituisce un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi compiuti dalla Bulgaria per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione e la criminalità organizzata, G.U. L354/58 del 4.12.2006. Questa seconda decisione individua quali parametri: «1) Adottare le modifiche da apportare alla Costituzione per eliminare le ambiguità circa l'indipendenza e la responsabilità del sistema giudiziario. 2) Garantire un processo giudiziario più trasparente ed efficiente grazie all'adozione e all'attuazione di una nuova legge sul sistema giudiziario e del nuovo codice di procedura civile. Riferire in merito all'incidenza di tali nuove leggi e dei codici di procedura penale e amministrativa, segnatamente in fase istruttoria. 3) Proseguire la riforma del sistema giudiziario per migliorarne la professionalità, la responsabilità e l'efficienza. Valutare l'impatto di tale riforma e pubblicare annualmente i risultati. 4) Condurre indagini professionali e imparziali su accuse di corruzione ad alto livello e riferire in merito. Riferire in merito alle ispezioni interne delle istituzioni pubbliche e sulla pubblicazione dei beni degli alti funzionari. 5) Adottare ulteriori misure per prevenire e combattere la corruzione, in particolare ai confini e all'interno delle amministrazioni locali. 6) Attuare una strategia volta a combattere la criminalità organizzata, imperniata sui reati gravi, sul riciclaggio del denaro e sulla confisca sistematica dei beni dei criminali. Riferire in merito a indagini nuove e in corso, rinvii a giudizio e condanne in questi settori».

[17] Consiglio europeo, Conclusioni della Presidenza, Bruxelles 14/15 dicembre 2006, par. 7.

[18] La Commissione europea, *Enlargement Strategy and Main Challenges 2007-2008*, COM (2007) 663 final, 6.11.2007, pp. 9-10 ha affermato che «the partnerships guide the

zando questo dato, a partire dal 2015, il controllo sullo Stato di diritto viene separato da quello in ordine alla democrazia. I Rapporti periodici della Commissione sugli Stati dei Balcani occidentali e sulla Turchia da quell'anno dedicheranno un'apposita sezione a Stato di diritto e diritti umani all'interno della quale ciascuna di queste condizioni è considerata in maniera autonoma. Tale modifica è connessa al fatto che il controllo sullo Stato di diritto è compiuto con riferimento ai capitoli di negoziato n. 23 dedicato a "Potere giudiziario e diritti fondamentali" e n. 24 relativo a "Giustizia, libertà e sicurezza"[19].

Avere scisso lo Stato di diritto dalla democrazia ha ulteriormente consolidato l'importanza cruciale del primo, peraltro confermata dalla prassi a noi più vicina nel tempo. Ed infatti, la Priority Agenda di Sofia, adottata a margine del vertice tra l'UE e gli Stati dei Balcani occidentali nel maggio del 2018, individua quale primo obiettivo della strategia nei confronti degli Stati candidati o potenziali candidati «*strengthening support to the rule of law and good governance*»[20] e lega ai progressi in materia di Stato di diritto l'accresciuta assistenza finanziaria[21].

countries in their European course and establish priorities for preaccession financial support. They will give higher priority from an early stage to basic governance issues, including institution building, judicial and administrative reform and the prevention of organised crime and corruption. Greater emphasis will be placed on such difficult issues, in particular in the context of the political and economic dialogues». Questa impostazione è stata sviluppata nei rapporti relativi ai singoli Stati: *Albania 2007 Progress Report*, SEC (2007) 1429, 6.11.2007, pp. 6 ss, pp. 44 ss.; *Bosnia and Herzegovina 2007 Progress Report*, SEC (2007) 1430, 6.11.2007, pp. 6 ss, pp. 48 ss; *Croatia 2007 Progress Report*, SEC (2007) 1431, 6.11.2007, pp. 7 ss, pp. 48 ss,; *The Former Yugoslav Republic of Macedonia 2007 Progress Report*, SEC (2007) 1432, 6.11.2007, p. 6 ss., pp. 49 ss.; *Kosovo under UNSCR 1244 Progress Report*, SEC (2007) 1433, 6.11.2007, pp. 7 ss., p. 44; *Montenegro 2007 Progress Report*, SEC (2007) 1434, 6.11.2007, pp. 6 ss., pp. 40 ss.; *Serbia 2007 Progress Report*, SEC(2007) 1435, 6.11.2007, pp. 6 ss., p. 38 ss; *Turkey 2007 Progress Report*, SEC (2007) 1436, 6.11.2007, pp. 6 ss., pp. 58 ss.

[19] Commissione europea, *EU Enlargement Strategy 2015*, COM (2015) 611 final, 10.11.2015, pp. 55 ss. Sulle procedure per l'allargamento cfr. A. Lang, *Le procedure per l'allargamento dell'Unione europea anno 2015*, in *Dir. pubbl. comp. eur*, 2016, pp. 341 ss.

[20] Sofia Declaration, Annex to the Declaration, 17 maggio 2018. Nel declinare la realizzazione dell'obiettivo la Dichiarazione prevede i seguenti interventi: «enhance support for judicial reform and efforts to fight corruption and organised crime, including capacity building for corruption prevention ; Extend rule of law advisory missions with increased support from Member States and from the EU; Enhance monitoring of reforms through more systematic, case-based peer-review missions; Introduce trial monitoring in the field of serious corruption and organised crime; Work towards better measurement of results in justice reform; Roll out support for the Western Balkans through the European Endowment for Democracy in the area of independent and pluralistic media and civil society».

[21] Zagreb Declaration, 6 maggio 2020, par. 6. Cfr. anche Dichiarazione di Sofia cit. par. 3.

Esprime in maniera paradigmatica il ruolo dello Stato di diritto nell'ammissione la recente Comunicazione sull'allargamento adottata nel 2020 nella quale la Commissione afferma che «*the rule of law is a crucial aspect of democratic transformation and the key benchmark against which the enlargement countries' progress towards membership is assessed by the EU*».[22] Sviluppando questa impostazione nella Comunicazione del 2021 la Commissione sottolinea che la Conferenza intergovernativa con la Serbia si è concentrata in particolare sulle riforme relative allo Stato di diritto e che i progressi dell'Albania in questo settore mostrano che il Paese «*has fulfilled the conditions for holding the first intergovernmental conference of the accession negotiations*»[23].

Per ciò che attiene, invece, alla struttura dei negoziati di ammissione va detto che la crescente rilevanza assegnata allo Stato di diritto è all'origine di una serie di modifiche a quella relative. Una prima manifestazione di questo processo è da individuare negli elementi di novità che caratterizzano le *negotiating frameworks* adottate per Montenegro (2012)[24] e Serbia (2013)[25], le quali rispondono all'esigenza di garantire il pieno e rapido soddisfacimento del criterio relativo allo Stato di diritto. Le due *frameworks* prevedono, infatti, che i negoziati relativi ai capitoli "Potere giudiziario e diritti fondamentali" (23) e "Giustizia, libertà e sicurezza" (24) siano tra i primi ad essere aperti «given the challenges faced and the longer term nature of the reforms»,[26] e stabiliscono, altresì che il ritmo dei negoziati ad essi relativi non possa essere più lento di quello che caratterizza le trattative sugli altri capitoli. Qualora una simile ipotesi si realizzasse, il Consiglio potrebbe decidere di «withhold its recommendations to open and/or close other negotiating chapters until this disequilibrium is addressed»[27]. Inoltre, con riguardo a questi capitoli di negoziato, il Consiglio è chiamato a stabilire non solo

[22] Commissione europea, 2020 *Communication on EU enlargement policy*, COM (2020) 660 final, 6.10.2020, p. 4.

[23] Commissione europea, 2021 *Communication on EU Enlargement Policy*, COM (2021) 664 final, 19.10.2021, pp. 2-3. Sull'ammissione dell'Albania cfr. C. Morini, *Il processo di ammissione dell'Albania nell'Unione europea nel contesto della politica europea di allargamento*, in *Studi int. europ*., 2017, pp. 641 ss., specialmente pp. 650 ss.

[24] Consiglio dell'Unione europea, *Montenegro Negotiating Framework*, Bruxelles 29 marzo 2021.

[25] Consiglio dell'Unione europea, *Serbia Negotiating Framework*, Bruxelles, 9 gennaio 2014.

[26] Consiglio dell'Unione europea, *Montenegro Negotiating Framework* cit., par. 22; *Serbia Negotiating Framework* cit., par. 43.

[27] Consiglio dell'Unione europea, *Montenegro Negotiating Framework* cit., par. 6; *Serbia Negotiating Framework* cit., par. 24.

benchmarks per la chiusura provvisoria, ma anche *interim benchmarks*[28]. In linea generale, peraltro, i *benchmarks* potrebbero essere aggiornati nel corso dei negoziati tenuto conto del loro stato di avanzamento[29].

La centralità dello Stato di diritto è all'origine dell'ultima modifica all'organizzazione dei negoziati approvata nel 2020. Sulla base della proposta formulata dalla Commissione, l'Unione ha deciso di organizzare i diversi capitoli di negoziato in clusters[30]. In particolare, i capitoli 23 e 24 sono stati compresi tra le questioni fondamentali che si caratterizzano per il fatto che i negoziati ad esse relativi saranno avviati per primi e chiusi per ultimi. A ciò si deve aggiungere che l'andamento dei negoziati su questi capitoli «will determine the overall pace of negotiations» e che nessun capitolo verrà chiuso se non siano stati soddisfatti i *benchmarks* relativi allo Stato di diritto[31].

Il processo che abbiamo descritto ha finito per incidere sul modo stesso in cui il controllo sullo Stato di diritto opera nel più ampio contesto dell'ammissione.

3. Le caratteristiche del controllo sullo Stato di diritto nella procedura di ammissione

Il Consiglio europeo di Copenaghen del 1993 non ha precisato i contenuti delle condizioni politiche richieste ai fini dell'ammissione, lasciando così la loro determinazione alla prassi, con la conseguenza che ad essa si deve fare riferimento al fine di individuare sia l'oggetto del controllo dello Stato di diritto, sia le caratteristiche che questo ha assunto all'interno della verifica sul suo soddisfacimento da parte degli Stati candidati. La disamina della prassi sviluppatasi in relazione alle ammissioni intervenute a partire dal 2004 e a quelle in atto fa emergere tre elementi che connotano il controllo sul rispetto dello Stato di diritto: l'ampiezza, la natura approfondita e la flessibilità.

L'ampiezza della verifica condotta sul rispetto dello Stato di diritto si spiega in ragione dell'accresciuta importanza acquisita e dell'ancoraggio

[28] Consiglio dell'Unione europea, *Montenegro Negotiang Framework* cit. par. 21; *Serbia Negotiating Framework* cit., par.42.

[29] Consiglio dell'Unione europea, *Montenegro Negotiating Framework* cit., par. 23; *Serbia Negotiating Framework* cit., par. 44.

[30] Commissione europea, *Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans*, COM (2020) 57 final, 5.2.2020.

[31] Ivi, p. 3.

del controllo ai capitoli di negoziato n. 23 e n. 24. Mentre nelle procedure di ammissione degli Stati dell'Europa centrale e orientale l'organizzazione del potere giudiziario ha avuto una rilevanza nodale, nelle procedure di ammissione oggi in atto il controllo sullo Stato di diritto comprende, oltre al potere giudiziario, la lotta alla corruzione e il contrasto della criminalità organizzata in quanto questioni che «*condition the EU accession process*»[32]. Ed infatti, nella Dichiarazione di Zagabria del 2020 l'UE «*welcomes the strong commitment by the Western Balkans partners to the primacy of democracy and the rule of law, especially the fight against corruption and organised crime*»[33].

L'esaminato carattere del controllo permette di comprendere la natura approfondita che esso presenta. L'Unione non ha concentrato la sua attenzione esclusivamente sui profili normativi delle questioni esaminate e sulle riforme introdotte, ma si è preoccupata di considerare gli effetti delle strategie elaborate dagli Stati, delle innovazioni adottate e delle attività poste in essere, coniugando così l'analisi del dato normativo con la comprensione della concreta dinamica dei rapporti tra gli organi coinvolti e con la valutazione dell'efficacia e effettività dell'operato degli organi dei candidati alla *membership*.

Alle due precedenti caratteristiche è legata l'ultima, ossia la natura flessibile del controllo. La prassi formatasi a partire dall'ammissione degli Stati dell'Europa centrale e orientale indica l'esistenza della volontà dell'UE di rifuggire da una teorizzazione della condizione relativa allo Stato di diritto. Il controllo è stato modellato in funzione della specificità del contesto normativo e organizzativo di ciascuno degli Stati candidati e dei peculiari problemi con i quali questi sono stati chiamati a confrontarsi. L'Unione europea non ha istituito una gerarchia tra i parametri di valutazione relativi a ciascuna delle questioni prese in esame in sede di controllo sullo Stato di diritto e non ha stabilito in qual modo ognuno di quelli incide sull'apprezzamento del rispetto della condizione in esame. Di conseguenza, il dosaggio dei diversi criteri di verifica e il modo in cui essi reagiscono sulla decisione in ordine alla domanda di ammissione è destinato a mutare, ciò che, in uno all'ampia discrezionalità che caratterizza le decisioni sul rispetto delle condizioni di ammissione, ha determinato applicazioni disomogenee e giudizi incoerenti[34].

[32] Commissione europea, *Enlargement Strategy and Main Challenges 2009-2010*, COM (2009) 533 def., 14.10.2009, p. 5.

[33] Zagreb Declaration, cit. par. 7.

[34] Cfr su questo aspetto D. KOCHENOV, *EU Enlargement and the Failure of Conditio-*

Al fine di comprendere le indicate caratteristiche è opportuno procedere ad una breve disamina del controllo sulle tre principali questioni ricondotte allo Stato di diritto.

4. L'oggetto del controllo sullo Stato di diritto: il potere giudiziario

I temi rilevanti ai fini del controllo sul potere giudiziario sono stati individuati nelle procedure che hanno coinvolto gli Stati dell'Europa centrale e orientale[35]. Il soddisfacimento della condizione relativa allo Stato di diritto è stato sostanzialmente legato alla garanzia dell'indipendenza del potere giudiziario dagli altri poteri dello Stato, all'efficienza degli organi della magistratura e all'efficacia dell'attività giurisdizionale. La disamina delle candidature ha avuto ad oggetto il complesso delle regole, costituzionali e ordinarie, relative all'organizzazione del sistema giudiziario, la definizione dei rapporti tra i poteri dello Stato e il concreto funzionamento degli organi della magistratura.

L'indipendenza del potere giudiziario è stata valutata, in primo luogo, in una dimensione istituzionale. In questa prospettiva sono state prese in esame l'esistenza e la composizione degli organi di autogoverno della magistratura, le attribuzioni loro conferite in relazione allo *status* giuridico dei magistrati (selezione, condizione giuridica, promozioni, trasferimenti, procedimenti disciplinari) e il rapporto con il Ministro di Giustizia[36].

Inoltre, il problema dell'indipendenza è stato affrontato con riguardo alla condizione dei singoli giudici in ragione dei limiti che alla loro autonomia possono derivare dalle norme sui meccanismi di reclutamento, sul trattamento economico, sui trasferimenti, sul potere disciplinare[37].

nality. Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law, cit., *passim*.

[35] Per un esauriente esame del controllo sul potere giudiziario da parte dell'Unione europea cfr. il prima citato studio di D. KOCHENOV, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality. Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, pp. 252 ss. al quale si rinvia anche per maggiori indicazioni in ordine ai rapporti periodici della Commissione.

[36] Si vedano per esempio Commissione europea, *Regular report from the Commission on Hungary's progress towards accession*, COM (98) 700 finale, 17.12.1998; *2001 Regular report on Romania's progress towards accession*, SEC (2001) 1753, 13.11.2001, p. 20; *2002 Regular report on Estonia's progress towards accession*, SEC (2002) 1402, 9.10.2002, p. 23.

[37] Cfr. tra gli altri Commissione europea, *Regular report from the Commission on Latvia's progress towards accession*, COM (98) 704 final, 17.12.1998, p. 9, *2000 Regular report from the Commission on Czech Republic's progress towards accession*, COM (2000)

Per ciò che attiene, invece, all'efficienza della magistratura va detto che la Commissione ha preso in esame i sistemi di formazione dei magistrati, l'eventuale distinzione nell'ambito di questa tra magistrati in servizio e magistrati appena assunti, il loro numero[38].

Infine, la valutazione dell'efficacia dell'attività giurisdizionale ha comportato l'estensione della disamina delle candidature ad una serie variegata di profili legati al funzionamento della macchina giudiziaria, quali l'esecuzione delle pronunce rese e i tempi dei procedimenti giurisdizionali[39]. Inoltre, sono stati considerati i problemi legati all'aumento dell'arretrato e le regole dettate in materia di accesso dei cittadini alla giustizia[40].

Nelle procedure che riguardano gli Stati dei Balcani occidentali si registra una continuità quanto alle questioni ritenute rilevanti rispetto al potere giudiziario. Il controllo ha, però, assunto maggiore sistematicità rispetto alle procedure di ammissione precedenti perché si realizza secondo uno schema di analisi che è identico per tutti gli Stati e che si basa su alcune macroaree all'interno delle quali sono comprese le diverse questioni legate all'indipendenza del potere giudiziario. Le macroaree sono: strategic documents, management bodies, independence and impartiality, accountability, professionalism and competence, quality of justice, efficiency[41]. Deve, però, dirsi che nelle procedure di ammissione che riguardano la Turchia e gli Stati dei Balcani occidentali risulta più accentuata l'attenzione rivolta al livello di preparazione degli Stati rispetto all'attuazione dell'*acquis* e, in particolare, alla loro capacità di garantire il corretto funzionamento del

703 final, 8.11.2000, p. 18; *2001 Regular report on Romania's progress towards accession* cit., p. 20.

[38] Commissione europea, *1999 Regular report from the Commission on Estonia's progress towards accession*, COM (99) 504 final, 13.10.1999, p. 11; *2000 Regular report from the Commission on Bulgaria's progress towards accession*. COM (2000) 701 final, 8 November 2000. p. 17.

[39] Commissione europea, *Regular report from the Commission on Poland's progress towards accession*, COM (98) 701 final, 17 December 1998, p. 11; *2000 Regular report on Latvia's progress towards accession*, COM (2000) 706 final, 8.11.2000, p. 17.

[40] Commissione europea, 1*999 Regular report from the Commission on Poland's progress towards accession*, COM (99) 509 final, 13 October 1999 p. 10; *2000 Regular report from the Commission on Bulgaria's progress towards accession* cit., p. 17.

[41] Cfr. da ultimo i Rapporti periodici della Commissione europea relativi all'anno 2021: *Albania 2021 Report*, SWD (2021) 289 final, 19.10.2021, pp. 18 ss.; *Bosnia and Herzegovina 2021 Report*, SWD (2021) 291 final, 19.10.2021, pp. 15 ss.; *Kosovo 2021 Report*, SWD (2021) 292 final 2, 19.10.2021, pp. 16 ss.; *Montenegro 2021 Report*, (2021) SWD 293 final2, 19.10.2021, pp. 18 ss.; *North Macedonia 2021 Report*, SWD (2021) 294 final 19.10.2021, pp. 17 ss.; *Serbia 2021 Report*, SWD (2021) 288 final 19.10.2021, pp. 17 ss.; *Turkey 2021 Report*, cit., pp. 21 ss.

mercato comune. Infine, caratterizza in maniera specifica il controllo sul potere giudiziario in alcuni Stati dei Balcani occidentali la questione relativa all'esercizio dell'azione penale contro gli autori di crimini di guerra[42].

4.1. Segue: *la lotta alla corruzione*

Il fenomeno corruttivo pone problemi di particolare rilevanza rispetto alla tenuta dello Stato di diritto in ragione della sua capacità pervasiva della vita economica, dei processi politici e dell'amministrazione della giustizia. L'estesa diffusione della corruzione, il suo radicamento nella società e la molteplicità dei settori che ne sono coinvolti spiegano il timore dell'Unione per gli effetti che essa può determinare sulla tenuta degli assetti democratici e sullo sviluppo economico. Come si legge nella Comunicazione della Commissione sulla strategia di allargamento relativa all'anno 2021 «*robust efforts and results in the fight against corruption are needed to mitigate threats to democratic governance, to legal and economical certainty, and to ensure a stable and transparent business environment*».[43]

Anche rispetto a questa componente dello Stato di diritto il controllo dell'Unione a partire dal 2015 presenta una struttura identica per tutti gli Stati che è basata sulle medesime macroaree: *track record, institutional framework, legal framework, strategic framework*[44].

Riproducendo il modello di controllo utilizzato rispetto al potere giudiziario, la valutazione delle candidature investe i profili istituzionali e quelli legati all'attività degli organi. Può anzi aggiungersi che il collegamento con il capitolo negoziale n. 23 ha spinto la Commissione a sottolineare maggiormente l'insufficienza delle riforme del quadro istituzionale e normativo. A questa esigenza risponde certamente l'indicazione che la Commissione formula nei Rapporti periodici di istituire e consolidare attraverso il track record i sistemi di controllo e verifica con riferimento alle indagini svolte, ai procedimenti penali instaurati, alle condanne pronun-

[42] Cfr. per esempio Commissione europea, *Bosnia and Herzegovina 2020 Report*, SWD (2020) 350 final, 6.10.2020, p. 21; *Montenegro 2020 Report*, SWD (2020) 353 final, 6.10.2020, p 25; *Sebia 2020 Report*, SWD (2020) 352 final, 6.10.2020, p. 24; *Kosovo 2020 Report*, SWD (2020) 356 final, 6.10.2020, p. 23.

[43] Commissione europea, 2021 *Communication on EU Enlargement Policy* cit., p. 7.

[44] Cfr. da ultimo i Rapporti periodici della Commissione europea relativi all'anno 2021: *Albania 2021 Report*, SWD (2021) 289 final, 19.10.2021, pp. 18 ss.; *Bosnia and Herzegovina 2021 Report* cit., pp. 21 ss.; *Kosovo 2021 Report* cit. pp. 23 ss.; *Montenegro 2021 Report* cit., pp. 24 ss; *North Macedonia 2021 Report* cit., pp. 20 ss; *Serbia 2021 Report* cit., pp. 26 ss.; *Turkey 2021 Report*, cit., pp. 25 ss.

ziate, ai sequestri e alle confische di beni, agli esiti del cosiddetto *vetting process*, ossia il controllo patrimoniale sui funzionari e dirigenti delle amministrazioni pubbliche, o alle garanzie offerte ai *whistleblowers*.

La verifica dell'efficacia dell'azione degli Stati prende forma nella disamina della struttura istituzionale che questi hanno creato per gestire le attività di contrasto. La Commissione ha prestato attenzione alle istituite agenzie nazionali, alla loro struttura interna e ai meccanismi di raccordo dell'attività che svolgono con quella degli altri organi impegnati nello stesso settore. La dimensione istituzionale viene, peraltro, in rilievo anche rispetto alle iniziative destinate a dare attuazione alle norme in vigore. Rispetto all'esame del quadro normativo si deve sottolineare che l'Unione valuta sia l'adesione degli Stati alle più importanti convenzioni internazionali in materia, sia le regole che sono state adottate per contrastare il dilagare dei fenomeni corruttivi. Infine, la Commissione analizza le Strategie e i Piani d'azione adottati dagli Stati candidati, spesso sottolineandone gli elementi di debolezza e indicando le linee dei necessari interventi riformatori, compresi quelli relativi al reperimento di maggiori risorse[45].

4.2. Segue: *il contrasto della criminalità organizzata*

Analogamente alla corruzione, anche la criminalità organizzata possiede una forte capacità di condizionamento della vita politica e dello sviluppo economico. Nella prima citata Comunicazione sull'allargamento del 2021 la Commissione sottolinea che «*organised crime continues to be a threat to the region, affecting people, businesses, state institutions and the economy as a whole. Powerful criminal organisations with a global reach easily operate across borders, including in the EU*»[46].

Il controllo da parte dell'UE è collegato ai temi oggetto del capitolo n. 24 di negoziato ed è essenzialmente preordinato a verificare i progressi compiuti dagli Stati al fine di adeguare l'ordinamento interno all'*acquis*[47]. Questo elemento è particolarmente accentuato nell'esame del quadro normativo, delle strategie e dei piani d'azione.

[45] Commissione europea, *Albania 2021 Report* cit., p. 26.

[46] Commissione europea, 2021 *Communication on EU Enlargement Policy* cit., p. 9.

[47] Cfr. per esempio Commissione europea, *Albania 2021 Report*, cit. 37; *Bosnia and Herzegovina 2021 Report* cit., p. 33; *Kosovo 2021 Report* cit., p. 37; *Montenegro 2021 Report* cit., p. 38; *North Macedonia 2021 Report* cit., p. 36; *Serbia 2021 Report*, cit. p. 46; *Turkey 2021 Report* cit. p. 42.

Anche in questo settore il controllo si fonda su una struttura basata su macroaree che è identica per tutti gli Stati: institutional set-up and legal alignment e implementation and enforcement capacity. Inoltre, l'indagine sugli assetti normativi è coniugata con l'analisi delle modalità di funzionamento degli organismi coinvolti nella lotta al crimine organizzato.

Nell'ambito della prima macroarea la Commissione prende in considerazione l'organizzazione, la composizione, le modalità operative delle strutture istituzionali preposte all'attività di contrasto della criminalità organizzata e i rapporti con gli altri settori dello Stato nella prospettiva dell'autonomia degli organi della repressione penale.

Alla logica del rafforzamento della lotta alla criminalità risponde la sottolineatura della necessità del ricorso al *track record* che emerge dalla parte dei rapporti dedicata a «implementation and enforcement capacity». In questo ambito l'utilizzo dei dati rispetto alle operazioni compiute, comprese quelle realizzate in cooperazione con altri Stati e con organismi internazionali e dell'UE, ha la funzione di rilevare debolezze e insufficienze. Il controllo non ha ad oggetto solo le attività illecite di maggiore importanza rispetto alla finalità di debellare le organizzazioni criminali, quali la tratta di essere umani, la produzione di denaro falso, il riciclaggio, il cybercrime.

Al fine di far aderire il controllo sullo Stato di diritto alle diverse pieghe dell'attività di repressione la Commissione ha considerato anche fenomeni criminali interni ai singoli Stati e di notevole rilevanza rispetto alla tenuta complessiva del sistema di repressione penale[48].

*5. La funzionalità della condizione relativa allo Stato di diritto all'adeguamento all'*acquis *dell'Unione*

Il complesso degli elementi analizzati fa emergere un ulteriore profilo di interesse nella prassi relativa all'applicazione dello Stato di diritto nelle procedure di ammissione, profilo che va individuato nel modo in cui questa condizione opera nella valutazione della domanda degli Stati candidati. In relazione a questo aspetto della prassi la riflessione sullo Stato di diritto travalica, come detto all'inizio, i confini dell'ammissione per investire questioni di più ampio respiro che caratterizzano il processo di integrazione europea.

L'applicazione della condizione relativa allo Stato di diritto si rivela

[48] Sottolinea questo aspetto del controllo T. Cerruti, *Lo stato di diritto nel processo di allargamento ai Balcani occidentali*, cit., p. 163.

funzionale all'adeguamento all'*acquis* da parte degli Stati candidati alla *membership* e alla loro partecipazione al mercato interno.

Questa connessione emerge già dalle procedure legate al grande allargamento del 2004 perché la necessità di riformare il potere giudiziario per garantire la sua autonomia e assicurare la professionalità dei giudici è stata collegata all'applicazione del diritto UE alla quale i magistrati sono chiamati a partire dall'ammissione dello Stato nell'Unione.[49] La Commissione afferma, infatti, che «it is crucial, for the effective implementation and enforcement of the EC *acquis*, that the full momentum of judicial reform be maintained»[50].

L'idea che lo Stato di diritto permetta di realizzare le condizioni per la crescita economica è alla base della progressiva importanza che la condizione in esame ha acquisito. La Commissione, infatti, ha affermato che «*the rule of law remains a priority for the EU and is at the heart of the accession process, a key pillar of the Copenhagen political criteria. Countries aspiring to join the Union need to establish and promote from an early stage the proper functioning of the core institutions necessary for securing the rule of law. Rule of law supports the business environment, providing legal certainty for economic operators and stimulating investment, jobs and growth*»[51].

Peraltro, anche l'importanza attribuita alla lotta alla corruzione e alla criminalità organizzata in rapporto allo Stato di diritto deriva dalle conseguenze che questi fenomeni producono sull'organizzazione dei processi economici e sui risultati delle riforme in questo settore. In proposito può essere utile ricordare che sia la Dichiarazione di Sofia del 2018, sia quella successiva adottata a Zagabria nel 2020 esprimono il riconoscimento da parte degli Stati dell'UE e degli Stati dei Balcani occidentali che «*results in the fight against* ***corruption and organised crime*** *are essential for the region's political and socio-economic transformation*»[52].

La saldatura tra il rispetto dello Stato di diritto e lo sviluppo economi-

[49] Cfr. D. Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality. Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law,* cit., pp. 234 ss.

[50] Commissione europea, *2000 Regular report from the Commission on Czech Republic's progress towards accession*, COM 2000 (703) final 8.11.2000, p. 19.

[51] Commissione europea, *Enlargement Strategy and Main Challenges 2013-2014*, COM 2013 (700) final, 16.10.2013, p. 6. Il precedente Rapporto della Commissione europea, *Enlargement Strategy and Main Challenges 2014-15*, COM 2014 (700) final dell'8.10.2014, p. 10 definiva lo Stato di diritto «crucial for a stable business environment».

[52] Zagreb Declaration cit., par. 14. Nello stesso senso si veda Sofia Declaration cit. par. 12.

co è all'origine delle modifiche introdotte a partire dal 2015 nella procedura di ammissione per ciò che attiene al controllo sulla condizione in esame. Infatti, come si legge nella Comunicazione sulla Strategia di allargamento del 2015 «the rule of law and economic development can be seen as two sides of the same coin. Strengthening the rule of law increases legal certainty, encourages and protects investment and contributes significantly to supporting economic development and competitiveness. The rule of law is not only a fundamental democratic principle but also crucial for a stable business environment»[53].

In questa prospettiva deve essere collocata la decisione di ancorare la valutazione relativa al rispetto dello Stato di diritto alle questioni oggetto dei capitoli di negoziato n. 23 e 24, connettendo il soddisfacimento della condizione politica con l'adattamento all'*acquis* dell'Unione.

Assume un valore paradigmatico del nesso tra il rafforzamento dello Stato di diritto e la crescita economica la considerazione fatta dalla Commissione nella Comunicazione del 2020 sul rafforzamento del processo di adesione: «a core objective of the European Union's engagement with the Western Balkans is to prepare them to meet all the requirements of membership. This includes supporting fundamental democratic, rule of law and economic reforms and alignment with core European values. This will in turn foster solid and accelerated economic growth and social convergence. This policy approach will thus be the cornerstone of a forward-looking agenda. This agenda will support the transformation of the Western Balkans into functioning market economies able to integrate fully into the EU's single market, to create jobs and entrepreneurial opportunities, to improve the business and investment climate, to promote the rule of law and to stop the brain drain from the region»[54].

Il legame istituito tra Stato di diritto e *acquis* costituisce una chiara manifestazione del metodo funzionalista.

6. Considerazioni conclusive

La scelta del Consiglio europeo di Copenaghen del 1993 di non determinare il contenuto delle condizioni politiche imposte ai fini dell'am-

[53] Commissione europea, *EU Enlargement Strategy*, COM (2015) 611 final, 10.11.2015, p. 5.

[54] Commissione europea, *Enhancing the accession process – A credible EU perspective for the Western Balkans* cit., p. 2

missione all'Unione ha lasciato alla prassi la funzione di individuare le questioni da prendere in esame in rapporto a ciascuna di quelle, di definire le caratteristiche del controllo e il dosaggio dei criteri di ammissione in sede di disamina delle candidature.

La prassi formatasi in ordine allo Stato di diritto ci restituisce un quadro molto articolato e caratterizzato da una serie di elementi: la sua progressiva importanza nel contesto delle condizioni politiche di ammissione, l'esteso controllo da parte dell'UE nella valutazione delle domande di adesione, la profondità della verifica sul suo rispetto e, infine, la flessibilità che offre in rapporto allo scrutinio delle candidature.

Le recenti innovazioni tese a dare centralità allo Stato di diritto nei negoziati sull'adesione possono essere messe in relazione con l'arretramento che proprio su questo terreno si registra in alcuni Stati membri come Polonia e Ungheria. L'ammissione consente, infatti, all'Unione di esercitare una capacità di condizionamento delle politiche degli Stati particolarmente significativa, mentre il diritto UE non contempla strumenti idonei a reagire alle derive autoritarie, come proprio le vicende relative ai due Paesi citati hanno dimostrato[55].

Si deve però considerare che, nonostante il carattere sistematico che il controllo sullo Stato di diritto ha acquisito, l'ammissione continua ad essere caratterizzata dalla discrezionalità valutativa e dalla natura politica della

[55] Nell'ampia letteratura sul tema cfr. A. von Bogdandy, M. Ioannidis, *Systemic Deficiency in the Rule of Law: What It Is, What Has been Done, What Can be Done*, in *Common Market Law Rev*., 2014, pp. 59 ss.; Editorial Comment, *Safeguarding EU values in the Member States – Is something finally happening?*, in *Common Market Law Rev*., 2015, pp. 619 ss.; C. Closa, D. Kochenov (edited by), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016; C. Closa, D. Kochenov, *Reinforcement of the Rule of Law Oversight in the European Union: Key Options*, in W. Schroeder, *Strengthening the Rule of Law in Europe. From a Common Concept to Mechanism of Implementation*, Oxford and Portland Oregon. 2016, pp. 173 ss.; P. Mori, *Il rispetto dello Stato di diritto: "affari interni" o questione europea? I nuovi meccanismi di controllo dell'Unione alla prova della Polonia*, 28.12.2016, in www.federalismi.it; Editorial Comment, *The Rule of Law in the Union, the Rule of Union Law and the Rule of Law by the Union*, in *Common Market Law Rev*., 2016, pp. 597 ss.; N. Lazzerini, *"Less is more"? Qualche rilievo sulla legittimità e sul merito delle recenti iniziative delle istituzioni europee in materia di salvaguardia dei valori fondanti dell'Unione*, in *Riv. dir. int*., 2016, pp. 514 ss.; S. Marinai, *Considerazioni in merito all'introduzione "a Trattati invariati" , di nuovi meccanismi per il rispetto della rule of law*, in *Studi int. europ*., 2020, pp. 69 ss.; P. Mori, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, 1.4.2020, in www.federalismi.it; Editorial Comment, *Compromising (on) the general conditionality and the rule of law*, in *Common Market Law Rev*., 2021, pp. 267 ss.; P. Pohjankoski, *Rule of law with leverage: Policing structural obligations in EU law with the infringement procedure, fines, and set-off*, in *Common Market Law Rev*., 2021, pp. 1341 ss.

decisione che gli Stati membri sono chiamati ad adottare sulle domande di ingresso nel club. Questa discrezionalità, intrinseca alla decisione sull'ammissione, finisce per proiettare un'ombra sul ruolo effettivo dell'adesione nella realizzazione di un tessuto connettivo comune agli Stati.

Su questo sfondo ci sembra debba essere collocato l'ultimo elemento di interesse della prassi relativa allo Stato di diritto, ossia il collegamento istituito tra questa condizione politica, l'adattamento all'*acquis* e la formazione del mercato interno.

La funzione di promozione dei valori dell'Unione che la procedura di ammissione ha assunto sembra poter contribuire alla realizzazione di una dimensione assiologica condivisa a livello sovranazionale, a conferma dello spostamento del baricentro dell'integrazione europea verso una prospettiva di natura costituzionale.

Ad avviso di chi scrive la parabola dello Stato di diritto che è stata tracciata nelle pagine precedenti permette di profilare una ricostruzione diversa.

Collegando Stato di diritto e *acquis* la prassi ha reso il primo un ponte tra i valori politici e l'efficienza del rispetto delle regole dell'Unione in linea con la tradizionale logica funzionalista che muove dalla formazione del mercato interno per costruire sulla base di questo una più profonda unità tra gli Stati membri.

Il ricorso ad un approccio di natura funzionalista nell'applicazione dello Stato di diritto alle domande di ammissione all'Unione non solo ci restituisce la complessità del processo di integrazione, ma, per un verso, ridimensiona fortemente il contributo dell'ammissione alla promozione dei valori nella dimensione sovranazionale e, per altro verso, dimostra la difficoltà di un'interpretazione dell'integrazione stessa nei soli termini di un processo costituzionale *in fieri*.

Terza Sessione

DIRITTI UMANI E NUOVE TECNOLOGIE

NUOVE TECNOLOGIE E *GOVERNANCE* DELLA REGOLAZIONE SOVRANAZIONALE[1]

Fabio Bassan[*]

Sommario: 1. Introduzione. – 1.1. La costruzione giuridica del cyberspace. – 1.2. L'applicazione al cyberspace delle regole classiche. – 1.3. L'interrogativo di fondo. – 2. I Soggetti. – 2.1. Le piattaforme come ecosistemi. – 2.2. Le piattaforme come 'comunità'. – 3. Le piattaforme come ordinamenti giuridici privati. – 4. Rapporti tra ordinamenti digitali transnazionali e ordinamenti statali. – 4.1. La Chart di Facebook e la Costituzione degli Stati Uniti. – 4.2. La notifica da Covid-19. – 4.3. Le controversie e il rinvio della Chart alle norme di diritto internazionale pubblico. – 4.4. Le controversie e il previo esaurimento dei ricorsi interni. – 4.5. Il progressivo completamento degli ordinamenti digitali. – 4.6. Piattaforme digitali e ordinamenti statali: ipotesi di rinvio. – 4.7. Rilevanza dei limiti dell'ordine pubblico internazionale. – 5. Analogia tra piattaforme digitali transnazionali e organizzazioni internazionali. Conseguenze. – 5.1. La ricostruzione e la classificazione conseguente di Arangio-Ruiz. – 5.2. Ordinamenti transnazionali digitali e diritto internazionale inter-individuale. – 5.3. Ordinamenti transnazionali digitali e global law. – 6. Conclusione. Come interpretare la prassi e quali strumenti sono adeguati per disciplinarla. – 6.1. Dalla matrice regolatoria alla relazione tra ordinamenti. – 6.2. Autoregolazione negoziata delle piattaforme digitali e strumenti privatistici. – 6.3. Autoregolazione negoziata delle piattaforme digitali e strumenti pubblicistici.

1. Introduzione

1.1. La costruzione giuridica del cyberspace

Quando si parla di regolazione sovranazionale delle tecnologie, ci si riferisce in genere a internet, e al modo in cui vi si accede e si opera. La dottrina ha creato a questo fine uno 'spazio giuridico' (cyberspace) in cui valutare i comportamenti degli operatori e misurare gli effetti degli interventi degli stati e delle organizzazioni internazionali[2], con attenzione

[*] Professore ordinario di Diritto internazionale, Università Roma Tre.

[1] La pandemia ha ritardato di 12 mesi l'incontro SIDI 2020. In questo tempo, ho continuato a lavorare sul testo dell'intervento, che è divenuto un libro, pubblicato nel 2021: *Digital Platforms and Global Law* (E. Elgar Publishing). Questo capitolo sintetizza alcuni dei profili sviluppati nel libro, cui rimando per una trattazione più ampia e approfondita di questi e altri temi.

[2] L. Lessig, *The zones of cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 48(5), 1996, pp. 1403-

particolare, negli ultimi anni alle azioni di difesa individuale e collettiva[3]. Il cyberspazio però è ineffabile, difficile da afferrare, popolato da soggetti di diritto internazionale (stati e organizzazioni internazionali, alcune sorte proprio per gestire alcuni aspetti di internet[4]), soggetti di diritto transnazionale (le imprese multinazionali e transnazionali che vi operano) ma anche soggetti ibridi e più complessi (le piattaforme digitali) che è ormai davvero difficile ridurre al mero cyberspace.

I conti non tornano e diventa allora necessario operare forzature, giustificate in modo più o meno coerente con l'impostazione da cui si muove, ogni volta diversa[5]. Come sempre, quando si pretende di ricondurre la realtà a una ricostruzione giuridica astratta che non è in grado di ricomprenderla interamente, è la narrativa dominante – anche se imperfetta – a

1411; D.R. Johnson, D. Post, *Law and borders – the rise of law in Cyberspace*, in *Stanford Law Review*, 1996, n. 48, pp. 1367-1402; L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 1999 Basic Books. Si vedano anche, tra tanti: U. Kohl, *The rule of law, jurisdiction and the internet*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 12(3), 2004, pp. 365-376; I. Brown, T. Schultz, *Carving up the Internet: jurisdiction, legal orders, and the private/public international law interface*, in *European Journal of International Law*, 19(4), 2008, pp. 799-839; A. Murray, *Uses and abuses of cyberspace: coming to grips with the present dangers*, in A. Cassese (Ed.), *Realizing Utopia – The future of International Law*, Oxford, 2012; W.H. von Heinegg, *Territorial sovereignty and neutrality in Cyberspace*, in *International Law Studies*, vol. 89, 2013, pp. 123-156; C.T. Marsden, *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*, MIT Press, 2013, pp. 117-139; D. Van Puyvelde, A.F. Brandtly, *Cybersecurity Politics, Governance and Conflict in Cyberspace*, Cambridge (UK) 2019.

[3] M. Roscini, *Cyber operations and the use of force in International law*, Oxford, 2014; C. Focarelli, *Self-defence in cyberspace*, in N. Tsagourias, R. Buchan (Ed.), *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Cheltenham, 2015.

[4] L'ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) è un'organizzazione (dal 2 ottobre 2016), istituita originariamente (nel 1998) per gestire Internet. Ha l'incarico di assegnare gli indirizzi IP, svolge il ruolo di identificatore di protocollo e di gestore del sistema dei nomi a dominio di primo livello (Top-Level Domain) generico (gTLD), del codice internazionale (ccTLD) e dei sistemi di root server.

[5] Sono numerosi gli studi sull'attività delle piattaforme digitali nel cyberspace. Tra tutti: D. Condorelli, J. Padilla, *Harnessing platform envelopment in the digital world*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 16(2), 2020, pp. 143-187; M.C. Buiten, A. de Streel, M. Peitz, *Rethinking liability rules for online hosting platforms*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 28(2), 2020, pp. 139-166; E.I. Obergfell, A. Thamer, *(Non-)regulation of online platforms and internet intermediaries – the facts: context and overview of the state of play*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 12(5), 2017, pp. 435-441; U. Kohl, *Google: the rise and rise of online intermediaries in the governance of the internet and beyond (Part 2)*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 21(2), 2013, pp. 187-234; K.J. Boudreau, A. Hagiu, *Platforms rules: Multi-sided platforms as regulators*, in A. Gawer (ed.), *Platforms, Markets and Innovation*, Cheltenham, 2009.

prevalere, e spesso è di matrice statunitense[6]. Ma è narrativa che cambia spesso, perché la realtà muta in modo non solo difforme ma addirittura contraddittorio con l'impostazione di volta in volta prevalente, e la si giustifica con l'imprevedibilità dello sviluppo tecnologico: qualificarlo come rivoluzione consente di accantonare senza argomentare gli scenari che diventano via via con questa incompatibili. Mi riferisco alle evoluzioni del mondo digitale, il cloud e la blockchain, e alle loro varie evoluzioni: dal cloud centralizzato a quello decentralizzato e poi di prossimità; dalla blockchain centralizzata a quella decentrata e scalabile[7]. Troppa tecnologia e per il giurista cala la notte dove, si sa, prevale il grigio, e nell'indefinito il mercato si muove più libero.

1.2. L'applicazione al cyberspace delle regole classiche

Quando si guarda con più attenzione alle regole, le cose non cambiano molto. Il cyberspace viene regolato con gli strumenti dello spazio giuridico classico. E quindi, negli Stati Uniti, prevale il modello dell'autoregolazione: il mercato fa da sé, fin quando l'intervento del regolatore o del legislatore non è necessario per ripristinare le regole (della competizione o dello sviluppo). Nell'Unione Europea, si applica anche al cyberspace il modello della co-regolazione – perno dell'intervento dell'Unione sui mercati negli ultimi vent'anni – in cui imprese, regolatori e legislatori operano insieme, nel rispetto dei rispettivi ruoli, per adeguare il diritto all'evoluzione tecnologica, in quello che in altri scritti ho qualificato come 'circolo regolatorio'[8].

[6] Del resto, statunitensi sono state, per almeno un decennio, le più rilevanti piattaforme digitali. La situazione è cambiata negli ultimi dieci anni, per la dimensione globale assunta dalle piattaforme digitali cinesi, e per il diritto che queste applicano, a volte più vicino al diritto dell'Unione europea rispetto al diritto statunitense (ovviamente, al netto del cambio di approccio, dalle tutele al controllo).

[7] Rinvio per un'illustrazione di questi temi e della regolazione ad essi associata a F. Bassan, *Digital Platforms and Global Law*, pp. 71-81.

[8] Ho elaborato il termine 'circolo regolatorio' in *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati – la sovranità perduta sui servizi*, Soveria Mannelli, 2019, pp. 12-25. Il circolo regolatorio consente di comprendere le forme di co-regolazione dell'Unione europea. Le norme infatti nascono dal mercato, che soprattutto in questi temi sono incorporate nella tecnologia. Il mercato costituisce poi le *best practices*, che le autorità nazionali di regolazione trasformano in *benchmark*, regole tecniche. Le autorità nazionali portano i *benchmarks* nel consesso europeo dei regolatori, o – quando necessario, alla Commissione europea – che, se possibile, adotta un atto esecutivo, altrimenti avvia una procedura legislativa. Il vantaggio del 'circolo regolatorio' è che le norme diventano vincolanti già nella prima fase, quando sono individuate come benchmark o qualificate come regole tecniche.

E però di nuovo, la realtà mostra qualcosa di diverso: non è auto-regolazione, né co-regolazione quella che disciplina l'ambiente digitale: è autoregolazione, coordinata[9]. I sistemi giuridici reagiscono allora ciascuno con i propri strumenti; e quindi l'Unione europea muove dalla regolazione per soggetti, per passare a quella per attività, per poi giungere – quando è costretta alla fine ad ammettere che la matrice regolatoria si è sfaldata[10] – alla regolazione per prodotto[11], mentre gli Stati Uniti minacciano il mercato con l'unico strumento disponibile davvero efficace, il break-up di matrice antitrust, ma non sanno bene dove colpire. Altri sistemi giuridici dominano e controllano (la Cina, tra tutti) applicando anche qui logiche classiche alternative (command and control).

1.3. L'interrogativo di fondo

Ci si deve allora domandare perché la realtà non coincide con le ricostruzioni teoriche e con i modelli regolatori con queste coerenti. Come per le equazioni non riuscite, occorre tornare alla prima riga. E dunque, al cyberspace. Forse, internet 'is not the place': non c'è bisogno di creare un ambiente giuridico autonomo (o indipendente, a seconda delle ricostruzioni) e regolarlo poi con gli strumenti classici.

Come fare però, a restare sul piano, questo si, classico, delle relazioni internazionali e governare le nuove tecnologie (tutte, non solo parti specifiche di queste o singole aree di sviluppo)? Occorre, come sempre, seguire la prassi e interpretarla.

Il giurista, parte dai soggetti.

[9] Contraddittorio con il modello USA, perché il coordinamento non sarebbe consentito, e con quello UE, perché non integra la collaborazione di regolatori e legislatori. Assistiamo infatti a un coordinamento tra imprese, che impongono modelli e *standards*, cui regolatori e legislatori devono poi attenersi.

[10] Ho elaborato la nozione di 'matrice regolatoria' in *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati – la sovranità perduta sui servizi*, Soveria Mannelli, 2019, pp. 5-24. Per 'matrice regolatoria' intendo il reticolo formato da silos normativi verticali (mercati regolati settoriali: banche, mercati finanziari, assicurazioni, comunicazioni, energia, trasporti) e silos orizzontali (norme applicabili a tutti i settori: concorrenza, protezione dei dati personali, tutele dei consumatori). La matrice ha operato e funzionato correttamente fino a pochi anni fa: dalla crisi economica del 2008 le banche hanno occupato i settori finanziari e assicurativi, e i silos verticali hanno iniziato a convergere o divergere, a seconda dello sviluppo dei mercati. La prassi impone quindi oggi una nuova elaborazione teorica che sia coerente con questa prassi.

[11] M. Rabitti, *Prodotti finanziari tra regole di condotta e di organizzazione. I limiti di MIFID II*, in *Rivista di Diritto Bancario*, 2021, pp. 145-168; V. Colaert, D. Bush, *Regulating finance in a Post-sectoral world: setting the scene*, in V. Colaert, D. Bush (a cura di) *European Financial Regulation, levelling the cross-sectoral playing field*, Oxford 2019.

2. I Soggetti

Sul piano classificatorio, vanno separati, tra i soggetti che popolano il mondo digitale, quelli che originano da quel mondo (digital original), da quelli – non rilevanti ai fini di questa ricerca – per i quali il digitale è solo un canale o un mercato aggiuntivo. I primi hanno organizzazioni, logiche e dinamiche diverse. Possiamo qualificarli come 'piattaforme digitali', secondo una definizione che ne coglie anche l'aspetto evolutivo (del cloud, della blockchain)[12]. Gli economisti definiscono queste piattaforme come 'ecosistemi' autonomi[13] e analogamente fanno gli ingegneri[14]. Evidentemente, ogni definizione è funzionale: serve agli economisti per comprendere le dinamiche dei mercati (multiversanti) e agli ingegneri per aprire la 'black box' e capire come opera la tecnologia.

2.1. Le piattaforme come ecosistemi

I giuristi, sinora, hanno prevalentemente utilizzato le classificazioni definitorie altrui per misurare l'intervento sul mercato, a fini quindi me-

[12] Le 'piattaforme digitali' possono essere definite come infrastrutture hardware o software che forniscono servizi e strumenti tecnologici, programmi e applicazioni per la distribuzione, la gestione e la creazione di contenuti e servizi digitali gratuiti o a pagamento, anche attraverso l'integrazione di più media (integrated digital platform). La piattaforma digitale può essere open source o commerciale e può essere strutturata per un pubblico accesso o per un target circoscritto, previa registrazione. Essa può prevedere servizi informativi, interattivi, di file sharing, downloading e uploading, streaming nonché di comunicazione e condivisione di materiale multimediale (Enciclopedia Treccani).

[13] J.-C. Rochet, J. Tirole, *Platform competition in two-sided markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 1(4), 2003, pp. 990-1029; OECD, *An Introduction to Online Platforms and their Role in the Digital Transformation*, 2019, OECD Publishing; T.K. Koh, M. Fichman, *Multi-homing users' preferences for two-sided exchange networks*, MIS Quarterly, 38(4), 2014, pp. 977-996, a p. 977; G. Parker, M. van Alstyne, S. Choudary, *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy and How to Make Them Work for You*, New York, 2017.

[14] A. Tiwana, B. Konsynsky, A. Bush, *Platform evolution: coevolution of platform architecture, governance, and environmental dynamics*, Information Systems Research, 21(4), 2010, pp. 675–687; K.J. Boudreau, *Let a thousand flowers bloom? An early look at large numbers of software app developers and patterns of innovation,* Organization Science, 23(5), 2012, pp. 1409-1427; P. Spagnoletti, A. Resca, G. Lee, *A design theory for digital platforms supporting online communities: a multiple case study*, Journal of Information Technology, 30(4), 2015, pp. 364-380 at 364; M. Ceccagnoli, C. Forman, P. Huang, D. J. Wu, *Cocreation of value in a platform ecosystem: the case of enterprise software*, MIS Quarterly, 36(1), 2012, pp. 263-290; M. de Reuver, C. Sørensen, R.C. Basole, *The digital platform: a research agenda*, Journal of Information Technology, 33, 2018, pp. 124-135; A. Ghazawneh, O. Henfridsson, *A paradigmatic analysis of digital application marketplaces*, in *Journal of Information Technology*, 30(3), 2015, pp. 198.208.

ramente regolatori, guardando all'operato delle piattaforme digitali come imprese sul mercato[15]. In verità, il giurista dovrebbe domandarsi prima come tradurre la nozione di 'ecosistema' su un piano giuridico, analizzando autonomamente anch'egli la prassi, per poi qualificarla, e solo successivamente verificare se gli strumenti regolatori esistenti sono adeguati.

2.2. Le piattaforme come 'comunità'

La prassi ci mostra le piattaforme digitali come imprese; transnazionali più che multinazionali[16]. Queste società transnazionali operano dentro, al di fuori e oltre gli ordinamenti giuridici statali. Sono destinatarie di norme, poste su una scala gradata da hard a soft law (dalle regole tecniche degli standard setting bodies alle norme di autodisciplina, ai codici di condotta), che originano sia dagli ordinamenti statali (quello di costituzione e quelli in cui operano) sia dal diritto transnazionale (statale e non statale, quest'ultimo formato anche grazie all'azione delle società stesse).

Però le imprese transnazionali digitali, 'piattaforme digitali', sembrano avere caratteristiche che le differenziano dalle altre: costituiscono vere

[15] La letteratura sul punto è sterminata, rinvio quindi ancora al mio *Digital Platforms and Global Law*, e alla bibliografia ivi citata, pagg. 6-9. Quanto ai profili dell'impatto delle piattaforme non sui mercati ma sui regimi democratici degli Stati si vedano, tra tutti: P. Cavaliere, *Digital platforms and the rise of global regulation of hate speech,* in *Cambridge International Law Journal*, 8(12), 2019, 282; S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism*, 2019, Profile Books; S.T. Roberts, *Behind the Scene: Content Moderation in the Shadows of Social Media*, 2019, Yale University Press; J.M. Balkin, *Free speech is a triangle*, in *Columbia Law Review*, 118, 2011, pp. 2011-2056; T. Gillespie, *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions that Shape Social Media*, 2018, Yale University Press; J. Balkin, *Free speech in the algorithmic society: Big Data, private governance, and new school speech regulation*, 2018, in *University of California Davis Law Review*, 51; E. Benvenisti, *Upholding democracy amid the challenges of new technology: what role for the law of global governance?*, European Journal of International Law, 2018, 29(1), pp. 9-82; L. Casini, *Googling democracy? New technologies and the law of global governance: Afterword to Eyal Benvenisti's Foreword*, in The European Journal of International Law, 2018, 29(4), pp. 1071-1077; M. Moore, D. Tambini (eds), *Digital Dominance. The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple*, Oxford University Press, 2018, 265 ss.; R. van Loo, *The rise of the digital regulator*, in *Duke Law Journal*, 2017, 66, p. 1267; J. Cheney-Lippold, *We Are Data*, New York University Press, 2017.

[16] Il modello dell'impresa multinazionale, caratterizzata da un'organizzazione accentrata, è superato oggi da quello, più efficiente, delle imprese transnazionali. Un'impresa è transnazionale quando le società controllate che operano nei diversi paesi, pur parti del gruppo, godono di un grado di autonomia sufficiente per adeguarsi ai mercati dei paesi che li ospitano, subendo quindi un coordinamento piuttosto che un controllo accentrato della società madre. All'autonomia così riconosciuta consegue la flessibilità che consente alle imprese del gruppo di relazionarsi con ciascun ordinamento in cui questo opera.

e proprie comunità, chiuse o aperte, a seconda che richiedano o meno una registrazione[17]. Caratteristiche comuni delle piattaforme digitali sono da un lato la capacità di gestire una grande quantità di dati e dall'altro l'uso di algoritmi per l'estrazione dei dati, anche ai fini della profilazione del cliente o utente.

Le imprese transnazionali digitali sono enti in parte derivati e in parte originari, che si evolvono nel tempo rafforzando il loro carattere di originarietà, in quanto progressivamente sempre più indipendenti anche dall'ordinamento (statale) che li origina pro-parte (in quanto lì costituite) e quindi da subordinate e imperfette diventano progressivamente perfette. Originariamente funzionali, in quanto strumentali ad attività specifiche e limitate, le imprese transnazionali digitali diventano progressivamente complete in misura proporzionale all'incremento delle funzioni e delle attività svolte, o dei servizi forniti.

3. Le piattaforme come ordinamenti giuridici privati

Se vogliamo quindi tradurre in termini giuridici la nozione di 'ecosistema' elaborata da economisti e ingegneri, possiamo qualificare molte delle imprese transnazionali che operano sui mercati digitali come ordinamenti giuridici, transnazionali. Sono ordinamenti giuridici in quanto enti dotati di organizzazione e attività, con proprie regole, codici, prassi applicative e para-giurisdizionali (giurisdizionali *tout court*, le più avanzate)[18]. Sono transnazionali perché operano dentro ma anche al di fuori e poi oltre lo Stato, relazionandosi con ciascuno Stato come ordinamenti sempre più completi e indipendenti[19].

In primo luogo, le imprese transnazionali digitali sono ordinamenti, la cui cerchia sociale è facilmente individuabile, autonoma e unitaria, nonché spontanea nell'adesione. Applicano proprie norme, in parte originate dall'ordinamento di costituzione, in parte create dalle medesime imprese,

[17] Rientrano tra le comunità chiuse i cd. social networks (ad esempio Facebook, Linkedin), le consumer communications apps (tra cui Twitter, Instagram, Skype, WhatsApp, Telegram, WeChat, Line, TikTok); aperte sono invece i motori di ricerca come Google o le piattaforme di vendita, che vanno dai semplici marketplaces che costituiscono 'luoghi di mercato' senza intermediazione (e-Bay, AirBnB, Home Away) a piattaforme che vendono direttamente, distribuiscono e consegnano, come Amazon, a forme intermedie come le applicazioni di trasporto (da Uber ai car-moto-bicycle sharing).

[18] F. Bassan, *Digital Platforms and Global Law*, cit. pp. 96-102.

[19] Ivi, pp. 84-106.

a volte anche conformandosi a discipline e principi che originano da Stati od organizzazioni internazionali, le quali non sono vincolanti (si situano a vari livelli della scala gradata che va dalla *soft* alla *hard law*) ma lo diventano quando integrate nell'ordinamento giuridico dell'impresa transnazionale digitale. Il processo di integrazione e compenetrazione tra ordinamenti pubblici (internazionale, statale) e privati (camere arbitrali, standard e codici di condotta, tra gli altri) è in formazione progressiva. In questa evoluzione si inseriscono le società transnazionali digitali, che presentano caratteristiche peculiari.

Infatti, e in secondo luogo, le società transnazionali digitali regolano ormai all'interno della propria comunità – del loro ordinamento, dunque – tutte le relazioni tra persone fisiche e giuridiche, fisiologiche o patologiche. Le *policies* interne definiscono il perimetro dei diritti degli appartenenti alla comunità: dalla protezione dei dati personali, alle modalità di espressione, all'uso e alla rimozione di immagini inappropriate, al contenuto dei contratti tra gli utenti, il cui adempimento è verificato dalla piattaforma[20], ai sistemi con cui si costruisce (e si distrugge) la reputazione degli appartenenti alla comunità. In prospettiva, soprattutto le piattaforme digitali chiuse, integrano altre attività e servizi (dai servizi di pagamento a quelli assicurativi, bancari, finanziari) offrendo anche una valuta (autonoma, se stablecoin, indipendente altrimenti)[21]. Per quanto le *policies* possano ispirarsi ai contenuti e alle procedure delle regolazioni settoriali regionali o nazionali (dell'Unione europea, degli Stati Uniti, della Cina) la radicalizzazione attuale delle relazioni economiche internazionali non ne consente una sintesi. Anche (ma non solo) per questa ragione le *policies* interne delle imprese transnazionali digitali assumono rilievo sempre più non solo come diritto transnazionale – nei termini in cui sia condiviso, almeno tra

[20] Le *policies* interne dei social networks (Facebook è l'esempio più avanzato) impongono a chi si registra e diventa parte della comunità una serie di vincoli che l'utente si impegna a rispettare, indipendentemente dal fatto che corrispondano o meno a norme applicabili e vincolanti nel paese da cui l'utente accede alla piattaforma. Ciò vale, ad esempio, per le norme sullo *hate speech*, sull'uso di frasi inappropriate, sull'uso di protocolli relativi a immagini inappropriate. Ma vale anche per le modalità utilizzate per il controllo del rispetto effettivo delle regole della piattaforma, o per le sanzioni per il caso di violazioni accertate, che vanno dall'ammonizione, all'avvertimento, alla sospensione temporanea dalla comunità, all'espulsione. Ancora, valgono per i sistemi di appello contro le sanzioni comminate, che consentono all'utente di giustificare la propria posizione. In sintesi, un vero sistema di produzione di norme, di applicazione, di verifica del loro rispetto, di sanzioni e un sistema giurisdizionale tutt'altro che primitivo.

[21] La stablecoin è un asset digitale registrato su una blockchain, ancorata a una valuta FIAT o a un paniere di valute, che ne determina la stabilità.

tutte le appartenenti a questa categoria – ma come vero e proprio ordinamento (ciascuno indipendente, tendenzialmente perfetto).

4. Rapporti tra ordinamenti digitali transnazionali e ordinamenti statali

La questione va quindi posta sul piano del rapporto tra ordinamenti. Esempi la prassi ne mostra molti[22].

4.1. La Chart di Facebook e la Costituzione degli Stati Uniti

Tra questi è indicativa la recente 'saga' Trump, che ha indotto la dottrina (negli Stati Uniti soprattutto) a interrogarsi sulla compatibilità – o la coerenza, per i più avvertiti – della normativa (le policies) adottata da Facebook e Twitter con la Costituzione degli Stati Uniti, che i due social networks hanno dichiarato espressamente di non applicare, avvalendosi piuttosto delle policies e dei sistemi rimediali interni. Non si tratta di disapplicare la Costituzione infatti, se il rapporto è tra ordinamenti.

4.2. La notifica da Covid 19

In altri casi, gli stati sono costretti addirittura a modificare il proprio diritto interno per renderlo compatibile con quello delle piattaforme digitali. La notifica di esposizione al Covid-19 ne è un esempio evidente. La Germania, e con essa molti paesi del nord Europa, hanno adottato norme che prevedevano database centralizzati per le applicazioni di notifica, ma hanno dovuto abrogarle dopo poche settimane, sostituendole con norme che imponevano database decentralizzati, gli unici compatibili con il sistema che Google e Apple, mediante un accordo non notificato a nessuna autorità di regolazione o della concorrenza, avevano nel frattempo concluso e applicato automaticamente a tutti i cellulari esistenti (Android e Apple) senza neanche la necessità di un aggiornamento del software[23].

4.3. Le controversie e il rinvio della Chart alle norme di diritto internazionale pubblico

Discorso analogo vale per le controversie tra i soggetti della comunità

[22] F. Bassan, *Digital Platforms and Global Law*, cit., pp. 108-113.
[23] F. Bassan, *Digital Platforms and Global Law*, cit., pp. 10-13 e 110.

digitale costituita dall'impresa, che vi partecipano a vario titolo: utenti, consumatori, produttori, distributori, progressivamente sempre meno soggette alla giurisdizione degli stati in cui le imprese operano e sempre più risolte autonomamente dagli organi dell'istituzione (arbitrali ma comunque, di fatto, giurisdizionali). Emblematico è qui il rinvio (non ricettizio, deve ritenersi) del sistema più raffinato ad oggi applicato, l'Oversight Board di Facebook, la cui Carta fondamentale indica, come elementi di completamento dell''ordinamento' Facebook, non il diritto federale degli Stati Uniti, ma le norme di diritto internazionale pubblico, a partire da quelle in materia di diritti dell'uomo[24].

4.5. Le controversie e il previo esaurimento dei ricorsi interni

In questa direzione del resto spingono anche gli ordinamenti statali e quello dell'Unione europea, che addirittura impone alle piattaforme digitali di dotarsi di strumenti giurisdizionali autonomi, nei cui confronti si appresta ad adottare il principio del previo esaurimento dei ricorsi interni[25], che costituisce di fatto un riconoscimento esplicito dell'indipendenza dell'ordinamento privato delle piattaforme digitali. È questo, un risultato che muove da un processo evolutivo dell'Unione europea, in cui l'azione legislativa definisce in dettaglio principi e regole ma affida agli Stati e alle autorità indipendenti e, in ultima analisi, al mercato (via circolo regolatorio) ampia discrezionalità quanto alle modalità applicative. Questo determina da un lato, il rischio di una concorrenza tra ordinamenti e dall'altro, nell'inerzia applicativa, l'inserimento nel processo degli ordinamenti transnazionali digitali, che applicano ed eseguono le norme, in modo a volte conforme, altre solo coerente. La coerenza con più ordinamenti è spesso privilegiata rispetto alla conformità piena a un unico ordinamento: lex mercatoria, applicata.

4.6. Il progressivo completamento degli ordinamenti digitali

In prospettiva, gli ordinamenti transnazionale digitali saranno completi sin dalla fase fisiologica, quella del contratto, che 'fa da sé', si au-

[24] Facebook Oversight Board Charter, Article 2 Section 2.

[25] Così ad esempio, gli articoli 17 (Internal complaint-handling system) e 18 (Out-of-court Dispute Settlement) della "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC", Com/2020/825final.

to-esegue e previene e risolve le controversie oggi *via* oracolo, domani *via* algoritmo[26].

Per non parlare delle forme e degli strumenti di pagamento, anch'essi autonomi – non soggetti ancora, per il momento, al diritto statale o transnazionale – sino ad arrivare alla creazione di una vera e propria moneta (privata), prerogativa e indice sinora della sovranità dell'ordinamento statale[27].

Le piattaforme digitali quindi – soprattutto quando 'chiuse' – esercitano un potere normativo, esecutivo e giudiziario[28]. Si può dunque serenamente ritenere che le indicazioni nella direzione della costituzione di veri e propri ordinamenti giuridici, privati, costituiti dalle piattaforme digitali, sono molteplici, si sviluppano su diversi fronti, ma sono univoche.

La tecnica giuridica, applicata alla prassi e alla realtà in divenire, deve insinuarsi tra le fratture degli ordinamenti per ricomporle e riorganizzarle sulla base di una matrice interpretativa coerente, che tentiamo qui di sintetizzare. Centrali diventano i rapporti tra gli ordinamenti digitali transnazionali privati e gli ordinamenti statali e delle organizzazioni internazionali.

4.7. Piattaforme digitali e ordinamenti statali: ipotesi di rinvio

Il rapporto tra piattaforme digitali e ordinamenti nazionali va ricostruito nel solco delle teorie dualiste (più o meno moderate) che, muovendo dal presupposto della pluralità degli ordinamenti, misurano le relazioni tra questi in termini di prevalenza e di effetti diretti – ovvero i due profili che portano la questione da un piano meramente teorico a uno fattuale – e per i quali vige un rapporto di proporzionalità quasi inversa: tanto più un

[26] F. Bassan, *Digital Platforms and Global Law*, cit, pp. 71-81.

[27] Le criptovalute hanno a lungo costituito un elemento di folclore del sistema, ma hanno avuto il merito di porre all'attenzione pubblica lo sviluppo delle *Distributed Ledger Technologies*, di cui costituiscono un'applicazione. Nate nel 2009 (la prima e più famosa è il bitcoin) su idea iniziale di un inventore (Satoshi Nakamoto lo pseudonimo) hanno costituito inizialmente un bene di investimento. Si sono poi evolute in varie tipologie. Il tema ha assunto improvvisamente una connotazione diversa quando, nel giugno 2019, Facebook ha annunciato l'avvio delle procedure per la distribuzione di una moneta virtuale, denominata Libra. Il bacino potenziale di utilizzo (2,3 miliardi sono gli utenti attivi mensilmente su Facebook) ha posto da subito il tema della stabilità di una moneta soggetta a volatilità incontrollata e dunque alle condizioni che le monete virtuali devono rispettare. Telegram, a sua volta, ha avviato un discorso analogo. In poche settimane molte banche centrali (la Banca d'Inghilterra per prima, poi anche la BCE) hanno messo in agenda la creazione di una moneta virtuale pubblica. Il governo cinese, dal canto suo, è già pronto e lancerà lo yuan digitale a febbraio 2022 e Meta, in cui si è trasformata Facebook, sarà la prima – con la propria moneta privata – a contrastarne la leadership mondiale.

[28] F. Bassan, *Digital Platforms and Global Law*, cit, pp. 96-102.

ordinamento riconosce la primazia di un altro, tantomeno sarà disposto ad ammettere gli effetti diretti delle norme di quest'ultimo, la cui efficacia verrà condizionata in vari gradi ad atti di recepimento nell'ordinamento 'subordinato'.

Prevalenza ed effetti diretti sono dunque due vasi comunicanti e il loro collegamento è realizzato sempre più spesso mediante l'applicazione della dottrina della 'protezione equivalente', per la quale l'esenzione totale o parziale dai controlli interni è garantita alla norma di altro ordinamento quando verifiche analoghe (non identiche) sono previste e concretamente adottate dall'ordinamento di origine della norma.

Mi sembra si possa affermare, sulla base di quanto rilevato dagli studi più recenti, che gli ordinamenti transnazionali digitali presentano quei caratteri di unità e completezza che molti ritengono manchino alla lex mercatoria[29]. È quindi possibile, in astratto, che un ordinamento transnazionale digitale sia oggetto di richiamo da parte di una norma di conflitto per individuare il diritto applicabile. Certo, il rinvio sarà più probabile se la norma richiamata sarà comune a più di un ordinamento transnazionale digitale; da cui, la rilevanza di un codificazione di diritto uniforme. E tra le due forme possibili, è più probabile che il rinvio sia non ricettizio e consenta quindi all'ordinamento richiamante di non assumere tout court la norma richiamata ma solo alcuni suoi elementi, presupponendo la sua applicazione qualità giuridiche o valutazioni giuridiche che dipendono dall'ordinamento richiamante.

Quanto all'ipotesi reciproca, che un ordinamento transnazionale digitale operi un rinvio a un ordinamento statale in caso di conflitto, è più che probabile. Si pensi al rinvio alle norme del paese in cui ha il domicilio o di cui ha la cittadinanza l'iscritto a un social network.

4.8. Rilevanza dei limiti dell'ordine pubblico internazionale

Se ammettiamo le ipotesi di rinvio, dobbiamo porci il tema dell'efficacia dei limiti dell'ordine pubblico, la cui applicazione presuppone che la

[29] A questo fine non mi sembra corretto utilizzare tout court in via analogica la prassi relativa alla lex mercatoria. Questa prassi infatti, partendo dal presupposto che la lex mercatoria manchi di unità in quanto composta di complessi di regole distinti per i vari settori ('silos verticali') o i diversi aspetti del commercio internazionale, la considera rilevante solo come metodo alternativo o complementare a quello conflittuale. E dunque potrà rilevare in base alla volontà comune delle parti, o se oggetto di riferimento esplicito in una Convenzione internazionale, ma non potrà formare oggetto di richiamo da parte della norma di conflitto, essendo questa formulata per essere rivolta a ordinamenti statali o di organizzazioni internazionali.

norma di conflitto abbia individuato il diritto applicabile in un ordinamento diverso da quello richiamante. Mi riferisco evidentemente qui non all'ordine pubblico 'interno', che rileva sul piano del diritto amministrativo (sicurezza pubblica) o del diritto privato (inderogabilità per volontà privata di determinate disposizioni legislative), ma all'ordine pubblico internazionale, che rileva sul piano dei rapporti transnazionali ed è diretto a garantire la coerenza interna dell'ordinamento e a preservare i principi fondamentali cui questo si ispira.

Anche in questo caso ritengo che la risposta dovrebbe essere affermativa. Partiamo dalla prima ipotesi, in cui il limite dell'ordine pubblico sia azionato in un ordinamento statale. La prassi del vincolo del limite dell'ordine pubblico nei confronti dell'applicazione del diritto di un ordinamento statale richiamato incompatibile con i principi fondamentali dell'ordinamento richiamante è pienamente valida anche se riferita ai casi in cui l'ordinamento richiamato sia 'non statale'. L'interesse alla tutela dell'ordinamento richiamante vale infatti indipendentemente dal carattere statale o meno dell'ordinamento richiamato, che a questi fini è irrilevante.

Meno evidente ma altrettanto possibile è l'applicazione di un limite di ordine pubblico 'internazionale' da parte di un ordinamento transnazionale digitale nei confronti di un ordinamento statale richiamato dalla norma di conflitto. Si pensi all'ipotesi di una richiesta, da parte di un governo (non necessariamente un regime dittatoriale), di accesso ai dati personali (sanitari, di orientamento sessuale o politico) e alla profilazione degli individui che siano parte di una comunità o un social network. Se il tema è posto sul piano del rapporto tra ordinamenti, tali richieste, anche qualora 'legittime' in base all'ordinamento del paese richiedente e in ipotesi applicabili in base alle norme di conflitto, potrebbero trovare il limite dell'ordine pubblico dell'ordinamento transnazionale digitale. Vincolo su cui si basa (dovrebbe basarsi) anche il rapporto contrattuale tra la piattaforma digitale e il singolo utente. Altro esempio, della prassi recente, è quello della già citata vicenda Trump, dove il limite dell'ordine pubblico internazionale è stato utilizzato da Facebook e Twitter per giustificare la prevalenza dell'ordine pubblico interno sul diritto alla libertà di espressione, finanche del presidente degli Stati Uniti.

5. Analogia tra piattaforme digitali transnazionali e organizzazioni internazionali. Conseguenze

Un punto di osservazione originale sull'azione delle piattaforme di-

gitali nello spazio giuridico internazionale è offerto dall'analogia rispetto alle organizzazioni internazionali, di cui le prime presentano di fatto molti elementi costitutivi, salva l'origine (rispettivamente, statale e non). Tra le varie impostazioni, a me sembra che quella proposta da Arangio-Ruiz consenta di cogliere meglio alcuni profili rilevanti, se non decisivi, dell'evoluzione recente[30].

5.1. La ricostruzione e la classificazione conseguente di Arangio-Ruiz

Le organizzazioni internazionali – semplificando la ricostruzione di Arangio-Ruiz per evidenziarne i tratti comuni – hanno funzioni e strumenti giuridici, norme primarie e secondarie (secondo la classificazione di Hart) simili a quelle degli Stati. Hanno un grado di autonomia molto elevato dagli Stati che le costituiscono, al punto da essere da questi 'quasi indipendenti'. Le organizzazioni internazionali costituiscono ordinamenti che si relazionano sia con gli ordinamenti degli Stati sia con il diritto internazionale.

In base a questa classificazione, Arangio-Ruiz qualifica il diritto interno delle organizzazioni internazionali come una forma di 'diritto internazionale-interindividuale', distinto dal 'diritto nazionale-interindividuale' degli ordinamenti statali. Tra le forme di diritto internazionale-interindividuale rientrano anche le norme di diritto privato non riconducibili al diritto internazionale né al diritto nazionale, tra cui la "lex mercatoria" e le altre forme di "transnational law" [31].

[30] Mi riferisco in particolare agli scritti di G. Arangio-Ruiz: *La persona internazionale dello Stato*, Digesto delle discipline pubblicistiche, 2008; *Dualism revisited: international law and interindividual law*, RDI 2003, 909-–999; *L'etat dans le sens du droit des gens et la notion du droit international*, offprint from Österreichische Zeitschrift Für für Öffentliches Recht, 1975, pp. 3—63; *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Coop. Libraria 1972; *Gli Enti Soggetti dell''Ordinamento Internazionale*, Giuffrè 1951.

[31] G. Arangio-Ruiz, *Dualism revisited,* cit., pp. 992-993 "One must distinguish, precisely, international law from any *species* of interindividual law. The latter *genus* would include both the several national systems, on the one hand, and the several internal systems of international bodies, on the other hand, the latter systems to be acknowledged, in order to mark their international character, as unassembled bits and pieces of "*international-interindividual* law (as opposed to *national* interindividual law). It will be noted incidentally that the *genus* of international interindividual law seems also to encompass those sets of formations of (mostly unwritten) rules of private law that can be ascribed neither to international law proper nor to the private law (and conflict of laws rules or principles) of national legal systems. I refer particularly to "*droit privé des peuples*" and *lex mercatoria*. To the same class it might be possible to ascribe the rules applying to the transactions between States and private parties, namely the rules rightly or wronlgy

5.2. Ordinamenti transnazionali digitali e diritto internazionale Interindividuale

A me sembra che le piattaforme digitali possano inserirsi, sulla base di questa classificazione, tra le forme di diritto internazionale-interindividuale descritte da Arangio-Ruiz. Non sono riconducibili agli ordinamenti statali, rispetto ai quali operano con un grado di autonomia progressivo e sono dotate di norme primarie e secondarie, di organizzazione, complete. Il carattere interindividuale di questi ordinamenti non è in discussione, come anche la loro dimensione transnazionale. Non sono riducibili a una mera transnational law, trattandosi, a tutti gli effetti, di ordinamenti autonomi, quando non già indipendenti dagli Stati.

Il passaggio, eventuale, dal diritto internazionale-individuale – che concerne la 'faccia interna', la persona giuridica dell'impresa transnazionale digitale nell'ordinamento con cui questa s'identifica – al diritto internazionale-statale – e quindi al rapporto paritario con altri ordinamenti statali: la 'faccia esterna' – che la flessibilità di questa classificazione consente in astratto (anche in ragione della concezione privatistica del diritto internazionale che sottende), dipenderà evidentemente da una situazione di fatto e quindi dall'evoluzione dei rapporti tra l'ordinamento delle piattaforme digitali e quello degli Stati.

5.3. Ordinamenti transnazionali digitali e global law

Questa impostazione mi sembra, peraltro, pienamente compatibile se non anche coerente con l'evoluzione di una parte dell'indagine contemporanea, prevalentemente di matrice anglosassone che riconosce l'esistenza di una *global law*. Per *global law* si intende di volta in volta una 'systematization of anarchy[32]', o il 'management of a loosely interwined universe of autonomous governance frameworks operating dynamically across borders and grounded in functional differentiation among governance communities'[33], in cui il ruolo principale viene assegnato, di volta in volta,

classified by some scholars, together, at times, with the law of international organs, as "transnational law" […].

[32] E. Dandford Martin, *Systematized Anarchy*, Harpers (February 1933).

[33] Tra i tanti: P. Allott, *Eunomia: new order for the world*, Oxford University Press, 1990; M. Shapiro, *The globalization of the law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1993 pp. 37 ss; K. Suter, *Global order and global disorder: globalization and the nation-state*, Praeger Publishers, 2003.

allo Stato[34], alla norma[35], all'ordinamento giuridico[36], e questo anche ad ipotizzare, *in nuce*, uno 'unified world order'[37].

Global law viene anche però, più convenzionalmente, definita come 'the law of non-state governance systems', intese come governance communities che operano in un ambiente giuridico separato e indipendente da quelli statali in quanto non derivato da questi[38]. Tra le governance communities vengono annoverate anche le società transnazionali che esercitano sulla propria attività poteri assimilabili a quelli degli Stati[39]. Questa ricostruzione della global law, che si forma, evidentemente, solo per via consuetudinaria, presuppone un pluralismo degli ordinamenti e impone regole di coordinamento tra questi[40], mettendo in valore anch'essa la conce-

[34] M. Delmas-Marthy, *Global law; a triple challenge*, Martinus Nijhoff, 2003.

[35] P. LeGoff, *Global law: a legal phenomenon emerging from the process of globalization*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007, pp. 119 ss.

[36] G. Ziccardi Capaldo, *The pillars of global law*, Ashgate, 2018; A. Slaughter, *A new world order*, Princeton University Press, 2005.

[37] S. Cassese, *Is there a global administrative law?*, in A. von Bogdandy and others, *The exercise of public authority by international institutional law*, (Springer 2010), pp. 761-776); Id., *A world government?*, Global Law Press,2018.

[38] L. C. Baker, *The structural characteristics of global law for the 21st century: fracture, fluidity, permeability, and policentricity*, in *Tilburg Law Review*, 2012, pp. 177-199 il quale (p. 181) precisa che "[u]nlike domestic legal orders, global law covers a wide number of distinct governance communities existing simultaneously and organized beyond the rule imposing power of states. […] global law communities may be understood as functionally differentiated societies organized for mutual benefit for specific objectives. They can include groups, institutions and networks".

[39] L.C. Baker, *The structural characteristics of global law for the 21st century, cit.,* a pg. 183 precisa che "these entities can mimic the state in organization form; principal among them is the emerging class of self-governing multinational corporations that in many ways has begun to exercise governance authority within its own supply or value chains that resemble the legislative authority of states. But they can also assume other forms – they can manifest themselves as product or process certification organizations, as standard setting organs, as assessment entities, or as *a volk*-like group evolving customs and shared practices (e.g. cyber-communities)". In senso non difforme, G. Teubner, *Societal constitutionalism: alternatives to state centered constitutional theory*, in C. Joerges, I. Sand, G. Teubner (Eds), *Transnational governance and costitutionalism: international studies in the theory of private law*, Hart, 2004.

[40] L. C. Baker, *The structural characteristics of global law for the 21st century,* cit., afferma che "polycentricity is the foundation of global law. […] Non-state actors provide a better view of the polycentric character of global law. Corporations may be subject to the laws of the states in which they operate and are chartered, they may be subject to the laws of the states in which their subsidiaries are chartered and operate, they may be subject to international law in conflict zones, and to international soft law standards administered through states, the U.N. system, and private entities, to the rules of listing entities, and to its own internal governance systems".

zione privatistica del diritto internazionale[41]. Inoltre, impone una gestione non-statale dell'evoluzione del fenomeno e un conseguente ripensamento dei requisiti di legittimazione della comunità e dell'ordinamento con cui questa s'identifica[42] .

Le non-state governance communities operano quindi nel diritto internazionale-interindividuale come definito da Arangio-Ruiz, nonché nel diritto internazionale inter-statale ma solo nei termini in cui la prassi ne dimostri l'effettiva indipendenza (anche) dagli ordinamenti statali.

Questo ha, evidentemente, riflessi significativi anche sul piano della soggettività e della personalità giuridica delle piattaforme digitali, sul piano del diritto transnazionale, e forse del diritto internazionale[43].

6. Conclusione. Come interpretare la prassi e quali strumenti sono adeguati per disciplinarla

6.1. Dalla matrice regolatoria alla relazione tra ordinamenti

Se i presupposti indagati nelle sezioni precedenti sono veri, la matrice deve trasformarsi: da illustrazione del rapporto tra le regole all'interno dell'ordinamento statale diventa parte della teoria dei rapporti tra ordinamenti giuridici, tra cui quelli transnazionali privati, collegati anche quando più o meno indipendenti. Indipendenti quanto alle regole interne a ciascun ordinamento transnazionale digitale, nei rapporti tra gli utenti della comu-

[41] Contribuiscono a formare una 'new form of transnational private law': G. Calliess, P. Zumbansen, *Rough consensus and running code: a theory of transnational private law*, Hart 2019, p. 109.

[42] L. Catà Baker (*The structural characteristics of global law for the 21st century,* cit., p. 185) precisa che "global law is about the law of system legitimacy in a heterodox world of governance organizations. It posits consent, not as a historical fact […] managed through the formal mechanics of voting, to a more dinamic and functional action-consent, in which the mechanics of and linkages between democracy, legitimacy and law/governance will have to be re-thought within contextually distinct governance spaces. […] The government of governance groups can be as democratics as the internet or as hierarchical as the multi-national corporation. That government must be able to manifest the group will, to make rules derived from and subject to the foundational rules (the constitution) of the group. The group must be able to discipline its members, enforce its rules and determine membership. The foundational premise rests on acceptance of the existence – independent of the control or authority of any one state or of the community of states – of a system of non-national, supra-national or multi-national principles and rules applicable, in accordance with its own terms and logic, to public and private actors, natural and juridical persons".

[43] F. Bassan, *Digital Platforms and Global Law*, cit. pp. 118-132.

nità (nel diritto internazionale-interindividuale, secondo l'impostazione di Arangio-Ruiz ma anche della global law se correttamente interpretata) e nel rapporto tra piattaforma e utenti (ancorata oggi a norme, domani a principi e a codificazione uniforme). Collegati quando non coordinati (sempre più, in prospettiva) con gli ordinamenti statali quanto all'attività esterna, rilevante 'in fatto'.

Se il diritto pubblico statale è inefficace per regolare l'attività delle piattaforme digitali, è utile la negoziazione delle regole tra ordinamenti: tra ordinamenti transnazionali digitali e ordinamenti statali, *in primis*. Questa ricostruzione è coerente con quanto evidenziato dalla prassi, che mostra una 'autoregolazione negoziata' delle piattaforme digitali, difforme sia dallo schema teorico statunitense (autoregolazione) sia da quello europeo (co-regolazione).

6.2. Autoregolazione negoziata delle piattaforme digitali e strumenti privatistici

L'autoregolazione negoziata, se portata sul piano degli ordinamenti, produce effetti nel diritto pubblico (quanto all'attività esterna) ma, soprattutto e più efficacemente, nel diritto privato, che meglio risponde alle esigenze soggettive e oggettive dell'evoluzione attuale. Soggettive, perché gli ordinamenti transnazionali digitali si identificano con le piattaforme digitali e dunque con le imprese. Oggettive, perché oggetto del diritto in evoluzione sono i rapporti tra i soggetti del diritto transnazionale o, in termini più ampi, del diritto internazionale-interindividuale. E sappiamo che la concezione privatistica del diritto internazionale rappresenta meglio le relazioni intersoggettive tra i privati (norme primarie).

La conseguenza necessitata è una rilevanza nuovamente decisiva della codificazione del diritto uniforme, che potrebbe ridurre a sistema negoziazioni che altrimenti, se bilaterali, sarebbero anch'esse inefficaci, o quando efficienti, sarebbero pericolose (la vicenda relativa alla notifica da Covid-19 è una prassi indicativa dei rischi sottesi). A questa codificazione partecipano gli Stati, certo, ma anche le piattaforme digitali transnazionali, in quanto ordinamenti a sé stanti. Un ravvicinamento delle norme contrattuali che regolano la convivenza nelle piattaforme tra i componenti la comunità e tra questi e la piattaforma consentirebbe peraltro anche di rendere meno drammatico l'uso degli strumenti tipici della regolazione pubblica, come forma di integrazione delle regole in via sussidiaria, e generalmente diretti a prevenire comportamenti lesivi degli interessi degli utenti. La

codificazione uniforme offrirebbe altresì strumenti di tutela e sanzionatori adeguati[44].

La necessità di una rapida evoluzione verso una codificazione di diritto uniforme è resa necessaria dalla velocità della rivoluzione tecnologica. Ciò vale per gli smart contracts, in cui un numero rilevante di clausole è determinato sulla base di valutazioni discrezionali imposte dalla piattaforma (dalle modalità e i limiti dell'accesso ai dati per le parti, gli oracoli, i 'nodi' della blockchain, i terzi, all'individuazione degli oracoli, alla selezione delle basi dati cui gli oracoli possono accedere per risolvere eventuali conflitti, alla definizione degli algoritmi sostitutivi delle decisioni degli oracoli, alle opzioni per i pagamenti, relative sia alla moneta utilizzabile sia agli strumenti tecnologici a disposizione e alle modalità fruibili dalle parti). Ma vale anche per le norme primarie, di relazione delle piattaforme digitali (dai contratti tra la piattaforma e gli appartenenti alla comunità, che impongono regole e comportamenti, ai contratti tra gli utenti), e per quelle secondarie, di organizzazione (dall'esecuzione delle *policies* adottate dalla piattaforma al sindacato sull'esecuzione stessa).

6.3. Autoregolazione negoziata delle piattaforme digitali e strumenti pubblicistici

Strumento complementare ma sussidiario rispetto a quelli di diritto privato è la negoziazione sul piano del diritto pubblico, a partire dalle organizzazioni internazionali deputate a disciplinare il commercio mediante strumenti di soft/hard law, OCSE *in primis*. L'accordo sulla Global Minimum Tax della fine del 2021 ne è splendido esempio[45]. Regolazione privata e pubblica sono due vasi comunicanti, e la seconda entra in azione in via sussidiaria. La prima è costituita da accordi bilaterali e multilaterali tra ordinamenti giuridici privati; la seconda da accordi tra questi e gli ordinamenti statali o delle organizzazioni internazionali.

Se interpretata nella prospettiva ordinamentale dunque, la prassi dell'attività delle piattaforme digitali si inserisce in una ricostruzione coerente e offre numerosi spunti di approfondimento.

[44] F. Bassan, *Digital Platforms and Global Law*, cit., pp. 133-144.

[45] Mi riferisco alle regole pubblicate nel dicembre 2021 per una riforma del sistema fiscale internazionale, in base alla quale le imprese multinazionali verranno assoggettate a una tassazione minima del 15% a partire dal 2023 (Pillar Two model rules: Tax challenges arising from the digitalisation of the economy- Global Anti-Base Erosion Model Rules).

DETERMINING JURISDICTION FOR VIOLATIONS OF PERSONALITY RIGHTS AND DATA PROTECTION RULES

Jan von Hein*

Summary: 1. Introduction. – 2. International jurisdiction – legal sources. – 3. Specific rules on jurisdiction for violations of personality rights. – 3.1. European Union. – 3.2. Domestic approaches. – 4. Adapting and modifying *forum delicti commiss*i. – 4.1. The mosaic principle vs. the centre of interests. – 4.2. Drawbacks of the centre-of-interest approach. – 5. Future directions. – 5.1. A comprehensive approach to different media. – 5.2. Abolishing the mosaic principle. – 5.3. A neutral forum. – 5.4. Foreseeability of the forum. – 6. Recent proposals. – 7. Summary and outlook.

1. Introduction

In a globalised society where news cross national borders with few, if any, restrictions, acts of communication committed in one state – for example the publication of a defamatory article on the internet – frequently cause injury in another state where a victim suffers damage to his or her reputation[1]. Thus, the question as to where a tort has been committed in cross-border cases has gained increasing practical significance in recent years for determining the jurisdiction of a court[2]. Moreover, cases involving international violations of privacy or personality rights have undergone an important sociological change in the last two decades, both with regard to the typical perpetrators and the typical victims[3]. In the course of the 20th century, being able to disseminate potentially infringing content on a glob-

* Full Professor of German, Comparative and Private International Law, University of Freiburg.

[1] For a comprehensive overview, see T. Lutzi, *Private International Law Online – Internet Regulation and Civil Liability in the EU*, Oxford, 2020, paras. 4.07 et seq., with further references.

[2] For the EU case-law, see CJEU, 7 March 1995, *Shevill*, case C-68/93, ECLI:EU-:C:1995:61; CJEU, 25 October 2011, *eDate* and *Martinez*, cases C-509/09 and C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685; CJEU, 17 October 2017, *Bolagsupplysningen*, case C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766; CJEU, 17 June 2021, *Mittelbayerischer Verlag*, case C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489.

[3] See A. Mills, *The law applicable to cross-border defamation on social media: whose law governs free speech in 'Facebookistan'?*, in *Journal of Media Law* 7 (2015), pp. 1-35; J. von Hein/A. Bizer, *Social Media and the Protection of Privacy: Current Gaps*

al scale used to be a privilege of large publishers, because either you had to distribute printed journals through international commercial channels or you had to set up and operate a TV or radio broadcasting station in order to reach an international audience. Both kinds of activity were only accessible to very wealthy individuals or corporations. On the side of the victims, mostly famous people (film or sports stars, or members of the nobility) suffered a damage to their reputation by the yellow press, whereas people who did not belong to the international "jet set" usually did not attract the attention of readers of glossy magazines[4]. Thus, the typical fact pattern of a personality rights case of the 20th century would involve a princess like, e.g., Caroline of Monaco, filing a suit against a large yellow press publisher[5]. Today, however, social media such as Facebook, Twitter or WhatsApp give every user the possibility of publishing entries, tweets or news that have a potentially global reach without investing much money. Thus, in many cases, both perpetrators and victims will be ordinary citizens who do not enjoy any international fame[6]. In so far, committing international violations of personality rights has been thoroughly democratized. This paradigm shift has made the issue of determining jurisdiction for violations of personality rights ever more important.

In the following parts of this article, this problem will be analysed in light of recent developments of the case-law and the academic discussion. First, a short survey of the legal sources of international jurisdiction in this area will be presented (infra 2.). Then, a closer look is taken at the question as to whether specific rules for violations of personality rights exist in various jurisdictions (infra 3.). Since, at least within the EU, the most important head of jurisdiction with regard to violations of personality rights is Article 7 No. 2 of the recast Brussels I Regulation (Brussels I*bis*)[7], it

and Future Directions in European Private International Law, in *Int'l J. of Data Science and Analytics* 6 (2018), pp. 233–239.

[4] In so far, the *Shevill* case – CJEU, 7 March 1995, *Shevill*, case C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61 – is an exception.

[5] Cf. the fact patterns underlying European Court of Human Rights (ECtHR), 24. June 2004, *Caroline von Hannover/Germany*, case 59320/00, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2004, p. 2467; ECtHR, 7 February 2012, *Caroline von Hannover/Germany No. 2*, cases 40660/08 and 60641/08, *NJW* 2012, 1053; J. von Hein, *Die Europäisierung des Persönlichkeitsrechtsschutzes: Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Sache Caroline von Hannover gegen Deutschland*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)* 2003/04, pp. 252-258.

[6] See, for example, Bundesgerichtshof (BGH), 29 March 2011, case VI ZR 111/10, *NJW* 2011, p. 2059 („Seven days in Moscow").

[7] Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and the Council of 12

will be analysed how the CJEU has modified and adapted the *forum delicti commissi* to the specific interests at stake in cases involving the violation of personality rights (infra 4). On this basis, an assessment of the future directions in this area is made (infra 5.). In addition, the paper presents two recent initiatives to achieve an international harmonisation in this regard, i.e. the proposal elaborated by the *Institut de Droit International* (IDI) in 2019[8] and the draft that is currently discussed by a committee of the *International Law Association* (ILA)[9] (infra 6.).

2. International jurisdiction – legal sources

In the EU, one must bear in mind the traditional limitation of EU procedural law to cross-border litigation involving jurisdiction over defendants domiciled in the EU (Article 4(1) Brussels I*bis*). For defendants domiciled outside of the EU, autonomous civil procedural law remains applicable. One major reform proposal that the European Commission had made in the course of recasting Brussels I was the extension of the Regulation's spatial scope to defendants domiciled in third states[10]. However, this proposal largely failed, mainly because of political objections; in particular, it was feared that the EU would tie its hands with regard to further attempts in The Hague to arrive at compromises with non-member states on such issues[11]. Thus, German judges, for example, still have to apply two different sets of rules in cross-border litigation: Art. 7 No. 2 Brussels I*bis*

December 2010 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), *OJ* E L 351 of 20 December 2012, p. 1.

[8] Institut de Droit International, Resolution: *Internet and the Infringement of Privacy: Issues of Jurisdiction, Applicable Law and Enforcement of Foreign Judgments – Injuries to Rights of Personality Through the Use of the Internet: Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Foreign Judgments*, 31 August 2019, 8 RES EN, available at <https://www.idi-iil.org/app/uploads/2019/09/8-RES-EN.pdf>.

[9] For an earlier version, see International Law Association, Committee on the Protection of Privacy in Private International and Procedural Law, *Report to the Sydney Conference* 2018, available at <https://www.mpi.lu/fileadmin/mpi/medien/research/ILA_Committee_Protection_Privacy_Private_International_and_Procedural_Law/ILA_Committee_Privacy_Interim_Report_Sydney_REVISED_FINAL.pdf>.

[10] On the Commission's proposal (COM(2010) 748 final), see, e.g., J. Weber, *Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation*, in *RabelsZ* 75 (2011), pp. 619–644.

[11] See the discussion paper presented by the Danish Presidency in January 2012, sub no. 4 <http://eu2012.dk/en/Meetings/Informal-Meetings/Jan/~/media/Files/Informal%20>. ministerial%20meetings/Informal%20JHA/Discussion%20paper%204%20-%20Brussels%20I-Regulation.pdf>.

for defendants domiciled in the EU, § 32 of the German *Zivilprozessordnung* or Code of Civil Procedure (ZPO[12]) for defendants domiciled in third states. In contrast, Italy autonomously extended the scope of the former Brussels Convention of 1968 and its successive modifications to third state defendants pursuant to Art. 3(2) of its Code on Private International Law[13].

3. Specific rules on jurisdiction for violations of data protection or other personality rights

3.1. European Union

Specific rules on jurisdiction for violations of rights to data protection can be found in the EU General Data Protection Regulation (GDPR)[14]. Article 79 GDPR guarantees the right to an effective judicial remedy against a controller or processor. In particular, Art. 79(2) GDPR provides that

> "2. Proceedings against a controller or a processor shall be brought before the courts of the Member State where the controller or processor has an establishment. Alternatively, such proceedings may be brought before the courts of the Member State where the data subject has his or her habitual residence, unless the controller or processor is a public authority of a Member State acting in the exercise of its public powers."

The relationship between Art. 79(2) GDPR and the Brussels I*bis* Regulation is not yet conclusively settled[15]: On the one hand, one may regard Art. 79(2) GDPR as a *lex specialis* that bars any recourse to Brussels I*bis* for cases falling within the scope of the special rule. On the other hand, the protective purpose of the GDPR may be better served by allowing for a subsidiary application of Brussels I*bis*.

With regard to violations of personality rights, there are no specific codified rules in EU Member States pursuant to the Brussels I*bis* Regulation or with regard to defendants domiciled in Iceland, Norway, Swit-

[12] An English translation of the ZPO is available at <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo>.

[13] Art. 3(2) Legge 31.05.1995, n. 218, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (GU n.128 del 03.06.1995, Suppl. Ordinario n. 68).

[14] General Data Protection Regulation of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, OJ L 119, 4 May 2016, p.1.

[15] For a detailed analysis, see J. Oster, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht im Datenschutz*, in *ZEuP* 2021, p. 275, 299–306, with further references.

zerland, where the Lugano Convention of 2007 applies[16]. Article 7 No. 2 Brussels I*bis,* which is more or less identical with Article 5 No. 3 of the former Brussels I Regulation[17] and the Lugano Convention, establishes jurisdiction at the place where a harmful event occurred. Ever since the leading Rhine salination case, the ECJ (now the CJEU) has interpreted the "harmful event" as covering both the place where the event giving rise to the damage occurred (the place of the causal event) and the place where damage was suffered (the place of damage)[18]. The choice between these two fora is left to the plaintiff[19]. This so-called principle of ubiquity is rooted in concerns for a fair and efficient administration of justice, in particular by granting jurisdiction at a place where relevant evidence may be located[20]. This approach also applies to violations of personality rights[21]. In so far, EU civil procedural law is in line with the requirements of a fair trial enshrined in Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR). In the *Arlewin* case, the European Court of Human Rights found Sweden in breach for having denied access to a court to a person who wanted to bring defamation proceedings in his country of residence arising out of the content of a television programme broadcast from the United Kingdom, which, at that time, was still an EU Member State[22]. While the Swedish courts had assumed that the case should have been brought before the UK courts because the company responsible for broadcasting the alleged defamatory content was based in London, the Strasbourg Court considered such a restrictive approach to jurisdiction a violation of Article 6 ECHR[23].

[16] OJ 2009 L 147, p. 5.

[17] Regulation (EC) No 44/2001 of the Council of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brussels I), *OJ* L 12 of 16 January 2001, p. 1.

[18] CJEU, 30 November 1976, *Bier v. Mines de Potasse d´Alsace SA*, case C-21/76, ECLI:EU:C:1976:166.

[19] Ibid.

[20] CJEU, 16 July 2009, *Zuid-Chemie*, case C-189/08, ECLI:EU:C:2009:475, para. 24; CJEU, 25 October 2012, *Folien Fischer*, case C-133/11, ECLI:EU:C:2012:664, para. 38; CJEU, 16 May 2013, *Melzer,* case C-228/11, ECLI:EU:C:2013:305, *paras. 26 et seq.*

[21] CJEU, 7 March 1995, *Shevill*, case C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61, paras. 19 et seq.; CJEU, 25 October 2011, *eDate* and *Martinez*, cases C-509/09 and C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, paras. 40 et seq.; CJEU, 17 October 2017, *Bolagsupplysningen*, case C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766, paras. 29 et seq.; CJEU, 17 June 2021, *Mittelbayerischer Verlag*, case C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489, paras. 29 et seq.

[22] European Court of Human Rights, 1 March 2016, *Arlewin v. Sweden*, case no. 22302/10.

[23] Ibid., at para. 65.

However, the CJEU has considerably modified the traditional principle of ubiquity for internet cases, thus in effect creating specific rules for violations of personality rights in cyberspace[24]. According to the court's *eDate* ruling, the place of damage in such cases is localised at the plaintiff's main centre of interests, i.e. usually his or her habitual residence[25]. In judgments following *eDate*, the CJEU made clear that this jurisdictional approach cannot be transferred to infringements of other legally protected interests, in particular intellectual property rights, that are committed in cyberspace. In the *Wintersteiger* case, the CJEU explicitly rejected transposing the "centre-of-interest"-approach developed in *eDate* to internet violations of trade marks[26]; in subsequent cases, it confirmed this line of reasoning for internet violations of copyrights[27]. In so far, the CJEU openly favours a differentiating approach, arguing that "the place where the alleged damage occurred […] may vary according to the nature of the right allegedly infringed"[28]. Thus, although Art. 7 No. 2 Brussels I*bis* applies, in principle, to all kinds of torts, the case-law of the CJEU has modified this provision in a way which is specific to violations of personality rights, at least in internet cases. The development of this case-law will be analysed in more detail below (infra 4.).

3.2. Domestic approaches

The autonomous laws of Brazil, Germany, Italy, Japan, Portugal, Spain, and the United States do not contain specific, codified rules on jurisdiction over violations of personality rights or defamation[29]. Rather, they regulate jurisdiction over such issues by means of the generally applicable rules on general and specific (most frequently, tort) jurisdiction[30]. An ex-

[24] CJEU, 25 October 2011, *eDate* and *Martinez*, cases C-509/09 and C-161/10.

[25] CJEU, 25 October 2011, *eDate* and *Martinez*, cases C-509/09 and C-161/10, paras. 48 et seq.

[26] CJEU, 19 April 2012, *Wintersteiger*, case C-523/10, ECLI:EU:C:2012:220, paras. 21–26.

[27] CJEU, 3 October 2013, *Pinckney*, case C-170/12, ECLI:EU:C:2013:764, para. 45; CJEU, 22 January 2015, *Hejduk*, case C-441/13, ECLI:EU:C:2015:28, para. 36.

[28] CJEU, 3 October 2013, *Pinckney*, case C-170/12, ECLI:EU:C:2013:764, para. 32; cf. also CJEU, 19 April 2012, *Wintersteiger*, case C-523/10, ECLI:EU:C:2012:220, paras. 21–24.

[29] ILA Committee on the protection of privacy in private international and procedural law, Report on the Responses Provided by the National Branches to the Questionnaire: « Jurisdiction and Choice-of-Law Rules for Violations of Personality Rights »(2016), unpublished, on file with author.

[30] Ibid.

ception from the lack of specific codified rules on violations of personality rights has been introduced in the UK (England and Wales) under the Defamation Act 2013 in order to fight the phenomenon of so-called "Libel Tourism"[31]. Where jurisdiction is based on either service out of the jurisdiction or presence, sec. 9 of the Defamation Act 2013 has modified the test for defamation claims in the following terms:

> "(2) A court does not have jurisdiction to hear and determine an action to which this section applies unless the court is satisfied that, of all the places in which the statement complained of has been published, England and Wales is clearly the most appropriate place in which to bring an action in respect of the statement.
> (3) The references in subsection (2) to the statement complained of include references to any statement which conveys the same, or substantially the same, imputation as the statement complained of".

Internet-specific adaptations of the *forum delicti commissi* can also be observed in other states, e.g. in Germany. According to the settled caselaw, § 32 ZPO is, just like Article7(2) Brussels I*bis*, interpreted in light of the principle of ubiquity, i.e. that both the place of acting as well as the place of injury may confer jurisdiction on a court in cases concerning violations of personality rights[32]. With regard to violations of personality rights committed via the internet, however, the Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof – BGH) has considerably modified this conventional approach in several judgments[33]. The BGH stresses that accepting mere accessibility as a sufficient requirement would lead to an unrestricted expansion of jurisdiction that would contradict basic notions of procedural fairness[34]. Such an approach would be incompatible with the nature of § 32 as an exception from the basic rule of "actor sequitur forum rei" (§ 12 ZPO), which therefore must be given a restrictive interpretation[35]. In particular, the BGH points out that any interpretation of § 32 ZPO in internet

[31] UK Defamation Act 2013, c. 26, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/contents/enacted> ; on « libel tourism », see T.C. Hartley, *'Libel Tourism' and Conflict of Laws*, in *Int. Comp. L. Q.* 59 (2010), pp. 25 – 38.

[32] BGH 2 March 2010, case VI ZR 23/09, *BGHZ* 184, 313 = *NJW* 2010, 1752, para. 8; BGH, 29 March 2011, case VI ZR 111/10, *NJW* 2011, 2059, para. 7.

[33] BGH 2 March 2010, case VI ZR 23/09, *BGHZ* 184, 313 = *NJW* 2010, 1752, paras. 11-24; BGH , 29 March 2011, case VI ZR 111/10, *NJW* 2011, 2059, paras. 8–15.

[34] BGH 2 March 2010, case VI ZR 23/09, *BGHZ* 184, 313 = *NJW* 2010, 1752, paras. 12 et seq.

[35] BGH 2 March 2010, case VI ZR 23/09, *BGHZ* 184, 313 = *NJW* 2010, 1752, para. 17; BGH, 29 March 2011, case VI ZR 111/10, *NJW* 2011, 2059, para. 10.

cases must ensure that a potential defendant should be able to reasonably foresee where he or she might be sued[36]. This is especially important taking into account that establishing international jurisdiction under § 32 ZPO indirectly determines the applicable law as well because German private international law (Art. 40(1) EGBGB)[37] also subjects tortious claims to the law in force at either the place of acting or the place of injury[38]. Even in the EU, autonomous PIL rules remain decisive for selecting the applicable law because of the carve-out for violations of personality rights codified in Art. 1(2)(g) Rome II Regulation[39].

Thus, the BGH has developed an objective test that is focused on the question as to whether the allegedly infringing content has a significant connection with Germany; a connection that is defined as a real or potential collision of conflicting interests between the plaintiff (i.e. his personality right) and the defendant (i.e. freedom of speech on the web)[40]. In so far, it is necessary to take the substantial content of a publication into account[41].

4. Adapting and modifying forum delicti commissi

4.1. The mosaic principle vs. the centre of interests

With regard to international violations of rights relating to personality, the problem frequently arises that damages occur in more than one Member State, thus throwing up the question which of those courts shall have jurisdiction pursuant to Art. 7 No. 2 Brussels I*bis*. In order to solve this problem, the CJEU had established the so-called mosaic principle in the well-known *Shevill* case in 1995[42]. While the defendant publisher may be sued for the whole damage at its domicile, the courts at the places where

[36] BGH 2 March 2010, case VI ZR 23/09, *BGHZ* 184, 313 = *NJW* 2010, 1752, para. 17; BGH , 29 March 2011, case VI ZR 111/10, *NJW* 2011, 2059, para. 10.

[37] Introductory Act to the Civil Code; an English translation is available at <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg>.

[38] BGH 2 March 2010, case VI ZR 23/09, *BGHZ* 184, 313 = *NJW* 2010, 1752, para. 17; BGH, 29 March 2011, case VI ZR 111/10, *NJW* 2011, 2059, para. 10.

[39] Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), *OJ* L 1999 of 31 July 2007, p. 40.

[40] BGH 2 March 2010, case VI ZR 23/09, *BGHZ* 184, 313 = *NJW* 2010, 1752, para. 20.

[41] BGH 2 March 2010, case VI ZR 23/09, *BGHZ* 184, 313 = *NJW* 2010, 1752, para. 20.

[42] CJEU, 7 March 1995, *Shevill*, case C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61.

a newspaper article was distributed are limited to ruling on the damage caused in the Member State in which the court is situated[43]. It has been argued that this approach enhances procedural economy because even "world-famous celebrities" are forced to concentrate their demands at the defendant's domicile unless a substantial part of the damage is suffered in another state[44]. Although this may have been a valid argument at a time when the typical case indeed consisted of a celebrity suing a large publisher of printed journals (supra 1.), the mosaic principle loses its appeal when confronted with the ubiquity that is characteristic of information published on the internet and in modern social media[45]. In so far, splitting up jurisdiction with regard to several parts of the damage may unduly burden the plaintiff who is forced either to file a number of suits in different countries or to follow the defendant to the latter's domicile, where a corporate or natural citizen of the forum state may enjoy a "home advantage". The mosaic principle may also enhance the dangers of conflicting judgments and legal harassment. Finally yet importantly, it is more difficult to apply the mosaic principle to claims for a removal of contents or for a rectification than to a claim for pecuniary damage. Thus, the CJEU's jurisprudence on Article 7 No. 2 Brussels I*bis* has evolved considerably since the *Shevill* case[46]. In its *eDate* judgment, the CJEU modified the *Shevill* decisional rules for violations of personality rights committed via the internet[47]. For the latter group of cases, the plaintiff is given three options: (1) suing at the defendant publisher's domicile for recovering his or her whole damage, (2) suing at

[43] CJEU, 7 March 1995, *Shevill*, case C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61.

[44] P. Volken, case note on CJEU, 7 March 1995, *Shevill*, case C-68/93, in *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht* 6 (1996), p. 132, 133.

[45] On the drawbacks of the mosaic principle, see ILA Committee (fn. 9I), para. 72.

[46] For closer analysis, see C. Heinze, *Surf global, sue local! Der europäische Klägergerichtsstand bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet*, in *EuZW* 2011, p. 947; B. Hess, *Der Schutz der Privatsphäre im Europäischen Zivilverfahrensrecht*, in *JZ* 2012, p. 189; M. von Hinden, *Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Persönlichkeitsverletzungen im Internet*, in *ZEuP* 2012, p. 940; M. Reymond, *Jurisdiction in Case of Personality Torts Committed over the Internet: A Proposal for a Targeting Test*, in *YbPIL* 14 (2012/13), p. 205; W.-H. Roth, *Persönlichkeitsschutz im Internet: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht*, in *IPRax* 2013, p. 247; K. Thorn, *Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeitsverletzungen durch Massenmedien*, in: H. Kronke/ K. Thorn (eds), *Grenzen überschreiten – Prinzipien bewahren, Festschrift von Hoffmann*, Bielefeld 2011, p. 746.

[47] CJEU, 25 October 2011, *eDate* and *Martinez*, cases C-509/09 and C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685; see also the case notes by M. Bogdan, *Defamation on the Internet, forum delicti and the E-Commerce Directive*, in *YbPIL* 13 (2011), p. 483 and M. Reymond, *The ECJ eDate decision: A Case Comment*, in *YbPIL* 13 (2011), p. 493.

his or her habitual residence as the presumptive centre of interests, again for recovering his or her whole damage (3) suing at the various places of damages; in this case, however, the plaintiff remains limited to recovering only the damage that he or she has suffered in the respective forum.

From the Court's reasoning in *eDate*, it must be inferred that the judges abandoned *Shevill* in cyberspace, but intended to maintain the mosaic principle as far as violations of personality rights by conventional media (print, broadcasting) are concerned[48]. Although it is generally welcome that the Court considers the specific characteristics of certain types of torts, this distinction is rather artificial and raises severe doubts. In our modern world, media content violating personality rights is regularly distributed through various channels simultaneously (print, broadcast, the internet, Twitter etc.). Differentiating between those channels creates the risk of contradictory decisions concerning the same substantive content. The CJEU, however, justified such a distinction by two reasons:

First of all, it referred to "the ubiquity of that [online] content. That content may be consulted instantly by an unlimited number of internet users throughout the world, irrespective of any intention on the part of the person who placed it in regard to its consultation beyond that person's Member State of establishment and outside of that person's control"[49]. Yet, this factual assumption is hard to square with the reality of the internet. Every user of YouTube, for instance, knows that instead of a video clip sometimes a notice appears informing the viewer that the desired content is protected by copyright and not available in his or her country. Evidently, users are identified by their IP address and their access is restricted accordingly. However, one also must take into account that such an identification may easily be circumvented by using a VPN client, for example. Secondly, the Court assessed that "it is not always possible, on a technical level, to quantify that distribution with certainty and accuracy in relation to a particular Member State or, therefore, to assess the damage caused exclusively within that Member State"[50]. It seems, however, feasible to design websites in such a way that they record the number of times that they have been visited. It is therefore difficult to agree with the Court that it should not be

[48] CJEU, 25 October 2011, *eDate* and *Martinez*, cases C-509/09 and C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, paras. 44 et seq.

[49] CJEU, 25 October 2011, *eDate* and *Martinez*, cases C-509/09 and C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, para. 45.

[50] CJEU, 25 October 2011, *eDate* and *Martinez*, cases C-509/09 and C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, para. 46.

technically possible to quantify distribution of online content in a certain Member State. In sum, strictly differentiating between various channels of distribution is normatively less convincing than the CJEU assumed in *eDate*.

In the *Bolagsupplysningen* case, the CJEU extended its "centre of interests"-approach from natural to legal persons as well[51]. Moreover, the CJEU distinguished between actions for compensation, to which the mosaic principle arguably still applies, and actions for a removal of content or for rectification, which, according to the Court, constitute "a single and indivisible application" that could only be raised in the "centre of interests"[52]. In so far, the question arises as to whether the latter court also enjoys exclusive jurisdiction with regard to concurring claims for compensation. This issue is currently being litigated before the CJEU in the case of *Gtflix Tv*[53]. Contrary to an opinion that is widely held in academia, AG *Hogan* argued in his conclusions that the mosaic principle should be maintained for compensatory claims for disparaging statements on the internet[54]. However, the claimant must demonstrate that an appreciable number of users had access to and understood the statement[55]. In order to justify this rather conservative assessment, the AG pointed out that the mosaic principle is based on the Court's own settled case law since 1995 and should not be discarded lightly[56]. The AG does not give much weight to the risk of creating incompatible judgments because, in his opinion, the concurrent proceedings at the various places of damage are territorially limited and do not have the same subject matter[57]. He does not consider the

[51] CJEU, 17 October 2017, *Bolagsupplysningen*, case C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766, paras. 22 et seq.; for closer analysis of this decision, see the case notes by A. Bizer, *International jurisdiction for violations of personality rights on the internet: Bolagsupplysningen*, in *CML Rev.* 55 (2018), p. 1941 ; C. Kohler, *Rückbau der Mosaiklösung : Zur internationalen Zuständigkeit bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts von Unternehmen im Internet*, in *IPRax* 2021, p. 428.

[52] CJEU, 17 October 2017, *Bolagsupplysningen*, case C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766, para. 48.

[53] AG Hogan, opinion of 16 September 2021, *Gtflix Tv*, case C-251/20, ECLI:EU:C:2021:745.

[54] AG Hogan, opinion of 16 September 2021, *Gtflix Tv*, case C-251/20, ECLI:EU:C:2021:745, paras. 56 et seq.

[55] AG Hogan, opinion of 16 September 2021, *Gtflix Tv*, case C-251/20, ECLI:EU:C:2021:745, para. 100.

[56] AG Hogan, opinion of 16 September 2021, *Gtflix Tv*, case C-251/20, ECLI:EU:C:2021:745, para. 57.

[57] AG Hogan, opinion of 16 September 2021, *Gtflix Tv*, case C-251/20, ECLI:EU:C:2021:745, para. 60.

mosaic principle unduly burdensome on the victim because persons who are not famous will not suffer damage in many Member States[58]. Neither is the principle, according to AG *Hogan*, a serious danger to the defendant: legal harassment should rather be deterred by stricter rules on costs of abusive proceedings than by modifying the rules on tort jurisdiction[59]. Finally yet importantly, potential defendants may protect themselves by bringing a negative declaratory action first[60].

This line of reasoning has a rather technical flavour. Calling the mosaic approach well-settled case-law neglects that the fact patterns underlying violations of personality rights have evolved considerably since 1995, the year when *Shevill* was decided and when nobody had thought of the internet or social media. Since the CJEU is not bound by a principle of *stare decisis*, it may well use this occasion to revisit its own case-law after more than a quarter-century.

4.2. Drawbacks of the centre-of-interest approach

Although abolishing the mosaic principle would be a welcome step forward, one must not overlook that the "centre of interests"-approach has its drawbacks as well. In particular, the lack of foreseeability of the forum for the defendant causes concerns and may lead to a potential infringement of the freedom of the press. In the *eDate* decision, the CJEU had rejected adopting a foreseeability test that would protect the defendant from being sued in a forum which he or she could not reasonably anticipate. Whereas consumer protection with regard to contracts concluded via the internet depends on a professional consciously directing its activities towards the consumer's state of habitual residence (Article 17(1)(c) Brussels I*bis*), the CJEU had not deployed a similar test in the context of jurisdiction for torts[61]. In so far, the CJEU had maintained that giving jurisdiction to the courts at the victim's centre of interest was compatible with the aim of predictability, because the "publisher of harmful content is, at the time at which that content is placed online, in a position to know the centre of in-

[58] AG Hogan, opinion of 16 September 2021, *Gtflix Tv*, case C-251/20, ECLI:EU:C:2021:745, para. 61.

[59] AG Hogan, opinion of 16 September 2021, *Gtflix Tv*, case C-251/20, ECLI:EU:C:2021:745, para. 63.

[60] AG Hogan, opinion of 16 September 2021, *Gtflix Tv*, case C-251/20, ECLI:EU:C:2021:745, para. 64.

[61] For a more detailed and critical analysis, see M. Reymond (fn. 47), pp. 207-211.

terests of the persons who are the subject of that content"[62]. It is doubtful, however, whether this sweeping assumption necessarily holds true in all cases; it is illustrative to think of political fugitives or V.I.P.'s hiding from an intrusive press. Moreover, an act of communication may be deliberately targeted at an audience in a state that differs from the victim's habitual residence[63]. In so far, it deserves mentioning that, after the *eDate* judgment had been passed, the EU legislature felt the need to emphasise in Recital 16 Brussels I*bis* that "avoid[ing] the possibility of the defendant being sued in a court of a Member State which he could not reasonably have foreseen […] is important, particularly in disputes concerning non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation".

Thus, it comes as no surprise that, in a very recent case, the CJEU has restricted its centre-of-interest approach and shown greater concern for the legitimate interest of the defendant in the foreseeability of the forum[64]. A local German newspaper had used the expression "Polish extermination camp of Treblinka" on its website. After protests of the Polish consulate, this unfortunate wording was quickly corrected into "German Nazi extermination camp of Treblinka in occupied Poland". Nevertheless, a former inmate of the Auschwitz extermination camp sued the publisher in Poland, seeking protection of his personality rights, in particular his national identity and dignity.

Although the plaintiff was habitually resident in Poland, the CJEU denied the jurisdiction of Polish courts[65]:

> "The attribution of jurisdiction to the courts of the place where that person's centre of interests is situated to hear and determine, in respect of the entirety of the alleged damage, the action brought by that person, where that person is neither mentioned by name nor indirectly identified as an individual in that content, would undermine […] the legal certainty which [the Brussels Ibis] regulation seeks to guarantee, particularly with regard to the issuer of the

[62] CJEU, 25 October 2011, *eDate* and *Martinez*, cases C-509/09 and C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, para. 50.

[63] Cf. (on § 32 ZPO) BGH, 29 March 2011, case VI ZR 111/10, *NJW* 2011, p. 2059 („Seven days in Moscow"), plausibly denying jurisdiction of German courts with regard to Russian-language content placed on a Russian website in spite of the victim's (a Russian national's) habitual residence in Germany.

[64] CJEU, 17 June 2021, *Mittelbayerischer Verlag*, case C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489; on this decision, see the case note by T. Lutzi, in *JZ* 2021, p. 833.

[65] CJEU, 17 June 2021, *Mittelbayerischer Verlag*, case C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489, paras. 36 et seq.

content concerned. That person cannot reasonably foresee being sued before those courts, since they are not, at the time when they place content online on the internet, in a position to know the centres of interests of persons who are not in any way referred to in that content".

This is a reasonable correction of the too generous approach initially developed in *eDate*[66]. It shows that one must never forget that the law governing violations of personality rights is not only concerned with protecting the victim, but that it must also take into account other legitimate interests, such as the freedom of the press and the interest of the audience in having a free access to information.

In light of the recent developments of the CJEU case-law, several conclusions may be drawn for the future directions with regard to determining jurisdiction for violations of personality rights.

5. Future directions

5.1. A comprehensive approach to different media

It has already been pointed out (supra 4.a) that media content violating personality rights is frequently distributed through various media channels – e.g., regarding a journalist tweeting an article that he or she has published before both online and in print – and that establishing different rules on jurisdiction for those channels creates the risk of contradictory decisions concerning the same substantive content. Moreover, the technical assumptions underlying this approach in *eDate* are not fully convincing (supra 4.a). Thus, different jurisdictional rules for those various channels should be avoided as far as possible.

5.2. Abolishing the mosaic principle

Although AG *Hogan* has thrown his weight behind keeping the mosaic principle in *GtFlix* (supra 4.a), narrowing down the number of potential fora seems preferable in order to create a better balance between plaintiffs and defendants not only in internet cases and not only with regard to removal of content/rectification. Limiting the number of fora would also facilitate the mutual fine-tuning of jurisdiction and choice of law; in most

[66] T. Lutzi (fn. 64), p. 837.

cases, courts should be able to apply their *lex fori* to violations of personality rights[67]. This is advisable not only for practical reasons (saving time and money), but also because of the constitutional foundations of personality rights.

5.3. A neutral forum

In *eDate*, the CJEU had emphasised that "[t]he difficulties in giving effect, within the context of the internet, to the criterion relating to the occurrence of damage which is derived from Shevill […] contrasts […] with the serious nature of the harm which may be suffered by the holder of a personality right who establishes that information injurious to that right is available on a world-wide basis"[68]. In this respect, one could discern an exceptional sensitivity to the need for protecting the victim as the weaker party under Article 7 No. 2 Brussels I*bis*. However, plaintiffs are not always in a "weaker" position compared with the defendant (just think of a head of state suing a blogger or journalist from another country)[69]. In *Bolagsupplysningen* and *Mittelbayerischer Verlag*, the CJEU clarified that the centre-of-interest rule does not imply favouring the weaker party[70]. In so far, the normative perspective of the CJEU remains focused on purely procedural aspects, such as facilitating the taking of evidence and enhancing the efficiency of proceedings, and not on a need for protecting the victim as the weaker party[71]. This neutral approach is particularly appropriate with regard to the sociological paradigm shift described in the introduction (supra 1). Whereas both *Shevill* and *eDate* were still based on the contrast between a large publisher or internet service provider as the defendant and a "weaker" natural person as the plaintiff, torts that are committed on social media such as Facebook or Twitter usually involve parties of roughly equal strength and resources. Thus, an appropriate approach to jurisdiction

[67] ILA Committee (fn. 9I), para. 76.

[68] CJEU, 25 October 2011, *eDate* and *Martinez*, cases C-509/09 and C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, para. 47.

[69] See the Böhmermann case, in which a German TV host was sued for defamation by the Turkish president Erdogan, Landgericht Hamburg, 10 February 2017, case 324 O 402/16, *GRUR-RS* 2017, 101443.

[70] CJEU, 17 October 2017, *Bolagsupplysningen*, case C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766, para. 38; CJEU, 17 June 2021, *Mittelbayerischer Verlag*, case C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489, para. 32.

[71] CJEU, 17 October 2017, *Bolagsupplysningen*, case C-194/16, ECLI:EU:C:2017:766, para. 38; CJEU, 17 June 2021, *Mittelbayerischer Verlag*, case C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489, para. 32.

must strike a fair balance between those interests instead of being biased in favour of one side of the dispute.

5.4. Foreseeability of the forum

As the development of the CJEU case-law from *eDate* to *Mittelbayerischer Verlag* has shown (supra 4.b), the Court already takes into account the need to ensure a foreseeability of the forum that the EU legislature emphasised in Recital 16 of the Brussels I*bis* Regulation.

6. Recent proposals

In recent years, two different working groups have tried to prepare an international harmonisation of jurisdiction for violations of personality rights under the auspices of the *Institut de Droit International* (IDI)[72] and the *International Law Association* (ILA)[73]. The IDI working group, which was chaired by Professors *Jayme* and *Symeonides*, limited its approach to violations of personality rights committed via the internet. Its proposal on jurisdiction was presented in 2019 and reads as follows:

> "Article 5 – Jurisdiction
> 1. Subject to Articles 3 and 6 and except as otherwise provided in paragraph 2 of this Article, the courts of the following States have jurisdiction to adjudicate an action seeking to redress or to prevent an injury to a person's rights of personality, which is caused or may be caused by material posted on, or by other activity conducted through, the Internet:
> (a) The state in which the critical conduct of the person claimed to be liable occurred;
> (b) The home state of the person claimed to be liable for the injury;
> (c) The state in which the most extensive injurious effects occurred or may occur; or
> (d) The home state of the person who suffered or may suffer an injury, if the posted material was accessible in that state or that person suffered injury there".

The ILA Committee on the Protection of Privacy, which is chaired by *Burkhard Hess* (Max Planck Institute Luxembourg) and of which the pres-

[72] Institut de Droit International (fn. 8).
[73] For the 2018 draft, see International Law Association (fn. 9I); the current version is not yet published (on file with author).

ent author is one of the co-reporters, is currently debating its revised draft; a final proposal will be presented at the ILA conference in Lisbon (Portugal) 2022. In their current version, the provisions on jurisdiction read as follows:

> Article 3 – Jurisdiction based on conduct
> (1) A defendant may be sued in the courts of the State where the act [or omission] directly causing the harm occurred, irrespective of where the damage arose.
> (2) A defendant may also be sued at the plaintiff's centre of main interest, unless the defendant could not have reasonably foreseen substantial consequences of his or her act occurring in that State. The person's centre of main interest is presumed to be at his or her place of habitual residence.
> (3) A defendant may also be sued in the State to which the publication in question is principally directed, taking into account, in particular,
> (a) the language of the publication;
> (b) the content of the publication;
> (c) the physical location of the intended audience.
>
> Article 4 – Jurisdiction at the place of the defendant's habitual residence
> (1) The defendant may be subject to the jurisdiction of the courts of the State in which it is habitually resident.

Both proposals share certain traits, but there are also differences. Both the IDI and the ILA confer jurisdiction on the courts in the state where the defendant is domiciled (Art. 5(1)(b) IDI proposal; Art. 4(1) ILA draft); in so far, both rules coincide with Art. 4(1) Brussels I*bis*. Moreover, both rules establish jurisdiction at the place where the relevant conduct of the alleged tortfeasor occurred (Art. 5(1)(a) IDI proposal; Art. 3(1) ILA draft), reflecting the place of action relevant under Art. 7 No. 2 Brussels I*bis*.

Both the IDI proposal and the ILA draft renounce the mosaic principle for violations of personality rights. There are some divergences, though, with regard to exactly determining the place of damage. Both the IDI proposal and the ILA draft follow a modified centre-of-interest approach (Art. 5(1)(d) IDI proposal; Art. 3(2) ILA draft). Whereas the IDI proposal only adds the caveat that either the posted material must have been accessible in that state or that the plaintiff must have suffered injury there (Art. 5(1)(d) IDI proposal), the ILA draft is much more explicit with regard to ensuring the foreseeability of the forum from the defendant's point of view (Art. 3(2) ILA draft). Thus, the case *Mittelbayerischer Verlag* discussed above (supra 4.b) may well be decided differently under the IDI

proposal, on the one hand, and under the ILA draft, on the other. While the webpage of the Bavarian publisher was certainly *accessible* in Poland, thus paving the way for jurisdiction under Art. 5(1)(d) IDI proposal, the criterion of *foreseeability* within the meaning of Art. 3(2) ILA draft would not be fulfilled in this case (cf., on Art. 7 No. 2 Brussels I*bis*, supra 4.d). Moreover, the ILA draft would provide a unitary head of jurisdiction both with regard to a print and to an online publication in this case, whereas the IDI proposal would be limited to a publication via the internet.

In addition, both working groups decided to provide another effects-based forum apart from the state of the plaintiff's habitual residence. Art. 5(1)(c) of the IDI proposal attributes jurisdiction to the courts in the state in which the most extensive injurious effects occurred or may occur. Art. 3(3) of the ILA draft adopts a *prima facie* similar approach, but emphasises again the interests of the defendant by using the criterion of principal direction of the publication and offering more precise guidance on determining this place. Pursuant to Art. 3(3) of the ILA draft, a defendant may be sued in the state to which the publication in question is principally directed, taking into account, in particular, (a) the language of the publication, (b) the content of the publication, and (c) the physical location of the intended audience. In this regard as well, the case *Mittelbayerischer Verlag* discussed above (supra 4.b) probably would be decided differently under the IDI proposal, on the one hand, and under the ILA draft, on the other. Although the Polish plaintiff in this case arguably suffered the most injurious effects in Poland, and thus would be entitled to rely on Art. 5(1)(c) of the IDI proposal, it is quite obvious that the online presence of a small Bavarian newspaper is not principally directed towards Poland within the meaning of Art. 3(3) of the ILA draft.

7. Summary and outlook

The preceding analysis has shown that violations of personality rights, especially when they are committed in cyberspace, still throw up difficult problems with regard to determining jurisdiction. In so far, the recent emphasis of the CJEU's case-law on the need to guarantee a foreseeability of the forum is to be welcomed. With regard to third-state defendants, EU Member States still rely on their domestic rules on jurisdiction. In this regard, the proposals elaborated by the IDI and the ILA may serve as inspirations for a further legal harmonisation.

LA TUTELA DELL'IDENTITÀ E DEI DATI PERSONALI NELL'ERA DIGITALE: IL BILANCIAMENTO DEI DIRITTI TRA "VALORI COMUNI" EUROPEI E SPECIFICITÀ NAZIONALI

Rossana Palladino*

Sommario: 1. Premessa. La protezione dell'identità e dei dati personali nel "quadro costituzionale" dell'Unione europea. – 2. Protezione dei dati personali e interesse generale alla sicurezza e alla prevenzione dei reati: la Carta dei diritti fondamentali quale parametro di legittimità degli atti dell'Unione e della legislazione statale. – 3. Regimi giuridici di Stati terzi e "protezione equivalente". – 4. La Carta dei diritti fondamentali alla prova del bilanciamento tra diritti contrapposti. – 5. *Segue*: "specificità nazionali", conflitti di bilanciamento e rimedi – 6. "Valori europei" e sviluppo digitale dell'UE.

1. Premessa. La protezione dell'identità e dei dati personali nel "quadro costituzionale" dell'Unione europea

La pandemia da Covid-19 ha reso ancor più evidente quanto internet e i servizi digitali siano oramai una componente essenziale dell'economia e della vita delle persone. Con la compressione della libertà di movimento connessa all'adozione di misure di contrasto alla pandemia, è nello spazio digitale, infatti, che hanno trovato soddisfazione una serie di bisogni fondamentali per lo sviluppo della persona: dalle attività lavorative e di didattica, alle attività di informazione e di intrattenimento.

Da una parte, è indubbio che nello spazio digitale può trovare potenziamento l'identità personale[1], dall'altra parte, però, rilevanti sono

* Ricercatrice t.d.b. di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Salerno.

[1] La pandemia ha riportato in auge la discussione intorno all'esistenza e al riconoscimento di un vero e proprio diritto fondamentale di accesso a internet. V. in proposito, con riferimento al nostro ordinamento interno, la Sezione monografica "Il diritto di accesso a internet" in *Medialaws*, 2021, n. 1. Sul piano del diritto internazionale, in ordine alla possibilità di qualificare l'accesso a internet come diritto umano autonomo, indipendentemente dal suo uso per attuare altri diritti fondamentali, v. già G.M. Ruotolo, *Internet-ional Law. Profili di diritto internazionale pubblico della rete*, Bari, 2012, in particolare pp. 120 ss. A livello europeo, v. Regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015, *che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il regolamento (UE) n. 531/2012*

le implicazioni per la "sfera privata", quale nocciolo della "sfera personale"[2].

Orbene, chiamati a riflettere in ordine a "*Beni e valori comuni nelle dimensioni internazionale e sovranazionale*", il presente contributo intende focalizzare l'attenzione sul contesto ordinamentale dell'Unione europea, imperniato su di un "quadro costituzionale" e principi fondativi suoi propri[3].

In tale quadro trova, in particolare, riconoscimento il diritto alla protezione dei dati di carattere personale sia nell'articolo 16 del Trattato sull'U-

relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione, in GUUE L310, 26.11.2015, pp. 1-18.

[2] Così Conclusioni dell'avvocato Generale Cruz Villalòn del 12 dicembre 2013, *Digital Rights Ireland Ltd* (C-293/12) c. *Minister for Communications, Marine and Natural Resources e altri e Kärntner Landesregierung* (C-594/12) *e altri*, punto 61. Nella ricostruzione offerta dalle giurisdizioni europee, l'identità personale rientra nell'ambito della vita privata e trova quindi tutela nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 7) e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 8). Così v., in particolare Tribunale, sentenza del 27 novembre 2018, *VG* c. *Commissione europea*, cause riunite T-314/16 e T-435/16, ECLI:EU:T:2018:841, punto 100, che richiama la Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 febbraio 1992, *Pfeifer e Plankl* c. *Austria*, punto 35. Sulla diversa veste del diritto all'identità personale quale "mezzo necessario all'esercizio delle libertà di circolazione" v., invece, S. Marino, *L'identità personale alla prova della libertà di circolazione*, in *Eurojus*, 2020, n. 4, pp. 173-187. Sulla riconducibilità di un diritto all'identità digitale nell'alveo dell'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali, v. R. Cafari Panico, *L'identità digitale quale diritto del cittadino dell'Unione, fra tutela dei dati personali e concorrenza*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea*. Scritti offerti a Claudia Morviducci, Bari, 2019, pp. 815-840, che richiama anche la proposta di Risoluzione del Parlamento europeo del 2.4.2019 presentata a norma dell'art. 133 del regolamento, ove si prospetta il riconoscimento del diritto all'identità digitale "come diritto fondamentale della persona" assicurando "la tutela dello stesso e di tutti i diritti ad esso connessi". Nel contesto dello sviluppo del mercato interno, il profilo della tutela della cd. identità digitale emerge nella proposta della Commissione europea di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) n. 910/2014 per quanto riguarda l'istituzione di un quadro per un'identità digitale europea, Bruxelles, 3.6.2021, COM(2021) 281 final.

[3] Così Corte di giustizia (Seduta Plenaria), parere 2/13 del 18 dicembre 2014, ECLI:EU:2014:2454, che sottolinea che l'UE è «dotata di un ordinamento giuridico di nuovo genere, avente una sua specifica natura, un quadro costituzionale e principi fondativi che sono suoi propri…» (punto 158). È appena il caso di precisare che l'accezione "quadro costituzionale europeo" è utilizzata per definire l'essenza stessa dell'identità europea: in essa vi rientrano i valori fondatori enunciati nell'articolo 2 del TUE, i principi generali del diritto dell'Unione, le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nonché le disposizioni dei trattati (TUE e TFUE), che contengono, segnatamente, le norme sull'attribuzione e la ripartizione delle competenze, le norme sul funzionamento delle istituzioni dell'Unione e del sistema giurisdizionale di quest'ultima, nonché le norme fondamentali nei settori specifici, strutturate in modo da contribuire alla realizzazione del processo di integrazione. Cfr. in tal senso R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, III ed., Torino, 2020, p. 10.

nione europea (TUE), sia all'interno di quella "piattaforma" di principi e diritti comuni che da vent'anni esprime una dimensione valoriale propria dell'Unione europea: la Carta dei diritti fondamentali[4]. È l'articolo 8 della Carta che sancisce il diritto alla protezione dei dati di carattere personale, in maniera distinta dal diritto al rispetto della vita privata (art. 7)[5]. Se la protezione dei dati è intrinsecamente connessa alla vita privata, perché in ultimo volta a garantirne il rispetto, essa è assoggettata a un regime autonomo principalmente definito dal Regolamento Generale sulla Protezione dei dati (GDPR)[6]. Nell'alveo di tale regolamento trova esplicita affermazione (art. 17) anche il diritto all'oblio[7], da intendersi, nella sua particolare declinazione di diritto alla deindicizzazione[8], quale diritto di ogni cittadino ad

[4] Dall'adozione del Trattato di Lisbona, con *status* equiparato a quello dei trattati, giusta l'art. 6, par. 1 del TUE. Sulla differenza tra diritti e principi contenuti nella Carta, sia consentito richiamare R. Palladino, *Diritti, principi ed effetto diretto orizzontale delle disposizioni (in materia sociale) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, pp. 175-210.

[5] Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale si fonda sul diritto fondamentale al rispetto della vita privata, come riconosciuto espressamente nelle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, che specificano anche che l'articolo 8 della Carta si fonda sull'articolo 8 della CEDU. Tale legame comporta, in particolare, che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'interpretazione dell'articolo 8 della CEDU relativa alla protezione dei dati personali conserva, a norma dell'articolo 52, par. 3, della Carta, piena rilevanza ai fini dell'interpretazione dell'articolo 8 della Carta al punto da poter essere considerati come integranti un «diritto alla vita privata con riguardo al trattamento dei dati personali» (in tal senso, v. Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR, Hartmut Eifert c. Land Hesse*, procedimenti riuniti C-92/09 e C-93/09, punto 52). Sulla interconnessione tra il diritto alla protezione dei dati personali di carattere personale e il diritto al rispetto della vita privata, che talora si traduce nella difficile distinzione nella giurisprudenza della Corte di giustizia, v. F. Rossi Dal Pozzo, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul trattamento dei dati personali,* in *Annuali AISDUE*, vol. I, Bari, 2020, pp. 63-87, spec. p. 76.

[6] 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)*.

[7] Già assurto, in via pretoria, a "diritto fondamentale" espressione forte del diritto all'identità personale riconducibile all'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali e, in ultima istanza, al diritto alla propria dignità. Si rinvia *infra* al par. 4. Sull'evoluzione del principio di dignità umana nel diritto internazionale e dell'Unione europea, si veda A. Di Stasi, *Human Dignity as a Normative Concept. "Dialogue" Between European Courts (ECtHR and CJEU)?,* in P. Pinto de Albuquerque, K. Wojtyczek (eds.), *Judicial Power in a Globalized World. Liber Amicorum Vincent de Gaetano*, Switzerland, pp. 115-130.

[8] La "deindicizzazione" rappresenta una particolare declinazione del diritto all'oblio, secondo cui l'interessato non persegue l'obiettivo della cancellazione del dato personale dal web, bensì il mero oscuramento dello stesso rispetto all'attività dei motori di ricerca. Si tratta, dunque, di "una sorta di 'frammento' particolare e marginale del diritto all'oblio, il cui contenuto immediato è l'oscuramento di determinati risultati di ricerca associati al

ottenere la rimozione, dal motore di ricerca, di ogni collegamento generato dal sistema a notizie risalenti nel tempo e divenute inattuali o addirittura inesatte[9].

Muovendo dalla considerazione che i diritti di cui si tratta si misurano con una pluralità di interessi e di diritti potenzialmente confliggenti, la riflessione che si intende condurre – anche nelle prospettive di sviluppo digitale dell'Unione europea – riguarda la tenuta di quella "piattaforma di valori comuni" che l'Unione europea appresta: il *Bill of rights* europeo è in grado di fungere da parametro per il bilanciamento di diritti e/o interessi tra loro in contrapposizione o, piuttosto, la tutela dei dati personali e dell'identità personale in rete soggiace ad un bilanciamento di matrice nazionale sulla base dei "valori specifici" dei singoli ordinamenti?

2. Protezione dei dati personali e interesse generale alla sicurezza e alla prevenzione dei reati: la Carta dei diritti fondamentali quale parametro di legittimità degli atti dell'Unione e della legislazione statale

Come anticipato, il diritto alla protezione dei dati personali non costituisce una "prerogativa assoluta" [10]: esso va, infatti, considerato alla luce della sua funzione sociale e contemperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità[11]. Esso viene, dunque, a configurarsi come diritto non assoluto, passibile di limitazioni tuttavia da ricondursi nella cornice dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE[12].

proprio nome dalle *search engine technologies*, cioè una moderna prerogativa propria ed esclusiva dei rapporti tra internauti e gestori dei motori di ricerca", così V. D'Antonio, *Oblio e cancellazione dei dati nel diritto europeo*, in S. Sica, V. D'Antonio, G.M. Riccio (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Milano-Padova, 2016, pp. 197 ss., in particolare p. 209.

[9] Pertanto, l'oggetto della tutela consiste nel diritto a non subire nel tempo le conseguenze negative che derivano dalla diffusione di una notizia non più attuale, pur se legittimamente pubblicata in passato. Così A. Morelli, *Oblio (diritto all')*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, 2002, pp. 848 ss.

[10] Come acclarato anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE. Cfr., in tal senso, sentenza *Volker und Markus Schecke*, cit., punto 48, nonché parere 1/15 (Accordo PNR UE-Canada), del 26 luglio 2017, ECLI:EU:C:2017:592, punto 136.

[11] V. anche regolamento 2016/679, cit., considerando 4.

[12] Secondo cui «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà […] devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall''unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

Alla luce di tale disposizione, in primo luogo, la limitazione del diritto alla protezione dei dati personali deve essere prevista dalla legge (in tal senso il vaglio non può essere solo di tipo formale ma va integrato con un giudizio in ordine alla cd. qualità della legge); in secondo luogo, la limitazione apportata al diritto non può pregiudicarne il contenuto essenziale; infine, la normativa limitativa del diritto deve perseguire una finalità legittima, non andare oltre quanto necessario per conseguirla e, dunque, muoversi nel rispetto dei principi di proporzionalità e necessità[13].

Ciò premesso, tra gli aspetti di maggiore complessità si colloca la contrapposizione tra il diritto alla tutela dei dati personali e l'interesse generale alla sicurezza e alla prevenzione dei reati.

Si tratta di un ambito in cui la dimensione valoriale di matrice europea è emersa in maniera forte, atteso che la funzione della Carta dei diritti fondamentali quale parametro di legittimità ha condotto la Corte di giustizia dell'Unione europea ad esercitare un controllo stringente sulla discrezionalità del legislatore europeo, *in primis*. Seppure non tale da pregiudicare il contenuto essenziale dei diritti di cui agli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali e pur perseguendo un obiettivo di interesse generale – ossia contribuire alla lotta contro la criminalità grave e in ultima analisi alla sicurezza pubblica – la direttiva "*data retention*"[14] non ha superato il vaglio della Corte di giustizia sotto il profilo della proporzionalità e della necessità. Ciò tenuto conto, da una parte, del «ruolo importante svolto dalla protezione dei dati personali sotto il profilo del diritto fondamentale al rispetto della vita privata»[15] e, dall'altra parte,

[13] *Amplius*, si veda F. Ferraro, N. Lazzerini, *Commento all'art. 52*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 1061; F. Pocar, *Commento all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in F. Pocar, M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, pp. 1791-1795, nonché R. Cisotta, *Brevi note sulla giurisprudenza sull'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE in materia di limitazioni ai diritti fondamentali…con uno sguardo in avanti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, n. 1, pp. 19-80; P. Manzini, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in L.S. Rossi (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano, 2002, pp. 127 ss.; P. Mori, *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2014, n. 2, p. 257-286.

[14] Direttiva 2006/24/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006, *riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE*, in GUUE L 105 del 13.4.2006.

[15] Corte di giustizia, sentenza dell'8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd* c. *Minister*

della portata e della gravità dell'ingerenza in tale suddetto diritto che la direttiva 2006/24 comporta.

In secundis, tramite analogo *iter* argomentativo, il vaglio operato dalla Corte di giustizia ha interessato anche normative statali, inscrivibili nella funzione di preservare la sicurezza nazionale, quale esclusiva di competenza agli Stati, ai sensi dell'art. 4 del TUE[16]. È quanto avvenuto a partire dalla sentenza *Tele 2 Sverige*[17], ove hanno trovato applicazione le garanzie fissate nella sentenza *Digital Rights Ireland*, in risposta al quesito pregiudiziale volto a comprendere se quest'ultima sentenza avesse individuato «requisiti imperativi di diritto dell'Unione», applicabili al regime nazionale di uno Stato membro che disciplina l'accesso ai dati conservati ai sensi della normativa nazionale. E poi successivamente ribadito fino al più recente caso *Prokuratuur*[18] ove è venuta in rilievo la deroga – ammessa ai

for Communications, Marine and Natural Resources, cause riunite C-293/12 e C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, su cui M. Nino, *L'annullamento del regime della conservazione dei dati di traffico nell'Unione europea da parte della Corte di giustizia UE: prospettive ed evoluzioni future del sistema europeo di* data retention, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2014, n. 4, pp. 803-830; O. Pollicino, *Interpretazione o manipolazione? La Corte di giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in *federalismi.it,* 2014, n. 3.

[16] Al considerando 16 del GDPR è precisato che il regolamento non si applica ai trattamenti dei dati personali nell'ambito di «attività che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, quali le attività riguardanti la sicurezza nazionale» (nonché nell'esercizio di attività relative alla politica estera e di sicurezza comune dell'Unione). Nel leggere l'art. 2, par. 2, lett. a) del GDPR alla luce di tale considerando, la Corte di giustizia dell'UE ha precisato che il suo unico obiettivo consiste nell'escludere dall'ambito di applicazione del regolamento i trattamenti di dati personali effettuati dalle autorità statali nell'ambito di un'attività volta a salvaguardare la sicurezza nazionale o di un'attività che può essere ascritta alla medesima categoria, di modo che il mero fatto che un'attività sia propria dello Stato o di un'autorità pubblica non è sufficiente affinché tale eccezione sia automaticamente applicabile a una siffatta attività. Le attività che hanno lo scopo di salvaguardare la sicurezza nazionale di cui all'articolo 2, par. 2, lettera a), del regolamento comprendono, in particolare, quelle volte a tutelare le funzioni essenziali dello Stato e gli interessi fondamentali della società. Cfr. Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 22 giugno 2021, *B* c. *Latvijas Republikas Saeima*, causa C-439/19, ECLI:EU:C:2021:504.

[17] Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige AB* c. *Post- och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department* c. *Tom Watson e altri*, cause riunite C-2013/15 e C-698/15, che ha sostanzialmente sindacato la normativa nazionale che prevede una conservazione generalizzata e indifferenziata dell'insieme dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di tutti gli abbonati e utenti iscritti riguardante tutti i mezzi di comunicazione elettronica, e che obbliga i fornitori di servizi di comunicazione elettronica a conservare tali dati in maniera sistematica e continua, e ciò senza alcuna eccezione. V. anche sentenza della Corte (Grande Sezione) del 2 ottobre 2018, causa promossa da *Ministerio Fiscal*, C-207/16, ECLI:EU:C:2018:300.

[18] Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 2 marzo 2021, procedimento penale contro *H.K.*, con l'intervento di *Prokuratuur*, causa C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152, su cui G. Formici, *L'incerto futuro della data retention nell'Unione europea: osservazioni*

sensi dell'art. 15 della cd. Direttiva *e-Privacy*[19] – alla regola generale che impone la cancellazione dei dati e consente agli Stati membri di stabilire un obbligo di conservazione in capo agli operatori privati, per un periodo limitato di tempo e limitatamente allo scopo di salvaguardare la sicurezza nazionale e per il perseguimento di reati. E tuttavia, la normativa nazionale che stabilisce le condizioni alle quali i fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche devono accordare alle autorità nazionali competenti l'accesso ai dati di cui essi dispongono deve soddisfare il requisito di proporzionalità, per cui deve prevedere regole chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione della misura in questione e fissino dei requisiti minimi, di modo che le persone i cui dati personali vengono in discussione dispongano di garanzie sufficienti che consentano di proteggere efficacemente tali dati contro i rischi di abusi. Tale normativa deve essere legalmente vincolante nell'ordinamento interno e precisare in quali circostanze e a quali condizioni possa essere adottata una misura che prevede il trattamento di dati del genere, in modo da garantire che l'ingerenza sia limitata allo stretto necessario. Tutto ciò in nome di una interpretazione del suddetto art. 15 parametrato alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, in particolare ai suoi art. 7, 8, 11 e 52.

3. Regimi giuridici di Stati terzi e "protezione equivalente" determinata alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'UE

Parametrato alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'elevato standard di tutela che affiora dalla giurisprudenza della Corte di giustizia ha condotto, in maniera indiretta, ad operare un sindacato di compatibilità anche dei regimi giuridici di Stati terzi.

a partire dalla sentenza H.K. v Prokuratuur, in *SidiBlog*, 27 aprile 2021, http://www.sidiblog.org/2021/04/27/lincerto-futuro-della-data-retention-nellunione-europea-osservazioni-a-partire-dalla-sentenza-h-k-v-prokuratuur/. Precedentemente, v. le due sentenze del 6 ottobre 2020 *La Quadrature du Net e a.* c. *Premier Ministre e a.*, cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 e *Privacy International* c. *Secretary for Foreign and Commowealth Affairs e a.*, causa C-623/17, ECLI:EU:C:2020:790, su cui M. Nino, *La disciplina internazionale ed europea della data retention dopo le sentenze Privacy International e La Quadrature du Net della Corte di giustizia UE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2021, n. 1, pp. 93-124.

[19] Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, *relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche)*, in GU L 201 del 31.7.2002.

Su tale presupposto si è erta la dichiarazione di invalidità, ad opera della Corte di Lussemburgo[20], del sistema di regolamentazione del trasferimento e dello scambio delle informazioni di carattere personale tra l'Unione europea e gli Stati Uniti[21] attesa l'incompatibilità con la pertinente normativa sulla tutela dei dati personali e della *privacy*, letta alla luce dei principi europei acclarati nella Carta[22]. La divaricazione esistente tra sistemi (USA e UE) relativi alla salvaguardia dei dati personali ha determinato l'invalidazione anche del successivo *Privacy Schield*: pur non potendo esigere che il paese terzo considerato garantisca un livello di protezione identico a quello garantito dall'ordinamento giuridico dell'Unione, è richiesto un "livello di protezione adeguato"[23]. Espressione che, nella sentenza cd. *Schrems II*[24], viene ad essere interpretata quale livello di protezione «sostanzialmente equivalente a quello garantito all'interno dell'Unione»[25]: in

[20] Corte di giustizia, sentenza del 6 ottobre 2015, *Maximillian Schrems* c. *Data Protection Commissioner*, causa C-362/14 (cd. sentenza *Schrems I*). V. in particolare G. Caggiano, *Il bilanciamento tra diritti fondamentali e finalità di sicurezza in materia di conservazione dei dati personali da parte dei fornitori di servizi di comunicazione*, in *Rivista di diritto dei media,* 2018, n. 2, pp. 64 ss., pp. 72-75 e M. Nino, *Le prospettive internazionali ed europee della tutela della privacy e dei dati personali dopo la decisione* Schrems *della Corte di giustizia UE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2016, n. 4, pp. 755-787; O. Pollicino, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di 'digital privacy' come osservatorio privilegiato*, in *Rivista di diritto dei media,* 2018, n. 3, pp. 138 ss., pp. 151-161.

[21] Cd. sistema *Safe Harbor*: Decisione della Commissione 2000/520/CE, del 26 luglio 2000, a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza della protezione offerta dai principi di approdo sicuro, in GUCE L 215/2000, pp. 7 ss.

[22] Segnando un cambio di paradigma rispetto alla precedente giurisprudenza. V. Corte di giustizia, sentenza 6 novembre 2003, *procedimento penale a carico di Bodil Lindqvist*, causa C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596, punto 63.

[23] Come previsto dall'art. 45, par. 1, primo periodo, del GDPR, secondo cui un trasferimento di dati personali verso un paese terzo può essere autorizzato mediante una decisione adottata dalla Commissione secondo la quale tale paese terzo, un territorio o uno o più settori specifici all'interno dello stesso garantiscono un livello di protezione adeguato.

[24] Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 16 luglio 2020, *Data Protection Commissioner* c. *Facebook Ireland Limited e Maximillian Schrems*, causa C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559, su cui G. Caggiano, *Sul trasferimento internazionale dei dati personali degli utenti del Mercato unico digitale all'indomani della sentenza Schrems II della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, n. 3, pp. 563-585; M. Nino, *La sentenza Schrems II della Corte di giustizia UE: trasmissione dei dati personali dall'Unione europea agli Stati terzi e tutela dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, n. 3, pp. 733-759.

[25] Nel solco di una "grammatica costituzionale" che riecheggia celebri approdi come *Solange e Bosphorus*. Sul "ruolo costituzionale" della Corte di giustizia in subiecta materia, v. G. Caggiano, *La Corte di giustizia consolida il ruolo costituzionale nella materia dei dati personali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, pp. 9 ss.

forza della lettura delle norme di diritto derivato strettamente ancorata alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[26].

In altre parole, tale livello di protezione sostanzialmente equivalente a quello garantito all'interno dell'Unione viene determinato alla luce non già del diritto nazionale degli Stati membri ma alla luce dei diritti garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Si esprime la Corte di giustizia proprio sul punto, sottolineando che «la validità delle disposizioni del diritto dell'Unione e, in mancanza di un espresso richiamo al diritto nazionale degli Stati membri, la loro interpretazione non possono essere valutate alla luce di tale diritto nazionale, neppure di rango costituzionale, in particolare dei diritti fondamentali quali formulati nella loro Costituzione nazionale»[27].

L'elemento ulteriormente specificato nella sentenza *Schrems II* riguarda la valutazione del livello di protezione garantito nel contesto di un trasferimento di dati personali verso un paese terzo sul fondamento di clausole tipo di protezione dei dati adottate *ex* art. 46, par. 2, lett. c) del GDPR: essa deve, in particolare, prendere in considerazione sia le clausole contrattuali convenute tra il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento stabiliti nell'Unione e il destinatario del trasferimento stabilito nel paese terzo interessato, sia – per quanto concerne un eventuale accesso delle autorità pubbliche di tale paese terzo ai dati personali così trasferiti – gli elementi rilevanti del sistema giuridico di quest'ultimo, in particolare indicati all'articolo 45, par. 2, del suddetto regolamento. In sostanza, tre sono i parametri individuati e che occorre prendere in considerazione, fondati su "garanzie adeguate", "diritti azionabili" e "mezzi di ricorso effettivi" riconosciuti agli interessati dal trattamento[28].

4. La Carta dei diritti fondamentali alla prova del bilanciamento tra diritti contrapposti

Soffermandosi, per altro verso, sull'efficacia "extraterritoriale"[29] degli

[26] Cfr. sentenza *Schrems II*, cit., punto 94.

[27] Punto 100, ove sono richiamate le sentenze del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, punto 3; del 13 dicembre 1979, *Hauer*, 44/79, ECLI:EU:C:1979:290, punto 14, nonché del 18 ottobre 2016, *Nikiforidis*, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774, punto 28 e giurisprudenza ivi citata.

[28] Seppure sul punto possa evidenziarsi l'assenza, da parte della Corte di giustizia, di una interpretazione autentica e pienamente esaustiva. Condivisibilmente, così, M. Nino, *La sentenza Schrems II della Corte di giustizia UE,* cit., p. 745.

[29] V. anche R. Cafari Panico, *Le imprese multinazionali, la protezione dei dati nello*

standard europei di tutela dei dati personali, vengono in rilievo gli aspetti relativi alla tutela del diritto all'oblio, oggetto di due sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea[30] apparse tra loro "distoniche"[31]. Da una parte, in ordine alla rimozione di informazioni di contenuto equivalente ad informazioni precedentemente dichiarate illecite nell'ambito della direttiva 2000/31 (cd. direttiva *e-commerce*), la Corte di giustizia ha ritenuto consentito[32] che uno Stato membro ordini ad un prestatore di servizi di *hosting* di rimuovere le informazioni da esso memorizzate e il cui contenuto sia equivalente a quello di un'informazione precedentemente dichiarata illecita o di bloccare l'accesso alle medesime a livello mondiale, richiamando la coerenza delle norme dell'Unione con le norme applicabili a livello internazionale[33]. Dall'altra, muovendo da un contesto fattuale e normativo parzialmente differente, la Corte di Lussemburgo ha escluso che in capo a Google sia ravvisabile un obbligo di cancellazione dei dati, ossia dei link lesivi del diritto all'oblio, su tutte le versioni del suo motore[34]. In prima

spazio cibernetico e l'efficacia extraterritoriale del diritto dell'Unione europea, in *Papers di diritto europeo*, 2021, n. 1, pp. 7-43.

[30] La nostra Corte di Cassazione ha ampiamente contribuito a definire i contorni del diritto all'oblio, strettamente connesso a quello alla riservatezza e al rispetto della propria identità personale, ma in una prospettiva evolutiva, che si traduce nell'esigenza di evitare che la propria persona resti cristallizzata e immutabile in un'identità legata ad avvenimenti o contesti del passato, che non sono più idonei a definirla in modo autentico o, quanto meno, in modo completo. Cfr., da ultimo, Cassazione civile, sez. I, sentenza del 31 maggio 2021, n. 15160, punto 2.4.6.

[31] V. O. Pollicino, *L'autunno caldo della Corte di Giustizia in tema di diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *federalismi.it*, 2019, pp. 1-15, spec. p. 5, che interrogandosi in ordine ad una sorta di "schizofrenia giudiziale", mette in luce l'"apparente contraddittorietà" delle due pronunce, l'una connessa alla disciplina a tutela dei dati e l'altra relativa alla moderazione dei contenuti in relazione alla direttiva *e-commerce* del 2000. V. anche E. Rossi, *Forget me…or not? La Corte di giustizia torna sul diritto di farsi dimenticare. Prima lettura di due recenti pronunce sul «diritto all'oblio»*, in *Sidiblog.it*, 25 novembre 2019, reperibile *online*; M. Samonte, *Google v. CNIL: The Territorial Scope of the Right to Be Forgotten Under EU Law*, in *European Papers*, 2020, pp. 839-851; F. Zorzi Giustiniani, *Cronache dal cyberspazio: due sentenze sul diritto all'oblio*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2019, reperibile *online*.

[32] Ai sensi dall'art. 15, par. 1, della citata direttiva 2000/31/CE.

[33] Corte di giustizia, sentenza del 3 ottobre 2019, causa C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek* c. *Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2019:821, su cui R. Cafari Panico, *Riflessioni sul diritto all'oblio e la libertà di espressione nel caso* Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook, in A. Di Stasi, G. Fauceglia, G. Martino, P. Pennetta (a cura di), Liber Amicorum *per Massimo Panebianco*, Napoli, 2020, pp. 57 ss.

[34] Corte di giustizia, sentenza del 24 settembre 2019, causa C-507/17, *Google LLC*, succeduta alla *Google Inc*., c. *Commission nationale de l'informatique et des libertés*, ECLI:EU:C:2019:772, sulla quale sia consentito rinviare a R. Palladino, *Sul diritto all'o-*

battuta, i giudici di Lussemburgo non negano che la deindicizzazione effettuata su tutte le versioni di un motore di ricerca sia da considerarsi come la soluzione più idonea nell'ottica di soddisfare l'obiettivo sotteso alla direttiva 95/46 (considerando 10) poi rinnovato nel regolamento 2016/679 (considerando 10, 11 e 13), consistente nel garantire un elevato livello di protezione dei dati personali in tutta l'Unione. Tuttavia, nella sentenza *Google LLC* viene precisato che l'obbligo di deindicizzazione è limitato nei confini dell'Unione europea, in ragione del mancato riconoscimento del diritto alla deindicizzazione in molti Stati terzi o, comunque, dell'"approccio diverso" adottato per tale diritto[35].

In tal modo trova risposta anche quell'interrogativo lasciato aperto dalla sentenza *Google Spain*[36], ossia se l'ordine di rimozione dei link lesivi del diritto all'oblio abbia una portata limitata al territorio dell'Unione o se, invece, spieghi effetti su scala globale. A confronto con *Google Spain*, si può osservare un processo di mitigazione della portata del diritto alla deindicizzazione, atteso che il diritto alla protezione dei dati personali «non è una prerogativa assoluta»[37], ma va considerato alla luce della sua funzione

blio e la tutela dei diritti fondamentali in internet: ambito di applicazione territoriale e bilanciamento a margine della sentenza Google LLC *della Corte di giustizia dell'UE*, in *I diritti dell'uomo*, 2019, n. 3, pp. 543-562.

[35] Sentenza *Google LLC*, cit., punto 59.

[36] Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc.* c. *Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:317. Sulla celebre sentenza della Corte di giustizia, si vedano G. Resta, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Il diritto all'oblio su internet dopo la sentenza* Google Spain, Roma, 2015, nonché M. Bassini, *Google davanti alla Corte di giustizia: il diritto all'oblio*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 730-733; M. Castellaneta, *Così l'oblio mette a rischio la libertà di espressione*, in *Guida al Diritto*, 2014, n. 2, pp. 21-24; G. Giannone Codiglione, *Motori di ricerca, trattamento di dati personali ed obbligo di rimozione: diritto all'oblio o all'autodeterminazione informativa?,* in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, n. 11, pp. 1054 ss.; F. Pizzetti, *La decisione della Corte di giustizia sul caso Google Spain: più problemi che soluzioni*, in *Federalismi.it*, 2014, n. 1, pp. 1-5; O. Pollicino, *Un* digital right to privacy *preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel* reasoning *di* Google Spain, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2014, pp. 569 ss.; C. Kuner, Google Spain *in the EU and International Context*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, pp.158-164; I. Spiecker, *A new framework for information markets:* Google Spain, in *Common Market Law Review*, 2015, pp. 1033-1057; P. Jonason, *The Right to be Forgotten: the Balance between the Right to Privacy and Freedom of Expression*, in *Revue européenne de droit public*, 2018, n. 1, pp. 213-226; A.L. Valvo, *Il diritto all'oblio nell'epoca dell'informazione "digitale"*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, n. 2, pp. 347-357; F. Zorzi Giustiniani, *Il diritto all'oblio nella rete e i suoi limiti nell'attuale contesto europeo*, in Aa.Vv., *Temi e questioni di Diritto dell'Unione europea.* Scritti offerti a Claudia Morviducci, op. cit., pp. 919-929.

[37] Sentenza *Google LLC*, cit., punto 60.

sociale e va contemperato con altri diritti fondamentali, nel rispetto del principio di proporzionalità e sulla base di un bilanciamento tra tale diritto e, in particolare, la libertà di informazione degli utenti di Internet suscettibile di differente disciplina nei diversi contesti ordinamentali.

Esclusa, in linea di principio, la portata extraterritoriale dell'obbligo di deindicizzazione, è interessante focalizzarsi sulla sua operatività nel territorio dell'Unione europea. Se l'esistenza di regole comuni, affidate oramai ad un regolamento – ossia uno strumento giuridico che impone una disciplina direttamente applicabile in tutti gli Stati membri – determina che "in linea di principio" la deindicizzazione debba essere effettuata non soltanto nella versione del motore di ricerca corrispondente allo Stato membro di residenza del beneficiario della deindicizzazione ma anche nelle versioni del motore di ricerca corrispondenti agli Stati membri, tale principio può essere mitigato dal rilievo da accordarsi alle variazioni nell'intensità della tutela in ragione di elementi di differenziazione esistenti anche tra gli stessi Stati membri dell'Unione europea.

Questi ultimi, infatti, possono conferire importanza differente all'interesse del pubblico nell'accedere alle informazioni che necessita poi di essere bilanciato con il diritto alla protezione dei dati personali. In altri termini, seguendo la linea argomentativa dei Giudici di Lussemburgo nella sentenza *Google LLC*, vanno considerati ammissibili termini di bilanciamento differenti in dipendenza del "peso specifico" che hanno, nei diversi Stati membri, i diritti posti sul piatto della bilancia, ossia il diritto all'accesso alle informazioni ed il diritto alla tutela della vita privata e alla protezione dei dati personali[38].

Le conclusioni cui perviene la Corte di giustizia, specie se messe a confronto con la "pioneristica" sentenza *Google Spain*, appaiono *prima facie* palesare un *self restraint* dell'organo giurisdizionale sovra-nazionale nel definire l'ambito di applicazione territoriale dell'obbligo di deindicizzazione e nell'effettuare esso stesso l'operazione di bilanciamento attraverso regole comuni fissati dal diritto derivato dell'UE, nonché ricorrendo a quella "piattaforma comune" di diritti fondamentali sanciti, a livello europeo, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, avente forza vincolante al pari del Trattati, e nel cui alveo trovano protezione sia il diritto alla vita privata (art. 7) e alla protezione dei dati personali (art. 8) sia la libertà di espressione e il diritto ad essere informati (art. 11).

Invero, le conclusioni cui sono pervenuti i Giudici di Lussemburgo

[38] *Ibidem*, punti 66 e 67.

appaiono fedeli all'impianto della normativa europea che affida l'operazione di bilanciamento agli Stati membri, secondo parametri fissati negli ordinamenti interni. Nello specifico, depone in tal senso l'art. 85 del regolamento 2016/679 che demanda agli Stati membri di prevedere, in particolare per quanto concerne il trattamento a fini esclusivamente giornalistici o di espressione artistica o letteraria, le esenzioni e le deroghe necessarie per "conciliare" i diritti alla protezione dei dati con la libertà di espressione e di informazione. Ciò determina che è rimesso alle autorità di controllo o alle autorità giudiziarie degli Stati membri[39] eventualmente imporre soluzioni differenti, una volta effettuato in concreto il bilanciamento tra i differenti interessi coinvolti.

5. Segue: *"specificità nazionali", conflitti di bilanciamento e rimedi*

Risulta, pertanto, che l'interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea produce degli effetti particolari quando il diritto da garantire viene ad essere ponderato con altri diritti che trovano tutela nel "quadro costituzionale" dell'UE. Risulta, altresì, evidente che la valenza della Carta dei diritti fondamentali dell'UE quale parametro per il bilanciamento dei diritti contrapposti è strettamente connessa all'ampiezza dell'attività normativa del legislatore europeo, laddove i margini di discrezionalità lasciati agli Stati incidono sull'applicazione del cd. "criterio *Frannson*"[40].

E tuttavia, soprattutto guardando al bilanciamento del diritto all'oblio

[39] Sull'analisi del rapporto tra autorità di controllo e autorità giudiziarie, si segnalano le Conclusioni dell'Avvocato generale Michal Bobek presentate il 6 ottobre 2021, causa C-245/20, *X, Z* c. *Autoriteit Persoonsgegevens*.

[40] Secondo il quale i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse. Cfr. sentenze del 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, punti 17 e 19, e del 19 novembre 2019, *A.K. e a.* (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema), C-585/18, C-624/18 e C-625/18, ECLI:EU:2019:982, punto 78. Anche rispetto ad altri ambiti materiali, la Corte di giustizia dell'UE ha avuto modo di precisare che il solo fatto che misure nazionali ricadano in un settore nel quale l'Unione è competente «… non può collocarle nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione e, quindi, determinare l'applicabilità della Carta». Cfr. Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza del 19 novembre 2019, *Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö (TSN) ry c. Hyvinvointialan liitto ry*, cause riunite C-609/17 e C-610/17 con riferimento alla direttiva 2003/88 e, in particolare al suo articolo 15, che non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare disposizioni nazionali più favorevoli alla protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori.

da ultimo citato con diritti contrapposti, il rischio è quello che sia elisa del tutto l'effettività di tale diritto o comunque che si giunga a soluzioni del tutto diversificate che vanificano la portata uniformatrice di matrice europea[41], affidando il bilanciamento ai differenti parametri nazionali[42].

Il rischio di cd. "conflitti di bilanciamento"[43], cui si va incontro nell'applicazione dei parametri nazionali, potrà trovare parziale attenuazione solo tenendo conto delle linee direttrici rinvenibili nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, quale "parametro minimo" rispetto alla tutela accordata dall'Unione europea[44].

Sul punto, merita di essere evidenziato che, seppure il bilanciamento dei diritti fondamentali contrapposti sia demandato agli Stati membri[45], alla Corte di giustizia permane il compito di fornire alle autorità nazionali gli elementi necessari ad assicurare la corretta ed uniforme applicazione. Su questa linea, può essere utile richiamare, ad esempio, quanto affermato

[41] Si ricorda che il *considerando* 9 del GDPR mette proprio in luce la necessità di sopperire alla frammentazione data dall'applicazione della precedente direttiva 95/46/CE. Infatti si legge che, sebbene i principi e gli obiettivi della direttiva 95/46/CE siano ancora oggi validi, ciò «non ha impedito la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica o la percezione, largamente diffusa nel pubblico, che in particolare le operazioni *online* comportino rischi per la protezione delle persone fisiche». Il regolamento è ricco, comunque, di clausole permissive che valgono a qualificarlo come un regolamento *sui generis*.

[42] Atteso che «la tutela dei dati personali, risultante dall'obbligo esplicito previsto all'art. 8, par. 1 della Carta, riveste un'importanza particolare per il diritto al rispetto della vita privata sancito dall'art. 7 della stessa», pertanto la normativa dell'Unione deve prevedere «regole chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione» delle misure previste e impongano requisiti minimi in modo che le persone dispongano di garanzie sufficienti che permettano di proteggere efficacemente i loro dati personali contro il rischio di abusi nonché contro eventuali accessi e usi illeciti dei suddetti dati (così sentenza *Digital Rights Irelands*, cit., punti 53-54 in cui era in gioco il bilanciamento tra tutela dei dati personali e sicurezza collettiva).

[43] L'espressione è mutuata da L.S. Rossi, *Il "nuovo corso" del* Bundesverfassungsgericht *nei ricorsi diretti di costituzionalità: bilanciamento fra diritti confliggenti e applicazione del diritto dell'Unione*, in *federalismi.it*, 2020, n. 3, pp. IV-XXI.

[44] Come mostra di fare il *Bundesverfassungsgericht* nella prima delle due ordinanze pronunciate il 6 novembre 2019 e oggetto dell'analisi di L.S. Rossi, cit. *sub* nota 42. Nello stesso segno, v. anche Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza del 22 luglio 2019, n. 19681, punto 9 e anche Cassazione civile, sentenza del 31 maggio 2021, cit.

[45] Sull'applicazione del cd. criterio della "gerarchia mobile", secondo cui il giudice deve procedere di volta in volta, ed in considerazione dello specifico *thema decidendum*, all'individuazione dell'interesse da privilegiare a seguito di un'equilibrata comparazione tra diritti in gioco, volta ad evitare che la piena tutela di un interesse finisca per tradursi in una limitazione di quello contrapposto, si veda, da ultimo, Cassazione civile, sez. I, sentenza del 31 maggio 2021, n. 15160, cit., punto 2.4.5.

nella sentenza *Sergejs Buivids*[46], in cui la Corte di giustizia ha sottolineato l'importanza riconosciuta alla libertà di espressione in ogni società democratica e la necessità di interpretare in senso ampio le nozioni ad essa correlate (in particolare la nozione di giornalismo), allo stesso tempo sancendo che le deroghe e le limitazioni alla protezione dei dati operino "entro i limiti dello stretto necessario" al fine di ottenere un equilibrato contemperamento tra i due diritti fondamentali contrapposti. Nel demandare il bilanciamento agli Stati, i giudici di Lussemburgo hanno, dunque, espresso dei parametri atti ad indirizzare l'operazione di bilanciamento, facendo valere anche il sistema di garanzia dei diritti fondamentali offerto nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

Infatti, tramite la cd. "clausola di equivalenza" *ex* art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[47], viene ad assumere rilievo anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo formatasi sull'art. 8 CEDU, corrispondente all'art. 7 della Carta[48] (e sull'art. 10 CEDU corrispondente all'art. 11 della Carta) e da cui risulta che, per effettuare una ponderazione tra il diritto al rispetto della vita privata e il diritto alla libertà di espressione, si debba tenere conto di criteri rilevanti quali: il contributo a un dibattito di interesse generale, la notorietà dell'interessato, l'oggetto del reportage, la condotta anteriore dell'interessato, il contenuto, la forma e le conseguenze della pubblicazione, le modalità e le circostanze in cui le informazioni sono state ottenute nonché la loro veridicità. Allo stesso modo, deve essere presa in considerazione la possibilità per il responsabile del trattamento di adottare misure atte a ridurre l'entità dell'interferenza con il diritto alla vita privata[49].

[46] Sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 2019, causa C-345/17, causa promossa da *Sergejs Buivids*, ECLI:EU:C:2019:122, punto 48 e ss., ove è richiamata la precedente sentenza della stessa Corte, del 16 dicembre 2008 *Tietosuojavaltuutettu* c. *Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy*, causa C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727, punti 52-62.

[47] Non precludendo che il diritto dell'Unione europea conceda una protezione più estesa, tale disposizione stabilisce che in caso di corrispondenza, il significato e la portata delle norme della Carta dei diritti fondamentali sono uguali a quelli conferiti dalla Convenzione EDU.

[48] Nel testo della Convenzione EDU, non esiste una disposizione specifica come quella di cui all'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali ed il diritto all'oblio trova tutela dell'alveo dell'art. 8 CEDU. Sull'attività del Consiglio d'Europa, v. E.A. Rossi, *Data protection nei rapporti transnazionali tra imprese. Aspetti problematici della Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa e del Regolamento (UE) 679/2016*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, pp. 209 ss.

[49] V. anche sentenza della Corte di giustizia del 24 settembre 2019, causa C-136/17, *GC e altri* c. *Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, in particolare

Tali criteri dovranno, allora, essere presi a riferimento dalle autorità giudiziarie e dalle autorità di controllo nazionali nelle operazioni di bilanciamento quanto più possibile convergenti verso esiti comuni, anche in ragione dei meccanismi di cooperazione fissati dal regolamento 2016/679. Infatti, dagli articoli 56 e 60 di tale regolamento risulta, in particolare, che, per i trattamenti transfrontalieri, le varie autorità di controllo nazionali considerate devono cooperare, secondo la procedura prevista, al fine di raggiungere un consenso e una decisione unica che vincoli tutte queste autorità, il cui rispetto deve essere garantito dal responsabile del trattamento per quanto riguarda le attività di trattamento effettuate nell'ambito di tutti i suoi stabilimenti nell'Unione. Inoltre, l'articolo 61, par. 1, del regolamento 2016/679 obbliga le autorità di controllo a scambiarsi, in particolare, le informazioni utili e a prestarsi l'assistenza reciproca al fine di attuare e applicare il regolamento europeo in maniera coerente in tutta l'Unione e l'articolo 63 di tale regolamento prevede a tal fine il meccanismo di coerenza, di cui agli articoli 64 e 65 del medesimo regolamento.

6. "Valori europei" e sviluppo digitale dell'UE

Lo sviluppo di tecnologie e infrastrutture, reti e capacità digitali a livello europeo rappresenta una delle sfide più attuali dell'Unione europea che, nello sviluppo della cd. "sovranità digitale", mira a ridurre la dipendenza e il ritardo tecnologico rispetto ad altri paesi come Stati Uniti e Cina.

Nell'ottica di "Plasmare il futuro digitale dell'Europa"[50] una serie di proposte normative sono finalizzate a promuovere la transizione digitale dell'Unione europea, facendo perno su di un futuro digitale "antropocentrico, sostenibile e più prospero"[51]. Si intende, pertanto, reggere tale transizione sulla scorta dei valori europei emersi nell'ordinamento dell'UE e rafforzati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

In tale contesto, è significativa la proposta della Commissione euro-

punto 78, su cui G. Bonerba, *La deindicizzazione dei risultati di ricerca online: diritto all'oblio e libertà di informazione in una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *DPCE on line*, 2019, n. 4, pp. 2995-3004.

[50] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, Bruxelles, 19.2.2020, COM(2020) 67 final.

[51] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Bussola per il digitale 2020: il modello europeo per il decennio digitale*, Bruxelles, 9.3.2021, COM(2021) 118 final.

pea[52] di includere un insieme di "principi e diritti digitali"[53] in una dichiarazione solenne interistituzionale – che trae spunto e va ad integrare il Pilastro europeo dei diritti sociali[54] – che abbia proprio il compito di fissare un «parametro di riferimento comune a livello europeo per i diritti e i valori fondamentali nello spazio digitale»[55].

Ma, a conclusione di quanto evidenziato in questo scritto, l'applicazione effettiva di parametri comuni a livello europeo passa essenzialmente anche per il tipo di regolamentazione che l'Unione europea si accinge a modellare, le cui maglie non dovranno risultare tanto larghe da lasciare spazio a "specificità nazionali" che possano condurre a conflitti di bilanciamento o a una vanificazione della tutela della identità personale e dei dati personali nella necessitata azione di contemperamento con diritti e interessi contrapposti.

Nello sviluppo di un mercato europeo dei dati[56], infatti, la protezione

[52] Che ha lanciato una consultazione pubblica chiusasi il 2 settembre 2021, che fa seguito alla Comunicazione sul decennio digitale europeo del maggio 2021.

[53] Seguendo la struttura dicotomica della Carta dei diritti fondamentali che, appunto, pone un distinguo tra diritti e principi, nei primi rientrerebbero: un ambiente *online* sicuro e affidabile; istruzione e competenze digitali universali; accesso a sistemi e dispositivi digitali rispettosi dell'ambiente; servizi pubblici e amministrazione digitali accessibili e incentrati sulla persona; principi etici per algoritmi incentrati sulla persona; proteggere e dotare di maggiori capacità i minori nello spazio online; accesso ai servizi sanitari digitali. Nei diritti, invece, rientrerebbero: libertà di espressione, compreso l'accesso a informazioni diversificate, affidabili e trasparenti; libertà di avviare e svolgere un'attività online; tutela dei dati personali e della privacy; tutela della creazione intellettuale dei singoli nello spazio online.

[54] Proclamato e firmato dal Consiglio dell'UE, dal Parlamento europeo e dalla Commissione durante il vertice sociale per l'occupazione equa e la crescita di Göteborg, il 17 novembre 2017, il Pilastro europeo dei diritti sociali è uno strumento non vincolante e per lo più ricognitivo dell'*acquis* europeo in materia sociale; esso fissa 20 principi che ruotano intorno a tre Capi: "Pari opportunità e accesso al mercato del lavoro", "Condizioni di lavoro eque", "Protezione sociale e inclusione".

[55] Nel nostro ordinamento, dal 2015 è adottata una "Dichiarazione dei diritti in internet".

[56] Che si inscrive nella più ampia costruzione di un mercato unico digitale, secondo le linee della cd. "Strategia per il mercato unico digitale europeo" adottata dalla Commissione europea il 6 maggio 2015. Un nuovo pacchetto legislativo su servizi e piattaforme digitali nel Mercato unico digitale è stato proposto dalla Commissione europea nel 2020, tenendo al centro delle proposte i valori europei e l'obiettivo di una protezione più efficace dei consumatori e dei diritti fondamentali *online*. In particolare, il cd. *Digital Service Act* (Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE*, Bruxelles, 15.12.2020, COM(2020) 825 final), nell'accrescere e armonizzare le responsabilità delle piattaforme *online* e dei fornitori di servizi d'informazione, punta a conferire maggiori poteri agli utenti per la tutela dei loro diritti fondamentali *online*, a istituire una vigilanza efficace sui servizi digitali e una collaborazione tra le autorità. V. G. Caggiano, *La proposta di* Digital Service Act *per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online*

dei dati personali viene ad essere contemperata con una pluralità di istanze differenti sorrette, ad esempio, da esigenze di riutilizzo dei dati del settore pubblico o di condivisione dei dati tra imprese atti a consentirne l'utilizzo per motivi altruistici, secondo quanto in particolare emerge dalla proposta di *Data Governance Act*[57]. Una proposta che, al vaglio del Comitato europeo per la protezione dei dati e dal Garante europeo per la protezione dei dati[58], è considerata per alcuni profili migliorabile proprio sotto il profilo della preservazione del cd. *acquis* europeo in materia di tutela dei dati personali, specie in relazione alle condizioni di riutilizzo che non tengono perfettamente conto del principio della finalità del trattamento espresso dal Regolamento generale sulla protezione dei dati.

Parimenti, se il libero flusso di dati all'interno dell'UE è da incentivarsi per l'utilizzo di tecnologie basate sull'intelligenza artificiale, non si può prescindere da un forte livello di sicurezza, riservatezza e protezione dei dati personali. Tale ottica è sposata dalla proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale[59], che ruota intorno alla nozione di sorveglianza umana e all'adozione di un "*risk-based approach*", che comunque neces-

nel diritto dell'Unione europea, in *I Post di AISDUE*, III, 2021, 18 febbraio 2021; G.M. Ruotolo, *Le proposte di disciplina di* digital service *e* digital markets *della Commissione del 15 dicembre 2020*, in *DPCE online*, 2020, n. 4, pp. 5419-5421; M. Eifert, A. Metzger, H. Schweitzer, G. Wagner, *Taming the Giants: The DMA/DSA Package*, in *Common Market Law Review*, 2021, pp. 987-1028. Il cd. *Digital Market Act* (Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali*, Bruxelles, 15.12.2020, COM(2020) 842 final) mira, invece, alla definizione e disciplina del ruolo degli intermediari soprattutto nella prospettiva della concorrenza. Si veda G. Contaldi, *Il DMA (Digital Markets Act*) *tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, pp. 292 ss.; Id., *La proposta della Commissione europea di adozione del* "Digital Markets Act", in *Papers di diritto europeo*, 2021, n. 1, pp. 73-88; P. Manzini, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di* Digital Market Act, in *Post AISDUE, Focus "Servizi e Piattaforme digitali"*, 2021, pp. 30 ss. Sullo sviluppo del mercato unico digitale in correlazione alla protezione dei diritti fondamentali v. i contributi contenuti in F. Rossi Dal Pozzo (a cura di), *Mercato unico digitale, dati personali e diritti fondamentali*, in *Eurojus*, fascicolo speciale, 2020.

[57] Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla governance europea dei dati (Atto sulla governance dei dati)*, Bruxelles, 25.11.2020, COM(2020) 767 final, su cui F. Colaprisco, *Data Governance Act. Condivisione e "altruismo" dei dati*, in *I Post di AISDUE*, III, 2021, 5 maggio 2021.

[58] Cfr. EDPB-EDPS Joint Opinion 03/2021 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council of European data Governance (Data Governance Act), reperibile in https://edpb.europa.eu/system/files/2021-03/edpb-edps_joint_opinion_dga_en.pdf.

[59] In una prospettiva di biodiritto, si veda C. Casonato, B. Marchetti, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento della Commissione Ue in materia di intelligenza artificiale*, in *Biolow Journal*, 2021, n. 3, pp. 415 ss.

sita di attenta valutazione proprio sotto il profilo dell'adesione, in maniera sostanziale e non meramente formale, ai "valori europei".

Il rischio di una tale divaricazione in senso sostanziale può derivare dalla formulazione di alcune previsioni quali, ad esempio, quelle relative alle pratiche di intelligenza artificiale vietate. Emblematico è l'articolo 5 della proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale che, da una parte, indica le pratiche di intelligenza artificiale vietate ma, dall'altra, nel definire i termini di qualificazione limita eccessivamente la portata del divieto al punto tale da rischiare di vanificarne in pratica il significato.

Particolarmente sensibile è la disciplina dell'ipotesi di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico che pone un alto rischio di intrusione nella vita privata delle persone: si tratta di sistemi che potrebbero comportare il trattamento di dati di un numero indiscriminato e sproporzionato di persone per l'identificazione soltanto di alcuni soggetti, paventando problemi in ordine al rispetto del principio di proporzionalità. E proprio riconoscendo tali ordini di criticità, il parere congiunto del Comitato europeo per la protezione dei dati e dal Garante europeo per la protezione dei dati[60] suggerisce una impostazione più rigorosa e la previsione di divieto netto di rilevazioni biometriche negli spazi pubblici.

Si tratta di accorgimenti che necessitano di essere recepiti in fase di negoziazione degli atti proposti, per conferire all'essere umano effettiva centralità nello sviluppo della strategia europea in materia di intelligenza artificiale[61] e che, più in generale, consolidano l'ancoraggio dello sviluppo tecnologico al rispetto del principio personalista che informa il patrimonio costituzionale europeo.

[60] EDPB-EDPS Joint Opinion 5/2021 on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) 18 June 2021, reperibile in https://edps.europa.eu/system/files/2021-06/2021-06-18-edpb-edps_joint_opinion_ai_regulation_en.pdf.

[61] Come paventato dalla Commissione europea, *Creare fiducia nell'Intelligenza artificiale antropocentrica,* COM(2019) 168 final.

IMPARZIALITÀ E INDIPENDENZA DEI GIUDICI, INTELLIGENZA ARTIFICIALE, DIRITTO INTERNAZIONALE

Gianpaolo Maria Ruotolo*

Sommario: 1. Premessa: il rischio di un approccio esoterico e la reciproca influenza tra IA e diritto (e ordinamento) internazionale. – 2. Imparzialità e indipendenza dei giudici internazionali e interni. – 3. In che modo l'IA opera e come potrebbe supportare imparzialità e indipendenza. – 4. IA e funzione di accertamento nell'ordinamento internazionale. – 5. IA e applicazione interna del diritto internazionale. Cenni su alcuni aspetti di diritto internazionale privato. – 6. L'accesso ai dati. – 7. Quali beni e valori comuni?

1. Premessa: il rischio di un approccio esoterico e la reciproca influenza tra IA e diritto (e ordinamento) internazionale

Innanzi tutto permettetemi di ringraziare i Colleghi dell'Università del Salento e la Società italiana di diritto internazionale tutta per l'invito, complimentarmi per l'organizzazione di questo XXV Convegno annuale ed esprimere la gioia di essere finalmente qui, in presenza e in vostra compagnia.

Nella mia relazione intendo occuparmi della possibilità di applicare alcune tecnologie dell'informazione e, in particolare, certe forme di intelligenza artificiale (IA), al fine di rinforzare il rispetto dei principi di imparzialità e di indipendenza dei giudici, principi previsti, come vedremo, a vario titolo dal diritto internazionale.

Prima di procedere oltre, ritengo però opportune alcune premesse di ordine metodologico.

In primo luogo, quando ci si occupa del rapporto tra diritto (internazionale, ma non solo) e nuove tecnologie si corre il rischio di adottare un approccio quasi esoterico, da iniziati, e di fare ricorso ad eccessivi tecnicismi, che spesso si risolvono nell'uso di "parole magiche", che rischiano

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università di Foggia. Questo lavoro, presentato a Lecce al XXV Convegno Sidi nel giorno del secondo anniversario della Sua scomparsa, è dedicato alla memoria di mio Padre, Franco Ruotolo che, assieme ad altre mille cose, mi ha insegnato i valori dell'autonomia e dell'indipendenza.

per un verso di andare a discapito della comprensibilità e, per altro, di indurre forse a una ricerca eccessiva di "novità" giuridiche: e invece, o almeno così a me pare, il diritto internazionale contemporaneo possiede già gli strumenti necessari a leggere questi fenomeni. Cercherò quindi, nei limiti delle mie capacità, di scongiurare questo rischio.

Inoltre, è il caso di ribadire che il rapporto tra nuove tecnologie dell'informazione (e, in particolare, le c.d. *Internet based technologies*) e diritto/ordinamento internazionale presenta caratteristiche *biunivoche* e *reciproche*, nel senso che se il diritto internazionale è chiamato a disciplinarne molti aspetti, specie in considerazione delle loro caratteristiche di ontologica transnazionalità, tali tecnologie, dal canto loro, influenzano l'ordinamento internazionale, e non solo nel senso di rendere necessarie nuove norme materiali (cosa che avviene ed è già avvenuta in precedenza con l'emersione di nuove necessità di regolazione, come nel caso, ad esempio, dello sfruttamento dei fondi marini, o dello spazio esterno) ma anche, e soprattutto, di impattare su alcuni suoi meccanismi "di base", come la funzione di accertamento.

Per quanto concerne, poi, i concetti di imparzialità e indipendenza della funzione giurisdizionale, va detto che ho inteso i medesimi in senso ampio, con riguardo quindi, sia ai "giudici" internazionali sia a quelli interni.

Pertanto il mio discorso sarà strutturato come segue: dopo un necessariamente breve *résumé* delle fonti che contemplano, nell'ordinamento internazionale, i due valori in parola, illustrerò come l'intelligenza artificiale possa operare a loro favore, per poi procedere a tracciare il quadro della regolamentazione della diffusione dei (e dell'accesso ai) dati (giuridici) che devono esser forniti a un sistema di intelligenza artificiale perché questo possa correttamente operare.

In ossequio al tema generale del nostro Convegno, cercherò infine di individuare quali sono i beni e i valori comuni di rilevanza internazionalistica coinvolti nel mio discorso[1].

2. Imparzialità e indipendenza dei giudici internazionali e interni

L'ordinamento internazionale contempla sia il valore dell'autonomia sia quello dell'imparzialità degli organi giudicanti, i quali però sono tra loro caratterizzati, sotto il profilo giuridico, da notevoli differenze: il primo

[1] G. Shaffer, *International Law and Global Public Goods in a Legal Pluralist World*, in *EJIL*, 2021, pp. 669 ss.

riguarda, infatti, lo *specifico* giudice che decide una *determinata* controversia, imponendogli di affrontare il caso in modo *soggettivamente* privo di pregiudizio e di offrire sufficienti garanzie per escludere qualsiasi dubbio al riguardo[2], mentre il secondo – che, come vedremo, è anche indice del rispetto della *rule of law* – rileva invece in senso *oggettivo*, cioè, rispetto all'ordinamento giudiziario complessivamente inteso[3].

Entrambi vanno letti nel contesto delle regole sul c.d. equo/giusto processo: ricordo che la letteratura, in particolare quella anglosassone, tende a distinguere tra *fair trial* ("equo processo") e *due process* ("giusto processo"). Il primo concerne essenzialmente la tutela di diritti, interessi e prerogative della persona sottoposta al processo e, come vedremo, è ampiamente influenzato da obblighi di diritto internazionale; il secondo riguarda invece, in senso più ampio, il rispetto di *tutte* le norme che regolamentano il processo in un dato ordinamento, e non solo, quindi, di quelle che tutelano la persona sottoposta al medesimo, e concerne, insomma, più il diritto interno – e in particolare gli aspetti di rito e di ordinamento giudiziario – che gli obblighi gravanti sugli Stati in virtù del diritto internazionale; sullo stesso potrò, quindi, soprassedere.

La principale fonte pattizia di più ampia portata soggettiva del *fair trial* è costituita dall'art. 14 del Patto sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite, che è integrato da alcune garanzie procedurali specificamente applicabili ai procedimenti relativi all'espulsione di stranieri (art. 13) e dal principio di irretroattività del diritto penale (art. 15); il Comitato per i diritti umani, nel 2007, ne ha fornito un'ampia interpretazione con il *General comment* n. 32[4].

Ricordo pure come, in ambito regionale, in termini sostanzialmente analoghi all'art. 14 del Patto, il *fair trial* sia garantito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE)[5], dall'art. 6

[2] Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 10 giugno 1996, *Pullar c. Regno Unito*; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 24 febbraio 1993, *Fey c. Austria*, reperibili in www.echr.coe.int; Corte interamericana dei diritti dell'uomo, sentenza 22 novembre 2005, *Palamara Iribarne c. Chile*.

[3] In questo senso si veda la Corte interamericana dei diritti dell'uomo, sentenza 31 gennaio 2001, *Constitutional Court v. Peru*, par. 73: "one of the principal purposes of the separation of public powers is to guarantee the independence of judges", www.corteidhr.or.cr.

[4] Comitato dei diritti umani, *General Comment No. 32 – Article 14: Right to Equality before Courts and Tribunals and to a Fair Trial*, UN Doc. CCPR/C/GC/32 del 23 agosto 2007. Per una veloce ricostruzione della prassi del Comitato con riguardo al *fair trial* si veda più avanti in questo stesso paragrafo, *sub* nota 36.

[5] Sul punto v. M. Borraccetti, *Fair Trial, Due Process and Rights of Defence in the*

della Convenzione europea sui diritti dell'uomo (CEDU)[6], dall'art. 8 della Convenzione americana sui diritti umani (CADU)[7] e, seppur in maniera meno dettagliata, dall'art. 7 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli[8], dall'art. 13 della Carta araba dei diritti umani come rivista nel 2004[9], e, con portata non vincolante, dall'art. 20 della Dichiarazione dei diritti umani adottata nel 2012 dall'Associazione delle Nazioni del Sud-est asiatico (ASEAN).

I principali elementi comuni a queste norme, peraltro, erano già contemplati negli artt. 10 e 11 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

Quanto al rapporto tra i due principi, che meriterebbe approfondimenti che in questa sede mi sono impossibili, mi limito a ricordare che la *High-Level Conference of Ministers of Justice and representatives of the Judiciary* del Consiglio d'Europa, svoltasi a Sofia il 21 e 22 aprile 2016, ha adottato una risoluzione intitolata *Strengthening judicial independence and impartiality as a pre-condition for the rule of law in Council of Europe Member States* in cui si dichiara esplicitamente che "independence is an essential prerequisite for impartiality".

Alcuni studi commissionati dal Comitato internazionale della Croce rossa[10] e condotti dal Gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sulla protezio-

EU Legal Order, in G. Di Federico (Ed.), *The EU charter of fundamental rights. From declaration to binding instrument*, Dordrecht/Heidelberg/London/New York, 2015, pp. 95 ss.

[6] Sull'art. 6 CEDU, per tutti, si vedano S. Bartole. P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 172 ss.; C. Focarelli, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001.

[7] Sui rapporti tra sistema convenzionale europeo e americano in materia di equo processo v. A. Di Stasi (a cura di), *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani. Analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale*, Torino, 2012.

[8] E.G. Bello, *The African Charter on Human and People's Rights: a legal analysis*, in *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 194, Leiden/Boston, 1985.

[9] M. Rishmawi, *The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forward?* in *Human Rights Law Review*, 2005, pp. 361 ss.

[10] J-M Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Study on customary international humanitarian law. Volume I: Rules*, Cambridge, 2009, p. 352, affermano l'esistenza di una regola consuetudinaria (la "Rule 100") che contempla le *Fair Trial Guarantees* («no one may be convicted or sentenced, except pursuant to a fair trial affording all essential judicial guarantees»). Ora, va detto che il lavoro svolto per la Croce rossa riguarda il diritto internazionale umanitario (ed infatti questi autori affermano che "State practice establishes this rule as a norm of customary international law applicable in both international and non-international armed conflicts"); *a fortiori*, quindi, una norma siffatta dovrebbe essere applicabile in tem-

ne dei diritti umani nel contesto della lotta al terrorismo[11], sostengono poi l'esistenza di obblighi di diritto internazionale generale che imporrebbero agli Stati di organizzare i propri apparati giudiziari in modo da garantire agli individui un processo *equo*, e parte della dottrina ritiene che "the right of an accused to a fair trial reflects customary international law (…) beyond dispute. That is to say, there is widespread state practice supported by *opinio juris* to warrant this conclusion"[12].

Secondo alcuni autori tale norma sarebbe addirittura da ritenersi "one of the *fundamental pillars* of international law to protect individuals against arbitrary treatment", in quanto volta a consacrarne un valore fondamentale[13].

I succitati studi del Comitato internazionale della Croce rossa e del Gruppo di lavoro sulla protezione dei diritti umani nel contesto della lotta al terrorismo delle Nazioni Unite arrivano a scomporre il *fair trial* di origine internazionalistica in una serie di diritti che l'ordinamento internazionale imporrebbe di garantire, e, tra questi, che chi decide una controversia sia competente, indipendente e imparziale; i limiti del presente lavoro mi impediscono di procedere all'analisi della prassi relativa a questi elementi ai fini della eventuale ricostruzione delle corrispondenti norme consuetudinarie, la cui esistenza, comunque appare quanto meno dubbia[14].

Tuttavia, un'elencazione siffatta appare, in considerazione della prassi del Comitato dei diritti umani[15], in massima parte coincidente con gli ob-

po di pace. Per una collazione della prassi relativa a questa norma v. anche il database elaborato dal Comitato internazionale della Croce rossa, reperibile all'indirizzo ihl-databases.icrc.org. In materia si veda, anche, A. Clooney, *The Right to a Fair Trial in International Law*, Oxford, 2018, *passim*.

[11] Si veda, in tal senso, il rapporto dello United Nations Counter-Terrorism Implementation Task Force – Working Group on Protecting Human Rights while Countering Terrorism, *Basic Human Rights Reference Guide: Right to a Fair Trial and Due Process in the Context of Countering Terrorism*, New York, 2018.

[12] Così P. Robinson, *The Right to a Fair Trial in International Law, with Specific Reference to the Work of the ICTY*, in *Berkeley Journal of International Law,* 2009, p. 5.

[13] Così L. Doswald-Beck, *Fair Trial, Right to, International Protection*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013. Nel medesimo senso la International Commission of Jurists, *International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors*, Geneva, 2007, p. 4, per la quale "fair trial is one of the fundamental pillars of a democratic society".

[14] L'unico aspetto sul quale si registra maggiore uniformità di vedute in merito all'esistenza di una norma di diritto internazionale generale è quello del diritto di accesso alla giustizia: cfr. F. Francioni, *The Rights of Access to Justice under Customary International Law*, in F. Francioni (Ed.), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford, 2007, pp. 1 ss.

[15] Il Comitato, infatti, negli anni ha adottato numerose comunicazioni che specificano la portata del *fair trial* di cui all'art. 14 del Patto: sul diritto di accesso effettivo alla

blighi convenzionali di *fair trial*, in particolare quelli di cui all'art. 14 del Patto sui diritti civili e politici.

La prassi internazionale offre numerosi spunti sugli indici alla luce dei quali valutare sia l'imparzialità sia l'indipendenza di un organo giudicante; tali indici sono stati elaborati con riguardo tanto ai giudici internazionali (uso l'accezione in senso molto ampio, con riferimento a tutti coloro i quali siedano in organi di soluzione delle controversie ad esito vincolante, indipendentemente se permanenti o *ad hoc*)[16] quanto ai giudici interni e, va detto, non sempre in maniera coincidente[17].

Per quanto concerne i primi mi limito a ricordare la centralità della giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali[18], la quale ha tendenzial-

giustizia si veda la Communication No. 1086 (2002), *Weiss v. Austria*, par. 9.6; su indipendenza e imparzialità dell'organo giudicante cfr. le Concluding observations nel caso *Slovakia*, CCPR/C/79/Add.79. (1997), par. 18; sul *nemo tenetur se detegere* v. Communication No. 1033 (2001), *Singarasa v. Sri Lanka*, par. 7.4; sul diritto a un'udienza tempestiva cfr. Communication No. 818 (1998), *Sextus v. Trinidad and Tobago*, par. 7.2, Communication No. 1089. (2002), *Rouse v. Philippines*, par.7.4; sull'obbligo del processo in presenza cfr. Communication No. 16 (1977), *Mbenge v. Zaire*, par. 14.1; sul diritto alla difesa tecnica cfr. Communication No. 383 (1989), *H.C. v. Jamaica*, par. 6.3, Communication No. 646 (1995), *Lindon v. Australia*, par. 6.5, Communication No. 985 (2001), *Aliboeva v. Tajikistan*, para. 6.4; sul diritto a tempo e strutture adeguate a predisporre le difese cfr. Communication No. 1128. (2002), *Morais v. Angola*, par. 5.6, Communication No. 705 (1996), *Taylor v. Jamaica*, par. 6.2. Una ricostruzione del contenuto dell'art. 14 sostanzialmente sovrapponibile all'elencazione da noi riportata è contenuta anche in United Nations, *Human rights in the administration of justice: a manual on human rights for judges, prosecutors and lawyers*, Geneva/New York, 2003, pp. 251 ss. In letteratura v. J. Zhang, "Fair Trial Rights in ICCPR", in *Journal of politics and law* 2009, 4, pp. 39 ss.

[16] Per i requisiti di indipendenza dei giudici internazionali si veda la giurisprudenza analizzata da M. Iovane, *L'influence de la multiplication des juridictions internationales sur l'application du droit International*, in *Recueil des cours*, 2017, pp. 353 ss.

[17] Buona parte della letteratura infatti tende a distinguere tra gli *international standards* di indipendenza richiesti ai giudici interni e quelli richiesti ai giudici internazionali: cfr. B. Olbourne, *Independence and impartiality: international standards for national courts and judges*, in *The law and practice of international courts and tribunals*, 2003, pp. 97 ss., per il quale tali "standards have long existed at the international level in respect of domestic courts and judges, and it may therefore be asked if, and to what extent, these standards can be appropriated for use in the context of international courts and the international judiciary". Si veda anche, sul punto A. Nollkaemper, *The Independence of the Domestic Judiciary in International Law*, in *Finnish Yearbook of International Law*, 2006, p. 261 ss. Va detto pure che il Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia, Camera d'appello, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, caso N. IT-95-17/1-A, par. 179, ha affermato che al riguardo "interpretation on a national or regional level is not uniform".

[18] M. Iovane, *L'influence*, cit., pp. 353-354 chiarisce infatti che "pour des raisons qui ne sont pas difficiles à comprendre, ce problème est particulièrement important en relation avec la composition et l'activité des tribunaux pénaux internationaux et internationalisés. Ce n'est donc pas un hasard si les statuts et les règlements de procédure de ces tribunaux contiennent les dispositions les plus détaillées à cet égard. Par conséquent, la jurisprudence

mente accorpato tali indici in due gruppi, uno di rilevanza soggettiva e uno maggiormente oggettivo, "di contesto", per così dire: "a judge should not only be *subjectively* free from bias, but also there should be nothing in the *surrounding circumstances* which objectively gives rise to an appearance of bias"[19].

Quanto alla prassi degli organi delle Nazioni Unite, essa si concentra sulla necessità di salvaguardare l'imparzialità e l'indipendenza degli organi giudicanti (in particolare dei giudici nazionali) da influenze esterne; tale principio, che è di origine pattizia, viene altresì visto come una delle figure sintomatiche del rispetto della *rule of law* internazionalmente rilevante, di cui sarebbe espressione[20]. In tal senso depone la *Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels* del 2012, la quale afferma che "the independence of the judicial system, together with its impartiality and integrity, is an *essential prerequisite for upholding the rule of law* and ensuring that there is no discrimination in the administration of justice"[21].

E proprio con riguardo all'indipendenza dei giudici da influenze esterne, l'Assemblea generale, già nel 1985, aveva adottato i *Basic principles on the independence of the judiciary*, secondo i quali che "it is the duty of all governmental and other institutions to respect and observe the independence of the judiciary" e che "the judiciary shall decide matters before them impartially, on the basis of facts and in accordance with the law, without any restrictions, *improper influences, inducements, pressures, threats or interferences*, direct or indirect, from any quarter or for any reason"[22]. Il Principio 4, poi, in particolare, prevede che "there shall not be any inappropriate or unwarranted interference with the judicial process".

pénale internationale est aussi la plus riche en matière de contestations de la violation de l'impartialité et de l'indépendance des juges".

[19] Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia, Camera d'appello, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, cit., par. 189, corsivo aggiunto. Per un'analisi dettagliata della prassi in materia v. ancora M. Iovane, *L'influence*, cit., pp. 354 ss.

[20] J. Crawford, "International law and the rule of law", in *Adelaide Law Review* 2003, p. 3 ss. afferma che «the core of the rule of law» è rappresentato da «first, the absence of arbitrary power; second, general non-retrospectivity; third, the subjection of government to general laws, whatever their content; fourth, the independence of the judiciary, which must be established by law».

[21] Ri. A/RES/67/1 del 30 novembre 2012. Anche qui il corsivo è mio.

[22] *Principles* n. 1 e 2. Gli stessi sono stati formulati nel corso del *Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders* svoltosi a Milano dal 26 agosto al 6 settembre 1995 e sono poi stati recepiti dall'Assemblea generale con le risoluzioni 40/32 del 29 novembre 1985 e 40/146 del 13 dicembre 1985; www.ohchr.org. Corsivo aggiunto.

All'interno di questo contesto normativo il Segretariato generale ha istituito il *Rule of law coordination and resource group*[23], le cui attività si sono concentrate soprattutto sul rispetto a livello interno del principio in parola: un rapporto adottato nel 2004 dal Segretario generale fornisce un'importante guida sul contenuto di tale principio[24]. Insomma, almeno nella ricostruzione degli organi delle Nazioni Unite, il principio della *rule of law* imporrebbe ai membri della Comunità internazionale di dotarsi di un ordinamento giuridico composto quanto meno da norme conoscibili da tutti coloro che le devono rispettare, le quali siano applicate in maniera equa e, soprattutto, il cui rispetto sia garantito da *giudici indipendenti* da influenze esterne.

3. In che modo l'IA opera e come potrebbe supportare imparzialità e indipendenza

Entrambi i detti valori potrebbero essere rinforzati e perseguiti per il tramite di nuove tecnologie dell'informazione, e in particolare, attraverso l'IA[25].

Con un certo grado di approssimazione possiamo dire che l'IA è la capacità di determinati sistemi informatici di fornire prestazioni in qualche misura paragonabili a quelle dell'intelligenza umana, cioè di risolvere problemi più o meno complessi e svolgere attività e funzioni tipiche della

[23] Il Gruppo, presieduto dal Vice-Segretario generale, coordina tutte le attività dell'Organizzazione delle Nazioni Unite relative alla promozione e allo sviluppo della *rule of law*; ai lavori del Gruppo partecipano venti Istituti specializzati.

[24] *The rule of law and transnational justice in conflict and post-conflict societies*: doc. S/2004/616 del 23 agosto 2004. Il par. 6 del rapporto, infatti, chiarisce che "the *rule of law* is a concept at the very heart of the Organization's mission. It refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and *independently adjudicated*, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, *separation of powers*, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency" (corsivi aggiunti).

[25] In generale, sul tema, anche per ulteriori riferimenti, tra gli altri, v. A.D. Reiling, *Courts and artificial intelligence,* in *International Journal for Court Administration*, 2020, pp. 70 ss.; G. Sartor, K. Branting (Eds), *Judicial applications of artificial intelligence*, Dodrecht, 1998; T. Sourdin, *Judges, technology, and artificial intelligence*, *The Artificial Judge*, Cheltenham, Northampton, 2021; M. Zalnieiriute, *Technology and the Courts: Artificial intelligence and Judicial Impartiality,* Sumbission to Australian Law Reform Commission of Judicial Impartiality, 4 giugno 2021.

mente e del comportamento umano. Tale capacità presuppone quella di analizzare grandi quantità di dati e, in particolare nei sistemi più avanzati, quella di formulare previsioni o prendere decisioni sulla base di appositi algoritmi.

Molto spesso alla base di tali sistemi c'è una o più reti di neuroni artificiali, che cercano di simulare, all'interno di sistemi informatici, il funzionamento di neuroni biologici: tali reti, in estrema semplificazione, rappresentano dei sofisticati sistemi statistici che, in quanto tali, sono efficaci solo quando sono loro forniti dati appropriati e sufficienti da elaborare al fine di estrarvi modelli che, peraltro, sono affidabili solo se le variabili predittive sono state scelte con cura.

Esse, quindi, richiedono una fase di "addestramento" che può richiedere tempo, in particolare se il numero di dati e variabili da studiare è molto ampio. Vale anche la pena sottolineare che il prodotto del trattamento di dati svolto da una rete neurale contiene sempre una percentuale di errore, poiché la stessa, ontologicamente, mira a replicare i meccanismi di funzionamento e di ragionamento della mente umana, fallace.

Ora, come detto, affinché un meccanismo siffatto produca risultati attendibili, è necessario procedere alla sua istruzione: ciò, in ambito giuridico, implica la necessità di fornire al medesimo dati relativi a questioni, analoghe a quella da risolvere, già affrontate da esseri umani esperti. Sulla base di questi ultimi, la rete estrarrà le "regole" da applicare alle fattispecie e alle questioni che verranno sottoposte: questa fase di apprendimento, volto a "riprodurre" il ragionamento umano tipico della funzione decisionale/giurisdizionale, deve essere "sorvegliata", in quanto è necessario confrontare ogni *output* proveniente dalla rete con quello ritenuto più corretto, secondo lo schema di riferimento, che è, in ultima analisi, rappresentato dalla serie di decisioni reali su una specifica fattispecie (la prassi, per dirla in termini internazionalistici…).

Pertanto, quanto più i dati forniti alla rete (la prassi) sono corretti e numerosi, più la rete può "ragionare" in modo simile ad un giudice umano competente.

Più in concreto, i compiti che un'IA potrebbe assolvere rispetto alla funzione decisoria di controversie sono essenzialmente due: supportare la decisione umana e sostituirla *in toto*.

Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, allo stato attuale mi pare improbabile che il mestiere del giudicare possa essere completamente sostituito da un'IA; tuttavia, ci sono molti aspetti di pertinenza del diritto internazionale in cui l'intelligenza artificiale è in grado di supportare le de-

cisioni umane. Ovviamente ciò, in conseguenza di quello che ho già detto, funziona meglio con riguardo ad alcuni *regimi* rispetto ad altri, in funzione della quantità e della qualità della prassi che è possibile fornire alla IA.

Su queste premesse, quindi, e cercando di schematizzare, forme di IA potrebbero essere applicate *a)* nell'ordinamento internazionale alla funzione di accertamento del diritto internazionale da parte di tribunali/arbitri internazionali; *b)* negli ordinamenti interni, all'applicazione interna del diritto internazionale dinanzi ai giudici nazionali[26].

A queste due situazioni sono poi da aggiungere casi "spuri", cioè non *de plano* riconducibili ad uno dei due contesti già detti, come la soluzione delle controversie con modalità alternativa, in particolare i c.d. oline dispute resolution systems (ODR) e l'uso di strumenti di IA da parte di social network per decidere in merito alla legittimità della pubblicazione di determinate informazioni e per risolvere le relative controversie[27].

4. IA e funzione di accertamento nell'ordinamento internazionale

Passiamo ora a esaminare le applicazioni di IA che possono svolgere una funzione di supporto all' accertamento del diritto internazionale posto in essere da organi internazionali di soluzione delle controversie.

Limiteremo la nostra analisi, necessariamente breve ed esemplificativa, a tre momenti distinti: la selezione degli arbitri, una parte del processo decisionale giurisdizionale/arbitrale, in particolare con riguardo ad aspetti di *expert testimony*, e la previsione dei risultati giurisdizionali/arbitrali.

Con riguardo alla prima ipotesi, forme di intelligenza artificiale po-

[26] T. Burri, *International Law and Artificial Intelligence*, in *German Yearbook of International Law*, 2017, pp. 91 ss.; M.M. Maas, *International law does not compute: Artificial Intelligence and the Development, Displacement or Destruction of the Global Legal Order*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2019, pp. 29 ss.; Y-Y Rhim, K. Park, *The Applicability of Artificial Intelligence in International L*aw, in *Journal of East Asia & International Law*, 2019, pp. 7 ss.; G.M. Ruotolo, The End of Dormancy. *Judicial Independence Through Data-Driven Knowledge and Artificial Intelligence in an International and European Law Perspective*, in S. Shetreet, H.E. Chodosh, E. Helland (Eds), *Justice Challenged: in pursuit of judicial independence*, Boston/Leiden, 2021, pp. 159 ss.

[27] Si tratta di temi che non tratterò e per il quale mi permetto di rinviare a 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, pp. 592 ss. e G.M. Ruotolo, *La soluzione delle controversie online dei consumatori nell'Unione europea tra armonizzazione e diritto internazionale privato*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, pp. 359 ss. Cfr. anche F. Bassan, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia – La sovranità perduta sui servizi*, Soveria Mannelli, 2019.

trebbero essere utili a valutare i curricula dei potenziali candidati compresi in un roster di esperti dai quali pescare per comporre i collegi decisionali (si pensi, ad esempio, alla Corte permanente di arbitrato o al Tribunale arbitrale previsto dalla Convenzione sulla conciliazione del 15 dicembre 1992 promossa dalla CSCE, oggi OSCE), in particolare con riguardo alle persone non direttamente nominate dagli Stati in controversia, al fine di evitare indebite ingerenze nella scelta dei medesimi componenti, per un verso, e per altro consentire un'individuazione particolarmente efficace dei soggetti dotati delle competenze più adatte a decidere il caso.

Molte questioni connesse all'uso dell'intelligenza artificiale con riguardo all'ammissione e alla valutazione della consulenza tecnica (in relazione alla quale si distinguono i c.d. *party-appointed experts* dai *tribunal-appointed experts*, alla cui attività, più precisamente, ci si riferisce con l'espressione *expert testimony*), poi, sono stati oggetto di ampie analisi di diritto interno, specie con riferimento al processo penale[28]: le peculiarità dei procedimenti internazionali di soluzione delle controversie, tuttavia, mi pare rendano opportune alcune precisazioni.

La funzione di tali soggetti, che nel processo dinanzi ai giudici interni è piuttosto chiara, infatti, nei procedimenti contenziosi internazionali, se non è quella di mero consulente delle parti in controversia (*advocate*), oscilla tra quella di collaboratore del collegio decisorio (*adviser*) e quella di vero e proprio decisore autonomo (*adjudicator*)[29] e non a caso, nel 2021, la International Chamber of Commerce ha istituito una task force per analizzare proprio i rischi di difetto di imparzialità ed indipendenza in capo a siffatti esperti nei procedimenti contenziosi internazionali, specie di natura arbitrale[30]. Pertanto, in siffatti contesti, applicazioni algoritmiche che consentano di nominare esperti e valutare l'affidabilità delle loro affermazioni, specie con riferimento ad aspetti scientifici, devono essere tenute in debito conto.

[28] *Ex multis* cfr. P.S. Katz, *Expert Robot: Using Artificial Intelligence to Assist Judges in Admitting Scientific Expert Testimony*, in *Albany Law Journal of Science and Technology*, 2014, pp. 1 ss.

[29] In letteratura, in generale, cfr. A.J. Faurès, *Improving Procedures for Expert Testimony*, in A.J. Van den Berg (Ed.), *Planning Efficient Arbitration Proceedings: Law Applicable in International Arbitration*, The Hague/ London/Boston. 1996, pp. 154 ss.

[30] Il 28 maggio 2021, nel corso del convegno annuale dell'*Expert Witness Institute*, uno dei relatori si è riportato a un rapporto del 2019 dal quale si desume che il 25% venticinque per cento degli esperti ha riferito di aver subito pressioni tali da danneggiare la sua imparzialità e il 41% degli esperti ha dichiarato di essersi imbattuto in colleghi che si consideravano "mercenari" ("hired guns"). Per ulteriori dettagli cfr. www.ewi.org.uk.

Con riguardo, poi, alla previsione dei risultati del processo internazionale, ricordo che seguendo il modello utilizzato già fin dal 2014 per prevedere i giudizi della Corte suprema americana, nel 2016 la stessa operazione è stata tentata con la Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare con le cause relative agli articoli 3, 6, e 8 della CEDU. La percentuale di conformità tra previsione della IA e risultato reale si è attestata attorno all'80%, dimostrando così l'affidabilità dello strumento, che può essere di supporto, quindi, sia per i ricorrenti, sia gli Stati resistenti, sia, ancora, per i membri della Corte[31]. Ebbene, la detta affidabilità potrebbe promuovere comportamenti osservanti da parte degli Stati che volessero provare ad analizzare mediante un siffatto strumento la propria prassi alla fine di verificarne la compatibilità con la CEDU.

Va pure detto che, in considerazione della necessità di istruire propriamente l'IA di cui abbiamo detto, quantità e qualità dei dati ad essa preliminarmente forniti rappresentano un discrimine fondamentale per l'efficacia delle relative applicazioni: pertanto quest'ultima risulta esser differente a seconda dei settori – e dei *regimi* – di diritto internazionale ai quali viene applicata: a mero titolo di esempio si pensi al fatto che nel contesto dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), in cui ad oggi sono stati adottati all'incirca 600 rapporti contenziosi (sia in primo grado che in appello), i medesimi fanno riferimento in massima parte al sistema normativo che disciplina gli scambi di merci e, in quest'ultimo, in particolare agli art. I e III del GATT, relativi, come noto, agli obblighi di trattamento generalizzato della nazione più favorita e di trattamento nazionale. Pertanto è probabile che sono con riguardo al "sistema merci" forme di IA possano efficacemente prevedere i risultati di un contenzioso (specie se relativo alle predette disposizioni) e che ciò possa avvenire con minor probabilità di successo e affidabilità con riferimento al "sistema servizi" di cui al GATS o agli aspetti commerciali attinenti la proprietà intellettuale del TRIPs.

[31] N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preoțiuc-Pietro, V. Lampos, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, in *PeerJ Computer Science*, 2016, reperibile all'indirizzo doi.org/10.7717/peerj-cs.93; M. Medvedeva, M.Vols, M. Wieling, *Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2020, pp. 237 ss., reperibile all'indirizzo link.springer.com/content/pdf/10.1007/s10506-019-09255-y.pdf.

5. IA e applicazione interna del diritto internazionale. Cenni su alcuni aspetti di diritto internazionale privato

Proseguendo nel mio approccio esemplificativo, ricordo come uno degli aspetti dell'applicazione del diritto internazionale *in foro interno*, in particolare davanti ai giudici nazionali (ma che potrebbe avere anche riflessi per quanto riguarda l'accertamento del diritto internazionale nell'ordinamento internazionale di cui ho detto nel paragrafo precedente), è quello relativo all'interpretazione dei trattati internazionali autenticati in più lingue, ai sensi dell'art. 33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati[32].

Ebbene, attualmente forme di intelligenza artificiale riescono a tradurre con grande efficacia rispetto a quanto avveniva anche solo qualche anno fa testi anche molto complessi[33], e ciò avviene con ancor maggiore efficacia con riguardo alle cosiddette "microlingue", come quella giuridica.

In questi casi, e dal momento che, come noto, differenze di traduzione con riguardo ai trattati possono essere fonte di squilibri applicativi e quindi di ipotesi di responsabilità internazionale degli Stati, forme l'intelligenza artificiale potrebbero essere di grande aiuto.

Se infatti è certamente vero che, nella prassi, "one of the simplest methods of determining the meaning of a phrase appearing in a foreign legal text' is 'to consult a bilingual dictionary"[34], va detto che, come correttamente evidenziato già dall'Organo d'appello dell'OMC, "dictionaries, alone, are not necessarily capable of resolving complex questions of in-

[32] R. Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford, 2015, p. 79: "article 33(3) provides for 'terms' to be presumed to have the same meaning in each authentic text. (…). The same article provides in its paragraph (2) that the provisions of paragraph (1) on use of terms in the Convention are 'without prejudice to the use of those terms or to the meanings which may be given to them in the internal law of any State'". Il medesimo A., peraltro, evidenzia come "where the authoritative text of a treaty is in a different language from that of the court or tribunal, a dictionary or specialist work may show the meaning of the term or the concept it signifies; otherwise, or additionally, investigation of meanings in another language may be a prelude to application of article 33 of the Vienna Convention to resolve differences between authentic texts in different languages". Sul punto si veda anche C. Lo, *Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties. A New Round of Codification*, Singapore, 2017, p. 88.

[33] Si veda, al riguardo, il workshop *Artificial intelligence and translation technologies: what is the state of play?* organizzato dalla Commissione europea e dall'Università degli Studi Internazionali svoltosi il 15 gennaio 2021; cfr. blogs.ec.europa.eu.

[34] Così la US Court of Appeals, 2nd Circuit, 2004, nel caso *Ehrlich v. American Airlines*, 360 F 3d 377.

terpretation, as they typically aim to catalogue all meanings of words–be those meanings common or rare, universal or specialized"[35].

Insomma, forme di IA potrebbero certamente ridurre i rischi di violazioni di trattati internazionali dovute a discrepanza di traduzione e, quindi, a differenze interpretative.

Forme di intelligenza artificiale, ancora, potrebbero essere di grande utilità anche con riguardo alla ricostruzione della prassi internazionale e quindi, aiutare a tracciare l'elemento materiale di norme consuetudinarie. Ciò potrebbe, in particolare, avvenire mediante l'applicazione di modelli euristici: l'euristica, come noto, è quella parte dell'epistemologia che favorisce nuove scoperte empiriche per il tramite di ragionamenti che, per risolvere un dato problema, si affidano allo stato contingente delle circostanze di fatto. L'applicazione del metodo euristico alle scienze giuridiche si basa su un approccio, per così dire, ecologico, cioè che mira a studiare *complessivamente* i sistemi in cui le norme analizzate o da individuare sono inserite e che consente l'analisi anche in assenza della conoscenza *completa* di *tutte* le informazioni necessarie. Qualora tale conoscenza sia impraticabile, e ciò avviene oggi sempre più di frequente nel caso di sistemi complessi come gli ordinamenti giuridici, una valutazione complessiva alla luce di una documentazione solo parziale diviene così possibile, e consente di cogliere determinate linee di tendenza.

Per quanto concerne poi, brevemente, la soluzione di questioni internazionalprivatistiche, l'IA può certamente aiutare a risolverle, mediante la costruzione di "modelli per individuare la giurisdizione competente e il diritto applicabile in ciascun caso, ma anche per identificare i conflitti di leggi più spinosi e proporre soluzioni per risolverli": in questo senso, esplicitamente, si esprime la risoluzione adottata dal Parlamento europeo il 20 gennaio 2021 sull'intelligenza artificiale, intitolata "Questioni relative all'interpretazione e applicazione del diritto internazionale nella misura in cui l'UE è interessata relativamente agli impieghi civili e militari e all'autorità dello Stato al di fuori dell'ambito della giustizia penale". Malgrado il titolo, infatti, essa, ai Punti 88 ss., dopo aver osservato "che l'internazionalizzazione delle attività umane, online o nel mondo reale, comporta

[35] Così il rapporto dell'Organo d'appello dell'OMC del 7 aprile 2005, WT/DS285/ABR, *United States – Measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services*, par. 164, nota 191 reperibile on line in www.wto.org, sul quale ci permettiamo di rinviare al nostro G.M. Ruotolo, *La disciplina delle scommesse on-line negli Stati Uniti e nella Comunità europea alla luce delle recenti pronunce dell'Organizzazione mondiale del commercio*, in *DPCE*, 2006, pp. 434 ss.

un aumento costante delle controversie rientranti nel diritto internazionale privato", riconosce l'utilità dell'IA nella loro soluzione, ricordando, al contempo, la necessità che il pubblico sia "debitamente informato circa gli impieghi dell'IA nel campo del diritto internazionale privato e che tali impieghi debbano evitare discriminazioni dovute alla programmazione – che favorirebbero sistematicamente un diritto nazionale a scapito di un altro –, rispettare i diritti del giudice predeterminato dalla legge, consentire possibilità di ricorso a norma della legge applicabile e permettere al giudice di ignorare la soluzione suggerita dall'IA".

Ricordo pure che la Commissione Europea per l'Efficienza della giustizia (CEPEJ) del Consiglio d'Europa, alla sua 31ma riunione plenaria, tenutasi a Strasburgo il 3 e il 4 dicembre 2018, ha adottato il primo testo-giuridico europeo, anche se non vincolante, che inquadra alcuni principi di utilizzo dell'IA nei sistemi giudiziari interni: la "Carta etica europea sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e il loro ambiente", infatti, mira a costruire un quadro di riferimento per professionisti della giustizia, responsabili politici e legislatori con riguardo all'applicazione dell'intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria interna.

La Carta afferma che l'implementazione dell'IA nel campo della giustizia, e, in senso più ampio, in ogni caso in cui un organismo debba assumere decisioni indipendenti, può migliorarne efficienza e qualità, a condizione che tale implementazione venga realizzata in modo responsabile e rispetti i diritti fondamentali garantiti, in particolare, dalla CEDU e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati a carattere personale (la c.d. Convenzione 108+). Quindi, in questa prospettiva, la Carta chiede agli Stati membri del Consiglio d'Europa di assicurare che l'IA rimanga solo uno strumento e che il suo uso rispetti i diritti individuali.

Per assicurarlo, essa individua cinque principi: 1) il rispetto dei diritti fondamentali; 2) il rispetto del principio di non discriminazione; 3) la garanzia di qualità e sicurezza dei dati, che devono provenire da fonti certificate ed essere elaborati in un ambiente tecnologico sicuro; 4) il rispetto di trasparenza, imparzialità e correttezza, con particolare riguardo alle modalità di trattamento dei dati, che devono essere accessibili e comprensibili; 5) il fatto che l'IA operi "sotto il controllo dell'utente", cioè che le sia precluso un *approccio prescrittivo* e sia garantito che gli utenti siano informati e abbiano il controllo delle loro scelte.

E per quanto concerne proprio quest'ultimo approccio ricordo che, come noto, il Regolamento 2016/679 del Parlamento Europeo e del Con-

siglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali dati e sulla libera circolazione di tali dati, e che abroga la Direttiva 95/46/ ce (Regolamento generale sulla protezione dei dati, GDPR), al suo art. 22 vieta il "processo decisionale individuale automatizzato, inclusa la profilazione".

Insomma, nel contesto che ho fin qui provato a tracciare, mi pare che, pur non mirando alla costruzione di un "giudice automatico", l'IA possa rappresentare un utile strumento per il supporto alle attività giudiziarie umane.

6. L'accesso ai dati

Come visto, perché un'IA possa operare in maniera efficace è necessario che essa sia istruita, con dati.

Cerchiamo di capire se esista un qualche fondamento giuridico di diritto internazionale che contempli una forma di diritto d'accesso – più o meno generalizzato – ai dati *giuridici* e che consenta, quindi, di superare o compensare i limiti connessi ad eventuali diritti di proprietà intellettuale. A mio parere ciò potrebbe essere inquadrato nel contesto della questione dell'accesso aperto alla conoscenza, che, nell'ordinamento internazionale, appare intrecciato con il diritto alla scienza o, meglio, si presenta come una delle possibili vie di attuare il diritto di godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni.

Proviamo a fissarne il quadro normativo nell'ordinamento internazionale: come noto, una prima previsione del diritto alla scienza è contenuta nell'art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il cui par. 1 prevede che ogni individuo ha il diritto di partecipare liberamente alla vita culturale, godere delle arti e partecipare sia al progresso scientifico che ai suoi benefici.

L'art. 15, par. 1 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, poi, impone agli Stati parti non solo di riconoscere il diritto di ciascuno a partecipare alla vita culturale, ma anche quello di godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni.

Tale diritto è spesso citato in atti non vincolanti adottati dagli organi delle Nazioni Unite, anche risalenti: la Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati, adottata dall'Assemblea Generale nel 1974, contempla il diritto di tutti gli Stati – ma non degli individui, si noti – a beneficiare sia del progresso scientifico che dello sviluppo della scienza e della tecnolo-

gia e promuove la cooperazione scientifica e tecnologica internazionale tra Stati e il trasferimento di tecnologia ai Paesi in via di sviluppo, al fine di facilitare l'accesso di questi ultimi alla scienza e tecnologia moderne (art. 13).

In seguito, il 10 novembre 1975, l'Assemblea generale adottò la più specifica Dichiarazione sull'uso del progresso scientifico e tecnologico nell'interesse della pace e per il bene dell'umanità, che prevede che tutti gli Stati debbano cooperare all'istituzione, al rafforzamento e allo sviluppo del campo scientifico e della capacità tecnologica dei Paesi in via di sviluppo, per accelerare la realizzazione dei diritti sociali ed economici dei popoli di quei Paesi. La Dichiarazione invita, inoltre, tutti gli Stati a prendere ogni misura per estendere i benefici della scienza e della tecnologia a tutti gli strati della popolazione, e auspica che i medesimi adottino le misure necessarie, anche legislative, per garantire che l'utilizzo dei risultati scientifici e tecnologici promuova la piena realizzazione dell'essere umano e dei diritti e delle libertà fondamentali, senza alcuna discriminazione fondata su razza, sesso, lingua o credenze religiose.

Avanti veloce di una ventina d'anni: arriviamo alla Dichiarazione Universale su genoma e diritti umani, adottata dalla Conferenza generale dell'UNESCO nel 1997 e approvata dall'Assemblea Generale nel 1998 e alla Dichiarazione Internazionale sui dati genetici umani, adottata sempre dalla Conferenza generale dell'UNESCO il 16 ottobre 2003.

La prima si concentra sui rischi di abuso della scienza e della ricerca e meno sulla condivisione dei suoi benefici, mentre l'ultima è più incentrata sull'idea di condivisione dei benefici derivanti dalla scienza: il suo art. 19 (intitolato, appunto, "Condivisione dei benefici") stabilisce che, in conformità con la normativa nazionale e internazionale, i benefici derivanti dall'uso di risorse umane, dati genetici, dati proteomici umani o campioni biologici raccolti per scopi medici e ricerca scientifica dovrebbero essere condivisi con la società nel suo insieme e la Comunità internazionale.

Sullo stesso tema devo ricordare anche la Dichiarazione sul diritto al godimento dei benefici del progresso scientifico e le sue applicazioni, adottato dall'UNESCO a Venezia nel 2009 ("The Venice Statement"), il cui par. iii afferma che i progressi nelle tecnologie dell'informazione e della comunicazione hanno ampliato le opportunità per istruzione, libertà di espressione e commercio, ma hanno anche ampliato il "divario digitale".

Passando velocemente al livello regionale europeo, come sappiamo, l'art. 2 del Protocollo 1 alla CEDU prevede il diritto all'istruzione: la disposizione implica in qualche modo anche l'accesso ai risultati della ricer-

ca scientifica. Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede, all'art. 13, la libertà di ricerca scientifica e, all'art. 14, il diritto all'istruzione.

E al di fuori dell'Europa, in altri contesti regionali, l'art. 38 della Carta dell'Organizzazione degli Stati Americani prevede che "the Member States shall extend the benefits of science and technology by encouraging the exchange and utilization of scientific and technical knowledge in accordance with existing treaties and national laws"; l'art. XIII della American Declaration on the Rights and Duties of Men afferma che "everybody has the right to take part in the cultural life of the community, to enjoy the arts, and to participate in the benefits that result from the intellectual progress, especially scientific discoveries"[36]; l'art. 14 del Protocollo Aggiuntivo di San Salvador alla Convenzione americana sui diritti umani dichiara che gli Static che ne sono parte "recognize the right of everyone: a) to take part in the cultural and artistic life of the community; b) to enjoy the benefits of scientific and technological progress; c) to the benefit of the moral and material interests deriving from any scientific, literary or artistic production of which he is the author"[37]. Infine, va sottolineato come la Carta araba dei diritti umani, invece, all'art. 36 si limiti a prevedere che "everyone has the right to participate in cultural life, as well as the right to enjoy literary and artistic aspects", tralasciando gli aspetti più scientifici.

Ebbene, verificata l'esistenza, nell'ordinamento internazionale contemporaneo, di un "diritto alla scienza", più complesso è ricostruirne natura e contenuto. Si tratta, infatti, di uno dei diritti umani meno conosciuti e studiati: è stato sottolineato che "the human rights community has neglected Article 27 of the UDHR and Article 15 of the Covenant"[38] e solo di recente studiato dalla dottrina[39].

Quanto alla sua natura, mentre alcuni Autori lo concepiscono come

[36] Questo è, tuttavia, un atto non vincolante dell'Organizzazione degli Stati americani, il quale, quindi, non crea obblighi internazionali in capo agli Stati.

[37] Il testo è reperibile all'indirizzo www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html.

[38] Si veda, sul punto, il rapporto E/C.12/2000/12 sulla "Implementation of the international covenant on economic, social and cultural rights" adottato dal Comitato per i diritti economici, sociali e culturali nel corso della sua ventiquattresima sessione, svoltasi dal 13 novembre all'1 dicembre 2000, reperibile online, par. 23.

[39] In letteratura si vedano W.A. Schabas, *Study of the Right to Enjoy the Benefits of Scientific and Technological Progress and Its Applications* in Y. Donders, V. Volodin (Eds.), *Human Rights in Education, Science and Culture: Legal Developments and Challenges*, Aldershot/Burlington, 2007, p. 273 ss.; E. Riedel, *Sleeping Beauty or Let Sleeping Dogs Lie? The Right of Everyone to Enjoy the Benefits of Scientific Progress and Its Applications (REBSPA)*" in H.P. Hestermeyer, D. König, N. Matz-Lück, V. Röben, A. Seibert-

un diritto autonomo, che si aggiunge ad altri diritti fondamentali e merita autonoma tutela in quanto finalizzato ad accrescere la qualità materiale e spirituale della vita degli individui e delle collettività, altri lo costruiscono come mero strumento per l'attuazione di "classici" diritti fondamentali come la cultura o la salute[40].

Ora, sebbene alcuni degli strumenti che ho appena citato siano privi di portata vincolante, va detto che, al di là di discipline *ad hoc* per specifici settori, l'ordinamento internazionale impone agli Stati firmatari del Patto sui diritti economici, sociali e culturali, – il cui numero elevatissimo conferisce al Patto stesso, almeno per quanto riguarda le sue norme sostanziali, carattere praticamente universale – tanto l'obbligo di cooperare per la condivisione dei risultati della ricerca scientifica, quanto quello di adottare misure positive per attuare il diritto alla scienza – nei suoi molteplici aspetti – negli ordinamenti interni. Peraltro, come noto, il Patto è accompagnato da un Protocollo facoltativo che consente alle Parti di riconoscere la competenza del Comitato per i diritti economici, sociali e culturale di prendere in considerazione i reclami degli individui, sul modello del Comitato per i diritti umani relativo al Patto sui diritti civili e politici[41]. Il Commento Generale n. 21, emanato nel 2009 da quest'ultimo Comitato, anche se incentrato sul diritto di prender parte alla vita culturale (sancito dall'art. 15, par. 1 *a)*) chiarisce che tutti i diritti afferenti il patrimonio culturale e la sfera intellettuale dell'individuo sono indissolubilmente intrecciati e afferma chiaramente che quest'ultimo diritto è strettamente connesso agli altri contemplati dal medesimo articolo, come quello di godere dei benefici del progresso scientifico e delle sue applicazioni, di beneficiare della tutela degli interessi morali e materiali che derivano da ogni produzione scientifica, letteraria o artistica, e il diritto alla libertà nella ricerca, che è una base indispensabile per la ricerca scientifica, appunto, e l'attività creativa. E tutti questi diritti sono anche intrinsecamente legati al diritto allo studio (artt. 13 e 14) e sono interdipendenti da altri sanciti dal Patto, compreso il diritto di tutti dei popoli all'autodeterminazione (art. 1) e al diritto a un tenore di vita adeguato (art. 11).

Fohr, P-T. Stoll (Eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity–Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Leiden/Boston, 2012, pp. 209 ss.

[40] Per una ricostruzione, oltre agli Autori citati alla nota precedente, v. A.M. Andersen Nawrot, *The Utopian Human Right to Science and Culture: Toward the Philosophy of Excendence in the Postmodern Society*, 2014, Farnham, *passim*.

[41] Il Protocollo è stato adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 2008 e aperto alla firma il 24 settembre 2009 e, superata la soglia delle ratifiche richieste, è entrato in vigore il 5 maggio 2013.

E sappiamo come gli atti del Comitato, pur non essendo vincolanti, contribuiscano certamente alla ricostruzione di principi e regole relativi alle questioni che trattano, e a influenzare la prassi, anche di Stati non firmatari.

Peraltro nel 2012, il Relatore Speciale del Consiglio per i diritti umani nel campo dei diritti culturali ha adottato un Rapporto in cui, oltre a collegare il diritto alla scienza a quello alla cultura e ad altri diritti fondamentali, ne ha definito l'ambito di applicazione, distinguendo quattro profili, costruiti, mi sembra, al fine di tener conto delle peculiarità del diritto in questione nei vari *regimi* di diritto internazionale cui si applica[42].

A tal fine, il Rapporto individua quattro distinte espressioni del diritto alla scienza: il diritto di accedere ai benefici della scienza senza discriminazioni; il diritto di contribuire alla scienza e alla relativa libertà di ricerca; il diritto degli individui e delle comunità di partecipare ai processi decisionali degli Stati quando riguardano questioni legate alla scienza e al suo impatto sulla vita delle comunità stesse; il diritto a vivere in un ambiente culturale favorevole alla conservazione, allo sviluppo e alla diffusione della scienza e della tecnologia.

A me pare che almeno la prima e la quarta di tali espressioni possano rappresentare la base giuridica per l'accesso libero ai dati giuridici (ovviamente non solo giuridici…).

Peraltro va detto che l'attività delle organizzazioni internazionali, in questo campo, è spesso accompagnata da quella di organizzazioni non governative, individualmente o in partenariato: si pensi, ad esempio, all'International Science Council (ISC), un'organizzazione nata nel 2018 in seguito alla fusione tra l'International Council for Science (ICSU) e l'International Social Science Council (ISSC), che riunisce oltre 40 Unioni e Associazioni scientifiche internazionali e oltre 140 organizzazioni scientifiche nazionali e regionali; ebbene, già nel 2014, l'ICSU aveva pubblicato un Rapporto su "Open access to scientific data and literature" che collega proprio i principi di accesso aperto al diritto a condividere il progresso scientifico e i suoi benefici, e allo sviluppo della scienza come bene globale e, su queste basi, auspica che la documentazione scientifica sia priva di barriere finanziarie (sia per i ricercatori sia per gli utenti), ad accesso immediato e disponibile senza restrizioni al riutilizzo per qualsiasi scopo non commerciale[43].

[42] *The right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications*, doc. A/HRC/20/26 del 14 maggio 2012, reperibile online.

[43] Reperibile all'indirizzo council.science/publications/open-access-to-scientific-data-and-literature-and-the-assessment-of-research-by-metrics/. In letteratura D. Dalrym-

Tutti questi obiettivi sono ora facilmente raggiungibili attraverso le tecnologie digitali.

Resterebbe da vedere fino a che punto l'accesso aperto costruito in questo modo sia pienamente compatibile con gli standard internazionali che tutelano i diritti di proprietà intellettuale e se questi siano *davvero* in conflitto con il diritto alla scienza e rappresentino quindi un limite invalicabile all'accesso aperto.

C'è da dire che quanto più gli obblighi giuridici sono di facile comunicazione e comprensione tanto più essi saranno osservati, che questo vale anche nell'ordinamento internazionale, e che normative complesse richiedono le capacità interpretative di un giurista[44]: quest'ultimo tipo di informazioni è però protetto e trattato di conseguenza. Manuali, monografie, lavori scientifici, commentari *et similia* – la dottrina giuridica, insomma – sono per lo più protetti e accessibili solo attraverso banche dati specializzate a pagamento.

Ma nel discorso che sto sviluppando non bisogna sottovalutare che, come noto, ai sensi dell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, nell'ordinamento internazionale la dottrina è fonte di diritto, anche se sussidiaria e come quindi, in tale contesto, essa assuma un ruolo differente e una rilevanza maggiore rispetto a quanto accade negli ordinamenti interni.

Il libero accesso alle conoscenze giuridiche e, per i motivi che ho provato a illustrare, quelle di rilevanza internazionalistica, garantito attraverso gli strumenti informatici, potrebbe consentire la creazione e lo sviluppo di sistemi esperti adeguatamente (in)formati, e in particolare di meccanismi di intelligenza artificiale che, se applicati ai contesti e alle funzioni di cui ho detto, potrebbero rappresentare strumenti di supporto ai valori di cui ho detto.

7. Quali beni e valori comuni?

Cerchiamo, infine, in ossequio al tema generale del nostro Convegno,

PLE, *Scientific Knowledge as a Global Public Good: Contributions to Innovation and the Economy*, in *The Role of Scientific and Technical Data and Information in the Public Domain: Proceedings of a Symposium*, Washington, 2003, pp. 35 ss.

[44] A. BARTOW, *Open Access, Law, Knowledge, Copyrights, Dominance and Subordination*, in *Lewis & Clark Law Review*, 2006, pp. 869 ss.; S. BARRETT, *Why Cooperate? The incentive to Supply Global Public Goods*, Oxford/New York, 2007, *passim*.

di capire se il discorso che ho fin qui provato a sviluppare coinvolga valori e beni comuni di rilevanza internazionalistica.

Per quanto concerne i primi, a me pare che vi si possano annoverare imparzialità e indipendenza, nel senso sviluppato nel par. 2, e ai sensi delle norme ivi citate.

Per i secondi, premesso che, come noto, la letteratura distingue fra beni "finali", tangibili (come l'ambiente o tutti i beni patrimonio comune dell'umanità), intangibili (come la pace e la sicurezza internazionale, o la stabilità finanziaria), e "intermedi", nel senso di strumentali al raggiungimento di un obiettivo ulteriore, ricordiamo che tra questi vengono anche fatti rientrare strutture organizzative e regimi normativi internazionali.

E allora, si potrebbe pensare, alla luce di quanto detto nel par. 6, che i dati giuridici rilevanti per l'istruzione di forme di intelligenza artificiale di supporto ai principi di cui al par.1 potrebbero rientrare nel primo gruppo, in quanto strumentali al perseguimento di un interesse, *alla tutela di un valore,* di rilevanza globale per i membri della Comunità internazionale, quale quello inglobato nei principi di imparzialità e indipendenza[45].

Da ultimo, peraltro, vi è chi avanza l'ipotesi che la stessa intelligenza artificiale, almeno nelle sue forme "friendly", possa esser fatta rientrare nella categoria dei beni comuni, almeno intermedi, in quanto e se sviluppata ed applicata per il perseguimento di interessi non individuali[46].

Insomma, se così concepiti, i *beni comuni*, almeno quelli di cui ci siamo occupati, paiono esser tali in quanto volti a supportare e implementare, cioè consentirne una miglior tutela, di *valori comuni*.

[45] D. Liebwald, *On transparent law, good legislation and accessibility to legal information: Towards an integrated legal information system*, in *Artificial intelligence and law*, 2015, pp. 314 ss.

[46] T. Zimas, *Artificial Intelligence as Global Commons and the "International Law Supremacy" Principle, in Advances* in *Social Science, Education and Humanities Research*, 2018, pp. 83 ss.

F. Fang, M. Tambe, B. Dilkina, A.J. Plumptre (Eds), *Artificial Intelligence and Conservation*, Cambridge, 2019, *passim*.

LA NOZIONE DI «DIGNITÀ UMANA» NEL DIBATTITO SULLE ARMI AUTONOME

Diego Mauri*

Sommario: 1. Introduzione al dibattito sulle armi autonome. – 2. Il concetto di «dignità umana» e i suoi diversi impieghi: come strumento di riaffermazione delle regole in materia di diritto internazionale umanitario e di diritti umani. – 3. *Segue*: come strumento di segnalazione di «vuoti di responsabilità». – 4. Dignità umana e principi generali del diritto internazionale. – 5. La difficoltà di ricostruire un principio generale di dignità umana nel campo delle armi autonome.

1. Introduzione al dibattito sulle armi autonome

Lo scorso 8 marzo 2021, il Gruppo di Esperti sulla Libia delle Nazioni Unite trasmetteva al Consiglio di Sicurezza, in via ufficiale, il proprio Rapporto finale sul conflitto libico, secondo il mandato e la procedura stabiliti dalla risoluzione n. 1973 (2011)[1]. Qui, in un fugace passaggio relativo all'embargo delle armi in forza nel Paese, e 'nascosto' tra le righe vergate a descrizione delle operazioni militari di Serraj, ci si imbatte in uno dei primi riferimenti a casi concreti (o pretesi tali) di impiego, in teatri operativi, di «lethal autonomous weapons systems» (in italiano, sistemi d'arma autonomi, o anche solo armi autonome)[2].

Nell'episodio riportato (e risalente al marzo 2020), le milizie di Haftar avevano fatto uso di *loitering munitions* – munizioni a guida remota o 'circuitanti' –, capaci di permanere in aria per un periodo di tempo significativo, individuare il proprio obiettivo e, senza necessità di intervento d parte di un operatore umano, di ingaggiarlo, gettandosi in picchiata sopra di esso. Per inciso, è stato annunciato da tempo che anche l'Italia si doterà, a breve, di questa tipologia di armamenti[3].

* Assegnista di ricerca di Diritto internazionale, Università degli studi di Firenze.

[1] 'Final Report of the Panel of Experts on Libya established pursuant to Security Council resolution 1973 (2011)', 8 marzo 2021, S/2021/229.

[2] Ivi, par. 63.

[3] Si veda qui: https://aresdifesa.it/loitering-munition-hero-30-per-le-forze-speciali-italiane/. L'ultimo accesso ai link, ove non diversamente indicato, è stato effettuato in data 1 gennaio 2022.

Che si tratti di un impiego di armi autonome in senso proprio è lecito dubitare: le *loitering munitions* prevedono infatti un coinvolgimento sostanziale di un operatore umano, in particolare nella selezione *ex ante* dei potenziali obiettivi da ingaggiare. Non può tuttavia negarsi come il caso libico illustri, in modo esemplare, le potenzialità offerte dall'impiego crescente di tecniche di intelligenza artificiale (IA) in operazioni militari o, comunque, implicanti l'uso della forza nei confronti di individui. Pur essendo armamenti solo in minima misura 'autonomi', le *loitering munitions* anticipano, in una certa misura, i prossimi sviluppi in campo bellico. Rammentano, insomma, l'importanza che il diritto internazionale si faccia trovare pronto, al momento del loro ingresso in scena.

Il tema delle armi autonome e delle sfide che queste sollevano da molteplici punti di vista (politico, militare, etico e, per quel che qui più interessa, giuridico) si è imposto all'attenzione degli addetti ai lavori agli inizi dello scorso decennio, suscitando un dibattito ancora oggi assai vivace. Uno dei primi (e principali) documenti ufficiali dedicati a questa tipologia di armamenti è la Direttiva 3000.09 del Dipartimento di Difesa degli USA[4]. Pubblicata nel novembre 2012 e aggiornata nel maggio 2017, alla Direttiva si deve la definizione ancora oggi più diffusa di armi autonome: «weapon system[s] that, once activated, can select and engage targets without further intervention by a human operator»[5]. Curiosa e casuale (?) è la pubblicazione, di soli due giorni precedente, del primo rapporto di Human Rights Watch dedicato alle armi autonome, ed intitolato – molto eloquentemente – *Losing Humanity*[6]. Al volgere del 2012 le basi per il dibattito sulle armi autonome erano già state gettate. L'anno successivo il tema fu portato all'attenzione del Consiglio dei diritti umani per iniziativa dell'allora Relatore Speciale sulle esecuzioni extragiudiziarie, sommarie o arbitrarie, Christof Heyns, che vi dedicò un intero rapporto[7].

Quella davanti al Consiglio dei Diritti Umani fu, tuttavia, una parentesi fugace. Il principale foro di discussione si spostò all'Assemblea degli Stati Parte alla Convenzione su certe armi convenzionali (CCW), nell'am-

[4] US Department of Defense, *Directive 3000.09*, 21 novembre 2012, disponibile all'indirizzo: https://www.esd.whs.mil/portals/54/documents/dd/issuances/dodd/300009p.pdf.

[5] Ivi, p. 13.

[6] Human Rights Watch e Harvard Law School's International Human Rights Clinic, *Losing Humanity. The Case against Killer Robots*, 19 novembre 2012, disponibile all'indirizzo: https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots.

[7] Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns*, 9 aprile 2013, A/HRC/23/47.

bito del quale si alternano, dal 2014, *Meeting* di esperti (MoE) e Gruppi di Esperti Governativi (GGE)[8]. Si riteneva infatti che il tema ricadesse più nel mandato della CCW che in quello di un organo di monitoraggio del rispetto dei diritti umani (circostanza pure questa eloquente). Accanto – e assieme – al dibattito intergovernativo non vanno dimenticate le numerose riflessioni offerte dalla dottrina giuridica, che hanno prodotto una ragguardevole quantità di saggi, articoli, nonché opere monografiche.

A fronte di tale imponente materiale, il presente contributo si prefigge un obiettivo ridotto ma specifico: saggiare l'uso e le funzioni di una nozione particolarmente cara alla dottrina internazionalistica italiana, quella di dignità umana, all'interno del dibattito sulle armi autonome. Non vi è, quasi letteralmente, alcun documento dedicato al rapporto tra questo tipo di armi e il diritto internazionale che manchi di fare cenno, anche solo *en passant*, alla dignità umana, o comunque a concetti contigui (quale quello di umanità)[9]. Non è difficile vedere come tale nozione offra una potente freccia all'arco di quanti si oppongono allo sviluppo e all'impiego di armi autonome: l'argomento cui essi ricorrono è che rimuovere l'intervento umano dalle c.d. funzioni critiche del sistema d'arma (cioè la selezione e l'ingaggio dell'obiettivo) contrasti *in quanto tale* con la dignità della persona umana. Viceversa, coloro che guardano con favore a questa tipologia di armamenti obiettano a questo argomento, oppure tendono a ignorare del tutto le implicazioni giuridiche di tale nozione.

Ci si può dunque chiedere a cosa facciano riferimento i vari attori (Stati, organizzazioni internazionali, esponenti della società civile, ONG), quando fanno appello all'esigenza che le armi autonome siano prodotte e impiegate in modo conforme rispetto alla dignità umana. Si tratta di un concetto giuridicamente identificato, dotato, quindi, di una propria autonomia? Corrisponde a una determinata *norma* internazionale? Quale *valore* sotteso intende proteggere e promuovere?

[8] I documenti relativi al dibattito in sede di GGE sono reperibili all'indirizzo: https://meetings.unoda.org/meeting/ccw-gge-2021/.

[9] È frequente, nel corso del dibattito internazionale, che il concetto di dignità umana e quello di umanità siano usati in modo intercambiabile, alla stregua di un 'binomio sinonimico'. Di per sé, il concetto di dignità umana gode di maggiore diffusione nel settore del diritto internazionale dei diritti umani, mentre quello di umanità farebbe riferimento alle «laws of humanity and dictates of public conscience» di cui alla c.d. clausola Martens (su cui v. *infra*), risultando più utilizzato nello specifico campo del diritto internazionale umanitario. Per esigenze di semplificazione e ai fini della tesi che si intende dimostrare nel presente scritto, si impiegherà il concetto di dignità umana in modo omnicomprensivo.

2. Il concetto di «dignità umana» e i suoi diversi impieghi: come strumento di riaffermazione delle regole in materia di diritto internazionale umanitario e di diritti umani

Secondo un recente intervento della Delegata di *Human Rights Watch* al GGE, «[k]illing or injuring people based on data collected by sensors and processed by machines would violate human dignity. Relying on algorithms to target people will dehumanize warfare and erode our humanity»[10]. Tale argomento, incentrato sugli effetti disumanizzanti delle armi autonome sulla conduzione delle ostilità (e, in generale, sull'impiego di forza anche letale contro individui), è ricorrente nel dibattito[11].

A tale posizione si oppone quella di quanti sostengono che, dal punto di vista giuridico, le armi autonome non sono vietate *in quanto tali*, ma unicamente nella misura in cui non possano essere sviluppate e impiegate nel rispetto delle regole esistenti in materia di uso della forza contro gli individui. Tale esigenza è stata formalizzata nei *Guiding Principles* adottati nel 2018 dal GGE (e ritoccati, in minima misura, nel 2019): è il caso, ad esempio, del principio secondo il quale il diritto internazionale umanitario «continues to apply fully to all weapons systems, including […] lethal autonomous weapons systems», o quello che impone che le armi autonome siano utilizzate «in compliance with applicable international law, in particular [international humanitarian law]»[12].

Sulla base di questi assunti – per il vero condivisi in modo trasversale dai vari partecipanti al dibattito –, il primo 'test' cui sottoporre le armi autonome è legato al rispetto delle regole del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani[13]. Vengono in rilievo, in prima battuta, i principi

[10] Si veda https://www.hrw.org/news/2021/08/02/killer-robots-urgent-need-fast-track-talks.

[11] Quanto agli Stati, hanno invocato il concetto di dignità umana nei loro interventi nel quadro della CCW la Germania (maggio 2014), il Cile e l'Ecuador (aprile 2015), lo Sri Lanka e il Costa Rica (aprile 2016), il Brasile (novembre 2017), la Grecia (aprile 2018) e, in più occasioni, la Santa Sede. Tutti gli interventi sono consultabili online, a partire dall'indirizzo https://meetings.unoda.org/meeting/ccw-gge-2021/.

[12] GGE, *Guiding Principles affirmed by the Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons System*, CCW/MSP/2019/9, parr. (a) e (c). Non si può fare a meno di notare come, in sede di GGE, l'attenzione degli Stati sia rivolta principalmente (anche se non esclusivamente) al diritto internazionale umanitario; raramente compaiono riferimenti ai diritti umani, se non in taluni interventi da parte di Stati o, più facilmente, rappresentanti della società civile.

[13] D. Amoroso, *Autonomous Weapons Systems and International Law. A Study on Human-Machine Interactions in Ethically and Legally Sensitive Domains*, Napoli, 2020, pp. 31 ss. In generale, si vedano anche M. Sassoli, Autonomous Weapons and International Humanitarian Law: Advantages, Open Technical Questions and Legal Issues to be Clari-

cardine del diritto internazionale umanitario, ovvero i principi di distinzione, proporzionalità e precauzione, da cui discendono le più note regole in materia di *targeting*.

Quanto alle regole che impongono ai combattenti di distinguere tra individui e oggetti consentiti e individui e oggetti protetti[14], è necessario che le armi autonome siano dotate di software in grado di categorizzare in modo adeguato e affidabile i dati raccolti[15]. Se ciò può risultare semplice in scenari poco complessi (es. in un contesto di ostilità in mare), non è difficile vedere come tale operazione possa diventare estremamente complicata in contesti in cui obiettivi consentiti e non consentiti si trovano di regola mescolati tra loro (è il caso della guerriglia urbana). Non minori difficoltà si incontrano sul piano del rispetto del principio di proporzionalità, che vieta attacchi tali da provocare incidentalmente morti e feriti fra la popolazione civile, o danni a oggetti civili, e in ogni caso danni collaterali che risulterebbero eccessivi rispetto al vantaggio militare concreto e diretto atteso[16]. L'operazione sottesa implica infatti un bilanciamento tra valori contrapposti, bilanciamento che – se già risulta estremamente difficile da condurre da parte di operatori umani – appare di difficile gestione da parte di sistemi autonomi[17]. Passando alle regole derivanti dal principio di precauzione, le parti in conflitto sono tenute ad adottare tutte le misure ragionevolmente praticabili al fine di garantire il rispetto delle regole in materia di *targeting*[18]. Ci si può chiedere se l'eliminazione dell'intervento umano dell'esecuzione di funzioni critiche sia compatibile con tale principio, posto che vi sarebbe il rischio che, in caso di malfunzionamento della

fied, International Law Studies, vol. 90, 2014, pp. 308 ss.; M.N. Schmitt e J.S. Thurner, *"Out of the Loop": Autonomous Weapon Systems and the Law of Armed Conflict*, in *Harvard National Security Journal*, vol. 4, 2013, pp. 231 ss.

[14] Primo protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali (Ginevra, 8 giugno 1977), artt. 41 par. 2, 48, 51 par. 2 e 52 par. 2; Secondo protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali (Ginevra, 8 giugno 1977), art. 13.

[15] E. Winter, *The Compatibility of Autonomous Weapons with the Principle of Distinction in the Law of Armed Conflict*, International and Comparative Law Quarterly, n. 69, 2020 pp. 845 ss.; D. Amoroso, Jus in Bello *and* Jus ad Bellum *Arguments Against Autonomy in Weapons Systems: A Re-Appraisal*, in *Questions of International Law*, Zoom-in, n. 43, 2017, pp. 5 ss.

[16] Primo protocollo addizionale, cit., art. 51 par. 5 lett. b).

[17] J. van den Boogaard, *Proportionality and Autonomous Weapons Systems*, Journal of International Humanitarian Legal Studies, vol. 6, 2015, pp. 247 ss.; D. Amoroso, Jus in Bello *and* Jus ad Bellum *Arguments*, cit., pp. 14 ss.

[18] Primo Protocollo addizionale, cit., art. 57.

macchina, l'operatore umano non riesca a intervenire tempestivamente per arrestare l'attacco[19].

Spostando l'angolo visuale dalla prospettiva dei diritti umani, le difficoltà legate all'impiego di armi autonome si moltiplicano. È noto infatti che le regole in materia di diritti umani che consentono l'impiego di forza (anche letale) nei confronti di individui (tipicamente in operazioni di polizia) sono ben più stringenti rispetto a quelle del diritto internazionale umanitario. Limitando, per ragioni di brevità, le nostre riflessioni agli obblighi a protezione del diritto alla vita, si può affermare che l'impiego di armi autonome è consentito se questo assicura il rispetto dei canoni di legalità, assoluta necessità e proporzionalità rispetto a uno scopo legittimo – in breve, se il concreto utilizzo della forza risulti non 'arbitrario'[20]. Se a ciò si somma la necessità di assicurare il rispetto degli obblighi positivi (sia sostanziali sia procedurali), è legittimo nutrire dubbi circa la possibilità di impiegare tali armi in contesti diversi da quello militare, quantomeno nel breve periodo[21].

In generale, dunque, 'addestrare' le armi autonome al rispetto delle regole appena esposte, pur sviluppando e testando algoritmi di crescente complessità, rappresenta una delle maggiori sfide tecnologiche del momento[22]. Ciò, in quanto i sistemi coinvolti – contraddistinti da una progressiva 'automazione' delle funzioni – rimarrebbero, in ultima analisi, strutturalmente imprevedibili, tanto a causa di limiti tecnologici interni quanto in ragione dell'interazione con l'ambiente esterno[23].

[19] E. Talbot Jensen, *Autonomy and Precautions in the Law of Armed Conflict*, International Law Studies, vol. 96, 2020, pp. 577 ss.

[20] Patto internazionale sui diritti civili e politici (New York, 1966), art. 6; Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma, 4 novembre 1950), art. 2; Convenzione americana sui diritti dell'uomo (San Josè, 22 novembre 1969), art. 4; Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (Nairobi, 27 giugno 1981), art. 4. Si veda, anche per un primo riferimento alle implicazioni delle armi autonome sul rispetto del diritto alla vita, Comitato dei diritti umani, *General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, 30 ottobre 2018, CCPR/C/GC/36, par. 65.

[21] C. Heyns, *Human Rights and the use of Autonomous Weapons Systems (AWS) During Domestic Law Enforcement*, Human Rights Quarterly, vol. 38, 2016, pp. 350 ss.; A. Spagnolo, *Human rights implications of autonomous weapon systems in domestic law enforcement: sci-fi reflections on a lo-fi reality*, Questions of International Law, Zoom-in, n. 43, 2017, pp. 33 ss.

[22] Si veda anche J. Hughes, *The Law of Armed Conflict Issues Created by Programming Automatic Target Recognition Systems Using Deep Learning Methods,* Yearbook of International Humanitarian Law, vol. 21, 2020, pp. 99 ss.

[23] Su questo punto, cruciale, si vedano le riflessioni di G. Tamburrini, *On Banning Autonomous Weapon Systems: From Deontological to Wide Consequentialist Reasons*, in

Tale obiezione alle armi autonome è, lo si vede, di carattere prettamente tecnologico (e perciò strutturalmente transeunte): *allo stato attuale*, si può sostenere che la tecnologia disponibile non consenta di sviluppare e impiegare armi autonome nel rispetto delle regole di diritto internazionale umanitario e di diritti umani. Questo, però, non esclude che, *in futuro*, gli sviluppi tecnologici non arrivino a garantire che le performance delle armi autonome siano *quantomeno assimilabili* a quelle garantite da sistemi che prevedano l'intervento di un operatore umano nell'esecuzione di funzioni critiche (ad esempio, i droni armati così come oggi impiegati). Se così è (e come prima o poi sarà), quell'obiezione alle armi autonome basata unicamente sulla mancata garanzia del rispetto delle regole di *targeting* è destinata a venir meno.

In ogni caso, dall'analisi sopra condotta e alla luce delle dichiarazioni della maggior parte degli attori finora intervenuti nel dibattito, emerge un punto di centrale importanza: nel saggiare i punti di frizione tra il diritto esistente e le armi autonome, non si è *mai* fatto riferimento al concetto di dignità umana, se non per ribadire la necessità che le regole analizzate siano, nel concreto, rispettate. In altre parole, concetti quali quelli di dignità umana o di umanità, pur distintamente caricati di significato etico-morale, faticano, in questo senso, ad acquisire autonomo significato *giuridico* – essi risultano, piuttosto, pleonastici.

3. Segue: *come strumento di segnalazione di «vuoti di responsabilità»*

Nel proprio rapporto del 2013, l'allora Relatore Speciale Heyns sollevava il seguente punto: «[i]f the nature of a weapon renders responsibility for its consequences impossible, its use should be considered unethical and unlawful as an abhorrent weapon»[24]. Il secondo impiego del concetto di dignità umana è intrinsecamente legato al rischio che, dall'utilizzo di sistemi d'arma che escludono l'intervento umano nell'esecuzione di funzioni critiche, emergano vuoti di responsabilità (o, secondo la più ampia espressione inglese, *accountability gaps*).

Il nodo dei vuoti di responsabilità è ben riflesso nei summenzionati *Guiding Principles*, i quali ribadiscono la necessità che la responsabilità derivante dall'uso di armi autonome permanga in capo a individui, «since

N. Bhuta e altri, *Autonomous Weapons Systems: Law, Ethics, Policy*, Cambridge, 2016, pp. 122 ss.

[24] Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur*, cit., par. 80.

accountability cannot be transferred to machines», e che sia correttamente distribuita tra gli attori coinvolti (es. produttori, venditori, utilizzatori) «in accordance with international law»[25].

Quest'ultimo riferimento al diritto internazionale *tout court* è più eloquente di quanto a prima vista sembri: esso, infatti, offre una via per 'riempire' i vuoti di responsabilità che, in ipotesi, si produrrebbero in conseguenza dell'impiego di sistemi d'armi che non prevedono l'intervento umano nell'esecuzione di funzioni critiche. È nel diritto internazionale, e più precisamente nei suoi sub-sistemi, che vanno cercate le risposte.

Il dibattito si è quindi concentrato sulle principali forme di responsabilità internazionale, a partire dal diritto internazionale penale, all'interno del quale far valere la responsabilità penale dell'*individuo* coinvolto nella produzione o nell'utilizzo di armi autonome per la commissione di crimini internazionali (tipicamente, crimini di guerra).[26] Le principali difficoltà, sul punto, consistono, da un lato, nell'accertare la *mens rea* prevista per le varie fattispecie criminose e, dall'altro lato, nel distribuire la responsabilità tra i vari attori coinvolti, secondo i modelli esistenti di partecipazione di più soggetti al crimine (c.d. *many-hands problem*)[27].

Accanto alla responsabilità individuale, ci si è soffermati sulla responsabilità dell'impresa (tipicamente, produttrice) coinvolta, in quei casi in cui l'errore nel *targeting* sia dovuto a un difetto di fabbricazione (ad es., dell'algoritmo sulla base del quale l'arma autonoma ha ingaggiato un obiettivo non consentito). La recente 'esplosione' del filone di studi dedicato a *Business & Human Rights* (B&HRs) ha finito per toccare, com'è inevitabile, anche il settore della produzione e dell'impiego di armi[28].

[25] GGE, *Guiding Principles*, cit., parr. (b), (d).

[26] M. Bo, *Autonomous Weapons and the Responsibility Gap in Light of the* Mens Rea *of the War Crime of Attacking Civilians in the ICC Statute*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 19, 2021, pp. 1 ss. (in corso di pubblicazione); T. McFarland, T. McCormack, *Mind the Gap: can Developers of Autonomous Weapons Systems be Liable for War Crimes?*, in *International Law Studies*, vol. 90, 2014, pp. 361 ss.

[27] D. Amoroso, B. Giordano, *Who Is to Blame for Autonomous Weapons Systems' Misdoings?*, in E. Carpanelli, N. Lazzerini, *Use and Misuse of New Technologies. Contemporary Challenges in International and European Law*, Cham, 2019, pp. 219 ss.

[28] A. Batesmith, *Corporate criminal responsibility for war crimes and other violations of international humanitarian law: the impact of the business and human rights movement*, in C. Harvey, J. Summers, N. White, *Contemporary Challenges to the Laws of War. Essays in Honour of Professor Peter Rowe*, Cambridge, 2014; R. Steinhardt, *Weapons and the human rights responsibilities of multinational corporations*, in S. Casey-Maslen, *Weapons Under International Human Rights Law*, Cambridge, 2014.

Da ultimo, gli attori coinvolti nel dibattito sollevano, a più voci, la questione della responsabilità del soggetto maggiormente interessato alla produzione e all'utilizzo di armi autonome, ovvero lo Stato[29]. È stato evidenziato come, a tal proposito, le norme primarie che regolano l'uso della forza (anche letale), nell'ambito sia di conflitti armati sia di operazioni di polizia, siano costruite sulla base di un elemento soggettivo (corrispondente, quantomeno, alla 'colpa'), con la conseguenza che quello specifico atto di *targeting* che sia il risultato di un malfunzionamento imprevedibile e inevitabile non costituirebbe, in senso stretto, un illecito internazionale[30].

Questa breve – e certamente non esaustiva – 'mappatura' dei modelli di responsabilità internazionale mette in evidenza, pur nella sua limitatezza, una circostanza assolutamente rilevante ai nostri fini. Le armi autonome sono certamente suscettibili di porsi in tensione con (alcune del) le norme che regolano la responsabilità internazionale di diversi soggetti. Ciò, tuttavia, non esclude che tali norme possano essere adattate, per via interpretativa, alle caratteristiche proprie delle armi autonome, oppure – se l'attività ermeneutica non riuscisse a far approdare a risultati soddisfacenti – che si stabiliscano nuove norme per regolare la responsabilità internazionale nei casi più problematici[31].

In altre parole, ciò che emerge, specularmente a quanto concluso nel paragrafo precedente, è che affrontare il problema dei vuoti di responsabilità con un argomento basato sulla dignità umana ha una chiara valenza retorica, ma dice poco dal punto di vista *giuridico*. Si è visto infatti come sia possibile riempire questi vuoti – ciò che è assolutamente doveroso fare, e che sicuramente corrisponde a una sfida per il diritto internazionale così come esso è – anche senza dover far ricorso al concetto di dignità umana.

[29] D. Hammond, *Autonomous Weapons and the Problem of State Accountability*, in *Chicago Journal of International Law*, vol. 15, 2015, pp. 652 ss.

[30] Per un maggior approfondimento, si veda Amoroso e Giordano, cit.

[31] Ad esempio, in quei casi in cui non è possibile dimostrare alcuna negligenza da parte dello Stato, si potrebbe configurare un modello di responsabilità oggettiva di tipo *assoluto*, finalizzata all'indennizzazione delle vittime. Si tratterebbe infatti di un'attività di per sé *lecita* (cioè, non vietata da alcuna norma primaria) ma *pericolosa* (cioè, suscettibile di produrre danni irreparabili nei confronti di una pluralità di soggetti), assimilabile ad altre attività (quali il lancio di oggetti spaziali o l'inquinamento transfrontaliero) rispetto alle quali il diritto internazionale è già riuscito ad approntare una disciplina. La questione merita un approfondimento maggiore, che qui, per ragioni di spazio e di contenuto, non si può offrire. Si vedano, per un inquadramento della questione, R. Crootof, *War Torts: Accountability for Autonomous Weapons*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 164, 2016, pp. 1347 ss., oltre che D. Amoroso, B. Giordano, *op. cit*., pp. XXX

4. Dignità umana e principi generali del diritto internazionale

Sulla base dell'analisi condotta fino a qui, si vede come del concetto di dignità umana nel dibattito sulle armi autonome si faccia, per lo più, un uso retorico: esso serve, da un lato, per ribadire l'esigenza che questi sistemi d'arma siano prodotti e utilizzati in conformità alle regole esistenti in materia di uso della forza nei confronti di individui e, dall'altro lato, come 'catalizzatore' per segnalare vuoti di responsabilità derivanti dall'impiego di armi autonome. In entrambi i casi, l'argomento basato sulla dignità umana serve per rafforzare altri (e diversi) argomenti; il concetto sottostante, tuttavia, rimane in ultima battuta privo di autonomo spessore giuridico.

Sgomberato il campo di indagine da questo uso 'equivoco' del concetto di dignità umana, bisogna ora domandarsi se non sia comunque possibile – e utile, ai fini del dibattito sulle armi autonome – far ricorso a un concetto autonomo di dignità umana. La questione verrebbe dunque a essere: l'impiego di un sistema d'arma che rimuove, dalla decisione critica, l'intervento umano è suscettibile di incidere, *in quanto tale*, sulla dignità dell'obiettivo? Ciò, quindi, *a prescindere* dal rispetto delle regole in materia di *targeting* e da ulteriori profili di responsabilità internazionale.

La risposta all'interrogativo appena formulato evoca una categoria giuridica che da tempo si pone all'attenzione di teorici del diritto e internazionalisti, ovvero i c.d. principi generali. Contemplati nell'elenco delle norme internazionali applicabili dalla Corte internazionale di giustizia (CIG) nell'esercizio delle proprie funzioni, i «principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili» sono annoverati – seppur non sempre unanimemente – tra le 'fonti' del diritto internazionale[32]. Allo studio dei

[32] Art. 38, par. 1, lett. (c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. Per un primo inquadramento teorico dei principi generali come fonte di diritto internazionale, si vedano, tra i molti: G. Gaja, *General Principles of Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013 (ultimo aggiornamento 2020); R. Pisillo Mazzeschi, A. Viviani, *General Principles of International Law: From Values to Principles?*, in R. Pisillo Mazzeschi, P. De Sena (a cura di), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, Cham, 2018; B. Bonafè, P. Palchetti, *Relying on general principles in international law*, in C. Brölmann, Y. Radi (a cura di), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, Chatham-Northampton, 2016; L. Gradoni, *L'exploitation des principes généraux de droit dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux*, in E. Fronza, S. Manacorda (a cura di), *La justice pénale international dans les décisions des tribunaux* ad hoc. *Etudes des Law Clinics en droit pénal international*, Parigi, 2003, pp. 10 ss.

principi generali si sta dedicando, di recente, nientemeno che la Commissione del Diritto Internazionale (CDI)[33].

Ai nostri fini (e cioè, verificare se esiste un principio generale che impone l'intervento umano nelle funzioni critiche e che, per l'effetto, vieta la produzione e l'impiego di armi autonome), dobbiamo chiederci, in via preliminare, se esista un principio generale che impone il rispetto della dignità umana nel diritto internazionale.

Innanzitutto, è bene precisare che il principio generale *de quo* sarebbe inquadrabile come principio generale *del* diritto internazionale (secondo l'acronimo francese, *principe général du droit international*), ovvero come principio auto-integrato dell'ordinamento internazionale. Tale categoria si oppone a quella, più aderente al dato letterale dell'art. 38, par. 1, lett. (c), dello Statuto della CIG, dei principi generali *di* diritto (*principes généraux de droit*), da intendersi quali principi generalmente riconosciuti nei diversi sistemi giuridici interni e trasposti nell'ordinamento internazionale in modo compatibile con le specifiche esigenze di quest'ultimo[34].

Nella prima delle accezioni qui sopra, i principi generali sono descritti, da diversi autori, come norme giuridiche capaci di esprimere le «premesse assiologiche» dell'ordinamento internazionale, ovvero i *valori* più importanti, in un determinato momento storico, per la comunità dei soggetti di riferimento[35]. Non stupisce allora che, in aggiunta a principi di sapore più tradizionale quali quelli di sovranità territoriale, eguaglianza tra Stati e buona fede, compaiano, nelle trattazioni più recenti, anche i principi di

[33] *Provisional summary record of the 3433rd meeting*, 19 luglio 2018, A/CN.4/SR.3433.

[34] Gradoni, cit., p. 10; CDI, *Report of the International Law Commission*, 29 aprile – 7 giugno, 8 luglio – 9 agosto 2019, A/74/10, par. 218.

[35] C. Tomuschat, *International Law: Ensuring the survival of mankind on the eve of a new century. General course on public international law*, in *Recueil des Cours*, vol. 281, 1999, pp. 9 ss., p. 161. Per una diversa, ma sostanzialmente sovrapponibile, definizione di principi generali del diritto internazionale come fissati «a priori, presque de manière d'axiomes», si veda R. Dupuy, *L'unité de l'ordre juridique international, Cours Général de droit international public*, Recueil des Cours, vol. 297, 2002, pp. 9 ss., p. 182. Altri autori si sono soffermati, poi, sulla capacità strutturale dei principi generali di dare consistenza giuridica a imperativi 'morali' o comunque con evidenti venature 'umanistiche', al punto da sostenere che la loro funzione, nell'ordinamento internazionale, fosse quella di 'costituzionalizzare' tale ordinamento giuridico, nel senso di fissare determinati valori quali irrinunciabili per la comunità internazionale. Si vedano, soprattutto nel primo senso, A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind – Towards a New Jus Gentium*, L'Aja, 2010, p. 496 e, nel secondo senso, C. Eggett, *The Role of Principles and General Principles in the 'Constitutional Processes' of International Law*, in *Netherlands International Law Review*, vol. 66, 2019, pp. 197 ss.

umanità[36], le «considerazioni elementari di umanità»[37], e quindi la dignità umana[38].

Proprio in ragione dell'importanza del valore che sottende, il concetto di dignità umana è richiamato in numerosissimi atti di diritto internazionale – tanto dotati di carattere giuridicamente vincolante quanto sprovvisti del medesimo – al punto che esso si sarebbe tradotto in un principio generale di carattere «strutturale» dell'ordinamento giuridico internazionale[39]. In particolare, è stato dimostrato come – e proprio in ragione della connotazione assiologica che la contraddistingue – ben si possa affermare, a partire dalla prassi di diversi tribunali internazionali, l'esistenza di un principio generale di dignità umana[40].

A tale principio generale l'interprete si rivolge laddove abbia bisogno, innanzitutto, di giustificare una determinata interpretazione di una regola esistente di diritto internazionale. Tale funzione, squisitamente ermeneutica, è riconosciuta in modo pressoché unanime ai principi generali[41]. Alla luce di questa funzione, per inciso, è possibile giustificare, in generale, il ricorso a tecniche di interpretazione teleologicamente orientate, quale l'interpretazione evolutiva tipica dei trattati internazionali in materia di diritti umani, il cui effetto è quello di estendere la portata degli obblighi internazionali.

Ai principi generali, però, è consentito il ricorso anche laddove si debba colmare una *lacuna* nel diritto esistente. Il principio, in quanto categoria normativa, viene applicato quando ci si trovi davanti a una fattispecie

[36] In tema di principio di umanità, così come condensato nella c.d. clausola Martens, si veda, per tutti, A. Cassese, *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, in *European Journal of International Law*, vol. 11, 2000, pp. 187 ss. Per una trattazione recente, si veda E. Carpanelli, *General Principles of International Law: Struggling with a Slippery Concept*, in L. Pineschi (a cura di), *General Principles of Law – The Role of the Judiciary*, Cham, 2015, pp. 146 ss.

[37] CIG, *Caso dello Stretto di Corfu (Regno Unito c. Albania)*, sentenza del 9 aprile 1949, ICJ Rep 4, parr. 21, 22.

[38] R. Pisillo Mazzeschi, A. Viviani, *General Principles of International Law: From Rules to Values?*, in R. Pisillo Mazzeschi, P. De Sena (a cura di), *op. cit.*, pp. 128 ss.; C. Le Bris, *L'humanité saisie par le droit international public*, Parigi, 2012, in particolare pp. 75 ss.

[39] G. Le Moli, *The Principle of Human Dignity in International Law*, in M. Andesas, M. Fitzmaurice, A. Tanzi, J. Wouters, *General Principles and the Coherence of International Law*, Leiden, 2019, pp. 352 ss.

[40] P. De Sena, *Dignité humaine et droit international*, Recueil des Cours (in corso di pubblicazione).

[41] C. Bassiouni, *A Functional Approach to "General Principles of International Law"*, Michigan Journal of International Law, vol. 11, 1990, pp. 768 ss.

rispetto alla quale le regole esistenti si rivelino *insufficienti* (nel senso che non riescono a coprire gli elementi salienti del caso concreto)[42]. Chiamato a 'dire il diritto', il nostro interprete dovrà, accertata l'assenza di regole per la fattispecie, ricorrere ai principi e, all'esito di un'operazione di bilanciamento tra di essi, individuare la regola per risolvere il caso[43].

5. La difficoltà di ricostruire (e applicare) un principio generale di dignità umana nel campo delle armi autonome

Resta ora da accertare se la nozione di dignità umana – in quanto corrispondente a un principio generale del diritto internazionale, suscettibile di orientare teleologicamente l'interpretazione e di colmare lacune nel diritto esistente – possa avere una qualche rilevanza, in questa veste, nel dibattito sulle armi autonome.

In primissima battuta, può senz'altro dirsi che tale nozione gioca un ruolo *sub specie legis ferendae*, nel senso che tende ad ispirare future norme internazionali che regolino espressamente le armi autonome. Secondo una visione pressoché unanime dei partecipanti al dibattito sulle armi autonome, la regolamentazione di questa tipologia di sistemi d'arma – qualunque sia il mezzo con cui verrà assicurata – non potrà prescindere dal rispetto di valori fondamentali quali la dignità umana e l'umanità dei possibili obiettivi. In questo senso, però, il valore *giuridico* di tale nozione è piuttosto limitato.

Ben diverso, invece, è l'impiego che di tale nozione potrà fare l'interprete, specialmente se non si adotteranno norme *ad hoc* per questo tipo di sistemi d'arma. A ben vedere, infatti, la fattispecie offerta dall'ipotetico impiego di un'arma autonoma si atteggia a candidata perfetta per 'testare' sul campo i principi generali. Si pensi a uno scenario in cui uno Stato impieghi, nel quadro di un'operazione antiterrorismo, un'arma autonoma per neutralizzare un sospetto. In ipotesi, le regole sul *targeting* applicabili, così come imposte dalle norme in materia di diritti umani, sono rispettate, né quindi si pongono problemi a livello di responsabilità internazionale. Il tratto saliente – e non coperto, in ipotesi, dalle regole esistenti – di questa fattispecie è rappresentata dall'assenza di intervento umano nell'esecuzio-

[42] Si veda, su tutti, L. Gradoni, *Consuetudine e caso inconsueto*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 95, 2012, pp. 704 ss.

[43] P. De Sena, L. Acconciamessa, *Balancing Test*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2021.

ne di funzioni critiche[44]. In questo senso, l'interprete si troverebbe al cospetto di una *lacuna*, da colmare sulla base dei principi esistenti, tra i quali viene in rilievo, appunto, la dignità umana.

Si pongono, a questo punto, due difficoltà, non difficili da vedere.

La prima consiste nell'accertamento del *contenuto* del principio di dignità umana: si può dire che tale principio è da intendersi nel senso che qualsiasi uso della forza deliberato in assenza di intervento umano è contrario alla dignità umana, e cioè 'inumano' in quanto tale? Alla luce dell'analisi sopra condotta, se si pone mente al dibattito internazionale in materia e se si guarda, dunque, alle dichiarazioni non solo di attori che supportano le armi autonome, ma pure alcune di coloro che vi si oppongono, la risposta è negativa. Nella quasi totalità dei casi in cui nozioni quali dignità umana e umanità ricorrono negli interventi, esse sono impiegate per ribadire le regole esistenti o per segnalare vuoti di responsabilità, quando non sono declinate unicamente in una prospettiva etico-morale[45]. All'interprete mancherebbe, per così dire, un 'appiglio' al dibattito per giustificare la propria operazione ermeneutica.

La seconda difficoltà, invece, è legata alla circostanza secondo la quale, a ben vedere, non è nemmeno detto che dal ricorso al principio di dignità umana discenda, *necessariamente*, una regola che sancisca l'illiceità dell'ingaggio. Potrebbero infatti, nella lacuna, venire in rilievo altri principi, con i quali il nostro interprete dovrà bilanciare il rispetto della dignità umana e che potrebbero financo prevalere sul secondo. Si pensi, a tal riguardo, a quel principio che riconosce che, nella conduzione di operazioni di polizia, non deve essere imposto un «peso irrealistico» agli agenti statali[46]. La *ratio* sottesa a tale principio è, evidentemente, quella di consentire alle autorità statali di neutralizzare, nel rispetto delle regole esistenti, quegli individui che costituiscano una minaccia per la collettività. *Quid*, se nel caso concreto si dimostrasse che l'impiego di armi autonome fosse la scelta più ragionevole per garantire il raggiungimento del risultato? Non è da escludersi che un interprete, all'esito di un bilanciamento, ritenga pre-

[44] Secondo la lettura di Gradoni, è possibile affermare che la «esperienza» da cui sono scaturite le regole di *targeting* non include il tratto saliente delle armi autonome descritto nel testo. Il caso dell'arma autonoma, pertanto, «in virtù delle sue peculiari caratteristiche entra in risonanza con il principio in questione, fuoriesce dal perimetro della regola e si qualifica come inconsueto» (Gradoni, cit., p. 708).

[45] È il caso, ad esempio, della posizione francese e dì quella danese, che includono la questione della dignità umana tra i punti relativi alla riflessione etica sulle armi autonome.

[46] Si veda, su tutti, Corte europea dei diritti dell'uomo, *McCann e altri c. Regno Unito*, sentenza del 27 settembre 1995, par. 200.

valente questo secondo principio rispetto al primo, e che dunque finisca per ritenere *lecito* il concreto impiego della forza.

Al netto di tali difficoltà, la nozione di dignità umana gioca un ruolo che non può essere ignorato, quando si tratti di compatibilità di armi autonome rispetto al diritto internazionale. Se di essa pare farsi un uso poco più che retorico in sede di dibattito, è facile scorgerne le potenzialità in sede applicativa, in ragione del suo porsi come *valore* fondamentale sotteso all'ordinamento internazionale contemporaneo e, quindi, del suo *appeal* all'interprete. La recente riscoperta dei 'principi generali' (un tema risalente) e l'irrompere sulla scena internazionale di tali tecnologie – fenomeni solo apparentemente antitetici – si congiungono in un intreccio di notevole interesse per i cultori del diritto internazionale.

RIFLESSIONI SUL *GENE EDITING* E IL PATRIMONIO COMUNE DELL'UMANITÀ NELL'ERA DEL CRISPR-CAS9

Ilja Richard Pavone*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La sottile linea di demarcazione tra terapia e potenziamento. – 3. La posizione internazionale e il concetto di patrimonio comune dell'umanità. – 3.1. Inquadramento generale. – 3.2. Il genoma umano come patrimonio comune dell'umanità. – 3.3. La portata del concetto di genoma umano come patrimonio comune dell'umanità. – 4. La posizione attendista in ambito internazionale. – 5. La posizione di chiusura dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Il genoma umano costituisce la mappa della vita umana e contiene il patrimonio genetico dell'organismo umano o, in altri termini, le istruzioni genetiche necessarie per sviluppare e dirigere un'attività condotta dall'organismo. La storia completa di un essere umano è scritta nel suo genoma, che costituisce, quindi, la ragione della sua unicità ed irripetibilità. Il genoma umano viene comunemente considerato come il collegamento naturale tra tutti gli esseri umani, dato che è stato tramandato dai nostri antenati.

Come tale, rappresenta patrimonio dell'umanità, come stabilito all'art. 1 della Dichiarazione Universale dell'UNESCO sul genoma umano e i diritti umani (1997).

È pertanto, una risorsa di valore eccezionale, che dovrebbe essere oggetto di protezione speciale da parte della comunità internazionale.

Gli sviluppi della genetica, ed in particolar modo, dell'ingegneria genetica, hanno reso possibile predire se un individuo svilupperà o meno una determinata malattia genetica, sviluppare terapie per la 'sostituzione' dei geni difettosi, manipolare il DNA, ed infine, brevettare le invenzioni biotecnologiche.

La terapia genica sulla linea germinale (TGLG) è una delle frontiere più promettenti dell'ingegneria genetica e, allo stesso tempo, una delle

* Ricercatore, Consiglio Nazionale delle Ricerche, Roma.

applicazioni della biologia e della medicina più controverse. Il *Genome editing* (o *Gene Editing*) è una forma di ingegneria genetica volta a modifica il DNA di un individuo che si è sviluppata tramite la tecnica del CRISPR-Cas9[1], che dà agli scienziati la possibilità di manipolare facilmente il DNA di un organismo. Tale scoperta è valso il premio nobel per la chimica nel 2020 alle scienziate Jennifer Doudna ed Emmanuelle Charpentier[2].

Tale tecnologia ha potenziali ricadute terapeutiche volte al trattamento di serie malattie genetiche, dato che vi è la possibilità di modificare il genoma di un embrione umano *in vitro* non solo a fini di ricerca scientifica, ma anche a scopi terapeutici o di potenziamento, mediante l'impianto in utero di embrioni geneticamente modificati privi dei geni che provocano una determinata malattia genetica.

L'annuncio dello scienziato cinese Jiankui He nel 2018 della nascita di due gemelle con un patrimonio genetico artificialmente modificato tramite la tecnica del CRISPR-Cas9 per renderli immuni al virus dell'HIV ha sollevato numerose critiche un ampio dibattito nella comunità scientifica, paragonabile all'annuncio della clonazione della pecora Dolly negli anni '90[3].

L'aspro dibattito che ne è seguito ha visto emergere la tesi per cui la manipolazione della linea germinale disgregherebbe il patrimonio naturale rappresentato dal genoma umano, e che esisterebbe uno specifico dovere di preservare l'integrità della linea germinale[4].

Comunque, un'analisi più dettagliata delle norme esistenti rivela che il concetto di patrimonio comune dell'umanità non implica necessariamente un divieto della manipolazione sulla linea germinale. È lecito chieder-

[1] R.A. Lea, K.K. Niakan, *Human germline genome editing*, in *Nature Cell Biology*, 21, 2019, pp.1479-1489.

[2] https://www.nobelprize.org/prizes/chemistry/2020/press-release/.

[3] Tale esperimento aveva violato le norme basi sia dell'etica medica sia dell'integrità nella ricerca, dato che la ricerca era stata condotta in segreto senza informare l'università di appartenenza del dr. Jiankui He. Oltre al problema della scarsa trasparenza, lo scienziato non possedeva pubblicazioni rilevanti nel settore e non era attivamente coinvolto nella comunità scientifica cinese. Inoltre, il *Gene Editing* nel caso del virus dell'HIV non è necessario, dato che si tratta di una malattia infettiva (e non a trasmissione genetica) e tramite tecniche di procreazione medicalmente assistita (ad esempio, il 'lavaggio' del liquido seminale) si può facilmente evitare la trasmissione del virus. Anche la creazione di individui 'immuni' al virus è eticamente opinabile, dato che basta rispettare le necessarie precauzioni nei rapporti sessuali per evitare di rimanere infettati.D. Cyranoski, H. Ledford, *Genome-edited baby claim provokes international outcry*, in *Nature News*, 26 November 2018, https://www.nature.com/articles/d41586-018-07545-0.

[4] Ad esempio, cfr. R. Pollack, *Eugenics lurk in the shadow of CRISPR*, in *Science*, 22 May 2015, p. 871.

si quali siano le carenze dell'attuale cornice giuridica internazionale e su quali principi si potrebbe basare un atto internazionale in materia. In particolar modo, quali garanzie possono essere previste al fine di garantire che la nuova tecnica sia sicura, equamente accessibile, ed evitare il turismo bioetico, per cui tale pratica sarà in futuro vietata in alcuni Paesi ed ammessa in altri?

Verrà sostenuto che il diritto internazionale è il contesto più appropriato attraverso cui trovare un consenso tra i governi e sviluppare una regolamentazione appropriata globale sul G*ene Editing,* che non dovrebbe prevedere proibizioni *a priori*, bensì una regolamentazione stringente sulla base di principi ben definiti.

2. La sottile linea di demarcazione tra terapia e potenziamento

Mentre la terapia genica sulla linea somatica mira a modificare il DNA delle cellule di specifici tessuti spiegando, pertanto, i suoi effetti sugli individui trattati, la terapia genica sulla linea germinale determina modifiche al DNA che verranno trasmesse alle generazioni future[5].

La terapia genica sulla linea somatica non solleva particolari dilemmi bioetici, purché vengano rispettati i principi base della moderna etica medica, tra cui il consenso informato del paziente capace di intendere e di volere (o nel caso di paziente incapace del suo rappresentante legale e la valutazione dei protocolli sperimentali da parte di un comitato etico)[6].

La terapia genica somatica è stata utilizzata con successo in caso di pazienti affetti da HIV, anemia falciforme, la cardiomiopatia amiloidotica correlata alla transtiretina e per aumentare la risposta immunitaria contro

[5] Sulla distinzione tra terapia genica sulla linea somatica e germinale, v. S. Pollo, *Terapia genica*, in E. Lecaldano (ed.), *Dizionario di bioetica*, Bari, 2002, pp. 296-298.

[6] V. al riguardo gli art. 5 ('Informed Consent'), 6 ('Protection of persons not able to consent'), 16 ('Protection of persons undergoing research') della Convenzione europea sui diritti umani e la biomedicina. L'art. 16 della Convenzione recita "Research on a person may only be undertaken if all the following conditions are met: there is no alternative of comparable effectiveness to research on humans; the risks which may be incurred by that person are not disproportionate to the potential benefits of the research; the research project has been approved by the competent body after independent examination of its scientific merit, including assessment of the importance of the aim of the research, and multidisciplinary review of its ethical acceptability; the persons undergoing research have been informed of their rights and the safeguards prescribed by law for their protection; the necessary consent as provided has been given expressly, specifically and is documented. Such consent may be freely withdrawn at any time".

le cellule cancerogene tumorali (ad esempio, le terapie a base di cellule T esprimenti un Recettore Chimerico per antigene)[7].

Tale tecnica ha trovato le prime applicazioni terapeutiche a partire dal 1996, quando lo scienziato Larry Thompson iniziò ad utilizzare la terapia genica per correggere nei suoi pazienti casi da immunodeficienza determinata dalla carenza dell'enzima Ada[8].

La possibilità di usare la terapia genica in ambito riproduttivo, e pertanto, di impiantare in utero un embrione '2.0' geneticamente modificato, potrebbe costituire in futuro una scelta per coppie con il rischio di trasmettere serie malattie genetiche ai propri figli, in aggiunta alle possibilità già esistenti di accedere alla diagnosi prenatale e alla diagnosi genetica preimpianto.

Tale opzione ha, tuttavia, sollevato dilemmi sotto il profilo scientifico, etico e giuridico, anche se per taluni autori, in realtà, non vi sarebbero differenze morali tra le due forme di terapia genica[9].

La posizione espressa dalla comunità scientifica riguardo alla TGLG è che – allo stato attuale delle conoscenze scientifiche – non è ancora abbastanza sicura[10]. Pertanto, fintanto che non venga comprovata la sua sicurezza sulla base di un attento 'risk assessment' e non verranno appurati i suoi effetti di lungo periodo sulle generazioni future, è opportuno continuare la ricerca scientifica nel settore, senza tuttavia prevedere un eventuale impianto in utero di un embrione geneticamente modificato.

Per cui, la comunità scientifica è favorevole alla ricerca di base *in vitro* mediante G*ene Editing* su gameti non destinati al concepimento e su embrioni umani non destinati all'impianto. La condizione è che ciò non implichi nel breve periodo eventuali applicazioni terapeutiche (mentre nel lungo periodo, tale possibilità non viene esclusa). Infatti, non avrebbe molto senso investire risorse finanziarie e intellettuali in una ricerca le cui eventuali applicazioni cliniche siano in anticipo vietate.

Nel dibattito sull'ammissibilità della TGLG vengono richiamati i di-

[7] J.D. Gillmore JD et al. *CRISPR-Cas9 In Vivo Gene Editing for Transthyretin Amyloidosis*, in *NEJM*, 2021, pp. 493-502.

[8] L. Thompson, *Correggere il codice. Le nuove terapie geniche*, Milano, 1996.

[9] In tal senso, I. de Miguel Beriain, *Should human germ line editing be allowed? Some suggestions on the basis of the existing regulatory framework*, in *Bioethics*, 2019, pp. 105-111. V. anche, E. Lecaldano, *Bioetica. Le scelte morali*, Roma-Bari, 1999, pp. 210-217.

[10] On Human Gene Editing: International Summit Statement, The National Academy of Sciences, Engineering, Medicine, 3 December 2015, https://www.nationalacademies.org/news/2015/12/on-human-gene-editing-international-summit-statement.

ritti delle generazioni future (ed il principio di responsabilità inter-generazionale), che sarebbero (potenzialmente) lesi da un intervento sulla linea germinale.

Il diritto internazionale dei diritti umani conterrebbe, pertanto, un diritto ad ereditare un patrimonio genetico non artificialmente modificato; sebbene venga spesso richiamato nel dibattito sull'ammissibilità della TGLG come un fatto acquisito, questo presunto diritto non è stato, tuttavia, espressamente codificato in alcun atto a livello internazionale o regionale, alla luce anche dell'evidente difficoltà nell'individuarne il contenuto esatto.

In realtà, si potrebbe sostenere che la trasmissione di una seria malattia genetica ad un individuo e alla sua progenie leda il diritto alla salute, così come i diritti delle generazioni future a una vita priva di sofferenze e a un'elevata qualità della vita.

In tale dibattito, è opportuno, tuttavia, chiarire preventivamente cosa si intenda per diagnosi, ricerca, terapia. La linea di demarcazione tra terapia, prevenzione e miglioramento della specie o potenziamento ('enhancement') è sottile; ed anche l'identificazione di quali malattie debbano essere curate è oggetto di dibattito[11].

Anche ammettendo sotto il profilo bioetico e giuridico un'applicazione terapeutica della TGLG, vanno identificate quali siano le malattie genetiche trasmissibili che possano essere considerate 'gravi' e a cui, quindi, vada applicata tale terapia.

Rifkin, uno dei maggiori oppositori dell'ingegneria genetica, ha sostenuto che è pericoloso sotto il profilo morale sostenere che malattie come il diabete, l'anemia falciforme e i tumori vadano curati intervenendo sul patrimonio genetico di un individuo, perché ciò potrebbe legittimare interventi su patologie 'minori' come ad esempio, la sordità, la miopia, il daltonismo o addirittura interventi migliorativi della razza (come scegliere il colore della pelle, degli occhi, o dei capelli)[12].

Tuttavia, tale argomentazione tipica della bioetica, basata sul c.d. "slippery slope argument", è facilmente confutabile, dato che esistono serie patologie genetiche sulla cui 'gravità' non vi sono dubbi, come, ad esempio, la Fibrosi Cistica e la Beta Talassemia. Per tali malattie, inoltre, sono già ammesse – nella maggior parte delle legislazioni dei Paesi Mem-

[11] E.T. Juengst, *Can enhancement be distinguished from prevention in genetic medicine?*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 1997, pp. 124-142.

[12] J. Rifkin, *Dall'alchimia all'algenia. Le premesse della manipolazione genetica sull'uomo*, 1983, tr. it. Macro edizioni, S. Martino di Sarsina 1994.

bri del Consiglio d'Europa – sia la Diagnosi Genetica Preimpianto (PGD), sia la possibilità di abortire il feto in seguito a Diagnosi Prenatale (c.d. 'aborto terapeutico')[13].

Il Consiglio d'Europa, nella Raccomandazione n. 934/1982 sull'ingegneria genetica aveva già proposto la soluzione di redigere una lista di serie malattie genetiche candidate alla terapia genica, che si sarebbe dovuta aggiornare periodicamente alla luce degli avanzamenti della scienza[14].

Il fatto che ci siano zone grigie nel *continuum* delle condizioni di origine genetica, non dovrebbe essere di impedimento all'individuazione di zone chiare nel cui ambito ammettere determinati interventi di manipolazione genetica a fini terapeutici[15].

In questo senso, può essere qui richiamato l'art. 12 della Convenzione europea sulla biomedicina e i diritti umani che vieta i test genetici predittivi, ma non proibisce a sua volta interventi predittivi allo stato embrionale al fine di individuare la presenza di condizioni genetiche che possano condurre a 'serie malattie genetiche'[16].

Il riconoscimento di specifiche condizioni genetiche per cui sia eticamente ammissibile la terapia genica non implica, tuttavia, un diritto 'assoluto' a nascere sani, come riconosciuta dalla Corte europea sui diritti umani nel caso *Costa e Pavan c. Italia*[17]. La Corte di Strasburgo ha infatti

[13] Tale tecnica permette di campionare i blastomeri di un embrione in vitro e di impiantare in utero esclusivamente quegli embrioni privi di una seria malattia genetica. Nel noto caso *Costa e Pavan v. Italy*, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto l'incoerenza del sistema legislativo italiano, in particolare del divieto di Diagnosi Genetica Preimpianto ai sensi dell'art. 13, Para. 3, lect. *b*, della Legge n. 40/2004 ("Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", in *G.U.* n. 45 del 24 febbraio 2004). V. I.R. Pavone, *Medically Assisted Procreation and International Human Rights Law*, in *Italian Yearbook of International Law*, XXII, 2012, pp. 155-183.

[14] Il Para. 7, *c*, della Raccomandazione suggeriva "to provide for the drawing up of a list of serious diseases which may properly, with the consent of the person concerned, be treated by gene therapy (though certain uses without consent, in line with existing practice for other forms of medical treatment, may be recognized as compatible with respect for human rights in the probability of a very serious disease being transmitted to a person's offspring)".

[15] In tal senso, D. Neri, *Crispr-Cas9, la Convenzione di Oviedo e le generazioni future*, in *S&F*, n. 18, 2017, pp. 197-216, at 204.

[16] L' *Explanatory Report* alla Convenzione al punto 83 recita "Article 12 as such does not imply any limitation of the right to carry out diagnostic interventions at the embryonic stage to find out whether an embryo carries hereditary traits that will lead to serious diseases in the future child". In tal senso, cfr. C. Campiglio, *Eugenetica e diritto internazionale*, in N. Boschiero (ed.), *Ordine internazionale e valori etici*, VIII Convegno SIDI, Verona, 26-27 giugno 2003, Napoli, pp. 453-468, at 466.

[17] Cfr. G. Puppinck, *The Case of Costa and Pavan v. Italy and the Convergence between Human Rights and Biotechnologies. Commentary on the ECHR Ruling in Costa and*

sostenuto che i genitori hanno il diritto "to give birth to a child who does not suffer from the disease they are carriers of" (§ 65); ciò non implica, ad ogni modo, che la qualità di vita del futuro bambino sia determinata esclusivamente sulla base di fattori genetici.

È sicuramente più controverso l'utilizzo del *Gene Editing* a fini di potenziamento o miglioramento di futuri individui, ad esempio, per renderli immuni a determinate malattie (si pensi ai tumori, a malattie neurodegenerative fino alle malattie infettive). È un fatto che già viviamo nella società dell''enhancement', si pensi alla pratica comune della chirurgia estetica o a questioni più problematiche come l'utilizzo di steroidi o doping nello sport. Con 'enhancement' si fa riferimento agli interventi che migliorano le condizioni del corpo o le sue funzioni 'ben oltre' quello che è necessario per ristabilire o sostenere le condizioni di salute[18].

In tale ambito, entra il gioco non la questione del diritto alla vita, ma della qualità della vita stessa. Il *Gene Editing* potrebbe, infatti, essere considerato come uno strumento per la promozione della salute e il miglioramento della qualità della vita. Alla stregua di questo ragionamento, per Sauvulescu vi sarebbe uno specifico obbligo morale di 'migliorare' i nostri figli al fine di garantire loro una vita più lunga e preferibile, che si porrebbe – a suo giudizio – allo stesso livello del dovere di prevenire e trattare serie malattie[19].

Alla luce di quanto detto, la domanda chiave che bisogna porsi è il rapporto tra *Gene Editing* e la qualifica del genoma umano come patrimonio comune dell'umanità.

Un eventuale impianto in utero di un embrione geneticamente modificato al fine di prevenire la trasmissione di serie malattie genetiche o di renderlo immune o più resistente a determinate patologie, si pone in contrasto o meno con i nostri doveri verso le generazioni future?

Pavan v. Italy, No. 54270/10, 28th August 2012, in *Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia,* 2013, pp. 152-177.

[18] E. Parens, *Enhancing Human Traits: Ethical and Social Implications*, Washington, DC, 1998.

[19] J. Sauvulescu, *Genetic Interventions and the Ethics of Enhancement of Human Beings*, in *Gazeta de Antropología*, 2016, pp. 2340-2792. Esempi di potenziamento attraverso il *Gene Editing* possono essere l'aumento della resistenza a determinate malattie (ad esempio, attraverso l'alterazione di un allele associato con un rischio elevato di causare una determinata malattia con uno che sia protettivo) il potenziamento di determinati tratti umani; il miglioramento di alcuni tratti distintivi (la massa muscolare o l'altezza perfetta); l'aumento del peso, della longevità o dell'intelligenza; la resistenza agli agenti inquinanti o ad altri agenti ambientali come le radiazioni. Attraverso la c.d. "reverse pharmacogenomics" è possibile evitare effetti collaterali dei farmaci o promuovere terapie migliori.

3. La posizione internazionale e il concetto di patrimonio comune dell'umanità

3.1. Inquadramento generale

Il principio del patrimonio comune dell'umanità viene applicato ad aree di particolare interesse e a risorse comuni che sono generalmente gestite dalla comunità internazionale e non possono essere oggetto di appropriazione, come ad esempio, i fondali marini oltre la piattaforma continentale (l'Area), l'Antartide, lo spazio extra-atmosferico e i corpi celesti inclusa la luna[20].

Tale concetto è stato sviluppato a partire dagli anni '70 – sulla base di principi solidaristici – al fine di fornire un contro bilanciamento alle ineguaglianze globali sul piano economico, politico e sociale tra i Paesi industrializzati e ricchi del Nord dell'emisfero, che hanno le tecnologie per sfruttare economicamente determinate aree e risorse, e i Paesi in via di sviluppo del Sud del mondo che non hanno tali potenzialità[21]. È stato codificato in trattati internazionali per promuovere l'equo accesso alle risorse di tali aree[22].

Tale dibattito è stato rivitalizzato nel contesto della distribuzione dei vaccini anti COVID-19 che come noto, sono stati ampiamente diffusi nei Paesi industrializzati (con picchi di popolazione immunizzata oltre il 70%), ma rimangono ancora inaccessibili a larghe fette della popolazione del Sud

[20] K. Baslar, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law, The Hague*, 1998; I. Brownlie, *Principles, chapter 13*; A. Cassese, *International Law*, Oxford, 2001, p. 61; R. Wolfrum, *The Principle of Common Heritage of Mankind*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht under Völkerrecht*, 1983, pp. 312-337.

[21] Al riguardo, cfr. N. Ronzitti, *Introduzione al diritto internazionale*, 3° ed., Torino, 2009, p. 86.

[22] Ad esempio, gli Artt. I e II del Trattato sullo spazio extra-atmosferico ('Outer Space Treaty') (1967) stabiliscono che "The exploration and use of outer space, including the moon and other celestial bodies, shall be carried out for the benefit and in the interests of all countries, irrespective of their degree of economic or scientific development, and shall be the province of all mankind"; "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". Il concetto di patrimonio comune dell'umanità viene poi espressamente richiamato all'art. 11 dell'Accordo che regola le attività sulla luna e gli altri corpi celesti ('Moon Treaty') (1979). L'art. 136 della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare (1982) prevede che "The Area and its resources are the common heritage of mankind." A sua volta, gli Artt. I e II del Trattato sullo spazio extra-atmosferico (1967). In realtà, già la Convenzione sulla regolamentazione della caccia alle balene (1946) affermava che "wild animals in their innumerable forms are an irreplaceable part of the earth's natural system which must be conserved for the *good of mankind*."

del mondo[23]. Pertanto, taluni avevano sostenuto che dovessero essere considerati alla stregua di un 'Common Public Good' e si dovesse prevedere una deroga al regime brevettuale attraverso un meccanismo di 'pooling'[24].

Elementi comuni del patrimonio comune sono i) nessuna entità singola può vantare diritti di sovranità o appropriarsi unilateralmente della risorsa del territorio in questione; ii) tutti i Paesi gestiranno la risorsa comune tramite un'autorità che gestirà la risorsa o il territorio a beneficio dell'umanità; iii) i benefici derivanti dallo sfruttamento del territorio o della risorsa saranno condivisi equamente tra i Paesi e iv) saranno utilizzati esclusivamente a fini pacifici[25].

Al pari della *res communis omnius* (ad esempio, l'alto mare) e a differenza della *res nullius* le aree in questione non sono accaparrabili e non possono essere oggetto di rivendicazione territoriale[26].

Il regime giuridico previsto per il patrimonio comune dell'umanità – a differenza della *res communis* – regola rigidamente l'esplorazione e lo sfruttamento della risorsa, stabilisce meccanismi di gestione (a titolo di esempio l'Autorità internazionale dei fondali marini), ed applica il principio dell'equa distribuzione dei benefici derivanti da tali attività.

Un'altra nozione simile è quella dei 'world heritage sites', che sono esempi di patrimonio culturale o naturale che sono considerati per varie ragioni come un "outstanding interest", che necessitano di essere preservati "as part of the world heritage of mankind as a whole"[27]. La Convenzione dell'UNESCO per la protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale (1972) sottolinea che "the sovereignty of the States on whose territory the cultural and natural heritage […] is situated" should be fully respected, ma che "it is the duty of the international community as a whole to co-operate" nella preservazione e protezione di questi siti (Art. 6), in particolare se i rispettivi Paesi sono incapaci di procurarsi le necessarie risorse economiche, scientifiche e tecnologiche per la tutela di questi siti stessi.

[23] Sulla distribuzione in tempo reale dei vaccini contro il COVID-19, v. https://graphics.reuters.com/world-coronavirus-tracker-and-maps/vaccination-rollout-and-access/.

[24] N. Boschiero, *COVID-19 Vaccines as Global Common Goods: An Integrated Approach of Ethical, Economic Policy and Intellectual Property Management*, in *Global Jurist*, 2021, pp. 1-54.

[25] P.N. Ossorio, *The human genome as common heritage: common sense or legal nonsense?*, in *Journal of Law, Medicine & Ethics*, pp. 425-439.

[26] K. Mickelson, *The Maps of International Law: Perceptions of Nature in the Classification of Territory*, in *Leiden Journal of International Law*, 2014, pp. 621-639.

[27] V. Preambolo della Convenzione dell'UNESCO per la protezione del patrimonio mondiale culturale e naturale (1972); per approfondimenti, cfr. E. Baroncini (eds.), *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale mondiale nel diritto internazionale,* Bologna, 2021.

Vi è poi la categoria delle questioni che costituiscono una 'common concern of humankind', come la conservazione della biodiversità e i cambiamenti climatici[28]. Si tratta di quei temi che "inevitably transcend the boundaries of a single state and require collective action in response"[29].

3.2. Il genoma umano come patrimonio comune dell'umanità

Il tema del genoma umano come patrimonio comune dell'umanità è stato oggetto di dibattito in dottrina partire dagli anni '90[30], nella duplice accezione di proprietà simbolica di tutto il genere umano e risorsa comune dell'umanità intera[31].

La Dichiarazione dell'UNESCO sul genoma umano i diritti umani (11 novembre 1997) ha poi qualificato il genoma umano come patrimonio comune dell'intera umanità in senso simbolico (art. 1)[32]. A corollario di tale principio, l'articolo successivo afferma che la dignità e i diritti di ogni essere umano debbano essere rispettati a prescindere dalle sue caratteristiche genetiche (art. 2). Viene poi affermato che "the human genome, which by its nature evolves, is subject to mutations. It contains potentialities that are expressed differently according to each individual's natural and social environment, including the individual's state of health, living conditions, nutrition and education" (art. 3).

Alcuni sostengono, attraverso un'impostazione non condivisibile né ravvisabile nel dettato dell'articolo in questione che tale disposizione im-

[28] V. al riguardo, la Convenzione sulla diversità biologica (1992), la Convenzione quadro sui cambiamenti climatici e l'Accordo di Parigi (2015). Il noto Rapporto Bruntland (1987) stabiliva nel 'Chairman's forward' che "a common concern for the planet and the interlocked ecological and economic threats with which its people, institutions, and governments now grapple." La Parte I del rapporto intitolata 'Common Concerns' discute la necessità per la comunità interazionale di agire in maniera unita e coordinata per affrontare le questioni ambientali che costituiscono una 'common concern of humankind'.

[29] D. Shelton, *Common Concern of Humanity*, in *Environmental Law and Policy*, 2009, p. 83.

[30] V. al riguardo, B.M. Knoppers, *L'integrità del patrimonio genetico: diritto soggettivo o diritto dell'umanità?*, in *Pol. Dir*., 2, 1990, p. 341.

[31] C. Byk, *A map to a new treasure island: The human genome and the concept of common heritage*, in *Journal of Medicine and Philosophy*, 1998, pp. 234-246.

[32] L'art. 1 recita "The human genome underlies the fundamental unity of all members of the human family, as well as the recognition of their inherent dignity and diversity. In a symbolic sense, it is the heritage of humanity"), per approfondimenti, I.R. Pavone, *Genetica e diritti dell'uomo (aggiornamento)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Volume Aggiornamento X, 2007.

plicherebbe, in combinato disposto con gli artt. 12[33] e 19[34], il divieto di pratiche "arbitrariamente manipolative" e sosterrebbe la configurabilità di un diritto ad "ereditare un patrimonio non arbitrariamente manipolato"[35].

Da una lettura dei *traveaux préparatoires* si evince chiaramente l'assenza di una posizione condivisa su un'eventuale proibizione della ricerca e delle applicazioni cliniche delle manipolazioni genetiche sull'embrione, in un periodo storico in cui le terapie geniche erano molto meno promettenti rispetto allo stato attuale[36].

Pertanto, si è deciso di non proibire interventi sul genoma umano o modifiche della linea germinale (l'*editing* sulla linea germinale non è stato poi incluso nella lista delle pratiche proibite in quanto lesive della dignità umana *ex* art. 11).

L'idea di fondo sviluppata nella Dichiarazione è la necessità di preservare il genoma da ogni azione che possa pregiudicarne l'integrità e la libera disponibilità di tutta l'umanità. La Dichiarazione prevede, in primo luogo, che il genoma non possa, nel suo stato naturale essere fonte di guadagni finanziari (art. 4) e, in secondo luogo, che la comunità internazionale debba stabilire una cornice internazionale volta a rendere disponibili per tutti i benefici derivanti dalla ricerca sul genoma. Ciò non implica un divieto di brevettare i risultati della ricerca sul genoma umano, ma enfatizza, piuttosto, la necessità di garantire la libertà di accesso alla conoscenza scientifica sul genoma, i dati sulla ricerca genomica e i suoi risultati.

La Dichiarazione sulle responsabilità delle generazioni presenti nei confronti delle generazioni future (12 novembre 1997) 'completa' la Dichiarazione sul genoma, richiamando la responsabilità delle generazioni presenti nella gestione degli "atti di disposizione del patrimonio genetico umano" nell'interesse delle generazioni future "sforzandosi di assicurare il mantenimento della perpetuazione dell'umanità nel rispetto della dignità della persona umana" (art. 1), senza arrecare pregiudizio alcuno "alla for-

[33] L'art. 12, lect. *b*, afferma che le applicazioni della ricerca nel settore del genoma umano debbano essere volte alla promozione della salute dell'individuo e della specie umana.

[34] L'art. 19, lect. a, (i), sostiene che debba essere condotta una valutazione dei rischi e dei benefici nell'intraprendere la ricerca sul genoma umano e che eventuali abusi debbano essere prevenuti.

[35] In tal senso, A. Falcone, *Genetica e nuovi diritti fondamentali: dalle dichiarazioni internazionali a salvaguardia del genoma umano all'innovazione delle costituzioni nazionali: verso una tutela globale del patrimonio genetico dell'umanità*, in *Persona y Derecho*, 60, 2009, pp. 271-311, p. 286.

[36] UNESCO, Birth of the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights (1999), Second Meeting of the Legal Commission of the IBC, 9 June 1994, 47.

ma ed alla natura umana" (art. 3) e in particolar modo alla forma ed alla natura della specie (art. 6).[37].

L'art. 6, in particolare, intitolato 'genoma umano e biodiversità', prevede con una formula assai generica che "Il genoma umano, nel rispetto della dignità della persona umana e dei diritti dell'uomo, deve essere protetto e la biodiversità deve essere salvaguardata. Il progresso scientifico e tecnico non dovrebbe né nuocere né compromettere in alcuno modo la preservazione della specie umana e delle altre specie". La questione centrale è valutare se un intervento sulla linea germinale con finalità terapeutiche possa costituire o meno una potenziale minaccia alla preservazione della specie umana.

La Dichiarazione dell'UNESCO sui dati genetici (2003) contiene una disposizione 'applicativa' del principio del genoma umano come patrimonio comune dell'umanità quando stabilisce che i vantaggi derivanti dalle scoperte sul genoma umano (nel caso specifico i benefici derivanti dall'uso dei dati genetici) debbano essere equamente condivisi con l'umanità intera (art. 19).

La Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani (2005) contiene poi una norma precauzionale laddove afferma che "debba essere prestata particolare attenzione all'impatto delle scienze della vita sulle generazioni future, incluso sulla loro costituzione genetica" (art. 16).

La qualifica del genoma umano come patrimonio comune è stata in particolar modo richiamata con riferimento alla tesi che sostiene il divieto della brevettabilità del genoma umano o di parti di esso[38]. In ambito regionale, il Consiglio d'Europa nella Raccomandazione n. 1512 del 25 aprile 2001 ribadisce la qualifica del genoma umano come patrimonio comune dell'umanità, laddove "asks all Council of Europe member states to strive to change the basis of patent law in international fora, as far as the ownership of human being tissue and genes is concerned, into law pertaining to the *common heritage of mankind*" (art. 11, para. 6).

[37] A. De Baets, *A Declaration of the Responsibilities of Present Generations Towards Past Generations*, in *History and Theory*, 2004, pp. 130-164.

[38] B.M. Knoppers, *Biobanking: International Norms*, in *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 33, no. 1 (2005): 7-14, at 11; M.L. Sturges, *Who Should Hold Property Rights to the Human Genome? An Application of the Common Heritage of Humankind*, in *American University International Law Review* 13 (1997), pp. 219-261.

3.3. La portata del concetto di genoma umano come patrimonio comune dell'umanità

Il dibattito sull'ammissibilità del *Gene Editing* sulla linea germinale vede tue tesi contrapposte tra di loro.

Da un lato, si può sostenere che il G*ene Editing* violi un presunto diritto delle generazioni future ad ereditare un patrimonio genetico non artificialmente modificato; tale diritto implicherebbe, pertanto, un 'diritto al caso' e ad un'identità genetica "non predeterminata artificialmente, il cui rispetto si pone come presupposto dell'uguaglianza formale tra gli individui"[39].

Dall'altro lato, le generazioni future avrebbero invece un diritto ad ereditare un patrimonio genetico privo di quegli elementi che darebbero origine a serie malattie genetiche che hanno un impatto negativo in termini sia di qualità della vita, che di aspettativa di vita.

Al fine di chiarire la reale portata giuridica del concetto di genoma umano come patrimonio comune dell'umanità, si può richiamare la distinzione proposta in dottrina tra "Common Heritage Property Doctrine" (CHPD) e "Common Heritage Duties Doctrine" (CHDD)[40]. Questa differenza rispecchia la distinzione effettuata da altri autori tra patrimonio comune e risorsa comune[41]. Secondo Ossorio, la CHPD "vests all people or all nations with equal *property interests* in a territory or resource"[42].

Ad esempio, la Convenzione sull'Antartide, che ha 'congelato' ogni pretesa di sovranità, ha riconosciuto *de facto* pari interessi di proprietà ad ogni Stato.

Finora, la CHPD è stata applicata esclusivamente a territori che venivano considerati come *res nullius* (o *terra nullius*), come, ad esempio, l'alto mare.

L'approccio alla base della CHPD risponde alle esigenze dei Paesi meno industrializzati, così come delle popolazioni indigene, per cui il trasferimento di tali risorse ed il benessere ad esso associate, è stato finora unidirezionale.

[39] A. Tancredi, *Genoma umano e altre biotecnologie nel diritto comunitario ed europeo*, in N. Boschiero (ed.), *Ordine internazionale e valori etici*, VIII Convegno SIDI, Verona, 26-27 giugno 2003, Napoli, pp. 381-412, 384.

[40] P.N. Ossorio, *The Human Genome as Common Heritage: Common Sense or Legal Nonsense?*, in *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2007, pp. 425-439.

[41] D.B. Resnik, *The Human Genome: Common Resource but not Common Heritage*, in M. Korthals, R.J. Bogers (Eds.), *Ethics for life scientists* (pp. 197-210).

[42] P.N. Ossorio, *op. cit.*, p. 427.

Il Protocollo di Nagoya – adottato nel contesto della Convenzione sulla Diversità Biologica (*Convention on Biological Diversity* – CBD) – regola l'equo accesso alle risorse genetiche e la condivisione dei vantaggi derivanti dal loro utilizzo. Con il Protocollo di Nagoya si realizza uno degli obiettivi della CBD ('Access and Benefit Sharing') e si dà un importante contributo alla conservazione della biodiversità e all'utilizzo sostenibile di tutti gli elementi che la compongono.

Tale interpretazione del patrimonio comune solleva, comunque, perplessità, dato che non mette in discussione lo sfruttamento commerciale delle risorse comuni, ma prevede esclusivamente un'equa condivisione dei benefici. Pertanto, se si ritiene che sia semplicemente sbagliato commercializzare o mercificare il genoma umano e che esso non debba dare luogo ad alcuna forma di profitto, la CHPD potrebbe non risultare appropriata.

Alcuni autori, che si oppongono strenuamente alla brevettabilità del DNA umano, basano le loro argomentazioni sull'idea per cui nessuno dovrebbe 'possedere' materiale genetico umano alla stregua di una proprietà privata, che dovrebbe essere considerato come una *res nullius*[43].

Sebbene la CHPD non vieti *tout court* lo sfruttamento commerciale del DNA umano, si potrebbe ipotizzare la creazione di una cornice giuridica *ad hoc* per cui popolazioni o pazienti di PVS abbiano accesso ai benefici derivanti da prodotti, medicinali o terapie frutto della manipolazione genetica[44].

Al contrario, la CHDD non riconosce un esplicito diritto di proprietà specifico degli Stati o dei popoli nei confronti di un determinato patrimonio comune. Piuttosto, questa interpretazione riconosce un certo 'interesse' di tutti i popoli verso beni culturali e naturali e riconosce un dovere nell'aiutare a preservarli[45].

Come dovrebbe essere interpretata la tecnica della manipolazione germinale alla luce della CHPD? La CHPD sottolinea che le risorse comuni o i beni comuni, nel caso specifico il genoma umano, non dovrebbero essere oggetto di appropriazione da nessuno e che la comunità internazionale abbia un dovere di condividere equamente i benefici derivanti dallo sfruttamento economico, tecnologico o scientifico del genoma umano. Di conseguenza, una parte essenziale del dibattito si è focalizzata sulla que-

[43] E.H.W. Kluge, *Res nullius, res communis and res propria: Patenting Genes and Patenting Life-Foms*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 2005, pp. 545-563.

[44] J. Bovenberg, *Mining and the Common Heritage of Our DNA: Lessons Learned from Grotius and Pardo*, in *Duke Law & Technology Review* 8 (2006).

[45] P.N. Ossorio, *op. cit*., p. 430.

stione della brevettabilità di parti del genoma umano (o prodotti correlati al genoma), valutando se possano essere considerati ammissibili alla luce del concetto di CHDP[46].

Sebbene il tema sia di grande importanza per il problema della giustizia distributiva e dell'equo accesso a trattamenti di nuova generazione, non fornisce una risposta alla questione se la tecnica della manipolazione germinale debba essere considerata eticamente ammissibile o meno. Qualora un'eventuale applicazione terapeutica del G*ene Editing* venga resa equamente accessibile all'intera umanità, nessuno degli elementi della CHPD si porrebbe in linea di principio in contrasto con un ulteriore sviluppo della terapia genica[47]. Di converso, è altamente probabile che la tecnica del G*ene Editing* non sia equamente accessibile a tutti i pazienti, specialmente non a quelli che vivono in regioni con sistemi sanitari meno avanzati.

Un'eventuale applicazione terapeutica del *Gene Editing* solleverebbe, pertanto, problemi di giustizia distributiva, al pari della questione della distribuzione dei vaccini anti COVID-19.

La questione della giustizia globale e sociale solleva questioni serie in merito alla possibilità dell''enhancement' genetico, che porta in sé il rischio di aumentare le diseguaglianze globali e sociali tra quelle porzioni della società che possano permettersi queste tecniche e quelle che non possano.

Comunque, la CHPD non implica un divieto *tout court* di manipolazione genetica, a condizione che le applicazioni di queste nuove tecniche siano ristrette alla prevenzione di condizioni genetiche serie e siano rese equamente disponibili a tutte le popolazioni.

La CHDD sembra, invece, offrire una strategia più promettente a coloro che sono contrari ad ogni forma di manipolazione genetica sulla linea germinale, in quanto implica il dovere di preservare nel loro stato naturale i beni naturali e culturali, nel caso di specie il genoma umano. Comunque, non è consequenziale che il dovere 'postulato' di preservare il genoma umano implichi necessariamente un obbligo di non intervenire sulla linea germinale. Come sottolineato da parte della dottrina, la violazione dei diritti umani viene spesso richiamata impropriamente come una sorta di panacea di fronte a dilemmi etico-morali[48].

[46] M Queloz, *The Double Nature of DNA: Reevaluating the Common Heritage Idea*, in *The Journal of Political Philosophy*, 2017, pp. 47-66.

[47] N. Primc, *Do We Have a Right to an Unmanipulated Genome? The Human Genome as the Common Heritage of Mankind*, in *Bioethics*, 2020, pp. 41-48.

[48] E. Fenton, *Genetic enhancement – a threat to human rights*, in *Bioethics*, 2008, pp. 1-7.

La questione che ci si dovrebbe porre è perché precludere alle nuove generazioni un diritto ad ereditare un patrimonio genetico 'privo' di serie malattie genetiche, che potrebbe migliorare la loro aspettativa di vita, così come la qualità della vita.

4. La posizione attendista in ambito internazionale

Allo stato attuale, non vi sono disposizioni vincolanti nel biodiritto internazionale che riguardino le potenziali applicazioni terapeutiche del *Gene Editing*, anche se vi è una tendenza ad attendere ulteriori sviluppi in merito alla loro sicurezza sulla base del principio precauzionale.

Come già detto, la comunità internazionale si è pronunciata a favore di una moratoria del G*ene Editing* sulla linea germinale[49]. In una lettera pubblicata su Nature, i firmatari dell'appello per la moratoria hanno auspicato la creazione di una cornice internazionale in cui i singoli Paesi – pur mantenendo libertà di scelta nell'ambito delle proprie politiche sanitarie – si impegnino su base di reciprocità a non approvare ogni utilizzo terapeutico del *Gene Editing*, fintanto che non vengano rispettate determinate condizioni di sicurezza.

Nel mese di luglio 2019, il Direttore Generale dell'OMS ha adottato una dichiarazione richiedendo alle autorità regolatorie ed etiche "to refrain from issuing approvals concerning requests for clinical applications for work that involves human germline genome editing"[50].

Nelle raccomandazioni del 2021, l'OMS ha poi ribadito prudenzialmente che "the potential short- and long-term harm from human embryo genome editing, including the potential consequences of genetic mosaicism, unintended off-target effects and unwanted on target effects, must be fully understood before options for such medical interventions are considered" (Para. 45)[51].

Similarmente, nel contesto dell'origine della pandemia da COVID-19 – presumibilmente nel 'wet market' di Wuhan – l'OMS ha affermato che i mercati umidi che non rispettino standard minimi di benessere animale e le norme previste dal diritto alimentare per garantire la sicurezza degli

[49] https://www.nature.com/articles/d41586-019-00726-5.

[50] Statement on governance and oversight of human genome editing, 26 July 2019.

[51] WHO Expert Advisory Committee on Developing Global Standards for Governance and Oversight of Human Genome Editing, Human Genome Editing A Framework for Governance, 2021, file:///C:/Users/cnr%20ethics/Downloads/9789240030060-eng%20(1).pdf.

alimenti vadano temporaneamente chiusi – come misura emergenziale – in attesa di un'approfondita valutazione del rischio[52]. Anche in tal caso, non si è parlato di un bando, bensì di una moratoria sulla base dell'applicazione del principio di precauzione[53].

Tale principio rappresenta un superamento dell'approccio tradizionale secondo cui gli Stati debbano agire sulla base delle conoscenze scientifiche e costituisce il riconoscimento per cui in determinate circostanze, a seguito di una valutazione delle informazioni disponibili, venga individuata la possibilità di effetti dannosi per la salute ma permanga una situazione di incertezza sul piano scientifico, possano essere adottate misure provvisorie di gestione del rischio per garantire un elevato tutela della salute in attesa di ulteriori informazioni scientifiche[54]. Il principio precauzionale si applica in contesti in cui alcune attività pongano incertezze e potenziali minacce gravi per la salute e l'ambiente. Pertanto, si preferiscono evitare potenziali danni nel lungo periodo rispetto a benefici immediati nel breve periodo. In tale contesto, dato che i potenziali effetti negativi degli interventi sulla linea germinale nel lungo periodo non sono ancora ben conosciuti, si preferisce evitare ogni intervento[55].

Una moratoria (dal latino *moratorius dilatory, morari to delay*) può essere definita come "the temporary suspension of a claim, right, or obligation"[56]. Il caso più eclatante è quello previsto nel contesto della Convenzio-

[52] OIE, WHO, UNEP, "Reducing public health risks associated with the sale of live wild animals of mammalian species in traditional food markets", Interim Guidance, 12 April 2021, https://cdn.who.int/media/docs/default-source/food-safety/ig--121-1-food-safety-and-covid-19-guidance-for-traditional-food-markets-2021-04-12-en.pdf?sfvrsn=-921ec66d_1&download=true.

[53] Il principio di precauzione è stato affermato in ambito internazionale nella Dichiarazione di Rio su Ambiente e Sviluppo (1992). Il principio 15 recita "In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where 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 degradation".

Il principio consiste nell'assegnare "l'onere della prova" non a chi desideri impedire una determinata attività o pratica, bensì a chi desideri perseguirla (F.B. Cross, *Paradoxical Perils of the Precautionary Principle*, in *Washington and Lee Law Review*, 1996, pp. 851-921).

[54] Cfr. M.N. Shaw, *International Law*, Fifth ed., Cambridge, 2003, p. 776.

[55] Per una critica a tale approccio ed un'interpretazione 'estensiva' del principio di precauzione, che non si porrebbe, pertanto, in contrasto con eventuali applicazioni terapeutiche del *gene editing*, cfr. J.J. Koplin, C. Gyngell, J. Savulescu, *Germline Gene Editing and the Precautionary Principle*, in *Bioethics*, 2020, pp. 49-59.

[56] W.Yin, *Moratorium in International Law*, in *Chinese Journal of International Law*, 2012, pp. 321-340.

ne Internazionale sulla Regolamentazione della Caccia alle Balene (1946), quando l'*International Whaling Commission* (IWC) decise nel 1982 di adottare un approccio più animalista decidendo di stabilire una moratoria sulla caccia alle balene, trasformando *de facto* la Convenzione in un trattato conservazionista[57].

In merito agli sviluppi dell'ingegneria genetica, sin dalla Conferenza di Asilomar del 1975 si era affermata la necessità di regolamentare i nuovi settori delle scienze tramite una moratoria, ma non di proibire *a priori* tecniche con potenziali ricadute terapeutiche a beneficio dell'intera umanità[58]. Con specifico riferimento alla terapia genica, l'idea della moratoria era già presente nella Dichiarazione di Inuyama (CIOMS, 1991), che aveva sostenuto la necessità di una moratoria temporanea in attesa della soluzione dei complessi problemi tecnici relativi alla modifica delle cellule germinali umane[59].

Pertanto, la moratoria non esclude che la TGLG venga applicata all'essere umano, ma prima deve essere stabilita la sua sicurezza nel lungo periodo, dato che le modifiche alle cellule germinali si trasmettono alla progenie degli individui trattati.

5. La posizione di chiusura dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa

La posizione di 'attesa' e di 'prudenza' verso potenziali applicazioni terapeutiche delle tecniche di ingegneria genetica che vadano a modificare la linea germinale è presente, come sottolineato, nelle raccomandazioni di organismi internazionali che si sono occupati della materia.

Si rinvengono, tuttavia, atteggiamenti più netti in ambito regionale. Nel contesto dell'Unione europea (UE) si registra una chiusura verso la terapia genica sulla linea germinale, a partire dall'adozione della Diretti-

[57] M. Fitzmaurice, *Whaling and International Law*, Cambridge, 2015, at 29.

[58] Summary Statement of the Asilomar Conference on Recombinant DNA, 1975; testo disponibile in *Proc. Nat. Acad. Sci.*, 1975, pp.1981-1984.

[59] CIOMS, Council for International Organizations of Medical Sciences, Policy Statement on Human Genome, 1991, "The modification of human germ cells for therapeutic or preventive purposes would be technically much more difficult than that of somatic cells and is not at present in prospect. Such therapy might, however, be the only means of treating certain conditions, so continued discussion of both its technical and its ethical aspects is therefore essential. Before germ-line therapy is undertaken, its safety must be very well established, for changes in germ cells would affect the descendants of patients" (Para. VI).

va 98/44/CE sulla brevettabilità delle innovazioni biotecnologiche[60], che equiparava gli interventi sulla linea germinale alla clonazione umana alla stregua di interventi contrari all'ordine pubblico ed alla moralità"[61]. Tuttavia, la Carta europea dei diritti fondamentali (Carta di Nizza, 2000), non contiene disposizioni contrarie al *Gene Editing*, dato che il riferimento al divieto delle pratiche eugenetiche (art. 3, para. 2) riguarda esclusivamente la categoria dei crimini di guerra[62].

Il 26 ottobre 2005, il Parlamento europeo ha poi adottato una risoluzione sui brevetti relativi alle invenzioni biotecnologiche dove "sostiene la prosecuzione della ricerca sulle cellule staminali ma sottolinea, in via di principio, il rifiuto di interventi sulla linea germinale umana, della clonazione umana in qualsiasi fase del suo sviluppo, della ricerca sugli embrioni umani, in quanto ne comporta la distruzione".

Una posizione simile è espressa nel Regolamento europeo sui trials clinici che recita "no gene therapy clinical trials may be carried out which result in modifications to the subject's germ line genetic identity" (art.

[60] I.R. Pavone, 'Aspetti giuridico-internazionali dell'ingegneria genetica', in V. Della Fina (ed.), *Discipline giuridiche dell'ingegneria gentica*, Milano, 2008, pp. 167-204.

[61] Il Para. 40 del Considerando recita "there is a consensus within the Community that interventions in the human germ line and the cloning of human beings offends against order public and morality; whereas it is therefore important to exclude unequivocally from patentability processes for modifying the germ line genetic identity of human beings and processes for cloning human beings" (Para. 40). La Direttiva, se da un lato esclude categoricamente che l'intero genoma umano o il corpo umano possano essere oggetto di brevetto, dall'altra ammette che "un elemento isolato dal corpo umano, o diversamente prodotto, mediante un procedimento tecnico, ivi compresa la sequenza o la sequenza parziale di un gene, possa costituire un'invenzione brevettabile, anche se la struttura di detto elemento e identica a quella di un elemento naturale" (art. 5).

[62] L'art. 3 della Carta di Nizza prevede ('Diritto all'integrità della persona') che " i) ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica; ii) nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge, il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone, il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani". Il riferimento alle pratiche eugeniche, segnatamente quelle che hanno come scopo la selezione delle persone, riguarda le ipotesi in cui siano organizzati e attuati programmi di selezione che comportino, per esempio, campagne di sterilizzazione, gravidanze forzate, matrimoni etnici obbligatori, atti considerati tutti crimini internazionali dallo statuto della Corte penale internazionale adottato a Roma il 17 luglio 1998 (v. art. 7, para. 1, let. *g*). Per pratiche eugenetiche, pertanto, non si fa affatto riferimento né alla Diagnosi Genetica Preimpianto né alla terapia genica. Per approfondimenti, G. Gioffredi, "Bioetica e fonti del diritto dell'Unione europea", in (Gioffredi G., a cura di), *Studi su bioetica e diritto internazionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, pp. 27-48, p. 44.

90, para. 2)[63]. Come sottolineato da parte della dottrina, l'approccio conservatore dell'UE risponde all'impianto originario previsto dalla Direttiva 98/44/CE, per cui i divieti espressi rispondono alla necessità di tutelare la moralità, l'etica e la salute umana[64].

Viceversa, nell'ambito del Consiglio d'Europa, vi era agli inizi un'apertura verso gli sviluppi dell'ingegneria genetica. Il Consiglio d'Europa è stata la prima organizzazione intergovernativa ad interessarsi delle problematiche etiche e giuridiche correlate alla bioetica sin dagli anni'80. Il primo atto significativo è costituito dalla Raccomandazione n. 934 del 1982 relativa all'ingegneria genetica, anno in cui venne registrato il primo grande successo della tecnologia del DNA ricombinante: lo sviluppo dell'insulina umana artificiale, il primo farmaco ottenuto mediante l'applicazione delle biotecnologie.

La Raccomandazione riconosceva le enormi potenzialità offerte dall'ingegneria genetica in campo industriale e agricolo (art. 3, lett. *i*), ma allo stesso tempo evidenziava le implicazioni di ordine etico e giuridico correlate alla possibilità di "conoscere e manipolare le caratteristiche ereditarie di un individuo", nonché i rischi per la salute e la sicurezza che le manipolazioni genetiche comportano (art. 2).

La Raccomandazione riconobbe un diritto ad ereditare un patrimonio genetico non artificialmente modificato, ricavandolo da un'interpretazione estensiva del diritto alla vita e al rispetto della dignità umana protetto agli artt. 2 e 3 della CEDU (art. 4, lect. *b* e *c*). Nonostante ciò, in un primo momento, il Consiglio d'Europa aveva affermato che "the explicit recognition of this right must not impede development of the therapeutic applications of genetic engineering (gene therapy), which holds great promise for the treatment and eradication of certain diseases which are genetically transmitted" (art. 4, lect. *c*).

Pertanto, la Raccomandazione non aveva ravvisato una contraddizione tra il diritto ad un patrimonio genetico 'integro' ed un'eventuale modifica per finalità terapeutiche; infatti, il riconoscimento di questo diritto non avrebbe dovuto ostacolare la messa a punto di potenziali applicazioni te-

[63] Regulation (EU) No 536/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on clinical trials on medicinal products for human use, and repealing Directive 2001/20/EC. Il Regolamento è entrato in vigore il 1° gennaio 2022.

[64] A. Mahalatchimy, P.Lean Lau, P. Li, M.L. Flear, *Framing and legitimating EU legal regulation of human gene-editing technologies: key facets and functions of an imaginary*, in *Journal of Law and the Biosciences*, 2021, pp. 1-30.

rapeutiche dell'ingegneria genetica, con l'obiettivo di trattare ed eliminare certe malattie trasmesse geneticamente (art. 4, par. 3).

L'interesse del Consiglio d'Europa per queste tecniche di ingegneria genetica, fin dai loro albori, denota un'interessante tendenza del diritto, che solitamente segue con un certo ritardo gli sviluppi delle scienze biomediche[65].

L'ottimismo con cui il Consiglio d'Europa guardava all'inizio alla terapia genica germinale è stato progressivamente sovvertito da un atteggiamento eccessivamente prudente verso gli sviluppi delle scienze della vita, ispirato ad un certo conservatorismo morale, o quando meno ad un'applicazione eccessivamente rigida del principio di precauzione mutuato dal settore del diritto ambientale.

Tale impostazione di iniziale apertura – come sottolineato dalla dottrina[66] – è stata completamente ribaltata dalla Raccomandazione n. 1100/1989, che ha espressamente stabilito che "any form of therapy on the human germinal line shall be forbidden" (para. 18)[67].

La Convenzione europea sulla biomedicina ("Chapter IV Human Genome") ha ribadito la posizione del bando della terapia genica sulla linea germinale già espressa nella Raccomandazione n. 1100. L'art. 13 della Convenzione prevede che "an intervention seeking to modify the human genome may only be undertaken for preventive, diagnostic or therapeutic purposes and only if its aim is not to introduce any modification in the genome of any descendants".

È vietata, pertanto, la terapia genica sulla linea germinale, sono ammesse invece la ricerca di base sulle cellule germinali con tecniche di *Gene Editing* (purché non sia previsto l'impianto in utero dell'embrione) e la terapia genica somatica[68]. D'altronde, lo stesso art. 15 della Convenzione riconosce il principio della libertà di ricerca scientifica (con i contro limiti rappresentati dalla protezione della dignità umana, dell'ordine pubblico, della salute o della moralità). Il para. 91 dell'*Explanatory Report* alla Con-

[65] Cfr. S. Ferrari, G. Romeo, *La terapia genica*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, in *Trattato di biodiritto*, Milano, 2011, pp. 511 ss.

[66] D. Neri, *CRISPR-CAS9, la Convenzione di Oviedo e le generazioni future*, in *Scienza & Filosofia*, 2, 2017, pp. 197-216.

[67] Recommendation 1100/1989 on the Use of Human Embryos and Foetuses in Scientific Reserch.

[68] A favore di tale interpretazione dell'art. 13 della Convenzione di Oviedo, cfr. R. Yotova, *Regulating Gene Editing Under International Human Rights Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2020, pp. 653-684, 670.

venzione prevede che: "interventions seeking to introduce any modification in the genome of any descendants are prohibited. Consequently, in particular genetic modifications of spermatozoa or ova for fertilisation are not allowed".

Il gruppo di lavoro incaricato di redigere il testo della Convenzione aveva previsto in un primo momento di non vietare *tout court* la TGLG ammettendola in casi eccezionali.

Le condizioni che si sarebbero dovute rispettare erano i) l'assenza di valide alternative terapeutiche; ii) l'obiettivo di alleviare la sofferenza umana; iii) il rispetto di severi standard di sicurezza[69]. In ultima istanza, venne deciso di proibire tale pratica – ma su base temporanea – prevedendo la possibilità di un ammorbidimento del bando alla luce del progresso scientifico e tecnologico[70]. La portata giuridica di tale divieto è comunque limitata dal fatto che molti Stati (tra cui Germania, Italia, Regno Unito), non sono Parti alla Convenzione[71].

La decisione di proibire potenziali applicazioni terapeutiche della terapia genica sulla linea germinale è stata poi ribadita nel Rapporto del 12 ottobre 2017 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa[72]. Il Para. 1 del Rapporto afferma chiaramente che "this improved knowledge of our make-up as human beings brings with it welcome potential to diagnose, prevent and eventually cure diseases in the future […] raises complex ethical and human rights questions, including – but not limited to – unintended harm which may result from the techniques used, access and consent to such techniques, and their potential abuse for enhancement or eugenic purposes".

La posizione dell'UE e del Consiglio d'Europa, che è quella del bando o divieto, non è, tuttavia, in linea con l'opinione della comunità scientifica, che come già sottolineato, è quella dell' attesa di un preciso *risk assessment* dei c.d. 'off-target effects', ovverossia i cambiamenti non intenzionali nella struttura del DNA con effetti sconosciuti sulle cellule trattate[73].

Quali sono le motivazioni che hanno indotto le due principali organiz-

[69] Preparatory Works on the Convention on the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, Steering Committee on Bioethics, CDBI/INF (2000) 1, 3 (Para. 63).

[70] Preparatory Works, *supra*, Para. 64.

[71] V. https://rm.coe.int/inf-2019-2-etat-sign-ratif-reserves-bil-002-/16809979a8.

[72] Recommendation No. 2115/2017, "The use of new genetic technologies in human beings", https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=24228&lang=en

[73] A.P. Reyes, F. Lanner, *Towards a CRISPR view of early human development: ap-*

zazioni regionali in Europa ad adottare una posizione così rigida in materia? Il timore dell'eugenetica e di 'designer babies' è una delle motivazioni principali alla base di una scelta così drastica del Consiglio d'Europa. Tale impostazione si evince sin dal Preambolo della Convenzione di Oviedo che stabilisce "conscious that the misuse of biology and medicine may lead to acts endangering human dignity". Il para. 89 dell'*Explanatory Report* poi afferma nel dettaglio che "whilst developments in this field [knowledge of the human genome and its applications] may lead to great benefit for humanity, misuse of these developments may endanger not only the individual but the species itself" (Para. 89).

La Convenzione riflette una tendenza presente nella bioetica: si ritiene, infatti, che una volta intrapresa una direzione che potrebbe condurre al compimento di gravi errori, non sarà più possibile tornare indietro per acquisirne solo gli aspetti positivi ('slippery slope argument')[74]. A giudizio di parte della dottrina, tale argomento sarebbe tuttavia limitativo della libertà della persona, in quanto presuppone che gli individui perdano la loro capacità di giudicare e decidere liberamente, qualora compiano un passo fatale in una direzione che possa condurre al male. Va peraltro assunto che è difficile valutare aprioristicamente l'entità delle conseguenze delle scelte compiute[75].

Si potrebbe argomentare, anzi, che il divieto contenuto nella Convenzione di Oviedo sia in contraddizione con uno dei principi cardine del trattato per cui i progressi nel settore delle scienze debbano essere utilizzati esclusivamente a beneficio delle generazioni future[76].

6. Conclusioni

La terapia genica sulla linea germinale ha potenzialità terapeutiche che vanno approfondite nel lungo periodo.

Si può sostenere che, allo stato attuale, il diritto internazionale non

plications, limitations and ethical concerns of genome editing in human embryos, in *Development*, 2017, pp. 3-7.

[74] Ampia la letteratura sul tema; cfr., tra gli altri Burgess, *The Great Slippery Slope Argument*, in *Journal of Medical Ethics*, 1993, pp. 169-174; Walton, *Slippery Slope Arguments*, Oxford, 1992.

[75] D. Neri, *La Convenzione sulla bioetica e la terapia genica*, in *Bioetica*, 1998, pp. 516-524.

[76] In tal senso, P. Sykora, A. Caplan, *Germline gene therapy is compatible with human dignity*, in *EMBO Rep*., 2017, p. 2086.

vieti la ricerca di base *in vitro* su embrioni e gameti utilizzando tecniche di G*ene Editing*, e che un eventuale utilizzo di tale tecnica con finalità terapeutiche non sia in contrasto con il concetto di genoma umano come patrimonio comune dell'umanità (né tantomeno con la dignità umana)[77].

Infatti, il diritto internazionale dei diritti umani (di cui il biodiritto è una branca) non proibisce espressamente tale tecnica, dato che né nei documenti dell'UNESCO né in quelli dell'OMS vengono previsti bandi *tout court*.

Tuttavia, sia l'UE che il Consiglio d'Europa si sono espresse contro la terapia genica sulla linea germinale in atti giuridicamente vincolanti, rispettivamente nel Regolamento sui trials clinici e nella Convenzione di Oviedo. Le politiche dei singoli Stati sono decisamente orientate verso una proibizione di potenziali applicazioni terapeutiche del G*ene Editing*, con rare eccezioni (tra cui Belgio, Colombia, Panama), mentre è permessa la ricerca di base su embrioni e gameti in Norvegia, Regno Unito, Stati Uniti e diversi Paesi del Sud-Est Asiatico (tra cui Cina, Giappone, India)[78].

Nel contesto internazionale, pur non ravvisandosi un bando esplicito, sono stati posti dei paletti significativi. Infatti, andrebbero rispettate e verificate alcune condizioni *sine qua non* prima che si possa ipotizzare un'applicazione terapeutica di tale tecnica, tra cui la sua sicurezza. Vi sono infatti, interessi da bilanciare attentamente; quelli delle coppie con serio rischio di trasmissione di malattie genetiche (che possono, comunque valutare opzioni alternative, tra cui la PGD), del nascituro e della sua progenie. Si tratta, in sostanza, di obblighi positivi per gli Stati di regolare (ma non di vietare) tecniche di ingegneria genetica potenzialmente lesive della dignità umana, dei diritti fondamentali e dei diritti delle generazioni future[79].

Infatti, secondo il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, gli Stati Parti al Patto sui diritti economici, sociali e culturali, hanno l'obbligo di regolare l'utilizzo delle scienze e delle tecnologie al fine di massimizzare i benefici e minimizzare i rischi per le generazioni presenti e quelle future, attraverso un processo di valutazione e gestione del rischio (c.d. 'risk management'), ovverossia la facoltà di compiere scelte di prevenzione e

[77] B. Shozi, *Germline gene therapy is compatible with human dignity*, in *Journal of Law and the Biosciences*, pp. 1-24.

[78] F. Baylis, M. Darnovsky, K. Hasson, T.M. Krahn, *Human Germline and Heritable Genome Editing: The Global Policy Landscape*, in *The CRISPR Journal*, 2020, pp. 365-377.

[79] V. in tal senso, UNESCO, Birth of the Universal Declaration (n 101) International Consultation, 71.

controllo, e quelle di assumere interventi che siano efficaci, proporzionati e mirati[80]. In primo luogo, vanno verificate la sicurezza e le implicazioni di lungo periodo delle modifiche del DNA che si innestano. In secondo luogo, la TGLG dovrebbe essere limitata alla prevenzione della trasmissione di serie malattie genetiche sulla linea di quanto già previsto per la PGD. Si tratterebbe, in sostanza, di un'ulteriore possibilità di scelta per le coppie che sono portatrici di serie malattie genetiche, in aggiunta alla PND e alla PGD. In terzo luogo, andrebbe garantito un equo accesso senza discriminazioni in linea con quanto previsto dalla dottrina del patrimonio comune dell'umanità.

Quanto al (presunto) diritto ad ereditare un patrimonio genetico non artificialmente modificato, si può sostenere che la connessione naturale tra gli esseri umani rappresentata dal genoma umano non viene intaccato dal *Gene Editing*. In tal caso, infatti, non si sostituisce il DNA che si è naturalmente evoluto con uno nuovo sintetico, ma si sostituisce il gene associato ad una malattia con una variante sana.

Il G*ene Editing*, pertanto, non violerebbe il principio di responsabilità intergenerazionale, che anzi presupporrebbe un 'imperativo morale' di evitare che vengano trasmesse serie malattie genetiche alla progenie[81]. Al fine di tutelare i diritti delle generazioni future si potrebbe ipotizzare – sul modello della Convenzione di Aarhus[82] – un meccanismo che garantisca l'accesso pubblico ad informazioni scientifiche rilevanti facilitando la partecipazione dei cittadini ai processi decisionali in materia di applicazione delle tecniche di ingegneria genetica.

Pertanto, sarebbe auspicabile l'adozione di un atto normativo in ambito internazionale che affronti le principali questioni sollevate dal *Gene Editing* sulla linea germinale sotto la forma di una dichiarazione o di un trattato. Una regolamentazione globale di tale tecnica dovrebbe *in primis* prevenire il fenomeno del turismo bioetico per cui determinate pratiche sono vietate in un Paese ed ammesse in altri. La necessità di una disciplina internazionale è stata, *inter alia*, auspicata dall'OMS stessa[83].

[80] CESCR, General Comment No 17 (2005), E/C.12/GC/1712, para 35 and Draft General Comment on Science and Economic, Social and Cultural Rights (n 84) paras 56 and 76.

[81] In tal senso, J. Savulescu, J. Pugh, T. Douglas, C. Gyngell, *The moral imperative to continue gene editing research on human embryos*, in *Protein. Cell*., 2015, pp. 476-479; C. Gyngell, H. Bowman-Smart, J. Savulescu, *Moral reasons to edit the human genome: picking up from the Nuffield report*, in *Journal of Medical Ethics*, 2018, pp. 514-523.

[82] Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (25 June 1998).

[83] WHO, New recommendations on human genome editing for the advancement of

Il percorso non è tuttavia, semplice, tenendo a mente la lezione della Dichiarazione dell'ONU sulla clonazione (2005), laddove gli Stati si sono nettamente divisi sulla questione dell'ammissibilità della c.d. 'clonazione riproduttiva'.

Al riguardo, un utile punto di partenza potrebbe essere rappresentato dal rapporto del *Nuffield Council on Bioethics* del 2018[84], che è significativo in quanto sostiene un approccio basato sui principi etici piuttosto che sulle potenziali applicazioni della terapia genica. Pertanto, si parte dal presupposto per cui ogni utilizzo delle tecniche di *Gene Editing* sia moralmente ammissibile, purché vengano rispettati principi chiave. I postulati richiamati nel rapporto, tra cui la promozione del benessere dell'individuo (quindi il raggiungimento del miglior standard di salute possibile), la solidarietà sociale, l'attenta valutazione del rischio per gli individui e la società, sono principi comunemente accettati nel diritto internazionale.

In sintesi, solo attraverso un atto a livello internazionale si potrebbero tutelare al meglio i diritti delle generazioni future evitando interpretazioni eccessivamente restrittive, e garantendo un equo accesso ai benefici della scienza, coniugando in tale maniera la qualifica del genoma umano come patrimonio dell'umanità con la responsabilità intergenerazionale.

public health, 12 July 2021, Para. 58; https://www.who.int/news/item/12-07-2021-who-issues-new-recommendations-on-human-genome-editing-for-the-advancement-of-public-health.

[84] Nuffield Council on Bioethics, report on "Genome editing and human reproduction: social and ethical issues", 17 July 2018, https://www.nuffieldbioethics.org/publications/genome-editing-and-human-reproduction.

DI CIBERLEVIATANI E VALORI: CARTOGRAFIA DELLA *GOVERNANCE* DIGITALE NEL PRISMA DEL DIRITTO EUROPEO E COMPARATO

Antonio Lazari*

Sommario: 1. I prolegomena della questione. – 2. Normative nazionali sulla cibersicurezza all'interno dell'Unione Europea. – 3. Normative nazionali sulla cibersicurezza esterne al territorio dell'Unione Europea. – 3.1. Panorama normativo negli Stati Uniti d'America. – 3.2. Panorama normativo nella Repubblica popolare cinese. – 4. Dall'analisi empirica alle considerazioni analitiche: modelli di governance della cybersecurity – 5. Il patto per l'Europa. – 6. Il formante legislativo dell'Unione Europea. – 6.1 Caratteristiche della metodologia legislativa. – 7. Il formante giudiziario europeo. – 7.1. Dialogo giudiziario nello spazio giuridico europeo. – 7.2 Il meccanismo speculare del giudice tessitore. – 8 Epilogo.

1. I prolegomena della questione

Il presente studio affronta gli aspetti comparativi ed europei del diritto associato al tema della *cybersecurity* e si articola in due segmenti speculari: il primo affronterà da una prospettiva comparativa ed empirico-descrittiva l'eterogeneo panorama normativo statale. Il secondo frammento, a seguito della riconosciuta impossibilità di affrontare la materia intrinsecamente transnazionale della *cybersecurity* attraverso discipline esclusivamente nazionali, si addentrerà nello studio della disciplina normativa (e della *governance* sottesa) perseguita dall'Unione Europea e dal Consiglio d'Europa, che rappresenta realmente il nucleo di questo lavoro. In primo luogo, analizzeremo l'insostenibilità di una soluzione puramente nazionale, che costituisce un orizzonte limitato rispetto a una questione che intrinsecamente non conosce confini.

* Professore di Diritto internazionale pubblico, Università Pablo de Olavide, Siviglia.

2. Normative nazionali sulla cibersicurezza esterne al territorio dell'Unione Europea

2.1. Panorama normativo negli Stati Uniti d'America

"*The current approach to privacy in the US can be summed up nicely in one word: fragmented*"[1]. Il quadro limitato e disarticolato deriva dall'evoluzione storica della *privacy* negli Stati Uniti, traducendosi significativamente in consistenti lacune e corrispondenti vulnerabilità nella protezione dei cittadini. La Costituzione degli Stati Uniti non menziona esplicitamente il termine "privacy" o "protezione dei dati". In effetti, non esiste un diritto individuale esplicito alla *privacy* negli Stati Uniti, né esiste una legislazione generale sulla protezione della privacy fino ad oggi, componendo il mosaico giuridico di attuali protezioni della privacy da più fonti, quali il Primo Emendamento, il Quarto Emendamento, il Quinto Emendamento e il Quattordicesimo Emendamento della Costituzione. Da una prospettiva comparativa, Whitman sostiene che la più grande minaccia storica alla privacy non sono state le aziende private, bensì il governo sia esso federale o statale[2]. Di conseguenza, gli Stati Uniti hanno convogliato la loro attenzione principalmente intorno alla *privacy* rispetto all'azione governativa e all'idea che gli individui abbiano diritto alla privacy in casa ai sensi del Quarto Emendamento[3].

Alla fine del 2015 dopo anni di lunghi negoziati parlamentari, il Congresso ha approvato una legislazione per consentire alle aziende di condividere volontariamente informazioni sulle minacce alla sicurezza informatica contro il governo federale ed altre società: il *Cybersecurity Act*[4]. Nonostante i requisiti diretti alle entità private di adottare misure per eliminare le informazioni personali prima di condividere gli indicatori delle minacce informatiche, gli aspetti critici della legge sono evidenti per quanto riguarda le aziende che potenzialmente violano i diritti alla *privacy* delle persone, senza contribuire attivamente alla loro sicurezza informatica. Allo stesso modo, non riuscendo a bilanciare l'asse della disciplina della sicu-

[1] J.L. Fischer, *The Challenges and Opportunities for a US Federal Privacy Law*, in *Data Protection Beyond Borders: Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty*, a cura di F. Fabbrini, E. Celeste, J. Quinn, Hart Publishing, 2021, p. 76.

[2] J.Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, in 113 *Yale Law Journal*, 1151, 2017, pp. 1211-12; J.L. Fischer, *The Challenges and Opportunities for a US Federal Privacy Law*, cit., pp. 86-90.

[3] Roe v Wade, 410 US 113 (1973).

[4] Cibersecurity Act H. R. 2029-694.

rezza informatica con la protezione della *privacy* dei cittadini, gli standard statunitensi inizialmente non considerano la sicurezza informatica come una questione di sicurezza nazionale, come si è visto più recentemente nelle segnalazioni di interferenze russe nelle elezioni generali del 2016. Un approccio più ampio basato sull'interesse nazionale richiederà una più stretta cooperazione tra gli Stati Uniti e le altre nazioni; strategia che non è ancora emersa nella recente adozione del *Cybersecurity and Infrastructure Security Agency Act* del novembre 2018[5].

Solo nel 2018 la dinamica fra formante giudiziale e normativo[6] ha contribuito a chiarire in parte l'approccio degli Stati Uniti in materia di protezione dai dati personali, pur permanendo ancora profonde ambiguità. Tali sviluppi includono il caso Microsoft e il *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* (noto come CLOUD Act)[7].

Si è verificata a lungo una netta mancanza di attenzione sulla raccolta di informazioni da parte di attori non governativi[8]. "*There have already been attempts to use class action lawsuits as a mechanism to enforce privacy*" [9]. Le recenti azioni legali collettive intentate contro *Facebook*[10]

[5] H.R.3359 – Cybersecurity and Infrastructure Security Agency Act del 2018.

[6] Il formante giuridico è una figura del diritto comparato, coniato da Rodolfo Sacco utilizzando la terminologia linguistica, ai fini di analizzare i sistemi nazionali decomponendo un modello nazionale nelle sue componenti. Cfr. R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, No. 1 (Winter, 1991), pp. 1-34.

[7] Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (CLOUD Act), Pub. L. No. 115-141, div. V, 132 Stat. 348 (2018) (codified in scattered sections of 18 U.S.C.) [hereinafter CLOUD Act]. Un posto privilegiato in questa analisi è poi riservato al California Privacy Act del 2018. Il Parlamento della California ha approvato il California Consumer Privacy Act, che la maggior parte della dottrina più attenta a questi temi considera la base di un'eventuale legge federale statunitense ispirata al modello europeo GDPR. Il provvedimento legislativo, che è entrato in vigore nel 2020, può essere considerato il regolamento più garante negli Stati Uniti e va letto in un contesto più ampio dove emerge l'intento da parte della Corte Suprema anche nella sentenza Carpenter del 2018 di limitare gli interventi delle autorità statali nella sfera privata dei cittadini (nel caso di specie, tali azioni si riferivano alle registrazioni delle posizioni dei dispositivi di telefonia cellulare).

[8] J.Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty'*, cit., pp. 1211-12.

[9] J.L. Fischer, *The Challenges and Opportunities for a US Federal Privacy Law*, cit., p. 76.

[10] Adkins v Facebook, Inc, No 3:18-cv-05982, 2019 WL 7212315 (ND Cal, 26 November 2019).

Yahoo! [11], *PayPal*[12], *Google*[13] *Chegg*[14] ed, in particolare, la decisione del gennaio 2019 *In re Equifax Securities Litigation*[15] sono sintomi evidenti di una protezione orizzontale *inter privatos* degli attacchi informatici, come d'altronde evidenzia il citato caso inglese Google v. Lloyd in materia di *class actions*.

Quando irrompe l'esigenza "verticale" di ordine governativo, emerge ancora una volta l'insufficiente bilanciamento costituzionale, principalmente nella giurisprudenza della Corte Suprema. "*Supreme Court decisions reiterate that most US jurisprudence related to privacy involves protections against the state, and not in the private sector. The current approach to privacy in the private sector is fragmented and complex, often relying on industries to self-regulate*"[16]. Nella pronuncia *Carpenter v. United States* del 2018[17] la iniziale coincidenza, o quanto meno convergenza, tra le istanze del governo federale ed i tornaconti delle multinazionali si è incrinata, lasciando spazio a un progressivo conflitto di interessi tra le multinazionali statunitensi e le rivendicazioni del governo degli Stati Uniti nel perseguimento di reati gravi. Nel caso in questione, la corte ha nuovamente espresso la visione tradizionale del diritto alla privacy, ritenendo che "[w]*hen an individual seeks to preserve something as private, and his expectation of privacy is one that society is prepared to recognize as reasonable, we have held that official intrusion into that private sphere generally qualifies as a search and requires a warrant supported by probable cause*" [18]. In virtù dell'approvazione del *CLOUD Act*, la Corte Suprema ha soprasseduto il caso nell'aprile 2018, rimettendolo al tribunale inferiore per la sua risoluzione, poiché il governo aveva provveduto ad emettere un nuovo mandato[19]. Emergono negli ultimi tempi istanze rivolte alla protezione dei dati personali in chiave di sicurezza nazionale.

Orbene, la questione intrinseca alla regolamentazione del flusso di

[11] In re Yahoo! Inc. Shareholder Litig., Caso n. 17-CV-307054, (Cal. Supp. Ct 4 January 2019).

[12] PayPal Holdings, Inc., n. 3:17-cv-06956 (N.D. Cal.).

[13] *Frank v. Gaos*, 586 U.S. (2019).

[14] In re Heartland Payment system. Second. Litig., No, 09-1043, (D. N.J. 7 Dicember 2009).

[15] In re Equifax, Inc. Secur. Litig., Caso n. (N.D. Ga. 28 gennaio 2019).

[16] R. Moshell. *And Then There Was One: The Outlook for a Self-Regulatory United States Amidst a Global Trend Toward Comprehensive Data Protection*, in 37 *Texas Tech Law Review* 357, 2005, 362.

[17] Carpenter v. United States, n. 16-402, 585 U.S. (2018).

[18] Carpenter v. United States, 138 S Ct 2206 (2018).

[19] United States v. Microsoft, No. 17-2, slip op. at 3 (2018).

dati personali assume inevitabilmente una dimensione transfrontaliera, investendo la propria sovranità cibernetica o cibersovranità. Il *CLOUD Act* richiede ai fornitori di comunicazioni elettroniche servizi di somministrare i dati richiesti dalle forze dell'ordine federali tramite un mandato, indipendentemente dal luogo geografico ove sono stati raccolti ed archiviati, a condizione che la società sia soggetta alla giurisdizione degli Stati Uniti e che i dati rientrino nel "possesso, custodia o controllo" della medesima *corporation*. Alla stessa stregua della *General Data Protection Regulation* (GDPR), che ha ampliato la portata territoriale della Direttiva sulla protezione dei dati 95/46/EC, il *CLOUD Act* ha esteso la capacità territoriale della precedente normativa *Stored Communications Act*[20]. La recente approvazione dello *Strengthening American Cybersecurity Act* del Iº marzo 2022 nel formante legislativo e la coeva sentenza del marzo *FBI v. Fazaga*[21] nel formante giudiziale rafforzano l'idea di una sbilanciata preoccupazione per la sicurezza nazionale, posta al di sopra di qualsiasi protezione individuale o, quanto meno, di un bilanciamento degli interessi in gioco.

Fatto sta che già a un primo esame empirico sussistono due pilastri giuridici costituenti il nuovo principio di extraterritorialità con due sottese concezioni distinte della protezione dell'identità personale: la GDPR[22] ed in particolare il suo art. 3, e la *US CLOUD Act*. Questi due atti legislativi dimostrano palesemente come gli Stati abbiano elaborato metodi alternativi per esercitare il loro potere sovrano. Questo fenomeno comporterebbe un uso esorbitante del potere sovrano, generando quello che Lessig definisce '*competition among sovereigns*'[23], conducendo inevitabilmente a un'erosione dello stato di diritto sia a livello nazionale che internazionale. Definiremo questi nuovi Supersovrani con i termini hobbesiani di Ciberleviatani. Diversi governi nazionali hanno adottato leggi sulla localizzazione

[20] S.W. Smith, *Clouds on the Horizon: Cross-Border Surveillance Under the US CLOUD* Act, in *Data Protection Beyond Borders: Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty*, cit., p. 343.

[21] Supreme Court, Federal Bureau of Investigation *v. Fazaga*, 595 U.S. (2022), ove i giudici hanno ampliato il potere del governo degli Stati Uniti di invocare il segreto di Stato nelle vertenze riguardanti le operazioni di intelligence dalle proprie agenzie investigative senza far alcun cenno alle corrispondenti posizioni individuali.

[22] 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).

[23] L. Lessig, *Code: And Other Laws of Cyberspace*, Version 2.0, New York, 2006, cap. 16.

dei dati, che richiedono ai controllori di archiviare fisicamente i dati all'interno del territorio statale, primo fra tutti il sistema cibernetico cinese.

2.2. Panorama normativo nella Repubblica popolare cinese

In primo luogo, "*unlike the EU and the U.S., data protection regulations in China are overdue*"[24]. Si è sostenuto che la cultura tradizionale cinese abbia contribuito alla carente protezione della *privacy*. Tuttavia, in regioni culturalmente simili, come per esempio in Taiwan, si sono approvate statuti sulla protezione dei dati[25] che vanno ben oltre gli standard OCSE[26] e la normativa adottata dal governo di Hong Kong è stata la prima giurisdizione in Asia ad aver promulgato una legge completa sulla *privacy* dei dati. Nella Cina continentale, è piuttosto la situazione politica, in un momento in cui la privacy stava facendo un passo avanti a livello internazionale e nazionale, che ha precluso in modo decisivo la piena emersione della protezione della *privacy*, contraddistinguendo la disciplina cinese rispetto agli sviluppi che si verificano altrove.[27] Negli ultimi tempi, la strategia internazionale del governo cinese per la cooperazione nel cyberspazio, il cui testo è stato pubblicato su *Xinhua News* nel marzo 2017, chiarisce gli obiettivi del governo cinese in materia di sicurezza informatica, cooperazione internazionale e mezzi per raggiungere i suoi obiettivi[28].

Il primo punto, pur esprimendo una posizione concettuale aperta in materia di sovranità e sicurezza nel cyberspazio attraverso la permanenza nella comunità internazionale, afferma una visione parzialmente protezionistica contraria a qualsiasi interferenza sovranazionale con le normative nel cyberspazio nazionale. La quarta sezione mostra il sostegno del governo cinese a una rete libera e aperta, in cui tutti i cittadini godano di pieni diritti, accesso alle informazioni, partecipazione entro i parametri stabiliti

[24] E. Pernot-Leplay, *China's Approach on Data Privacy Law: A Third Way Between the U.S. and the E.U.?*, 8 *Penn. St. J.L. & Int'l Aff.*, 2020, p. 49.

[25] Per una discussione dettagliata su queste particolarità cinesi, vd. T. Li, J. Bronfman, Z. Zhou, *Saving Face: Unfolding the Screen of Chinese Privacy Law*, in *J. L., Info., & Sci.*, 4 2021, https://papers.ssrn.com/abstract=2826087.

[26] H. Chen, M. Fahey, *Data protection in Taiwan: overview,* in *Practical Law* (1 October 2018), https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-578-3485.

[27] Y. Tham*, Hong kong – the privacy, data protection and cybersecurity law review*, 5th ed., 2018.

[28] Cybersecurity Administration of China. "International Strategy of Cooperation on Cyberspace", pubblicato l'1 marzo disponibile in http://news.xinhuanet.com/english/china/2017-03/01/c_136094371_5.htm.

nelle leggi di governance sul cyberspazio. In altri termini, il governo cinese promuove il libero flusso di informazioni, purché siano garantiti gli interessi pubblici e nazionali. I sei punti possono disegnare uno scenario molto contraddittorio, ma tendono a promuovere a chiare lettere gli interessi cinesi nel cyberspazio[29], particolarmente ove sia ammessa una possibile *governance* internazionale in cui non si verifichi direttamente o indirettamente alcun tipo di interferenza nei cittadini di ogni Stato, cioè a livello nazionale[30].

Il governo cinese ha deciso già da tempo di avere "il controllo della narrativa sull'ascesa storica della Cina" [31]. Esso mira così ad essere completamente indipendente dagli altri paesi, elaborando progressivamente un'idea di sovranità informatica[32]. Il *Cybersecurity Act* cinese del 2016 è stato concepito principalmente per rafforzare le reti locali contro l'hacking dannoso e tutti i tipi di attacchi informatici, in particolare provenienti da *server* statunitensi[33]. "*China, which has its own national intranet and censors internet content, has a more protectionist and non-interventionist approach to data flows*" [34].Tuttavia, dal punto di vista delle società straniere, questo segmento della legislazione sembra un "cavallo di Troia tecno-nazionalista"[35].

Il potere che tali regolamenti conferiscono alle autorità statali sembra trovare limiti assai tenui soprattutto in relazione alla protezione dell'infrastruttura di informazioni chiave (articolo 31 della legge sulla cibersicurezza) ed ai requisiti di archiviazione delle informazioni e dei dati per le imprese commerciali (articolo 37 della stessa legge). Allontanandosi dall'approccio settorialistico statunitense verso le discipline sulla privacy[36], la legge sulla sicurezza informatica del 2016 ha creato un ampio

[29] *Ibidem.*

[30] *La polémica ley de ciberseguridad entra en vigor en China*, en *El País*, 17 de mayo de 2017, "*No hay seguridad nacional sin ciberseguridad*", ha sostenuto il presidente cinese Xi Jinping in relazione all'importanza che Pechino attribuisce alla misura.

[31] Cybersecurity Administration of China. "International Strategy of Cooperation on Cyberspace", cit.

[32] J. Chi, D. Eva, *China's New Cybersecurity Law Rattles Foreign Tech Firms*, *in Il Wall Street Journal*, pubblicato il 7 novembre 2016, disponibile in https://www.wsj.com/articles/china-approves-cybersecurity-law-1478491064.

[33] Cfr. Z. Weiwei, *The China Wave: Rise of a Civilizational State*, New Jersey, 2012, p. 41.

[34] R. Vatanparast, *Data Governance and the Elasticity of Sovereignty*, cit., p. 28.

[35] S. Tiezzi, *Xi Jinping Leads China's New Internet Security Group,* in *The Diplomat*, 28 febbraio 2014, disponibile in http://thediplomat.com/2014/02/xi-jinping-leads-chinas-new-internet-security-group/.

[36] Cfr. Y. Wu et al., *A comparative study of online privacy regulations in the U.S. and China*, 35 *Telecommunications Pol'y* 35(7), 2019, pp. 603-616.

quadro normativo, in cui rientrano le protezioni della privacy dei dati e che si applica a quasi tutti gli enti pubblici e privati[37].

Queste disposizioni includono i requisiti di localizzazione dei dati per le informazioni personali e i dati sensibili. La localizzazione dei dati in Cina è guidata più da preoccupazioni per la sicurezza nazionale che dalla protezione delle informazioni personali e dai diritti degli interessati[38]. Nel giugno 2019, il governo cinese ha pubblicato una bozza di misure per i trasferimenti transfrontalieri di dati chiamati *the Personal Information Outbound Transfer Security Assessment Measures* (2019 *Draft Measures*)[39]. Il progetto di misure del 2019 si applica agli operatori di rete che raccolgono informazioni personali nel corso delle operazioni all'interno della Cina continentale. Queste misure consentono agli operatori condurre valutazioni in ordine alla sicurezza per determinare se i trasferimenti di dati personali al di fuori della Cina influiscano sulla sicurezza nazionale o danneggino l'interesse pubblico[40]. Senza voler demonizzare tale provvedimento legislativo, è pur vero che esso rende esplicita l'intenzione del governo di Pechino di impedire alle società straniere di esportare dati personali al di fuori dei suoi confini, proponendosi allo stesso tempo come unico grande garante della protezione, il che si traduce in un'evidente perdita di privacy per i dati sensibili dei loro cittadini[41].

Eppure non deve passar inosservato il recente indirizzo politico costellato da vari tipi di strumenti giuridici, vincolanti o non vincolanti, questi ultimi ben più influenti di quanto si possa assumere da un punto di vista occidentale[42]. Queste regole non vincolanti mostrano la direzione della Cina sulla protezione dei dati e il modo in cui è probabile che le autorità interpretino le leggi, il che le rende più importanti dei quadri volontari in

[37] K. Cai, *Jurisdictional report: People's Republic of China*, in *Regulation Of Cross-Border Transfers of Personal Data in Asia*, in *Asian Business Law Institute*, 2018, 62, 64.

[38] K. Cai, *Jurisdictional report: People's Republic of China*, cit., p. 71.

[39] C.L. Qiheng Chen, M. Shi, K. Neville, *Translation: New Draft Rules on Cross-Border Transfer of Personal Information Out of China*, in *New Am*. (June 13, 2019), https://www.newamerica.org/cybersecurity-initiative/digichina/blog/translation-new-draft-rules-cross-border-transfer-personal-information-out-china/.

[40] Cfr. H. Xue, *Privacy and personal data protection in China: An update for the year end 2009*, in 26 *Computer L. & Sec'y Rev.* 284, 289 (2010).

[41] R. Vatanparast, *Data Governance and the Elasticity of Sovereignty*, 46 Brook. J. Int'l L. 14 (2020).

[42] S. Sacks, *New China Data Privacy Standard Looks More Far-Reaching than GDPR*, in *Ctr. Per Strategic & Int'l Stud.* (29 January 2018), https://www.csis.org/analysis/new-china-data-privacy-standard-looks-more-far-reaching-gdpr.

un contesto occidentale. Nel campo della protezione dei dati personali, la più importante di queste regole è la *Specification* del 2018[43].

3. Dall'analisi empirica alle considerazioni analitiche: modelli di governance della cybersecurity

Un rapido confronto dei sistemi giuridici nazionali ha dimostrato l'estrema varietà – persino frammentazione – delle soluzioni associate alle diverse culture giuridiche ed alle strategie politiche sottostanti. All'interno dell'Unione Europea e del territorio europeo in generale, la situazione giuridica era estremamente eterogenea prima dell'intervento dei legislatori e dei giudici europei, che definiremo formanti secondo la terminologia iuscomparatista sacchiana[44]. Ma alla necessità di una disciplina internazionale in relazione a una questione transnazionale non corrisponde una unica risposta delle organizzazioni internazionali, delle superpotenze statali. Due sono, insomma, le tendenze emergenti nel panorama normativo statale: la prima tende ad offrire soluzioni globali attraverso l'adozione di una legislazione *omnibus* (è il caso, ad esempio, del *Cybersecurity Act* emanato nella Repubblica Popolare Cinese nel 2016); il secondo orientamento, d'altra parte, disciplina il tema della *cybersecurity* attraverso un insieme molto articolato di leggi di vario tipo dal diritto amministrativo, al commerciale, passando per il diritto penale: è la soluzione emersa nell'ambito statunitense ed in quello municipale europeo prima dell'avvento del Regolamento Generale. Nell'ambito della competenza dell'Unione europea, la norma di armonizzazione progressiva ha comportato una semplificazione delle normative nazionali.

Per contro, tale considerazione riguarda solo elementi di tecnica legislativa. Diversi fattori indicano una crisi al centro dell'area emergente del diritto internazionale della sicurezza informatica. Le proposte di accordi internazionali vincolanti per le principali parti interessate, tra cui Cina e Russia, sono state accolte con scarso entusiasmo da altri Stati ed hanno limitate prospettive di successo (ne sono lampanti esempi Convenzione del

[43] La "Information Security Technology – Personal Information Security Specification – (GB/T 35273-2017)" è stata emessa dal National Information Technology Standardization Technical Committee (TC260) il 29 dicembre 2017 ed è entrata in vigore il 1° maggio 2018.

[44] Cfr. R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, No. 1 (Winter, 1991), pp. 1-34.

Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica del 2001[45] ed i suoi futuri aggiornamenti in un protocollo[46] o la Convenzione dell'Unione africana sulla cibersicurezza e la protezione dei dati personali del 2014: la cosiddetta Convenzione di Malabo[47]).

In secondo luogo, gli Stati sono estremamente riluttanti a esprimersi e vincolarsi attraverso interpretazioni concrete di questioni giuridiche controverse e quindi a manifestare la loro *opinio iuris* ciberneticamente. Invece di elaborare o interpretare norme, i rappresentanti degli Stati cercano rifugio nel termine più ambiguo "regole" o semplicemente trovano soluzioni di natura extra-legale: ad esempio, accordi bilaterali di estradizione o, in fase preventiva, la variegata tipologia di *cybercommands*. L'avversione statale a partecipare all'elaborazione delle norme internazionali ha generato un vuoto di potere, corroborando le affermazioni secondo cui il diritto internazionale non riesce ad affrontare le sfide moderne poste dal rapido sviluppo tecnologico. In risposta a questa tendenza, diverse iniziative normative non statali guidate da multinazionali del settore hanno tentato di colmare il divario, comprese le proposte di Microsoft per gli standard informatici ed il manuale di Tallinn[48]. Ma l'inclusione di attori non statali con enorme potere fattuale va esaminata con molta attenzione e modulata a livello decisionale dalla *governance* politica, dato il chiaro conflitto di interessi che sorge ricorrendo normativamente a strumenti privati, legati all'idea statunitense della libertà assoluta in sede digitale. Cruciale qui, quindi, è il ruolo svolto dall'Unione europea e dallo spazio comune europeo (che comprendono, quindi, anche la sfera d'azione del Consiglio d'Europa e della Corte europea dei diritti dell'uomo). Qui il confronto non riguarda solo l'analisi delle norme, ma anche il tipo di adozione delle norme, che tenderà all'armonizzazione normativa.

Importante è lo studio del processo di adozione, ad esempio, delle nor-

[45] Cfr. J. Daskal, *Law Enforcement Access to Data Across Borders: The Evolving Rights & Security Issues*,8 *Journal of Nat'l Sec Law & Pol'y*, 2016, p. 873 https://jnslp.com/2016/09/06/law-enforcement-access-data-across-borders-evolving-security-rights-issues/.

[46] Enhanced International Cooperation on Cybercrime and Electronic Evidence: Towards a Protocol to the Budapest Convention, Council of Europe (Sept. 5, 2019). https://rm.coe.int/summary-towards-a-protocol-to-the-budapestconvention/1680972d07.

[47] https://au.int/en/treaties/african-union-convention-cyber-security-and-personal-data-protection.

[48] Le regole cibernetiche proposte da J. Perry Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, 2015, at https://www.eff.org/cyberspace-independence e il Tallinn Manual Project (manuale di Tallinn sul diritto internazionale applicabile alla guerra informatica).

mative sulla Cybersecurity che si sta forgiando in questi anni, con la partecipazione di istituzioni statali di diversa rappresentatività ed il contributo diversificato di *stakeholders.* Un rapido studio comparativo ha mostrato chiaramente una ineludibile e robusta tendenza all'armonizzazione nei settori di intervento della legislazione dell'UE. Ma la cibersecurezza si riduce solo a una questione di creazione e protezione di un mercato digitale?

Per quanto riguarda il fattore normativo, rilevante è il perseguimento dell'obiettivo della cibersicurezza attraverso il rispetto dei diritti fondamentali dell'Unione (in questo caso, contenuti negli articoli 7 e 8 della Carta dei fondamentali dell'Unione), non solo conseguito attraverso l'adozione di regolamenti e direttive), ma attraverso Piani d'Azione promossi dalla Commissione Europea, e soprattutto grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di *cyber identity* e *privacy*. Qui è in gioco il futuro della sicurezza informatica e del cyberspazio stesso come luogo di protezione dell'identità digitale. La protezione e la circolazione dei dati personali sensibili sono probabilmente i campi di battaglia del diritto del ventunesimo secolo, data la dimensione irrinunziabile che i *social media* rivestono nella vita di ciascun cittadino.

Data la complessità del cyberspazio e il numero di attori coinvolti nella sua gestione e utilizzo, la maggior parte del suo controllo proveniva inizialmente dalle stesse imprese e dalla società civile e il ruolo degli Stati era limitato ad un'influenza normativa indiretta, legata altresì ad una idea statunitense di privacy in termini di protezione da agenti esogeni. Attualmente i modelli di *governance* promossi dagli Stati sono molto diversi. Proviamo a delinearli.

Da un lato, un certo numero di paesi non europei, come gli Stati Uniti, il Giappone, il Canada e l'Australia, condividono con l'Unione Europea la visione della *governance* delle parti interessate. Questi Stati ritengono che i modelli centralizzati siano scarsamente adattati alle reti di comunicazione diffuse, globali, condivise pubblicamente, ma in gran parte sviluppate nel settore privato. Tuttavia, non convergono nella determinazione del ruolo destinato alle parti interessate. Mentre l'Unione raccomanda l'inclusione di tutti i cittadini e dei cosiddetti *stakeholders,* gli Stati Uniti si impegnano nella difesa di un modello di governo con una forte partecipazione del settore privato delle multinazionali, salvo la recente svolta verso una protezione statalistica dei dati in termini di sicurezza nazionale.

In questa direzione, il ruolo assegnato ai soggetti privati ed alle imprese è molto ridotto in quei paesi, come Russia, Cina, Iran, Vietnam ed India, che sostengono un approccio esclusivamente centralizzato e intergover-

nativo. Affermando che i paesi occidentali – in particolare gli Stati Uniti d'America – esprimono un potenziale pericoloso nella gestione di Internet, si fanno portatori di un coinvolgimento molto più governativo nel cyberspazio e mirano all'obiettivo normativo di disciplinare la rete-Internet a livello internazionale da organizzazioni intergovernative, come l'Unione internazionale delle telecomunicazioni (ITU), un'agenzia delle Nazioni Unite.

Il problema, tuttavia, è più complesso rispetto a una scelta binaria tra privato o pubblico, libertà o controllo, capitalismo o comunismo[49] e due sono le recenti proposte analitiche, liberali e neo-marxiste, che hanno setacciato i dati empirici sopra riportati, al fine di stigmatizzare la tendenza verso un nuovo Leviatano incontrollato e un capitalismo di sorveglianza.

4. Il patto per l'Europa

"*Europa ofrece la posibilidad de ser una alternativa de resistencia y cambio frente a la distopia tecnológica que Estados Unidos y China proyectan sobre el futuro*"[50]. Il fascio di competenze di cui dispongono le istituzioni dell'Unione, quindi, va a costituire una *governance* digitale, imperniata su una rivisitazione della dignità dell'uomo attraverso una generazione di diritti fondamentali che tutelano la persona e danno senso al suo rapporto con l'Intelligenza Artificiale e la robotica[51]. L'Unione Europea, e lo spazio giuridico europeo in una scala più ampia, non sarebbero solo latori di un progetto forgiato intorno al Diritto, come sostiene Zuboff, ma di una regolamentazione intimamente e saldamente ancorata ai diritti fondamentali[52]. In questa operazione strategica essenziale è il ruolo della Corte di Giustizia, che, da una prospettiva ad ampio spettro, ha delineato i contorni dell'essenza del diritto fondamentale alla *privacy* e alla protezione dei dati personali[53].

[49] Cfr. D. Van Puyvelde, A.F. Brantly *Cybersecurity: politics, governance and conflict in cyberspace*, Cambridge, UK; Medford, MA, USA, 2019.

[50] J.M. Lassalle, *Ciberleviatán. Il crollo della democrazia liberale di fronte alla rivoluzione digitale*, Barcellona, 2019, p. 138.

[51] M. Dunn Cavelty, F.J. Egloff, *The Politics of Cybersecurity: Balancing Different Roles of the State*, in *St Antony's International Review* 15 no.1 (2019), pp. 37-57.

[52] S. Zuboff, *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*, New York, 2019

[53] Assolutamente illuminante è l'analisi effettuata da M. Brkan, *The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way Through the Maze of the CJEU's Constitutional Reasoning*, in *German Law Journal*, 2019, 20, pp. 864-883.

È un modello innervato da limiti e da responsabilità per il ruolo della tecnologia, inscritto nell'identità stessa della cultura europea. Un patto che parte anche da un'idea di libertà lockiana, non solo di obbedienza hobbesiana. Un patto liberale come quello difeso da Locke *illo tempore*, ma che, entrando nel XXI secolo, si sviluppa secondo un'etica tecnologica basata su una nuova idea di responsabilità. Tale intesa, come sosteneva Hans Jonas, dovrà essere ispirato da un imperativo che salvaguardi il diritto a una vita autentica in termini umani[54].

5. Il formante legislativo dell'Unione Europea

Cruciale qui, quindi, è il ruolo svolto dall'Unione Europea (a partire da adesso designata con l'acronimo UE) e dallo spazio comune europeo (tra cui, quindi, il Consiglio d'Europa e la Corte Europea dei diritti dell'Uomo). Il primo decennio del secolo vide l'emergere di una sorta di sovranità corporativa digitale *de facto*[55]. La prima fase della regolamentazione europea si appoggia al liberalismo digitale del formante legislativo.

Le teorie libertarie, come abbiamo avuto modo di evidenziare nel modello statunitense, si basano su un unico presupposto fondamentale. Le caratteristiche del *cosmos* digitale obbligherebbero governi e legislatori ad adottare una regolamentazione basata sul libero mercato. In una delle sue opere, Froomkin definisce Internet come la "Idra moderna"[56]. Ogni volta che qualcuno taglia le teste della bestia mitica, ne crescono di nuove. Lo stesso parallelismo si verifica quando i regolatori tentano di interferire con l'ambiente *online* (tagliando una delle teste di Hydra) e gli utenti aggirano facilmente le nuove regole (la crescita di nuove teste). Questa metafora illustra non solo il compromesso che i governi hanno affrontato alla fine del secolo scorso tra innovazione e tutela dei diritti costituzionali, ma anche il motivo per cui gli Stati (democratici) hanno adottato un approccio di libero mercato in relazione all'ambiente digitale (cioè il liberalismo digitale). Questo quadro liberale ha caratterizzato la politica dell'UE all'inizio di

[54] H. Jonas, *The Imperative of Responsibility. In Search of an Ethics for the Technological Age*, University of Chicago Press, 1984, nonché S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012.

[55] L. Floridi, *The Fight for Digital Sovereignty: What It Is, and Why It Matters, Especially for the EU*, in *Philosophy & Technology*, *33*(3), 2020, p. 371.

[56] A.M. Froomkin, *The Internet as a Source of Regulatory Arbitrage*, in *Borders in Cyberspace*, B. Kahin & C. Nesson eds., 1999, p. 129.

questo secolo, principalmente nella direttiva sul commercio elettronico[57] e nella direttiva sulla protezione dei dati[58].

Solo più tardi, la strategia globale in materia di cibersicurezza è stata accompagnata da una direttiva europea sulla sicurezza delle reti e dell'informazione (direttiva UE 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, recante misure volte a garantire un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione). Tale direttiva ha provocato un chiaro movimento centripeto nella legislazione nazionale ed ha imposto obblighi sia agli Stati membri che agli operatori di infrastrutture critiche e ai fornitori di servizi della società dell'informazione (compresi i *social network*, i *servizi cloud* e i motori di ricerca). In questo modo, l'UE si lascia alle spalle l'approccio volontaristico ed opta per un orientamento prescrittivo che impone agli operatori privati l'obbligo di adottare misure di sicurezza, nonché l'obbligo di condividere le informazioni con le autorità sugli incidenti verificati.

5.1. Caratteristiche della metodologia legislativa

Non mi soffermerò più di tanto sulla galassia di regolamenti e delle direttive che attualmente compongono la legislazione dell'UE: piuttosto, cercherò, invece, di analizzare brevemente alcune delle caratteristiche identitarie della legislazione dell'UE.

L'impronta caratteristica della normativa dell'Unione, oltre alla sua capacità di armonizzazione che abbiamo già attestato, risiede principalmente nella sostanza della persecuzione dei diritti garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali e nell'approvazione delle norme, che coinvolge la maggioranza dei possibili *stakeholder,* senza lasciar loro l'ultima parola al rispetto.

Nel dilemma "regolamentazione contro libertà assoluta", o messo in termini strategico-politici di strategie internazionali*,* regolamentazione cinese o vietnamita contro l'ordinamento statunitense, l'Unione Europea e il Consiglio d'Europa hanno fissato una pietra miliare intermedia basata sulla difesa dei diritti fondamentali. E nel seguente dilemma "Autoregolamentazione contro eteroregolazione" si sono posizionati in una prospettiva chiaramente favorevole alla consultazione di tutte le parti interessate ed, in ultima analisi, alla decisione politica istituzionale, con la successiva ag-

[57] Direttiva 2000/31/CE dell'Unione Europea Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000.

[58] Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995.

giunta della ferma giurisprudenza della Corte di Giustizia (ed in parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo) sul tema della ferrea salvaguardia dei diritti fondamentali del cittadino[59].

6. Il formante giudiziario europeo

L'azione legislativa ora analizzata è intimamente associata all'interazione della giurisprudenza delle Corti europee, dalla quale estrapolerò solo alcune decisioni che vanno nella medesima direzione di tutela dei diritti fondamentali in materia di cybersecurity. Nel perimetro giuridico concettuale europeo, la forma giudiziaria è la componente (il formante in termini iuscomparativi) più attivo e identitario. A fronte delle regolamentazioni legislative estensive della sovranità cibernetica quale la legge CLOUD statunitense del 2018 e la normativa di cibersicurezza cinese del 2016, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (a partire d'ora designata con l'acronimo CGUE) edifica pretorianamente alcuni importanti elementi della *governance* europea in materia di cibersicurezza e rispetto degli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE[60].

Il riconoscimento del carattere vincolante della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE e la sua inclusione nel diritto primario dell'UE hanno contribuito a codificare la dimensione costituzionale dell'ambito (digitale) europeo.

Fino a quel momento, la tutela della libertà di espressione, la privacy e la protezione dei dati nel contesto europeo si basavano non solo sul livello interno, ma anche sulla CEDU[61]. La Corte di Strasburgo ha svolto un ruolo cruciale non solo nella tutela dei diritti fondamentali, ma anche nel sottolineare la sfide derivanti dalle tecnologie digitali.

L'adozione del Trattato di Lisbona ha costituito l'ulteriore passo in questo processo. Il diritto alla libertà di espressione, vita privata e familiare, e la tutela dei dati personali, come già sancito dalla Carta di Nizza, sono

[59] A.N. Guiora, *Cybersecurity Geopolitics, law, and policy*, New York, 2017; R. Escudero Gallego, S. Martínez Garrido, J. Velázquez, M. Aguila Muñoz,, Ciberseguridad, Las Rozas Madrid, 2017; A. López, *Ciberseguridad en los Estados*, en *Revista de Occidente*, Nº 456, 2019 (Ejemplar dedicado a: Ciberseguridad: el reto del siglo XXI), pp. 16-31.

[60] C. Kuner, *The Internet and the Global Reach of EU Law*, in *EU Law Beyond EU Borders: The Extraterritorial Reach of EU Law* (Marise Cremona & Joanne Scott eds.,) 2019, p. 112.

[61] G. De Gregorio, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *Int. Const. Law Review,* 2021, Vol. 19 No. 1, p. 52.

diventati vincolanti nei confronti dei visitatori Stati membri e istituzioni dell'UE, che possono interferire con tali diritti solo in base alle norme a un test stabilito dall'articolo 52 della Carta dell'UE[62].

All'interno di questo nuovo quadro costituzionale, la CGUE ha iniziato a fare affidamento sulla Carta dell'UE per rispondere alle sfide poste dall'ambiente digitale. Sia nel campo dei contenuti che della protezione dei dati, la CGUE ha interpretato i diritti e le libertà della Carta dei contenuti dei diritti con l'obiettivo di garantire l'effettiva tutela di tali interessi costituzionali. Data la mancanza di una revisione legislativa della direttiva sul commercio elettronico o della direttiva sulla protezione dei dati, l'attivismo giudiziario ha risposto le sfide ai diritti fondamentali nella società dell'informazione, promuovendo così la transizione da una prospettiva meramente economica a una nuova fase costituzionale del costituzionalismo europeo (digitale)[63].

La costellazione di decisioni giudiziali[64] delinea, in effetti, i contorni dell'essenza del diritto fondamentale all'identità digitale[65]. Il primo approccio di taglio costituzionalista si consuma dentro il recinto normativo dell'Unione, annullando per la prima volta una direttiva comunitaria 2006/24/EC. In *Digital Rights Ireland*[66] la Corte ritiene sproporzionati gli effetti della stessa sui diritti fondamentali valutando, in quanto corte costituzionale, l'ingerenza e le potenziali giustificazioni dei diritti alla vita privata e alla protezione dei dati dei cittadini dell'Unione protetti dalla Carta dell'Unione europea.

Questa giurisprudenza inizia ad interagire con l'azione legislativa e spesso ne influenza le strategie politiche, nonché i successivi trapianti le-

[62] O. Pollicino, *Judicial Protection of Fundamental Rights in the Transition from the World of Atoms to the Word of Bits: The Case of Freedom of Speech*, in 25 *Eur. L.J.* 155, 2019, p. 25.

[63] G. De Gregorio, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *Int. Const. Law Review* (2021), Vol. 19 No. 1, p. 52.

[64] Sentenze della CGUE 8 aprile 2014, Digital Rights Ireland Ltd contro Minister for Communications, Marine and Natural Resources et al. e Kärntner Landesregierung et al.; C-362/14, Maximiliam Schrems c. Commissione per la protezione dei dati, 6 ottobre 2015; Patrick Breyer contro Bundesrepublik Deutschland, C-582/14 del 19 ottobre 2016; Tele2 Sverige AB / Post-och telestyrelseny, C-203/15; Secretaty of State for the Home Department/Tom Watson e un altro C-698/15; Procura della Repubblica, C-207/16, del 2 ottobre 2018.

[65] M. Brkan, *The Essence of the Fundamental Rights to Privacy and Data Protection: Finding the Way Through the Maze of the CJEU's Constitutional Reasoning*, cit., p. 864.

[66] Sentenza della CGUE C-293/12 & C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd v. Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others and Kärntner Landesregierung and Others, ECLI:EU:C:2014:238 (Apr. 8, 2014).

gislativi. Spesso è il formante giudiziario che si incarica di promuovere le linee guida a cui i colegislatori europei si sono successivamente adeguati, come nel caso della "Direttiva NIS"[67] e del basilare Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR)[68]. La sua implementazione a metà del 2018 ha comportato non solo un processo centripeto di armonizzazione ad *intra* delle variegate legislazioni nazionali, ma ha anche generato diverse iniziative di trapianto sulla sicurezza e la privacy in paesi al di fuori dell'Unione Europea. I governi di Canada e Brasile hanno già approvato una legislazione simile al GDPR, che entrerà in vigore nel 2020. Australia e Singapore hanno regolamentato la notifica delle violazioni entro 72 ore ispirandosi a questo regolamento, il legislatore indiano sta prendendo in considerazione una legislazione simile al GDPR e lo Stato della California ha approvato una legge sulla privacy ispirata evidente alla normativa dell'UE, considerata la più esaustiva negli Stati Uniti fino ad oggi.

6.1. Dialogo giudiziario nello spazio giuridico europeo

Un altro fattore correlato della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo è il suo dialogo con la Corte europea dei diritti dell'uomo che è iniziato con la sentenza del 3 aprile 2007, "Copland Case" e termina con il recente Benedik v. Slovenia[69] che prosegue la conversazione a distanza con il tribunale lussemburghese nella costruzione di uno spazio giuridico europeo affermando la preminenza del diritto al rispetto della vita privata e familiare rispetto agli interventi informatici[70]. La ragnatela giudiziale assume un valore identitario europeo nella misura in cui sia capace di estender-

[67] Direttiva 2016/1148 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 2016, recante misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione.

[68] 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).

[69] Sentenza Corte Europea Diritti dell'Uomo, Benedik v. Slovenia del 24 luglio 2018, n. 62357/14.

[70] Cfr. Cfr. J. Martín, P. de Nanclares, *El TJUE como actor de la constitucionalidad en el espacio jurídico europeo: la importancia del diálogo judicial leal con los tribunales constitucionales y con el TEDH*, en *Teoría y realidad constitucional*, 39, 2017, pp. 235-269; A. Von Bogdandy, *European Law Beyond 'Ever Closer Union': Repositioning the Concept, its Thrust and the ECJ's Comparative Methodology* , in *Europ. Law Journ*, Volume 22, Issue, 4, July 2016, pp. 519-538, trad. *Il diritto europeo oltre l''Unione sempre più stretta': ricostruzione del concetto e della metodologia comparativa della Corte di giustizia*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2017, pp. 9-39.

si e dialogare tanto all'interno del recinto giudiziale, principalmente con le corti costituzionali, come al di fuori nel *cosmos* transnazionale[71]. La profonda distanza concettuale a proposito della riconfigurazione di una sovranità concettuale risiede nell'apertura o chiusura ad altri soggetti, siano essi pubblici o provati. Mentre nel progetto strategico cinese la cibersovranità significa chiusura nei confronti di altri soggetti che possono alterare o danneggiare la sicurezza nazionale, nell'ambito dell'Unione Europea la *governance* posta a difesa dei diritti fondamentali comporta (*rectius*, dovrebbe comportare) una potenziale apertura verso altri titolari pubblici o privati nella direzione dell'equivalenza delle condizioni di protezione dei suddetti diritti. "*Actually, the recognition and 'constitutionalisation' of this right was closely connected to the evolution of the European Union's identity*"[72].

Il rischio che la localizzazione dei dati e una forte sovranità dei dati impongono una sensibile chiusura e l'ascesa dei confini digitali con possibili scontri fra diversi ciberLeviatani[73]. I concetti di sovranità ed il principio di non interferenza, se esacerbati, possono condurre a ramificazioni profondamente problematiche in questo contesto. Nel 2011 il Consiglio d'Europa ha messo in guardia contro il potenziale "impatto transfrontaliero negativo sull'accesso e sull'uso di Internet" che può verificarsi attraverso l'esercizio della sovranità nazionale[74].

Come ha notato Fleur Johns, i "territori dei dati personali" stanno creando nuove configurazioni di corporazioni al di fuori del framework incentrato sullo Stato del diritto internazionale[75]. Effettivamente essa acquisisce una dimensione innovativa, e dunque contributiva, solo se si discosta dagli esperimenti di sovranità digitale extraterritoriale o di riterritorializzazione, cioè se sarà in grado di assumere anche altre posizioni assiologiche esterne

[71] Cfr. A. Lazari, *Là où est la responsabilité, là est le pouvoir. Il nuovo ruolo del Giudice nel paradigma comunitario dopo la sentenza Traghetti*, in http://www.reei.org/index.php/revista/num15/notas; Id., *From the Naked King to the Harlequin Costume: The New Grammar of European Judge*, in *Opinio Juris in Comparatione*, Vol. 2/2009, Paper No. 1.

[72] O. Pollicino, *Data Protection and Freedom of Expression Beyond EU Borders: EU Judicial Perspectives*, cit., p. 34.

[73] D. Polatin-Reuben & Joss Wright, *An Internet with BRICS Characteristics: Data Sovereignty and the Balkanisation of the Internet* 1 (July 7, 2014), https://www.usenix.org/system/files/conference/foci14/foci14-polatinreuben.pdf.

[74] Committee of Ministers, *Recommendation CM/Rec(2011)8 of the Committee of Ministers to member states on the protection and promotion of the universality, integrity and openness of the Internet* (Sept. 21, 2011), https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2f8.

[75] F.E. Johns, *Data Territories: Changing Architectures of Association in International Law*, *in Netherlands Yearbook Of International Law* 2016: *The Changing Nature Of Territoriality In International Law*, Martin Kuijer & Wouter Werner eds,. 2016, pp. 107-129.

e interne, invece di arroccarsi su una posizione solo impositiva. Recentemente, Fan e Gupta citano il Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR) come l'esempio più importante di barriera ai flussi di dati transfrontalieri in un articolo della *Harvard Business Review* sui '*The Dangers of Digital Protectionism*'[76].

Se la transnazionalità del GDPR non intende tradursi in un muro, si deve configurare sotto la forma frattale che si tesse sia dentro la creazioni di un suo recinto concettuale e giuridico, che fuori di esso. È evidente una nuova forma di garanzia, che supera la dicotomia tra *habeas corpus,* associato al corpo fisico, e *habeas data,* concepiti come un'estensione di quella stessa protezione storica al corpo elettronico[77]. Si tratta, più profondamente, di costruire e proteggere un'identità digitale attraverso elaborazioni giurisprudenziali dell'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al fine di plasmare una identità assiologica europea, incentrata sui valori dell'Unione[78].

6.2. Il meccanismo relazionale del giudice tessitore

In ballo non v'è solo una dimensione (di protezione del diritto) individuale[79].

La tutela quasi assoluta del diritto della privacy rivela l'importanza della dimensione sociale, come testimonia anche il recente intervento nell'account dell'allora Presidente statunitense Trump[80]. Le piattaforme *online* possono decidere autonomamente non solo come le persone interagiscono, ma anche come possono far valere i loro diritti (e quali sono tali diritti) regolando privatamente la loro infrastruttura digitale[81]. Sullo sfondo

[76] Z. Fan, A. Gupta, *The Dangers of Digital Protectionism*, Harvard Business Review, 30 August 2018. Disponibile in: www.hbr.org//2018//08//the-dangers-of-digital-protectionism.

[77] Sentenza della Corte costituzionale tedesca del 27 febbraio 2008 che dichiara incostituzionale la norma che rende possibili le perquisizioni *online* dei sistemi informatici, in *Revista española de protección de datos*, Nº. 5, 2008, pp. 317-396.

[78] J.D. Lasica, *Identity in the Age of Cloud Computing: The Next-Generation Internet's Impact on Business, Governance and Social Interaction*, Washington, 2009, p. 1.

[79] S. Seubert, C. Becker, *The Democratic Impact of Strengthening European Fundamental Rights in the Digital Age: The Example of Privacy Protection*, in *German Law Journal* 22, 2021, pp. 31-44.

[80] L. Floridi, *Trump, Parler, and regulating the infosphere as our commons*, in *Philosophy and Technology* 34 (1), 2021, pp. 1-5.

[81] I. Schuliaquer, *Can Twitter and Facebook censor Trump in the name of democracy?*, in OpenDemocracy https://www.opendemocracy.net/en/democraciaabierta/twitter-facebook-censura-trump-democracia-en/.

di questa comprensione sociale del concetto, la *privacy* non è solo considerata come una relazione di interazione e, quindi, una pratica intrinsecamente sociale, ma è anche descritta come un bene sociale, ritenuto di cruciale importanza per le società democratiche. Le polemiche susseguitesi all'acquisizione di Twitter da parte di Elon Musk, ne sono una chiara testimonianza. Nelle parole di Priscilla Regan, il valore sociale della *privacy* può essere inteso in vari modi. In primo luogo, può essere considerato puramente come un valore socialmente condiviso, ("valore comune"[82]) a cui i membri della società si relazionano in una forma o nell'altra. In secondo luogo, la *privacy* può assumere la forma di un valore collettivo, che cattura l'interdipendenza tra la privacy di ogni individuo e l'intera società[83]. Discostandosi, dunque, dalla visione individualista, la tutela dei diritti individuali alla privacy è altresì eminentemente importante per la democrazia, perché tali diritti possono essere interpretati come un prerequisito per la realizzazione della libertà democratica. In quanto tale, la privacy può anche essere intesa come un bene collettivo, che di conseguenza, per la sua protezione, concerne non solo ogni individuo, ma anche la comunità democratica nel suo complesso[84]. Di recente si è detto che "[S]i deve rilevare che il principio di trasparenza assume un ruolo sempre più importante nel diritto dell'Unione ed è attualmente sancito a livello del diritto primario, essendo contemplato agli articoli 1 TUE e 10 TUE nonché all'articolo 15 TFUE. Nell'ambito del diritto dell'Unione, tale principio si concretizza anzitutto in requisiti di trasparenza istituzionale e procedurale relativi ad attività di natura pubblica, quali l'attività legislativa o amministrativa. In quest'ottica, la trasparenza contribuisce a rafforzare i principi di democrazia e il rispetto dei diritti fondamentali quali definiti all'articolo 6 TUE e nella Carta. La Corte stessa ha riconosciuto il collegamento fra trasparenza e democrazia, dichiarando nella sua giurisprudenza che lo scopo del principio di trasparenza consiste nel dare ai cittadini il più ampio accesso

[82] K. Hughes, *The Social Value of Privacy: The Value of Privacy to Society and Human Rights Discourse*, in *Social Dimensions Of Privacy*, a cura di Beate Rössler & Dorota Mokrosinska, 2015, p. 225; V. Steeves, *Reclaiming the Social Value of Privacy*, in *Privacy, Identity And Anonymity In A Network World: Lessons From The Identity Trail* a cura di I. Kerr et al. eds., 2009, p. 191.

[83] P. Regan, *Legislating Privacy: Technology, Social Values, and Public Policy* , University of North Carolina Press, 1995.

[84] Sul tema cfr. J. Habermas, *Moralischer Universalismus* in *Zeiten politischer Regression*, in 48 *Leviathan*, 2020, p. 7; J. Habermas, *Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Have an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research*, 16 *Comm. Theory* 2006, p. 411.

possibile alle informazioni, per rafforzare il carattere democratico delle istituzioni e dell'amministrazione"[85].

Ma v'è di più. Come proteggere tali diritti, individualmente e politicamente intesi[86]?

Questa lotta contro i Leviatani ha d'essere portata avanti mediante un continuo lavorio d'integrazione giurisprudenziale. L'effettività della tutela primaria e fondamentale dei dati personali, per sostanziarsi, deve rivendicare nel rapporto tra Stati terzi, titolari del trattamento e destinatari dei dati extra UE, una condizione imprescindibile per lo scambio degli stessi: la tutela del GDPR la sua *primauté* nei confronti dei cittadini europei. Leggendo in controluce la sentenza Schrems II[87] si può rinvenire la funzione relazionale del giudice tessitore comunitario (tanto *ad intra* come *ad extra*), di cui disquisisce brillantemente Marta Cartabia[88], citando una poderosa opera di Nedelsky[89]. '*The judgment is emblematic of the formal strength of the EU's fundamental rights approach to personal data protection but also its limits in the age of digital interdependency*'[90].

Non è possibile ignorare, pertanto, l'imprescindibile riferimento che, tra i fili della sentenza, la Corte fa alla saga *Kadi*[91].

In particolare, al punto 60 di tale sentenza, la Corte enuncia il principio secondo cui l'Unione è, letteralmente, un'Unione disciplinata dal diritto in senso classico, cosicché «tutti gli atti delle sue istituzioni sono soggetti a controllo della loro conformità, in particolare ai Trattati, ai principi generali del diritto e ai diritti fondamentali». Tale osservazione serve ai giudici per precisare, subito dopo, che le decisioni della Commissione

[85] Conclusioni dell'avvocato Generale Giovanni Pitruzzella, presentate il 20 gennaio 2022, Cause riunite C-37/20 e C-601/20, WM (C-37/20) Sovim SA (C-601/20) contro Luxembourg Business Registers.

[86] Cfr. A. Lazari, *La nueva gramática del constitucionalismo judicial europeo*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 33, 2009, pp. 501-538.

[87] Sentenza della corte (Grande Sezione), 16 luglio 2020, Data Protection Commissioner contro Facebook Ireland Ltd, Maximillian Schrems, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559

[88] M. Cartabia, *Editorial: Courts' relations*, in *I•CON* 18 (2020), p. 2.

[89] J. Nedelsky, *Law's Relations. A Relational Theory Of Self, Autonomy, And Law*, Oxford University Press, 2011, p. 2: "*Relationships are central to people's lives [. . .] but they are not treated as constitutive*".

[90] K. Irion, *Schrems II and Surveillance: Third Countries' National Security Powers in the Purview of EU Law*, in *EU Law Blog* (24 July 2020), www.europeanlawblog.eu/2020/07/24/schrems-ii-and-surveillance-third-countries-national-security-powers-in-the-purview-of-eu-law/.

[91] Corte giust. 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione.

adottate ai sensi dell'articolo 25, paragrafo 6, della direttiva 95/46/CE non possono sottrarsi a tale norma.

Leggendo la sentenza Schrems II alla luce dell'*arrêt* Kadi[92], emerge l'immagine di un sistema europeo che risponde a un modello autonomo, un paradigma che, all'interno di una costruzione dualistica, non ammette interpretazioni arbitrarie o restrizioni ai diritti fondamentali. Ma deve anche decifrarsi tale decisione non nei termini della *closure* glenniana[93] tradizionalmente associati alla nozione di sovranità, presenti, invece, nei formanti legislativi statunitense e cinese[94]. Il giudice comunitario europeo, pur basandosi sulla disposizione legislativa dell'art. 3 del RGPD, getta le basi di un'estensione della protezione costituzionale del diritto all'identità digitale, di primaria rilevanza, tant'è che si parla di essenza dei diritti fondamentali, appoggiando la sua argomentazione su un meccanismo valoriale[95]. "*Digital sovereignty is seen as a basis for strengthening the EU's role in an interconnected world, promoting its core interests, and protecting the fundamental values upon which the Union is based, namely, human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect of human rights (art. 2 TEU)*"[96].

[92] M.H. Murphy, *Assessing The Implications Of Schrems II For Eu-Us Data Flow*, in *ICLQ*, 2020, p. 14

[93] H.P. Glenn, *The Cosmopolitan State*, Oxford, 2013. Di recente cfr. H. Dedek (Ed.), A *Cosmopolitan Jurisprudence: Essays in Memory of H. Patrick Glenn*, ASCL Studies in Comparative Law, Cambridge, 2021.

[94] C. Gentile, *La saga Schrems e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Federalismi*, 1/2021, p. 54: "In definitiva, Schrems II potrebbe costituire il punto di partenza di un dibattito più articolato sull'applicazione extraterritoriale dei diritti fondamentali". Cfr. anche J.P. Meltzer, *The Court of Justice of the European Union in Schrems II: The impact of GDPR on data flows and national security*, in *VoxEu*, 5.8.2020.

Sul piano geopolitico, Schrems II avrà un impatto più grave sui flussi di dati verso la Cina, la Russia e altri stati autoritari, nonché, in seguito alla Brexit, sui flussi verso il Regno Unito (K. Propp, P. Swire, *Geopolitical Implications of the European Court's Schrems II Decision*, in *LawfareBlog*, https://www.lawfareblog.com/geopolitical-implications-european-courts-schrems-ii-decision).

[95] Ravvisa elementi critici R. Bifulco, *Il trasferimento dei dati personali nella sentenza Schrems II: dal contenuto essenziale al principio di proporzionalità e ritorno*, *in DPER online*, 2/2020, p. 7: "la sentenza in commento potrebbe addirittura essere all'origine di rischi di una frammentazione della tutela o, meglio ancora, di una tutela a macchia di leopardo, legata alle specificità ordinamentali e alla maggiore sensibilità di qualche autorità di controllo di uno Stato membro rispetto ad altre". Cfr. nello stesso senso M. Tzanou, *Schrems I and Schrems II: Assessing the Case for the Extraterritoriality of EU Fundamental Rights*, in F. Fabbrini, E. Celeste, J. Quinn (Eds.), *Data Protection Beyond Borders Transatlantic Perspectives On Extraterritoriality And Sovereignty*, Hart Publishing, 2021.

[96] K. Irion, M. Burri, A. Kolk, S. Milan, *Governing "European values" inside data flows: interdisciplinary perspectives*, in *Internet Policy Review*, *10*(3), 2021, p. 9.

Se tale meccanismo assiologicamente determinato intende funzionare, deve rifuggire dalla *closure*, dal paradigma escludente sovranista ed aprirsi alla *contaminatio* con altri sistemi[97].

È auspicabile essere certi che, in relazione ai diversi ordinamenti giuridici con i quali l'ordinamento giuridico europeo entra in relazione, la tutela dei diritti fondamentali costituisca non solo un baluardo insormontabile, ma anche un mezzo di arricchimento.

I diritti fondamentali, precedentemente relegati a mere eccezioni in mano agli Stati membri per giustificare restrizioni alle libertà economiche proclamate dai Trattati, diventano così un perno del sistema, costituendo una "cerniera" che ne regola l'apertura verso l'esterno e l'interno[98]. Tale propensione aperturista è racchiusa tutta nella vocazione stessa dell'Unione ed in particolare nell'art. 6.3 TUE, laddove si lega la stessa esistenza dei diritti fondamentali alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Il ruolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che era già cruciale nella sentenza Kadi, non può quindi passare inosservato o non essere considerato essenziale: si tratta della metodologica identitaria dell'Unione.

Tuttavia, dobbiamo tener conto di una differenza sostanziale che sembra evidenziare ulteriormente l'identità relazionale dell'ordinamento comunitario.

Nella decisione Kadi, la fonte esogena da cui è derivata la violazione dei diritti fondamentali tutelati dalla Carta era rappresentata dagli obblighi imposti da un accordo internazionale e, più specificamente, da una risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Il contenuto dell'ordinanza dell'ONU era il termine sul quale il sistema comunitario doveva prendere le distanze, interponendo la tutela dei diritti fondamentali come ostacolo a una piena e servile incarnazione di quanto previsto nella fonte eteronoma su cui si basava il regolamento del Consiglio, poi parzialmente annullato.

Nel caso *Schrems*, da parte sua, non è una norma di diritto internazionale o un atto derivato da un'organizzazione internazionale, ma il sistema dell'Approdo Sicuro ed, in particolare, l'ordinamento giuridico degli Stati Uniti che esporrebbe l'Unione a una minaccia per i diritti fondamentali.

[97] Cfr. O.J. Gstrein, A.J. Zwitter, *Extraterritorial application of the GDPR: promoting European values or power?*, in *Internet Policy Review*, 2021, p. 44.

[98] Sottolinea acutamente O. Pollicino, *La tutela de la privacy digital: el diálogo entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las jurisdicciones nacionales*, in *Revista de Estudios Políticos*, 2016, 173, p. 244.

Pertanto, il limite imposto dalla tutela degli articoli 7, 8 e 47 della Carta è contrario al diritto di uno Stato terzo. Ciò consente di valutare meglio il valore della Carta, poiché la sua applicazione implica una revisione, chiaramente orientata ai diritti fondamentali, di un atto contenente una valutazione diversa dal grado di protezione offerto dal diritto degli Stati Uniti. Non viene modificata la riproduzione sostanziale del contenuto di una norma internazionale, ma una valutazione, consolidata nella decisione 2000/250, sull'adeguatezza della protezione.

Sempre in virtù della funzione relazionale presente nella sentenza *Schrems* , non va sottovalutato un importante collegamento (stavolta con proiezione *ad intra*) tra una parte della sentenza e alcuni precedenti rilevanti della Corte costituzionale tedesca.

Il paragrafo 73 recita che "[i]l paese terzo non può essere tenuto a prevedere un livello di protezione identico a quello garantito dall'ordinamento giuridico dell'Unione". Questa decisione della Corte lussemburghese ricorda da vicino il contenuto di due sentenze molto importanti della Corte costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*), note come Solange I e Solange_II[99].

Secondo il *Bundesverfassungsgericht***,** ritenendo che l'integrazione europea si trovasse in una fase di integrazione ancora parziale – testimoniata dall'assenza di un documento a tutela dei diritti fondamentali e, più in generale, dal problema della debolezza democratica visibile nella costruzione della Comunità – tale clausola doveva essere interpretata restrittivamente. Di conseguenza, in mancanza di un catalogo dei diritti fondamentali, la Corte costituzionale si era riservata il diritto di non applicare le disposizioni del diritto comunitario contrarie ai diritti tutelati dalla Costituzione tedesca. La soluzione giurisprudenziale offerta anni più tardi dal richiamo alle tradizioni costituzionali comuni e nel 2008 dalla citata sentenza Kadi appare indicare la via maestra non solo del costituzionalismo europeo, ma anche della chiave di lettura dell'extraterritorialità statuita dalle sentenze Schrems.

Essa ha stimolato un dialogo *ad intra* dai profili assai fruttiferi: le due sentenze gemelle della Corte costituzionale tedesca del 2019[100] auspicano

[99] Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] May 29, 1974, 37 Entscheidungen Des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE] 271, 285; e Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] 12 October 1993, 89 Entscheidungen Des Bundesverfassungsgerichts[BVerfGE] 155.

[100] Corte Costituzionale tedesca del 06 novembre 2019-1 BvR 16/13 e 2019-1 BvR 276/17.

un futuro orizzonte di grande complessità ed arricchimento reciproco nella definizione concertata del diritto fondamentale alla *privacy*.

La via europea, dunque, funziona nella misura in cui non è mezzo di imposizione, come stigmatizza Bradford[101]: non è *power-imposed*, bensì *value oriented*[102].

L'Unione ha manifestato l'intenzione di affrontare le sfide poste dalle potenze private nell'era dell'intelligenza artificiale[103]. Mentre l'ascesa del costituzionalismo digitale europeo ha dimostrato la resilienza del diritto costituzionale di fronte alle minacce ai diritti fondamentali, poste dall'esercizio di poteri privati nella società dell'informazione, un'articolazione più sofisticata del costituzionalismo digitale europeo, si concentrerebbe sul contrasto alle nuove minacce alla dignità umana, cioè l'umanesimo digitale di rodotiana memoria[104]. Questa nuova fase non dovrebbe essere visto semplicemente come un'estensione imperialista dei valori costituzionali al di fuori del territorio dell'UE, ma come reazione del costituzionalismo europeo alle sfide per la dignità umana in una società algoritmica[105]. Se non si dà luogo a la continuità osmotica extra/intra si potrebbe effettivamente generare una distinzione tra una extraterritorialità *power-based*, fondata ancora una volta su aspirazioni neocolonistiche e sovranistiche[106], piuttosto che una nuova categoria imperniata sui valori condivisi, *value-driven*

[101] A. Bradford, *The Brussel Effect*, in *Nw. U. L. Rev.* 1, 2015, p. 107.

[102] Cfr. O. Pollicino, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Hart, 2021; Id., *Data Protection Beyond Borders Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty*, diretto da F. Fabbrini, E. Celeste, J. Quinn, Hart, 2021, pp. 342-369.

[103] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle *regioni, Sul piano d'azione per la democrazia europea*, COM(2020) 790 final (3 dicembre 2020); Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Plasmare il *futuro digitale dell'Europa*, COM(2020) 67 final (19 febbraio 2020). *Cfr. anche Sull'intelligenza artificiale: un* approccio europeo *all'eccellenza e alla fiducia*, COM(2020) 65 final (19 febbraio 2020). Assai importante sarà la futura approvazione di una serie di misure sulla protezione costituzione dei *data*. In particolare la proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE2020/0361 (COD); e proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla governance europea dei dati (Atto sulla governance dei dati) Data Governance Act (DGA) 2020/0340 (COD).

[104] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, pp. 438-440. Cfr. K. Irion, M. Burri, A. Kolk, S. Milan, *Governing "European values" inside data flows: interdisciplinary perspectives*, cit., p. 9.

[105] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, p. 438.

[106] Non deve sorprendere del tutto che la sentenza sia stata descritta anche come un '*mix of judicial imperialism and Eurocentric hypocrisy*' (S. Baker, *How Can the U.S.*

strategy, di cui disquisiscono Gstrein e Zetter[107]. A dispetto del nuovo accordo annunziato il 25 marzo del 2022 dal presidente statunitense Biden e la presidente della Commissione europea, si affievoliscono la speranze che USA e l'Unione Europea possano, in tempi ragionevoli, addivenire ad un nuovo consonanza che legittimi i trasferimenti transatlantici di dati personali in sostituzione del Privacy Shield polverizzato dalla Corte di Giustizia europea (CGUE) con la sentenza Schrems II del 2020. Lo scenario negoziale pare, infatti, compromesso da una decisione adottata ad inizio marzo 2022 dalla Corte Suprema degli Stati Uniti che limita il diritto individuale di questionare le attività di sorveglianza governativa statunitense. Nella decisione *FBI v. Fazaga*[108] i giudici hanno, infatti, ampliato il potere del governo degli Stati Uniti di invocare il segreto di stato nelle vertenze riguardanti le operazioni di intelligence dalle proprie agenzie investigative, proprio laddove la giurisprudenza europea si muove nella direzione opposta tanto nella sentenza ""SS" SIA del febbraio 2022[109], come nelle stimolanti conclusioni dell'Avvocato Generale Pitruzzella nei casi riuniti WM e Sovi[110].

7. Epilogo

I processi algoritmici devono mettersi al servizio di una cittadinanza transnazionale che goda di un catalogo ampliato di diritti fondamentali nella sfera digitale. La concentrazione di crescenti banche dati di informazioni organizzate anche da vari soggetti pubblici e privati ha offerto, ed offre,

Respond to Schrems II?, in *Lawfare, 21 July 2020*, www.lawfareblog.com/how-can-us-respond-schrems-ii).

[107] O.J. Gstrein, A.J. Zwitter, *Extraterritorial application of the GDPR: promoting European values or power?*, cit., p. 4: "*we suggest that rather than relying on extraterritorial effect that adopts a power-based approach using the 'Brussels Effect', the universal protection and promotion of European values will be more sustainable when adopting value-based strategies*".

[108] Supreme Court, Federal Bureau of Investigation *v. Fazaga*, 595 U.S. (2022).

[109] Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 24 febbraio 2022, «SS» SIA contro Valsts ieņēmumu dienests, Causa C-175/20, ECLI: ECLI:EU:C:2022:124.

[110] Conclusioni dell'avvocato Generale Giovanni Pitruzzella. presentate il 20 gennaio 2022, Cause riunite C-37/20 e C-601/20, WM (C-37/20) Sovim SA (C-601/20) contro Luxembourg Business Registers: "Qual è il giusto equilibrio tra, da un lato, l'esigenza di trasparenza riguardo ai titolari effettivi e alle strutture di controllo delle società, che assume un ruolo fondamentale nell'ambito della prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, e, dall'altro, il rispetto dei diritti fondamentali delle persone interessate, vale a dire i titolari effettivi, e, segnatamente, dei loro diritti al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali?".

la possibilità di utilizzarle per scopi diversi da quelli per cui sono state create[111]. "Questa è prova evidente della nuova vulnerabilità sociale, che capovolge in specie la funzione assegnata alle banche dati, che, concepite per meglio garantire la sicurezza, si trasformano in strumenti che rendono invece possibili aggressioni proprio alla sicurezza delle persone"[112]. Senza la protezione dei diritti fondamentali, la difesa contro gli attacchi informatici e la libertà di cui godiamo diventerebbe una libertà mutilata o assistita, distorta sotto la direzione di algoritmi biometrici che condizionano, addirittura, la nostra sensibilità e determinano il nostro comportamento. Ciò significa che sicurezza e ordine digitale devono andare di pari passo con una *governance* che stabilisca un ampio spettro di diritti fondamentali[113]. Non siamo dinanzi solo ad un aspetto patologico legato ai possibili ciberattacchi: è proprio il sistema che indice ad una crescente sorveglianza tanto di ordine dittatoriale, come di indole commerciale. "L'infosfera è un Giano bifronte. Ci garantisce senza dubbio una maggiore libertà, ma al contempo ci espone a una crescente sorveglianza, che ci influenza"[114].

Alla necessità impellente di sicurezza non si risponde neanche con gli ormai desueti concetti di sovranità escludente o addirittura violenta, bensì con una governanza propensa ad assimilare anche valori altrui[115].

Mentre il cyberspazio e i flussi di dati possono in un certo senso "sfuggire alla geografia"[116], è evidente che sono anche profondamente intrecciati con essa[117]. Attraverso un'analisi comparativa delle normative sul trasferimento dei dati in tre giurisdizioni, vale a dire Cina, UE e Stati Uniti, è evidente che esiste una duplice logica per quanto riguarda i dati e la territorialità in ciascuno degli approcci normativi. Allo stesso tempo, è in corso un tentativo di riterritorializzare i dati, localizzando gli stessi dove l'infrastruttura, gli interessati, o i responsabili del trattamento si trovano. Il crinale concettuale risiede nella funzione e nelle modalità di tale *data retention*, ovvero se essa è dettata da una tradizionale aspirazione sovrani-

[111] M. Tzanou, *The Fundamental Right to Data Protection,* Oxford, 2017.

[112] S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, p. 238.

[113] J. Habermas, *Technology and Science as 'Ideology*, in *Toward a Rational Society: Student Protest, Science, and Politics,* trans. Jeremy J. Shapiro, Boston, 1970.

[114] H. Byung-Chul, *Le non cose. Come abbiamo smesso di vivere il reale*, Torino, 2022, p. 65.

[115] Cfr. L. Floridi, *The Fight for Digital Sovereignty: What It Is, and Why It Matters, Especially for the EU*, in *Philosophy & Technology*, 33(3), 2021, pp. 369-378.

[116] J. Goldsmith, T. Wu, *Who Controls The Internet?: Illusions of a Borderless World*, 2006, p. vii.

[117] J.E. Cohen, *Cyberspace As/And Space*, 107 *Colum. L. Rev.* 210, 200, pp. 212-213.

sta escludente, ovvero dalla protezione dei diritti fondamentali, che, però, non possono – né devono – essere interpretati in modo unilaterale. I valori dell'Unione Europea, sanciti dall'art. 2 TUE, vanno interpretati dialogicamente tanto mediante il dialogo continuo con i referenti giudiziali nazionali, como all'esterno dal territorio europeo, assimilando eventuali valori altrui.

Una nuova fase del costituzionalismo europeo (digitale) si sta interponendo come scudo avverso l'esercizio discrezionale del potere da parte delle piattaforme online nell'ambiente digitale[118]. In altre parole, il costituzionalismo digitale consiste nell'articolazione, principalmente valoriale, dei limiti all'esercizio del potere in una società in rete[119]. "*The rationale underlying the idea of digital sovereignty in the EU lies in the need to preserve the European 'DNA' of values and rights*"[120]. L'UE non solo ha promosso un impatto sullo sviluppo di leggi sulla protezione dei dati a livello globale, ma ha anche '*taken an essential role in shaping how the world thinks about data privacy*'[121].

Pertanto, alle domande principali che emergono nello studio degli attacchi informatici e della sicurezza informatica ("*Two questions are always suspended in the air explicitly or implicitly: security of what? And security from what*?"[122]) si deve rispondere in modo complesso ed assiologico[123], sottolineando che la cybersecurity si riferisce sia ai beni pubblici che alla proprietà privata e che gli organismi designati per la loro tutela devono sottoporsi al vaglio di norme costituzionalmente rilevanti e consensuali, se non si vuole che diventino essi stessi autentici ciberleviatani. La distanza concettuale tra la visione statunitense ed europea è racchiusa nella compa-

[118] H. Roberts, J. Cowls, F. Casolari, J. Morley, M. Taddeo, L. Floridi, *Safeguarding European values with digital sovereignty: an analysis of statements and policies*, in *Internet Policy Review*, 10, 2021, p. 3.

[119] G. De Gregorio, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in *Int. Const. Law Review,* 2021, Vol. 19 No. 1, 41-70.

[120] E. Celeste, *Digital Sovereignty in the EU: Challenges and Future Perspectives*, in F. Fabbrini, E. Celeste, J. Quinn (eds), *Data Protection beyond Borders: Transatlantic Perspectives on Extraterritoriality and Sovereignty*, cit., p. 234. Gli fa eco R. Vatanparast, *Data Governance and the Elasticity of Sovereignty*, cit., p. 23 "*The EU justifies the GDPR's extraterritoriality by its fundamental rights obligations*".

[121] P. Schwartz, '*Global Data Privacy: The EU Way*, cit, p. 773.

[122] Aa.Vv., *Rewired Cybersecurity Governance*, diretto da R. Ellis Vivek Mohan, New York, 2019, p. 34.

[123] Ancorare, cioè, la risposta sovranazionale ai valori dell'Unione Europea, sui quali essa cfr. O.J. Gstrein, A.J. Zwitter, *Extraterritorial application of the GDPR: promoting European values or power?*, cit., p. 29.

razione fra la citata saga Schrems, e probabilmente dalla futura decisione WM e Sovi[124], e la pronuncia *FBI v. Fazaga*[125].

Dal canto suo, l'Unione Europea deve rifuggire dal rischio della degenerazione in una forma di sovranismo o nazionalismo. Preservare la propria identità è assolutamente necessario oggigiorno, ma i geni dell'Unione non s'hanno da trasformare nell'identità escludente, poiché essi consistono proprio nel suo aspetto relazionale. Pur avendo visto nascere secoli fa i primi Leviatani, l'Europa deve preservare la propria identità assiologica dialogando, tanto nella sfera pubblica, come nel foro privato, tanto *ad extra* come *ad intra*. Si tratta di un fattore esistenziale, direi antropologico. "La sorveglianza s'insinua sempre più nel quotidiano, sotto forma di *convenience*. Nell'atto di svolgere tante incombenze per noi, gli infomi si rivelano efficientissimi informatori che ci sorvegliano e c'influenzano. Così, guidato dagli algoritmi, l'essere umano perde sempre più il proprio potere di agire, la propria autonomia. […] Accumuliamo amici e follower senza mai incontrare l'Altro"[126].

Nel periodo in cui il corpo diventa un dato e un algoritmo prevede i nostri gusti e movimenti, diventa sempre più difficile incontrare e concordare con l'Altro. Il neofascismo e il tribalismo postmoderno sorgono da questa ristrettezza mentale[127].

[124] Conclusioni dell'avvocato Generale Giovanni Pitruzzella. presentate il 20 gennaio 2022, Cause riunite C-37/20 e C-601/20, WM (C-37/20) Sovim SA (C-601/20) contro Luxembourg Business Registers: "Qual è il giusto equilibrio tra, da un lato, l'esigenza di trasparenza riguardo ai titolari effettivi e alle strutture di controllo delle società, che assume un ruolo fondamentale nell'ambito della prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, e, dall'altro, il rispetto dei diritti fondamentali delle persone interessate, vale a dire i titolari effettivi, e, segnatamente, dei loro diritti al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali?".

[125] Supreme Court, Federal Bureau of Investigation *v. Fazaga*, 595 U.S. (2022).

[126] H. Byung-Chul, *Le non cose. Come abbiamo smesso di vivere il reale*, cit, p. 70.

[127] E. Díaz Álvarez, *La palabra que aparece. El testimonio como acto de supervivencia*, 2021, Barcelona, p. 56.

APPENDICE

SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE E DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

ORGANI DIRETTIVI

Primo Presidente (eletto con l'atto costitutivo, 1995): Prof. Riccardo Monaco

Consiglio direttivo per il 1996-97 eletto dall'Assemblea di Roma del 12 aprile 1996

Presidente: Prof. Piero Ziccardi

Componenti:

Prof. Umberto Leanza
Prof. Bruno Nascimbene
Prof. Giorgio Sacerdoti
Prof. Giuseppe Tesauro
Prof. Antonio Tizzano

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

Consiglio direttivo per il 1997-98 eletto dall'Assemblea di Milano del 7 giugno 1997

Presidente: Prof. Francesco Francioni

Componenti:

Prof. Giorgio Gaja
Prof. Umberto Leanza
Prof. Giorgio Sacerdoti
Prof. Giuseppe Tesauro
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

Consiglio direttivo per il 1998-99 eletto dall'Assemblea di Siena del 12 giugno 1998

Presidente: Prof. Massimo Panebianco

Componenti:

Prof. M. Antonietta Di Blase
Prof. Francesco Francioni
Prof. Giorgio Gaja
Prof. Andrea Giardina
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

Consiglio direttivo per il 1999-2000 eletto dall'Assemblea di Salerno del 30 aprile 1999

Presidente: Prof. Andrea Comba

Componenti:

Prof. M. Antonietta Di Blase
Prof. Francesco Francioni
Prof. Andrea Giardina
Prof. Giuseppe Nesi
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2000-2003 eletto dall'Assemblea di Torino del 2 giugno 2000*

Co-presidenti per il 2000-2001: Prof. Maria Laura Picchio Forlati e Prof. Alberto Miele, eletti dall'Assemblea di Torino del 2 giugno 2000

Presidente per il 2001-2002: Prof. Luigi Sico, eletto dall'Assemblea di Padova del 24 maggio 2001

* Con l'emendamento all'art. 4 dello Statuto approvato dall'Assemblea straordinaria.

Presidente per il 2002-2003: Prof. Nerina Boschiero, eletta dall'Assemblea di Napoli del 24 maggio 2002

Componenti:

Prof. M. Antonietta Di Blase
Prof. Francesco Francioni
Prof. Andrea Giardina
Prof. Giuseppe Nesi
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2003-2006 eletto dall'Assemblea di Verona del 27 giugno 2003

Presidente per il 2003-2004: Prof. Umberto Leanza, eletto dall'Assemblea di Verona del 27 giugno 2003

Presidente per il 2004-2005: Prof. Luigi Daniele, eletto dall'Assemblea di Roma del 17 giugno 2004

Presidente per il 2005-2006: Prof. Paolo Fois, eletto all'Assemblea di Trieste del 23 giugno 2005

Componenti:

Prof. Nerina Boschiero
Prof. Sergio Maria Carbone
Prof. Massimo Iovane
Prof. Giorgio Sacerdoti
Prof. Ugo Villani

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2006-2009 eletto dall'Assemblea di Alghero del 17 giugno 2006

Presidente: Prof. Benedetto Conforti

Vicepresidente per il 2006-2007: Prof. Riccardo Luzzatto eletto dall'Assemblea di Alghero del 17 giugno 2006

Vicepresidente per il 2007-2008: Prof. Sergio Marchisio, eletto dall'Assemblea di Milano dell'8 giugno 2007

Vicepresidente per il 2008-2009: Prof. Ennio Triggiani, eletto dall'Assemblea di Roma del 26 giugno 2008

Componenti:

Prof. Nerina Boschiero
Prof. Sergio Maria Carbone
Prof. Paola Gaeta
Prof. Edoardo Greppi
Prof. Massimo Iovane

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2009-2012 eletto dall'Assemblea di Bari del 18 giugno 2009

Presidente: Prof. Giorgio Gaja

Vicepresidente per il 2009-2010: Prof. Lucia Serena Rossi, eletta dall'Assemblea di Bari del 18 giugno 2009

Vicepresidente per il 2010-2011: Prof. Rosario Sapienza, eletto dall'Assemblea di Bologna del 10 giugno 2010

Vicepresidente per il 2011-2012: Prof. Sergio Maria Carbone, eletto dall'Assemblea di Catania del 23 giugno 2011

Componenti:

Dott. Giulio Bartolini
Prof. Pasquale De Sena
Prof. Edoardo Greppi
Prof. Laura Pineschi
Prof. Ennio Triggiani

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2012-2015 eletto dall'Assemblea di Genova del 31 maggio 2012

Presidente: Prof. Maria Laura Picchio Forlati

Vicepresidente per il 2012-2013: Prof. Giuseppe Cataldi, eletto dall'Assemblea di Genova il 31 maggio 2012

Vicepresidente per il 2013-2014: Prof. Michele Vellano, eletto dall'Assemblea di Napoli il 13 giugno 2013

Vicepresidente per il 2014-2015: Prof. Paolo Palchetti, eletto dall'Assemblea di Courmayeur il 27 giugno 2014

Componenti:

Prof. Marina Castellaneta
Dott. Francesco Costamagna
Prof. Pasquale De Sena
Prof. Roberto Mastroianni
Prof. Laura Pineschi

Segretario Generale: Prof. Edoardo Greppi

Consiglio direttivo per il 2015-2018 eletto dall'Assemblea di Macerata del 5 giugno 2015

Presidente: Prof. Ugo Villani

Vicepresidente per il 2015-2016: Prof. Laura Pineschi, eletta dall'Assemblea di Macerata il 5 giugno 2015

Vicepresidente per il 2016-2017: Prof. Giuseppe Nesi, eletto dall'Assemblea di Parma del 9 giugno 2016

Vicepresidente per il 2017-2018: Prof. Francesco Salerno, eletto dall'Assemblea di Trento dell'8 giugno 2017

Componenti:

Prof. Marina Castellaneta
Prof. Federico Casolari
Prof. Angela Di Stasi
Prof. Alessandra Gianelli

Prof. Paolo Palchetti

Segretario Generale: Prof. Pasquale De Sena

Consiglio direttivo per il 2018-2021 eletto dall'Assemblea di Ferrara del 6 giugno 2018

Presidente: Prof. Fausto Pocar

Vicepresidente per il 2018-2019: Prof. Giuseppe Palmisano, eletto dall'Assemblea di Ferrara il 6 giugno 2018

Vicepresidente per il 2019-2020: Prof. Susanna Cafaro, eletta dall'Assemblea di Roma il 5 giugno 2019

Componenti:

Prof. Angela Di Stasi
Prof. Pietro Gargiulo
Prof. Francesco Munari
Dott. Andrea Spagnolo
Prof. Francesca Clara Villata

Segretario Generale: Prof. Pasquale De Sena

Consiglio Direttivo per il 2021-2022 eletto dall'Assemblea telematica del 18 giugno 2021

Presidente: Prof. Pasquale De Sena

Vicepresidente per il 2021-2022: Prof. Micaela Frulli

Componenti:

Prof. Serena Forlati
Prof. Ivan Ingravallo
Prof. Francesco Munari
Prof. Francesca Clara Villata
Prof. Giovanni Zarra

Segretario Generale: Prof. Angela Di Stasi

Finito di stampare nel mese di maggio 2022
dalla *Vulcanica* srl - Nola (NA)