quaderni di
SIDIBlog

9/2022

quaderni di SIDIBlog

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

Volume 9 • 2022

ISSN 2465-0927

Il conflitto russo-ucraino •
Rapporti tra ordinamento internazionale e dell'Unione europea
e ordinamento interno • Verso un definitivo superamento
dell'arbitrato intra-UE in materia di investimenti? •
Temi di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea

editoriale scientifica

DIRETTORE RESPONSABILE
PASQUALE DE SENA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)

CONSIGLIO SCIENTIFICO
GIOVANNA ADINOLFI (UNIVERSITÀ DI MILANO)
MAURIZIO ARCARI (UNIVERSITÀ DI MILANO - BICOCCA)
MARIANO AZNAR GÓMEZ (UNIVERSITAT JAUME I, CASTELLÓN)
FRANCESCO BESTAGNO (UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE)
MARINA CASTELLANETA (UNIVERSITÀ DI BARI "ALDO MORO")
EMANUEL CASTELLARIN (UNIVERSITÀ DI STRASBURGO)
GIUSEPPE CATALDI (UNIVERSITÀ DI NAPOLI "L'ORIENTALE")
ANGELA DI STASI (UNIVERSITÀ DI SALERNO)
SERENA FORLATI (UNIVERSITÀ DI FERRARA)
MARCO GESTRI (UNIVERSITÀ DI MODENA E REGGIO EMILIA)
LORENZO GRADONI (MAX PLANCK INSTITUT LUXEMBOURG)
ALESSANDRA GIANELLI (UNIVERSITÀ DI TERAMO)
EDOARDO GREPPI (UNIVERSITÀ DI TORINO)
PETER HILPOLD (UNIVERSITÀ DI INNSBRUCK)
IVAN INGRAVALLO (UNIVERSITÀ DI BARI "ALDO MORO")
FRANCESCO MUNARI (UNIVERSITÀ DI GENOVA)
GIUSEPPE NESI (UNIVERSITÀ DI TRENTO)
PAOLO PALCHETTI (UNIVERSITÀ PARIS I)
GIUSEPPE PALMISANO (UNIVERSITÀ DI ROMA TRE)
MARCO PEDRAZZI (UNIVERSITÀ DI MILANO)
LAURA PINESCHI (UNIVERSITÀ DI PARMA)
RICCARDO PISILLO MAZZESCHI (UNIVERSITÀ DI SIENA)
PIETRO PUSTORINO (LUISS)
ILARIA QUEIROLO (UNIVERSITÀ DI GENOVA)
MARCO ROSCINI (UNIVERSITÀ DI WESTMINSTER, REGNO UNITO)
LUCIA SERENA ROSSI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
GIULIA ROSSOLILLO (UNIVERSITÀ DI PAVIA)
CARLO SANTULLI (UNIVERSITÀ PARIS II)
ROSARIO SAPIENZA (UNIVERSITÀ DI CATANIA)
MASSIMO STARITA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)
ANTONELLO TANCREDI (UNIVERSITÀ DI MILANO - BICOCCA)
ATTILA TANZI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
SELINE TREVISANUT (UNIVERSITÀ DI UTRECHT)
INGO VENTZKE (AMSTERDAM CENTER FOR INTERNATIONAL LAW)
ILARIA VIARENGO (UNIVERSITÀ DI MILANO)

FRANCESCA CLARA VILLATA (UNIVERSITÀ DI MILANO)
SALVO ZAPPALÀ (UNIVERSITÀ DI CATANIA)

REDAZIONE

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

REFEREES

DANIELE AMOROSO (UNIVERSITÀ DI CAGLIARI); ALESSANDRA ANNONI (UNIVERSITÀ DI FERRARA); ANGELICA BONFANTI (UNIVERSITÀ DI MILANO); LEONARDO BORLINI (UNIVERSITÀ BOCCONI, MILANO); ANDREA CALIGIURI

(UNIVERSITÀ DI MACERATA); ELENA CARPANELLI (UNIVERSITÀ DI PARMA); LUIGI DANIELE (UNIVERSITÀ DI NOTTINGHAM); SARA DE VIDO (UNIVERSITÀ CA' FOSCARI, VENEZIA); STEFANO DOMINELLI (UNIVERSITÀ DI GENOVA); LUIGI FUMAGALLI (UNIVERSITÀ DI MILANO); MARIO GERVASI (UNIVERSITÀ DI BARI "ALDO MORO"); COSTANZA HONORATI (UNIVERSITÀ DI MILANO - BICOCCA); MARIO LAVEZZI (UNIVERSITÀ DI PALERMO); LAURA MAGI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE); LORIS MAROTTI (UNIVERSITÀ DI NAPOLI FEDERICO II); LUDOVICA POLI (UNIVERSITÀ DI TORINO); GIUSEPPE PUMA (UNIVERSITÀ LUMSA); JACOPO RE (UNIVERSITÀ DI MILANO); DEBORAH RUSSO (UNIVERSITÀ DI FIRENZE); ANDREA SACCUCCI (UNIVERSITÀ DELLA CAMPANIA "LUIGI VANVITELLI"); STEFANO SALUZZO (UNIVERSITÀ DEL PIEMONTE ORIENTALE); LORENZO SCHIANO DI PEPE (UNIVERSITÀ DI GENOVA), TULLIO SCOVAZZI (UNIVERSITÀ DI MILANO - BICOCCA); SARA TONOLO (UNIVERSITÀ DI PADOVA); ANNAMARIA VITERBO (UNIVERSITÀ DI TORINO), DIEGO ZANNONI (UNIVERSITÀ DI PADOVA); PAOLO ZICCHITTU (UNIVERSITÀ DI MILANO - BICOCCA).

COMITATO EDITORIALE EDIZIONE 2022

CATERINA BENINI
FEDERICO CASOLARI
FILIPPO CROCI
MAURO GATTI
LORENZO GROSSIO
NICOLE LAZZERINI
DANIELE MANDRIOLI
DIEGO MAURI
ALICE OLLINO
FRANCESCO PESCE
ALICE RICCARDI
FRANCESCA TAMMONE
DANIELA VITIELLO
NICCOLÒ ZUGLIANI

GRUPPO DI COORDINAMENTO EDIZIONE 2022

LORENZO GROSSIO
DIEGO MAURI
ALICE OLLINO
FRANCESCO PESCE

QUADERNI DI SIDIBLOG

Prefazione 9

Introduzione 11

SEZIONE I
Il conflitto russo-ucraino
Il conflitto armato in ucraina come catalizzatore di una rinnovata fiducia nei tribunali internazionali? Riflessioni a partire dalle misure provvisorie della Corte internazionale di giustizia 19
LORENZO ACCONCIAMESSA
Che fine hanno fatto gli Accordi di Minsk? 49
KHRYSTYNA GAVRYSH
Considerazioni 'a caldo' sull'espulsione della Russia dal Consiglio d'Europa e sulle sue conseguenze sull'applicazione della Convenzione europea dei diritti umani 63
ANDREA SACCUCCI
Le misure restrittive del commercio adottate nel contesto del conflitto in Ucraina alla prova del diritto OMC 79
DOMENICO PAUCIULO
Gli effetti economici delle sanzioni imposte alla Russia: una prima valutazione 97
MARCO LOSSANI
Alcune considerazioni sul ruolo del diritto internazionale in relazione agli attacchi informatici sferrati nel corso del conflitto tra Russia ed Ucraina 121
ALESSANDRO STIANO
Winter Has Come: Can It Be Used as a «Weapon of War» by Russia? 137
FRANCESCA CAPONE
Cose dell'altro mondo: la Russia considera obiettivi militari alcune costellazioni commerciali di satelliti 145
DIEGO MAURI
Riflessioni sul rilievo degli strumenti di diritto internazionale privato nella protezione dei bambini in fuga dall'Ucraina (o ancora ivi residenti) 161
LAURA CARPANETO

La compatibilità con il diritto internazionale e la Costituzione italiana dell'invio di aiuti militari all'Ucraina 185
PIERFRANCESCO ROSSI
«Il ripudio della guerra preso sul serio». Quattro tesi sull'incostituzionalità dell'invio di armi all'Ucraina 217
EDAORDO CATERINA, MATTEO GIANNELLI e DOMENICO SICILIANO

SEZIONE II
Rapporti tra ordinamento internazionale e dell'Unione europea e ordinamento interno
La giurisdizione penale extra-territoriale e la Convenzione di Palermo: analisi del nuovo orientamento assunto dalla Corte di cassazione a partire dalla sentenza *Tarek* 237
DANIELE MANDRIOLI
L'immunità degli Stati come inammissibile 'zona d'indifferenza' in caso di violazione dei diritti umani. Riflessioni a margine della decisione *Changri-la* della Corte suprema brasiliana 253
ELEONORA BRANCA
La sentenza *Dobbs* della Corte suprema statunitense: riflessioni nella prospettiva del diritto internazionale dei diritti umani 267
SARA DE VIDO
Reati contro il patrimonio culturale, criminalità transnazionale e ordinamento italiano: l'adeguamento agli standard della Convenzione di Nicosia 287
ANNA ORIOLO
Diritto UE, poteri ufficiosi del giudice nazionale e giudicato interno alla luce della prassi recente 305
GIAMPAOLO MARIA RUOTOLO

SEZIONE III
Verso un definitivo superamento dell'arbitrato intra-UE in materia di investimenti?
L'arbitrato in materia di investimenti intra-UE sulla base del Trattato sulla Carta dell'energia: alcune considerazioni sul lodo *Green Power c. Spagna* 319
GIULIANA LAMPO
Il lodo *Green Power and SCE v Spain* dalla prospettiva del diritto dell'Unione europea: una risposta al problema dell'effettività dell'autonomia dell'ordinamento? 339
NICOLA BERGAMASCHI

Intra-EU Investment Arbitration After *PL Holdings*: Open Questions and Institutional Approaches 357
CHIARA CELLERINO

SEZIONE IV
Temi di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea
La nuova "strategia" della Corte europea in ordine ai criteri di trattazione dei ricorsi: un primo bilancio dei cd. *"impact" cases* nell'ottica di una selezione di "qualità" 373
ANNA IERMANO
The *Milanković* Case: Do Convictions Based on Rules of Customary International Law Violate Article 7 of the Convention? 387
NICOLE CITERONI
Il riconoscimento del rapporto di filiazione costituitosi all'estero: la sentenza *Pancharevo* della Corte di giustizia UE tra i diritti umani e il diritto internazionale privato 403
FRANCESCA MAOLI
La crisi del Nicaragua e il ruolo dell'Organizzazione degli Stati Americani: il difficile equilibrio fra politica, democrazia e diritti umani 427
MATTIA COLLI VIGNARELLI
La controversia italo-tedesca sulle immunità giurisdizionali ancora una volta dinanzi alla CIG 443
GIORGIA BERRINO
Verso un regime europeo uniforme di responsabilità civile delle imprese per violazioni dei diritti umani: riflessioni sulla proposta di direttiva europea sulla *corporate sustainability due diligence* 473
MARCO FASCIGLIONE
La dichiarazione di emergenza sanitaria pubblica di rilevanza internazionale: quale futuro? Alcune considerazioni tra quadro normativo esistente e possibili sviluppi alla luce dell'epidemia di vaiolo delle scimmie 513
ALESSIO AZZARITI
Il genere nei diritti umani: narrazioni e contronarrazioni 529
GIOVANNA GILLERI

Prefazione

A meno di due anni dal riconoscimento, da parte dell'ANVUR, del carattere scientifico dei Quaderni di SIDIBlog, la Rivista ha raggiunto un altro significativo traguardo (se non altro, ai noti fini della valutazione) con l'inserimento nell'elenco delle riviste di 'Classe A' per l'Area 12.

Ad aver consentito tale classificazione, peraltro in tempi così rapidi, è stato lo sforzo congiunto di un numero ragguardevole di studiose e studiosi, principalmente (ma non esclusivamente, e ciò costituisce un non comune punto di forza dei Quaderni e di SIDIBlog) del diritto internazionale e dell'Unione europea.

Dal riconoscimento della scientificità, la Rivista si è dotata di un Consiglio scientifico, oltre che di un comitato di revisori, che oggi conta più di cinquanta componenti. La stessa Redazione si è arricchita di alcuni membri, in larga misura 'giovani' (e cioè dottorandi e assegnisti di ricerca), che ha consentito di gestire con la necessaria accuratezza e dinamicità non solo la Rivista, ma anche il Blog, con tutte le sue iniziative.

A tal proposito, e cioè riguardo al funzionamento della Rivista in rapporto con il Blog, non vi sono state novità significative: ciascuna realtà editoriale, infatti, è dotata dell'autonomia necessaria per offrire, a un tempo, interventi pressoché immediati su temi di stringente attualità (il Blog), e uno strumento per la diffusione più approfondita di spunti pur sempre legati agli sviluppi dell'ordinamento internazionale (la Rivista). La maggior parte degli scritti apparsi come post sul Blog confluisce – all'esito dei necessari aggiornamenti e, naturalmente, della prevista procedura di referaggio – come contributo all'interno dei Quaderni, così sigillando la stretta connessione tra i due.

Oltre alla struttura interna dei Quaderni va ricordato anche il 'contesto' in cui tale realtà editoriale si colloca, ovvero la SIDI, della cui vitalità la Rivista – al pari del Blog – costituisce una delle manifestazioni più evidenti. Pur mantenendo la necessaria e doverosa indipendenza dalla Società e dal suo Consiglio direttivo, i Quaderni sono spesso divenuti il veicolo privilegiato per la diffusione di contributi derivanti da iniziative della SIDI. Basti pensare, ad esempio, alle Sezioni tematiche che, nel Volume n. 8 del 2021, hanno ospitato scritti derivanti da convegni organizzati da diversi Gruppi di interesse tematici della SIDI. Lo sforzo dei soci della SIDI più coinvolti nella vita scientifica della Società ha consentito ai Quaderni di arricchirsi di contributi

di elevata qualità, così accorciando le distanze dalla classificazione dell'ANVUR.

Tale rilievo conduce così all'ultimo novero di persone cui va tributato il dovuto merito per il risultato raggiunto, e cioè gli autori e le autrici – il più delle volte esterni alla Redazione, talora cultori di materie diverse dal diritto internazionale e dell'Unione europea e, in qualche caso, anche non giuristi. Questi ultimi vanno anzitutto ringraziati per aver scelto di pubblicare, sia sul Blog che sulla Rivista, per il puro desiderio di contribuire al dibattito su questioni rilevanti per le nostre discipline. E vanno ancora ringraziati per aver consentito – con i loro scritti – al SIDIBlog e ai Quaderni di raggiungere un pubblico di lettori che, ormai, supera abbondantemente i confini della comunità scientifica di riferimento (basti pensare che vi sono post che hanno raggiunto le oltre trentamila [!] visualizzazioni).

Senza l'apporto di tutte le studiose e di tutti gli studiosi 'anonimamente' ricordati qui sopra, non si sarebbe potuti pervenire, dopo meno di dieci anni, al punto in cui il Blog e la Rivista si trovano ora, né si potrà avanzare – e progredire – sulla medesima strada.

Pasquale De Sena (Direttore)
La Redazione

20 ottobre 2023

Introduzione

Il IX volume dei *Quaderni di SIDIBlog* vede la luce a circa un anno e mezzo dallo scoppio del conflitto armato tra Ucraina e Federazione russa, e cioè l'evento che ha segnato – e continua a segnare – la vita più recente delle relazioni internazionali e, di riflesso, lo stesso ordinamento giuridico della comunità internazionale, nelle sue più varie articolazioni.

Il deflagrare di una «guerra», nell'accezione tradizionale del termine, a distanza di più di vent'anni dalle vicende dei Balcani e nel cuore dell'Europa continentale, avviene in coda a una copiosa stagione di missioni militari «all'estero» e in un momento in cui a suscitare la maggior curiosità dei decisori politico-militari è il concetto della c.d. guerra «ibrida», combattuta tra attori internazionali con mezzi più sofisticati, per certi versi impalpabili e in principio meno cruenti rispetto a quelli tradizionali.

Nella sua veste di 'spazio di confronto' scientifico in rete, *SIDIBlog* ha reagito con pesata prontezza agli eventi di quei mesi. Da un lato, la Redazione ha avviato un canale podcast – denominato *Ehi SIDI!*, rendendo così evidente, sin dal titolo, la volontà di fornire commenti 'a caldo' rispetto a vicende di attualità per il diritto internazionale e dell'Unione europea – che, da subito, ha portato alle orecchie degli ascoltatori e delle ascoltatrici le prime riflessioni sulle conseguenze *giuridiche* dei fatti che stavano avvenendo nel teatro del conflitto. Dall'altro lato, e in linea con lo spirito proprio di un blog scientifico, *SIDIBlog* ha ospitato numerosi interventi di studiose e studiosi del diritto internazionale e dell'Unione europea che, dal proprio angolo prospettico, intendevano misurarsi con gli eventi in corso e fornire all'intera comunità scientifica – e pure *oltre* essa, come testimonia il notevole incremento del numero di accessi al blog – spunti di comprensione dei medesimi.

La Sezione I di questo Volume raccoglie i frutti di quel poderoso sforzo. Non sfuggirà al lettore la *diversità* degli angoli prospettici assunti dagli autori e dalle autrici dei contributi lì raccolti. Tale circostanza si spiega alla luce delle osservazioni che si muovevano in apertura: il conflitto ucraino ha finito per toccare i settori e i 'temi' più disparati del diritto internazionale (e non solo), stimolando così nuovi tentativi di lettura e nuovi approcci.

In tale prospettiva, il rapporto tra giustizia internazionale e mantenimento della pace costituisce il primo ambito oggetto di indagine. In particolare, Acconciamessa si chiede se il ricorso presentato dall'Ucraina nei confronti

della Federazione russa di fronte alla Corte internazionale di giustizia (CIG) – che vede, ad oggi, un vero e proprio record di Stati terzi intervenienti ad affollare la *Great Hall of Justice* del Palazzo della Pace de L'Aja – sia sintomo di una «rinnovata fiducia» nel ruolo che i tribunali internazionali posso giocare al fine di comporre un conflitto (armato) tra Stati.

Gavrysh riflette invece, in chiave critica, sulla 'sorte' degli Accordi di Minsk del 2014, conclusi a valle della crisi in Crimea e ritenuti «estinti» dalla Russia nel 2022, conducendo la propria analisi sul filo delle norme consuetudinarie e pattizie in materia di estinzione di trattati internazionali.

Sempre muovendosi all'interno di istituti 'classici' del diritto internazionale, Saccucci affronta il nodo dell'espulsione (che per Mosca è… recesso) della Russia dal Consiglio d'Europa e, conseguentemente, dal principale strumento regionale di protezione dei diritti fondamentali, ovvero la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). La dimensione 'sanzionatoria', declinata da Saccucci con riferimento a un'organizzazione regionale, è affrontata da Pauciulo attraverso il prisma delle misure restrittive adottate dagli Stati in seno all'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC). L'Autore si domanda, in chiave critica, se possano essere Stati *terzi* rispetto al conflitto a invocare le clausole d'eccezione previste nei trattati di riferimento. A riprova della trasversalità dei temi intersecati dalla guerra in Ucraina, segue il contributo di Lossani, il quale si confronta con il tema delle sanzioni dal punto di vista economico, sondandone la (talora forse più presupposta che verificata) effettività.

Le concrete modalità di conduzione delle ostilità, nella tradizionale ottica dello *jus in bello*, sono invece al centro dei contributi di Stiano, Capone e Mauri. Il primo si concentra sugli attacchi cibernetici che hanno colpito infrastrutture ucraine, dimostrando così – in linea con quanto osservato sopra – che il 'ritorno' sulla scena della guerra 'cinetica' non ha certo messo in ombra forme e tecniche di guerra 'cibernetica' (come *species* del più ampio *genus* di guerra 'ibrida'). Capone propone una dei mezzi e metodi di ostilità impiegati dalla Russia sin dai primi mesi dell'invasione, focalizzandosi sugli attacchi a infrastrutture energetiche in vista dell'arrivo della stagione invernale e mettendo in luce la natura «*dual-use*» di tali obiettivi. Il medesimo approccio è seguito da Mauri, il quale rivolge il proprio sguardo… oltre l'atmosfera terrestre, analizzando la dichiarazione con cui la Russia ha paventato il possibile attacco di satelliti privati fondamentali per lo sforzo bellico di Kiev. Dalla «quinta» dimensione del conflitto (lo spazio *cyber*, Stiano) alla «quarta» (lo spazio extra-atmosferico, Mauri), attraversando le tre tradizionali (e la «prima» in particolare, cioè la terra, Capone), il passaggio è breve.

Cadrebbe in errore chi ritenesse che il diritto internazionale privato non sia anch'esso 'provocato' dal conflitto in Ucraina: Carpaneto affronta così la questione dei minori in fuga dal teatro delle ostilità, interrogandosi sulla capacità dei principali strumenti del diritto internazionale privato (convenzionale e dell'Unione europea) di fornire risposte concrete al problema.

Infine, la Sezione ospita due contributi in sapiente e mai ideologico dialogo, incentrati sulla postura dell'Italia nei confronti del conflitto in corso: il primo di Rossi, il secondo a firma congiunta di Caterina, Giannelli e Siciliano. Entrambi gli scritti prendono le mosse da ciò che la Costituzione (non) prevede, principalmente all'art. 11, e si confrontano, in diversa misura, coi lavori preparatori, con la dottrina interna, nonché con gli obblighi internazionali rilevanti. La diversità di conclusioni cui i due (gruppi di) autori pervengono nulla toglie alla profondità delle argomentazioni prodotte al lettore.

Ed è proprio il rapporto tra diritto internazionale e diritto interno, toccato da ultimo con riferimento al conflitto russo-ucraino, a costituire il filo rosso che unisce i contributi condensati nella Sezione II. Se nel volume precedente i *Quaderni* avevano ospitato una sezione dedicata alle tecniche di adattamento del diritto internazionale a quelli interni ('rovesciando' così la classica prospettiva), in questo numero l'adattamento ritorna – salvo un'eccezione – nella sua forma consueta. Mandrioli commenta una recente pronuncia della Corte di cassazione in materia di giurisdizione penale per fatti commessi al di fuori del territorio italiano, alla luce degli obblighi di criminalizzazione contenuti nella Convenzione di Palermo del 2000. Branca sposta invece l'attenzione sull'ordinamento giuridico brasiliano, commentando la pronuncia resa dalla Corte suprema nel caso *Changri-la*, considerata quale 'nuovo tassello' nello sviluppo progressivo del diritto internazionale in materia di immunità degli Stati dalla giurisdizione civili per fatti qualificabili come violazioni di diritti umani. De Vido commenta invece una 'storica' sentenza della Corte suprema degli USA in materia di diritti riproduttivi, inserendola – in chiave distonica – nell'evoluzione 'giurisdizionale' e 'quasi-giurisdizionale' del diritto all'aborto quale diritto umano. Se i giudici, nella loro veste di 'interpreti qualificati', sono coinvolti 'a valle' nel procedimento di adattamento, non va dimenticato il legislatore, responsabile 'a monte' del medesimo fenomeno giuridico. E così Oriolo, ritornando all'ordinamento italiano, si interroga, in chiave critica, sull'adeguamento legislativo agli obblighi pattizi contenuti nella Convenzione di Nicosia del 2017 in materia di tutela del patrimonio culturale. Chiude la Sezione il contributo di Ruotolo, che affronta alcune pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea in tema di tenuta del giudicato interno, a fronte di situazioni giuridiche incompatibili con il

diritto dell'Unione. È in filigrana a quest'ultimo contributo che il lettore potrà scorgere la prospettiva dell'adattamento 'a rovescio' poc'anzi tratteggiata.

La Sezione III è dedicata all'arbitrato in materia di investimenti intra-UE. In particolare, Lampo e Bergamaschi si soffermano sul lodo *Green Power*, destinato a divenire 'storico' in quanto primo caso in cui un tribunale arbitrale declina la propria giurisdizione con riferimento a una controversia tra investitore di uno Stato membro, da un lato, e un altro Stato membro UE, dall'altro lato. L'analisi è condotta secondo una duplice direttrice: Lampo inserisce la decisione sullo sfondo del diritto internazionale generale, mentre Bergamaschi testa gli effetti della medesima all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione, in particolare sotto il profilo della sua 'autonomia'. Cellerino commenta invece la sentenza resa dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *PL Holdings*, che l'autrice considera come ultimo (in ordine cronologico) tassello nel complesso mosaico dell'arbitrato intra-europeo, in corso di progressivo smantellamento.

La IV e ultima Sezione contiene una 'miscellanea' di contributi, i quali danno ulteriore testimonianza dell'estrema vivacità del blog.

Aprono la Sezione alcuni contributi in materia di diritti umani, i quali si contraddistinguono per affrontare temi di attualità da una pluralità di prospettive. Iermano si sofferma sulla recente strategia adottata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per trattare più rapidamente i ricorsi, declinando l'analisi secondo una prospettiva prettamente 'procedurale'. Citeroni commenta la sentenza resa a inizio 2022 nel caso *Milanković c. Croazia*, in cui la Corte si confronta con il noto istituto della «*command responsibility*» così come sedimentato nel settore del diritto internazionale penale. Infine, Maoli analizza la sentenza della CGUE nel caso *Pancharevo*, discutendo del diritto al riconoscimento del rapporto di filiazione costituito all'estero al crocevia tra diritti umani e diritto internazionale privato.

Su un piano più generale, Colli Vignarelli indaga le conseguenze dell'atto di recesso dall'Organizzazione degli Stati Americani – al momento della pubblicazione di questo Volume, prossimo a produrre effetti – depositato dal Nicaragua, mentre Berrino fornisce un primo commento al ricorso introdotto davanti alla CIG dalla Germania nei confronti dell'Italia, nuovamente per una controversia legata al (mancato) riconoscimento dell'immunità giurisdizionale (questa volta, in fase di *esecuzione*) da parte dei giudici nostrani. Il contributo, peraltro, è aggiornato alla recente sentenza n. 159/2023 della Corte costituzionale, che ha di fatto 'salvato' il fondo istituito dal legislatore a giugno 2022 allo scopo di – per così dire – 'privare di oggetto' la controversia a L'Aja. Fasciglione si concentra, invece, sugli sviluppi in materia di *corporate*

sustainability due diligence nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, offrendo alcune riflessioni sulla recente proposta di direttiva in materia. Azzariti dedica il suo contributo all'epidemia di vaiolo delle scimmie e alla sua gestione nel quadro del diritto internazionale della salute. Infine, Gilleri approccia le teorie critiche «giusfemministe» e, più precisamente, «giusqueer» dalla prospettiva internazionalista, stimolando lettori e lettrici a interrogarsi circa il contenuto di note categorie dei diritti umani (una su tutte, quella di «genere»).

Diego Mauri, Lorenzo Grossio, Alice Ollino, Francesco Pesce

SEZIONE I

Il conflitto russo-ucraino

Il conflitto armato in Ucraina come catalizzatore di una rinnovata fiducia nei tribunali internazionali? Riflessioni a partire dalle misure provvisorie della Corte internazionale di giustizia

LORENZO ACCONCIAMESSA[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'interpretazione "creativa" realizzata dalla CIG nell'ordinanza cautelare. 2.1. L'inquadramento di una controversia sull'uso della forza armata nell'ambito della Convenzione contro il genocidio. – 2.2. Sulla plausibilità di un "diritto a non subire un'aggressione armata" giustificata su accuse infondate di genocidio. – 2.3. Quale nesso tra il diritto invocato e l'ordine di sospensione dell'operazione militare? – 2.4. Il rischio *in re ipsa* derivante dalla vulnerabilità della popolazione. – 3. La concezione del ruolo del giudice internazionale sottesa all'ordinanza. – 4. Il ricorso massivo a tribunali internazionali nell'ambito del conflitto. – 4.1. Il supporto all'interpretazione resa dalla CIG. – 4.2. Il supporto alle iniziative dinnanzi ad altri tribunali internazionali. – 5. Conclusioni: una rinnovata fiducia nei tribunali internazionali?

ABSTRACT: Ad oltre un anno e mezzo dall'inizio, il 24 febbraio 2022, dell'aggressione armata perpetrata dalla Federazione russa ai danni dell'Ucraina, un numero senza precedenti di tribunali internazionali si è visto, in tempi assolutamente fuori dall'ordinario, investito della questione. La prima pronuncia si è avuta il 16 marzo 2022, quando la Corte internazionale di giustizia ha accolto l'istanza di misure provvisorie presentata dall'Ucraina nell'ambito del giudizio instaurato contro la Russia, sulla base della clausola compromissoria della Convenzione per la repressione e la prevenzione del crimine di genocidio. Con un'ordinanza che ha catalizzato al contempo forte soddisfazione e pesanti critiche, la Corte ha ordinato alla Russia di sospendere immediatamente l'operazione militare. Il presente contributo, dopo aver chiarito l'interpretazione particolarmente "creativa" a fondamento della decisione, tenta di far emergere la concezione del ruolo del giudice internazionale che sembra sottendere alla stessa. Nel mostrare come tale approccio abbia successivamente incontrato il consenso e il supporto della comunità degli Stati (quanto meno, del blocco occidentale), che nel frattempo si sono rivolti ad altre giurisdi-

[*] Assistente giurista presso la Cancelleria della Corte europea dei diritti dell'uomo, lorenzoacc95@gmail.com.

zioni internazionali nell'ambito delle rispettive sfere di competenza, ci si chiederà se il conflitto armato in corso, pur avendo stravolto gli equilibri della Comunità internazionale, abbia catalizzato una rinnovata fiducia degli Stati nei confronti della giustizia internazionale, che invece viene considerata da tempo in una fase di lento declino.

PAROLE CHIAVE: Corte internazionale di giustizia, tribunali internazionali, Convenzione contro il genocidio, giurisdizione *prima facie*, plausibilità, interpretazione dei trattati

1. Introduzione

Ad oltre un anno e mezzo dall'inizio, il 24 febbraio 2022, dell'aggressione armata perpetrata dalla Federazione russa ai danni dell'Ucraina, un numero senza precedenti di tribunali internazionali è stato investito della questione[1]. Ciò è dovuto all'incredibile sforzo congiunto degli Stati europei, dell'Unione europea[2], e del resto del blocco occidentale, nell'assistere l'Ucraina non solo nella difesa militare, ma anche nel sostenere le proprie ragioni in sedi giurisdizionali e diplomatiche.

La prima pronuncia di un tribunale internazionale si è avuta a meno di un mese dallo scoppio del conflitto. Il 16 marzo 2022[3], infatti, la Corte internazionale di giustizia (di seguito "CIG" o "la Corte") ha accolto l'istanza presentata dall'Ucraina, volta all'adozione di misure provvisorie, nel procedimento instaurato contro la Russia sulla base della clausola compromissoria della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio[4] (di seguito: "la Convenzione contro il genocidio")[5]. La Corte ha ordina-

---

[1] Si veda F. MUCCI, *La guerra in Ucraina e l'effettività del diritto umanitario: nuovi schemi di cooperazione con la Corte penale internazionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 27 marzo 2023, p. 321 ss., p. 348, che riporta la dichiarazione del 31 maggio 2022 del direttore di Eurojust, secondo cui «never in the history of armed conflicts has the legal community responded with such determination».

[2] Sull'Unione europea, in particolare, si veda F.L. GATTA, *Il ruolo dell'Unione europea nella (ricerca della) giustizia internazionale*, in *Eurojus.it*, 2023, p. 60 ss.

[3] Già il marzo 2022, a seguito dell'istanza, la Presidente della CIG, in una comunicazione al Ministero russo degli affari esteri russa, aveva invitato quest'ultima a tenere una condotta conforme a quanto previsto dall'art. 74, par. 3, del Regolamento di procedura («to act in such a way as it will enable any order the Court may make on the request for provisional measures to have its appropriate effects»).

[4] Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 1948.

[5] CIG, ordinanza del 16 marzo 2022, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*.

to alla Russia di sospendere l'*operazione militare speciale* in corso, e di garantire che nessun organo statale o gruppo armato sotto la sua direzione e il suo controllo della stessa prosegua la stessa, indicando anche ad entrambe le Parti di astenersi dal tenere condotte che possano aggravare o estendere la controversia, o renderne più difficile la risoluzione[6]. L'ordinanza cautelare, fortemente criticata da alcuni dei giudici[7], ha suscitato reazioni contrastanti in dottrina, divisa tra coloro che l'hanno accolta come una coraggiosa assunzione, da parte della CIG, del proprio ruolo di principale organo giudiziario delle Nazioni Unite e garante dei valori protetti dalla Carta di San Francisco[8], e chi invece vi ha visto una pericolosa forzatura, politicamente imposta dalla situazione eccezionale oggetto del giudizio, dei limiti della funzione giudiziaria internazionale e dei criteri di interpretazione del diritto internazionale[9].

Il presente scritto, dopo aver dato conto dell'interpretazione particolarmente "creativa" posta a fondamento della decisione, contestualizzandola nell'ambito della giurisprudenza cautelare della CIG (par. 2), tenta di far emergere la concezione del ruolo del giudice internazionale che sembra sottendere alla stessa (par. 3). Nel mostrare come tale approccio abbia successi-

---

L'ordinanza è stata adottata con tredici voti a favore e due contrari (sulle cui posizioni si dirà ampiamente in seguito).

[6] Tale misura è stata adottata all'unanimità. Tuttavia, l'indicazione anche nei confronti dell'Ucraina è stata criticata dal giudice *ad hoc* nominato da quest'ultima (che ritiene che alcuna responsabilità nel sorgere e perdurare della controversia possa essere attribuita allo Stato vittima dell'aggressione), che pure ha votato a favore per garantirne l'applicazione rispetto alla Russia. Lo stesso ha infatti sottolineato che «there is no rule that (…) would make it necessary to address both of them at the same time». Tuttavia, ha riconosciuto che la prassi della Corte è quella di adottare tale tipologia di misura nei confronti di entrambi gli Stati (Dichiarazione del giudice Daudet, par. 7).

[7] In particolare, a detta della giudice Xue e del Vice-Presidente Gevorgian la Corte non avrebbe giurisdizione sulla questione. Sul punto, si veda più ampiamente *infra*, al par. 2.1.

[8] M. MILANOVIC, *ICJ Indicates Provisional Measures Against Russia, in a Near Total Win for Ukraine; Russia Expelled from the Council of Europe*, in *EJIL: Talk!*, 16 marzo 2022; M. BALCERZAK, K. WIDLAS-KLIMSIAK, Silent Leges Inter Arma? *Provisional Measures under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the* Ukraine v. Russian Federation Case *at the International Court of Justice*, in *Review of International, European and Comparative Law*, 2022, p. 251 ss., p. 263; S. FORLATI, *Il ruolo della funzione giudiziaria internazionale nel conflitto armato in Ucraina: l'ordinanza della Corte internazionale di giustizia sulle misure cautelari*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 533 ss. Per sua parte, in ragione del contenuto delle misure indicate, A. KULIC, *Provisional Measures after* Ukraine v. Russia *(2022)*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2022, pp. 323 ss., p. 331, definisce l'ordinanza come «astounding» e ritiene che la sua forza starebbe proprio nel dimostrare che «the Court can even order measures that are beyond the scope of what it may decide on the merits» (p. 339).

[9] Una posizione particolarmente critica è stata assunta da A. ORAKHELASHVILI, *Anything Goes? The ICJ's Provisional Measures in Ukraine v. Russia*, in *Birmingham Law School Research Blog*, 24 marzo 2022.

vamente trovato il consenso e il supporto di un ampia (ma ben delimitata) parte della Comunità internazionale, i cui membri si sono si sono anche rivolti ad altri tribunali internazionali, nell'ambito delle rispettive competenze (par. 4), ci si chiederà se il conflitto in corso, pur avendo stravolto gli equilibri della Comunità internazionale, abbia catalizzato una rinnovata fiducia degli Stati (o, almeno, parte di essi) nei confronti dei tribunali internazionali e, più ampiamente, del ruolo della funzione giudiziaria internazionale nella protezione dei cosiddetti interessi collettivi della comunità degli Stati, in un momento storico in cui, invece, la giustizia internazionale è considerata in una fase di lento declino (par. 5).

2. L'interpretazione "creativa" realizzata dalla CIG nell'ordinanza cautelare

L'istanza presentata dall'Ucraina proponeva un'interpretazione dell'obbligo di prevenzione e repressione di atti di genocidio, sancito dall'art. I della summenzionata Convenzione, fondata sul *principio di buona fede* e sul *divieto di abuso del diritto*[10], nonché sull'oggetto e sullo scopo del trattato stesso, che era stata immediatamente definita «[a] surprisingly creative argument that might yet work»[11].

La CIG ha effettivamente accolto, almeno in tale fase del giudizio (notoriamente caratterizzata da un esame sommario degli aspetti fattuali e giuridici della controversia) tale interpretazione "creativa". E questo sotto i diversi profili della giurisdizione *prima facie* della Corte (par. 2.1.), della plausibilità di uno dei diritti invocati dall'Ucraina nel ricorso di merito e di cui chiedeva la tutela in via cautelare (par. 2.2.), del nesso tra il diritto ritenuto plausibile e le misure provvisorie chieste e concretamente ordinate (par. 2.3), nonché dell'urgenza di prevenire il rischio che, nella pendenza del procedimento dinnanzi alla Corte, detto diritto subisca un pregiudizio irreparabile (par. 2.4.).

2.1. L'inquadramento di una controversia sull'uso della forza armata nell'ambito della Convenzione contro il genocidio

Come già ricordato in apertura del presente scritto, l'Ucraina ha instaurato il giudizio sulla base della clausola compromissoria di cui all'art. IX della Con-

[10] CIG, istanza cautelare dell'Ucraina del 27 febbraio 2022, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, par. 26.
[11] M. MILANOVIC, *Ukraine Files ICJ Claim Against Russia*, in *EJIL: Talk*, 27 febbraio 2022.

venzione contro il genocidio, che conferisce alla CIG giurisdizione su «disputes (…) relating to the interpretation, application or fulfillment» degli obblighi sanciti dalla stessa. Al riguardo, bisogna sottolineare che nonostante nella fase cautelare la Corte debba soddisfarsi solo *prima facie* dell'esistenza della propria giurisdizione[12], la decisione era tutt'altro scontata. Data la situazione fattuale – segnatamente, l'aggressione armata posta in essere dalla Russia – sussistevano dubbi tanto quanto alla possibilità di inquadrarla nell'ambito *materiale* di applicazione della Convenzione contro il genocidio, quanto con riferimento alla corrispondenza *formale* tra la controversia concretamente sussistente Parti e quella sottoposta alla Corte.

Dal punto di vista *materiale*, è evidente che l'istanza cautelare e il ricorso dell'Ucraina, per quanto ben argomentati dal punto di vista giuridico e ispirati dalla comprensibile necessità di reagire all'aggressione russa, costituiscono un tentativo estremo di aggirare l'assenza di una base giurisdizionale che consenta di chiedere alla CIG di pronunciarsi sulla palese violazione, perpetrata dalla Federazione russa, del divieto di uso della forza armata e dell'integrità territoriale dell'Ucraina[13]. Allo scopo di ricondurre tale questione nel campo di applicazione della Convenzione contro il genocidio, l'Ucraina ha invocato il diritto di non subire un'aggressione armata che sia *espressamente giustificata* (dallo Stato aggressore) sulla base di *false accuse di genocidio* (asseritamente commesso dallo Stato aggredito) e quindi di un riferimento, abusivo e in mala fede, all'obbligo di prevenzione e repressione del genocidio[14]. Si ricordi che un tentativo (in parte) simile era già stato fatto in passato, senza successo fin già dalla fase cautelare, quando nei vari casi sulla *Legalità dell'uso della forza* la Iugoslavia aveva sostenuto che il bombardamento posto in essere delle forze NATO sul proprio territorio integrasse, di

---

[12] Si tratta di una condizione essenziale per l'esercizio del potere cautelare, in quanto «[t]he Court may indicate provisional measures only if the provisions relied on by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which its jurisdiction could be founded» (si veda, tra le tante, CIG, ordinanza del 7 dicembre 2016, *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, par. 31).

[13] Il ricorso chiede alla Corte di accertare e dichiarare che: (a) l'Ucraina non ha commesso atti di genocidio; e che, di conseguenza, (b) la Russia non ha, ai sensi della Convenzione, il diritto di realizzare azioni in e contro l'Ucraina e che tanto (c) il riconoscimento delle repubbliche di Donetsk e Luhansk quanto (d) l'operazione militare sono «based on a false claim of genocide and therefore [have] no basis in the Genocide Convention». Si chiedono, inoltre, (e) appropriate garanzie di non ripetizione e (f) la riparazione dei danni causati.

[14] La "difesa" russa (su cui *infra*, al par. 3) ha fatto riferimento al diritto dell'uso della forza armata, sostenendo che «its "special military operation" is based on Article 51 of the United Nations Charter and customary international law» (CIG, *Allegations of Genocide*, cit., par. 32-33 e 46).

per sé, atti di genocidio[15]. Nel presente caso il tentativo ha avuto invece, almeno in questa prima fase, successo, in ragione della diversa situazione fattuale e per merito, forse, anche del maggiore sforzo della difesa ucraina nella stesura del ricorso. Ed infatti, pur non avendo escluso che la controversia sollevi questioni che fuoriescono dal campo di applicazione della Convenzione contro il genocidio, la Corte ha richiamato il proprio orientamento secondo cui il fatto che «certain acts or omissions may give rise to a dispute that falls within the ambit of more than one treaty»[16] non esclude la sua giurisdizione ai sensi di una specifica clausola compromissoria[17]. Se sul punto i giudici si sono divisi[18], bisogna notare che non è la prima volta che la Corte è chiamata a pronunciarsi sul se condotte implicanti l'uso della forza armata costituiscono una violazione anche di altri obblighi pattizi. Nel caso sulle *Piattaforme petrolifere*, ad esempio, il trattato che conferiva giurisdizione alla Corte conteneva una clausola di deroga secondo cui esso non vietava agli Stati parte l'adozione delle misure necessarie a proteggere i propri «essential security interests». Nella sentenza sulle eccezioni preliminari, la Corte aveva affermato che l'uso della forza è un modo tra i tanti per mezzo dei quali uno Stato può violare un trattato, e che dunque «[m]atters relating to the use of force are (…) not *per se* excluded from the reach of the Treaty»[19]; nella sentenza di merito, poi, aveva confermato che la giurisdizione ai sensi del tratta-

[15] Ad esempio, CIG, ordinanza del 2 giugno 1999, *Legality of Use of Gorce (Yugoslavia v. Belgium)*, par. 35.
[16] CIG, sentenza sulle eccezioni preliminari del 3 febbraio 2021, *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, par. 56.
[17] CIG, *Allegations of Genocide*, cit., par. 46.
[18] Il giudice Bennouna ha ritenuto che la Corte abbia «artificially link[ed] a dispute concerning the unlawful use of force to the Genocide Convention» (Dichiarazione del giudice Bennouna, par. 11). Il giudice Nolte ha invece ritenuto non vi sarebbe contrasto tra le ordinanze relative ai bombardamenti NATO e quella in esame, posto che in quest'ultima, a differenza delle prime, «the subject-matter (…) concerns the question whether the allegations of genocide and the military operations undertaken with the stated purpose of preventing and punishing genocide are in conformity with the Genocide Convention» (Dichiarazione del giudice Nolte, par. 5). Anche il giudice Robinson ha distinto i due casi, evidenziando come «[t]here is (…) a live issue in the present case as to whether Russia can use of force to prevent and to punish alleged genocide» e che, pertanto, «[t]he fact that the acts of which Ukraine complains constitute a use of force (…) does not mean that those acts are incapable of amounting to a breach of the Genocide Convention» (Dichiarazione del Giudice Robinson, par. 25).
[19] CIG, sentenza sulle eccezioni preliminari del 12 dicembre 1996, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, par. 22. Sul punto, si veda M. PAPADAKI, *Complex Disputes and Narrow Compromissory Clauses: Ukraine's Institution of Proceedings against Russia*, in *EJIL: Talk!*, 7 marzo 2022. Per una critica alla prassi degli Stati, e alla tendenza della Corte ad ammettere, l'inquadramento di controversie più ampie nell'ambito delle clausole compromissorie incluse in trattati su materie specifiche, si veda F. FONTANELLI, *The Disputes Between Armenia and Azerbaijan: The CERD Compromissory Clauses as a One-way Ticket to Hague*, in *EJIL: Talk!*, 11 novembre 2021.

to rilevante include il potere della Corte di valutare se le condotte (delle cui legalità ai sensi di quel trattato si discuta) costituiscono un illecito uso della forza armata[20]. Nel presente caso, tuttavia, la prospettiva è rovesciata, in quanto il ricorso, così come introdotto dall'Ucraina, consiste in un «non-violation complaint»: si chiede che sia accertato che essa *non ha* commesso atti di genocidio e che, *di conseguenza*, la Russia non ha alcun titolo ad agire in virtù dell'obbligo di prevenzione e repressione del genocidio, tanto meno con condotte implicanti l'uso della forza. Se è stato sostenuto che tale tipo di controversie «cannot be brought before the Court in absence of a *compromis* or specific treaty-based authorization»[21], non mancano in realtà esempi in cui tali domande sono state formulate, anche se solo a titolo riconvenzionale[22]. Posta l'assenza di precedenti, in ogni caso, non era ragionevole aspettarsi una chiara presa di posizione della Corte nella fase cautelare.

Da un punto di vista *formale*, invece, la Corte ha dovuto accertare che la controversia sottopostale corrisponda a quella effettivamente esistente tra le Parti[23]. Si ricordi, infatti, che nel proprio discorso pubblico il Presidente della Federazione russa aveva giustificato l'"operazione militare speciale" alla luce del «purpose (…) to protect people who, for eight years now, have been facing humiliation and genocide perpetrated by the Kiev regime»[24], condotte che il Governo ucraino nega fermamente[25]. Già prima dell'introduzione del ricorso esisteva, quindi, una *controversia* (ossia una differenza di vedute chiaramente manifestata) sul se l'Ucraina avesse commesso atti di genocidio. Tut-

---

[20] CIG, sentenza del 6 novembre 2003, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, par. 42. La Corte si è ritenuta «satisfied that its jurisdiction under (…) the 1955 Treaty to decide any question of interpretation or application of (*inter alia*) Article XX, paragraph 1 (*d*) of that Treaty extends, where appropriate, to the determination whether action alleged to be justified under that paragraph was or was not an unlawful use of force, by reference to international law applicable to that question, that is to say, the provisions of the Charter of the United Nations and customary international law. The Court would however emphasize that its jurisdiction remains limited to that conferred on it by the (…) 1955 Treaty».

[21] CIG, *Allegations of Genocide*, Dichiarazione del Vice-Presidente Gevorgian, cit., par. 8.

[22] D. RAJU, *Ukraine v. Russia: A 'Reverse Complaince' Case on Genocide*, in *EJIL: Talk!*, 15 marzo 2022.

[23] Affinché la CIG abbia giurisdizione è infatti necessario determinare «whether the dispute as it is formulated by the applicant in its application has the same scope as the dispute that existed between the parties in the pre-adjudicative phase» (P. PALCHETTI, *Dispute*, in H. RUIZ-FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, 2018, par. 36).

[24] Sulle presunte giustificazioni, invocate dalla Russia, si veda A. SPAGNOLO, *Prime considerazioni sul tentativo della Russia di giustificare l'intervento armato in Ucraina*, in *SIDIBlog*, 25 febbraio 2022.

[25] L'Ucraina aveva risposto con una dichiarazione del Ministro degli affari esteri che «strongly denies Russia's allegations of genocide and denies any attempt to use such manipulative allegations as an excuse for Russia's unlawful aggression», aggiungendo che, *ai sensi della* Convenzione, «Russia's claims are baseless and absurd».

tavia, la Russia non ha fatto espresso riferimento alla violazione della Convenzione contro il genocidio ma, in generale, alla *definizione di genocidio* sancita dal diritto internazionale[26]. Così, nel documento scritto in cui ha presentato le proprie difese[27], la Russia ha sottolineato che «there are no references to the Genocide Convention in the address made by its President on 24 February 2022»[28]. La Corte però si è accontentata del fatto che, negli scambi tra le Parti, si fosse fatto riferimento con sufficiente precisione alla *materia* oggetto della controversia, in modo che fosse possibile individuare il nesso con la Convenzione invocata[29]. Se tale approccio può far pensare a una qualche forzatura, in realtà sembra in linea con la precedente giurisprudenza. È vero che nel caso sull'*Obbligo di perseguire o estradare* la Corte aveva affermato che «[t]he only obligations referred to in the diplomatic correspondence between the Parties are those under the Convention against Torture» e, pertanto, aveva escluso che la controversia esistesse anche con riferimento alle corrispettive norme consuetudinarie[30]. Tuttavia, nel caso relativo all'*Applicazione della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale*, espressamente richiamato nell'ordinanza in esame, la CIG ha precisato che «an express specification would remove any doubt about one State's understanding of the subject-matter in issue and put the other on notice»[31]. A ben vedere, quindi, non vi è un contrasto tra i precedenti menzionati, né tra questi l'ordinanza in esame. Se nel primo caso gli scambi tra le Parti facevano espressamente riferimento alla Convenzione contro la tortura, eliminando ogni dubbio su quali fossero gli obblighi invocati, laddove nulla venga specificato (come nel caso in esame, in cui la Federazione russa ha

[26] L'ambasciatore russo presso l'Unione europea aveva sostenuto che la condotta tenuta dall'Ucraina «fits pretty well» nella definizione internazionalmente accettata di genocidio.
[27] Il 5 marzo 2020 la Russia aveva comunicato che non avrebbe partecipato alle udienze fissate dalla Corte nella fase cautelare (Alain Pellet, che la difendeva nelle controversie con l'Ucraina relative alla Crimea, aveva anche pubblicamente dichiarato che «it has become impossible to represent in forums dedicated to the application of the law a country that so cynically despises it»; A. PELLET, *Open Letter to my Russian Friends: Ukraine is not Crimea*, in *EJIL: Talk!*, 3 marzo 2022). Il 7 marzo la Russia aveva però depositato un documento non ufficiale che sosteneva la palese assenza di giurisdizione della Corte e, di conseguenza, del potere cautelare. Pur esprimendo il proprio disappunto al riguardo alla decisione della Russia di non intervenire formalmente, la Corte ha dichiarato che avrebbe preso in considerazione le sue difese scritte «to the extent that it finds this appropriate in discharging its duties» (CIG, istanza cautelare, *Allegations of Genocide*, cit., par. 76).
[28] CIG, *Allegations of Genocide*, cit., par. 33.
[29] *Ivi*, par. 44.
[30] CIG, sentenza del 20 luglio 2012, *Obligations to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, par. 54.
[31] CIG, sentenza sulle eccezioni preliminari del 1° aprile 2011, *Application of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, par. 30.

menzionato il genocidio, senza citare la norma consuetudinaria o la Convenzione del 1948) è sufficiente che le dichiarazioni degli Stati rinviino in modo sufficientemente chiaro alla materia[32].

Da ultimo, e pur se non espressamente trattato nell'ordinanza, bisogna notare che un ulteriore ostacolo alla giurisdizione della Corte sembrava derivare, secondo alcuni, dal carattere asseritamente *politico* della controversia[33]. Tuttavia, seppur sia innegabile che vi sia una più ampia controversia in corso tra i due Stati, la distinzione tra controversie politiche e giuridiche, e la teoria secondo cui solo le seconde sarebbero suscettibili di risoluzione in via giudiziale, non ha trovato pressoché alcuna applicazione nella prassi dei tribunali internazionali[34]. La stessa CIG, nel caso sugli *Ostaggi a Teheran*, ha chiarito che «no provision of the Statute or Rules contemplates that the Court should decline to take cognizance of one aspect of a dispute merely because that dispute has other aspects»[35], e che il carattere politico di alcuni aspetti di una controversia non esclude la sua giurisdizione[36].

---

[32] Tuttavia, si consideri anche che in CIG, sentenza sulle eccezioni preliminari del 5 ottobre 2016, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, par. 56, la Corte ha notevolmente irrigidito lo standard di accertamento dell'esistenza di una controversia. In particolare, ha affermato che è necessario verificare, sulla base di elementi oggettivi, che lo Stato convenuto sapesse, o potesse sapere, prima dell'istituzione del giudizio, che lo Stato attore riteneva che il primo stesse violando i propri obblighi.

[33] CIG, *Allegations of Genocide*, Dichiarazione della giudice Xue, cit., par. 4: «the issue of the alleged genocide is not just one aspect of a broader political problem between the two States which may be separately examined (…); it is an integral part of the dispute (…) over the security issue in the region».

[34] P. PALCHETTI, *Dispute*, cit., par. 12. Per una critica a tale teoria si veda, in tempi risalenti, H. LAUTERPACHT, *The Function of the Law in the International Community*, Oxford, 1933, p. 147 ss.

[35] CIG, sentenza del 24 maggio 1980, *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America v. Iran)*, par. 36.

[36] Si veda *ivi*, par. 37, secondo cui tale conclusion è «the more necessary because legal disputes between sovereign States by their very nature are likely to occur in political contexts, and often form only one element in a wider a longstanding political dispute between the States concerned. Yet, never has the view been put forward before that, because a legal dispute submitted to the Court is only one aspect of a political dispute, the Court should decline to resolve for the parties the legal questions at issue between them». Peraltro, nella precedente ordinanza sulle misure cautelari la Corte, per giustificare tale scissione tra controversia politica e giuridica, aveva fatto riferimento a «the importance of the legal principles involved» e al fatto che il Consiglio di sicurezza avesse qualificato la situazione come una minaccia alla pace e alla sicurezza (CIG, ordinanza del 15 dicembre 1979, *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America v. Iran)*, par. 23).

2.2. Sulla plausibilità di un "diritto a non subire un'aggressione armata" giustificata su accuse infondate di genocidio

Il secondo punto rilevante riguarda la *plausibilità* dei diritti di cui l'Ucraina ha chiesto la tutela cautelare[37], segnatamente quello di "non subire false accuse di genocidio" e di non "non subire un'aggressione armata" giustificata sulla base dell'invocazione abusiva e in mala fede dell'obbligo di prevenzione e repressione del genocidio[38].

Se sul primo diritto non si è espressamente pronunciata, la Corte ha ritenuto plausibile il secondo[39]. A tal fine, ha considerato sufficiente, almeno in questa fase della procedura, l'interpretazione contestuale, sistematica e alla luce del principio di buona fede proposta dall'Ucraina, secondo cui gli Stati devono adempiere l'obbligo di prevenzione e repressione del genocidio «in good faith, taking into account other parts of the Convention, in particular Articles VIII and IX, as well as its Preamble», facendo primariamente ricorso agli strumenti che la Convenzione offre[40]. Qualora utilizzino invece altri strumenti, ha aggiunto la Corte, gli Stati devono restare nei limiti stabiliti dal diritto internazionale[41] e, soprattutto, le loro condotte «must be in conformity with the spirit and aims of the United Nations, as set out in Article 1 of the United Nations Charter»[42], che menziona espressamente il mantenimento della pace e della sicurezza, la rinuncia ad atti di aggressione o ad altre violazioni della pace, e la risoluzione pacifica delle controversie[43]. Tali afferma-

---

[37] Si ricordi che secondo la giurisprudenza, (tra cui CIG, *Obligations to Prosecute or Extradite*, cit., par. 57), «the power (…) to indicate provisional measures should be exercised only if the Court is satisfied that the rights asserted are at least plausible». Si vedano L. MAROTTI, *"Plausibilità" dei diritti e autonomia del regime di responsabilità nella recente giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia in tema di misure cautelari*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 761 ss.; M. LANDO, *Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice*, in *Leiden Journal of International Law*, 2018, p. 641 ss.

[38] CIG, istanza cautelare, *Allegations of Genocide*, cit., par. 12, segnatamente «not to be subject to a false claim of genocide, and not to be subjected to another State's military operations on its territory based on a brazen abuse of Article I of the Genocide Convention».

[39] La Corte ha riformulato il diritto invocato dall'Ucraina nei seguenti termini: «not to be subjected to military operations by the Russian Federation for the purpose of preventing and punishing an alleged genocide in the territory of Ukraine» (CIG, ordinanza cautelare, *Allegations of Genocide*, par. 60).

[40] *Ivi*, par. 56. L'art. VIII prevede che ogni Stato può chiedere agli organi delle Nazioni Unite di adottare, secondo le proprie competenze, misure appropriate e necessarie a prevenire il genocidio.

[41] CIG, sentenza del 26 febbraio 2007, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, par. 430.

[42] *Ivi*, par. 57.

[43] *Ivi*, par. 58.

zioni derivano, del resto, dalla specifica natura (di *due diligence*) dell'obbligo in questione, oltre che della natura inderogabile del divieto di uso della forza armata che, quindi, esclude che esso possa essere bilanciato con interessi contrastanti. Inoltre, oltre a osservare che la Russia non ha per il momento fornito alcuna prova della commissione di atti di genocidio attribuibili all'Ucraina, la Corte ha chiarito di avere quanto meno dei dubbi sul fatto che l'oggetto e lo scopo della Convenzione giustifichino il ricorso unilaterale all'uso della forza armata ai danni di un altro Stato, sia pur se allo scopo di prevenire e reprimere atti di genocidio[44].

L'approccio adottato dalla Corte, che pur abbiamo più volte definito come "creativo", sembra in ultima analisi in gran parte riconducibile ai tradizionali criteri interpretativi del diritto internazionale. In primo luogo, il principio di *buona fede* – richiamato, tra l'altro, all'art. 2, par. 2, della Carta delle Nazioni Unite e nella Dichiarazione dell'Assemblea generale sulle relazioni amichevoli e la cooperazione tra gli Stati[45] – è espressamente menzionato nel testo dell'art. 26 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che sancisce il principio *pacta sunt servanda*[46], nonché indicato dell'art. 31, par. 1, della stessa, tra i criteri di interpretazione del diritto pattizio[47]; inoltre, la CIG ha riconosciuto che il principio di buona fede costituisce «one of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations»[48]. Il riferimento al divieto di abuso del diritto risulta, invece, più problematico: l'esistenza di un principio generale del diritto o di una norma consuetudinaria in tal senso è infatti tutt'altro che pacifica[49]; peraltro, lo

---

[44] *Ivi*, par. 59. L'argomentazione della Federazione russa, di fatto, ripropone dottrine più che contestate (anche dalla stessa Russia) nell'ambito della Comunità internazionale, quali quella della legittimità dell'intervento umanitario e quella della *responsibility to protect* (si veda, ad esempio, la scheda redatta dal Servizio ricerca del Parlamento europeo sulle misure cautelari della CIG, in cui si afferma che la Russia avrebbe abusivamente invocato tali dottrine, che di per sé non sono pacificamente riconosciute: M. LERCH, I. ZAMFIR, *International Court of Justice preliminary decision in* Ukraine v Russia *(2022)*, marzo 2022). Si veda anche A. KULIC, *Provisional Measures after* Ukraine v. Russia *(2022)*, cit., PE-729.350, p. 340, secondo cui il più importante effetto dell'ordinanza cautelare sarebbe «its preventive effect *vis-à-vis* humanitarian arguments as pretext for an aggression against a neighboring state».

[45] Asseblea generale, *Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, UN Doc. A/RES/2625(XXV) del 24 ottobre 1970.

[46] Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, art. 26.

[47] *Ivi*, art. 31, par. 1.

[48] CIG, sentenza del 20 dicembre 1974, *Nuclear Tests (Australia v. France)*, par. 46.

[49] A. KISS, *Abuse of Rights*, in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2006, par. 18. Ma si veda CIG, sentenza del 30 marzo 2023, *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, par. 93; si veda anche l'Opinione separata del giudice *ad hoc* Barkett, par. 4, secondo cui si ha abuso quando chi in-

standard probatorio richiesto per dimostrare l'abuso tende ad essere particolarmente alto[50]. Tuttavia, e questa sembra la spiegazione più plausibile della decisione in esame, vi è chi ritiene che il principio di buona fede (ma anche quelli di ragionevolezza e proporzionalità), cui la Corte può fare ricorso a fini interpretativi, porti ad escludere interpretazioni che producono a risultati manifestamente abusivi[51]. Quanto alla rilevanza del divieto di uso della forza armata nell'interpretazione della Convenzione contro il genocidio, si ricordi che l'art. 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sancisce che ogni disposizione pattizia va interpretata tenendo in considerazione «any relevant rules of international law applicable in the relation between the parties»[52]. Infine, anche i riferimenti all'oggetto e allo scopo del trattato, nonché al contesto in cui la disposizione interpretata si inserisce, sono inquadrabili nelle ordinarie tecniche interpretative[53].

2.3. Quale nesso tra il diritto invocato e l'ordine di sospensione dell'operazione militare?

Risolte le prime due questioni in modo, come si è visto, piuttosto convincente, si arriva al punto più problematico dell'ordinanza, che attiene al *nesso*[54] che

---

voca dei diritti «is seeking to exercise rights for purposes other than those for which the rights at issue were established».

[50] A. KULIC, *Provisional Measures after* Ukraine v. Russia *(2022)*, cit., p. 336, secondo cui sarebbe «infamously difficult to establish». Si vedano i precedenti che stabiliscono un rigidissimo standard probatorio, per come recentemente richiamati in CIG, *Certain Iranian Assets*, cit., par. 92.

[51] A. KISS, *Abuse of Rights*, cit., par. 18.

[52] Nonostante la disposizione faccia espresso riferimento a "rules", è pacifico che essa implichi anche i principi generali del diritto (Commissione del diritto internazionale, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, rapporto di M. Koskenniemi, UN. Doc. A/CN.4/L.682 and Add.1 del 13 aprile 2006, par. 472 ss.).

[53] Si guardi, ancora una volta, il testo dall'art. 31, par. 1, della Convenzione di Vienna.

[54] Quello del nesso è uno degli aspetti più oscuri della giurisprudenza cautelare della CIG. Secondo la sua originaria formulazione, la requisito richiedeva l'accertamento di «a link (…) between the alleged rights the protection of which is the subject of the provisional measures being sought, and the subject of the principal request submitted to the Court» (CIG, ordinanza del 16 luglio 2008, *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Nationals of Mexico v. United States of America*, par. 58). Così impostato tale requisito era ridondante, in quanto finiva per confondersi con la plausibilità del diritto invocato ma anche con la giurisdizione *prima facie* della Corte. Tuttavia, per come formulato oggi, e vasta l'ampiezza e flessibilità con cui può essere interpretato il requisito della plausibilità del diritto invocato, esso finisce per ammettere la tutela cautelare di diritti che non costituiscono strettamente oggetto del giudizio di merito (A. KULIC, *Provisional Measures after* Ukraine v. Russia *(2022)*, cit., p. 331). Si veda più ampiamente M. LANDO, *Provisional Measures and the Link Requirement*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2020, p. 174 ss.

deve necessariamente sussistere «between the rights whose protection is sought and the provisional measures being requested»[55].

L'Ucraina chiedeva alla Corte di ordinare alla Russia di (1) sospendere immediatamente le operazioni militari che avessero come *scopo espresso* la prevenzione e repressione dell'asserito genocidio e di (2) garantire immediatamente che nessuna ulteriore operazione militare (che avesse il medesimo scopo) fosse realizzata da unità armate militari, regolari o irregolari, dirette o supportate dalla Russia[56]. Riconosciuta la plausibilità del "diritto a non subire un'aggressione armata sulla base di false accuse di genocidio", la Corte sembra aver considerato esistente *in re ipsa* tale nesso, essendosi limitata ad affermare che «by their very nature, the first two provisional measures sought by Ukraine (…) are aimed at preserving the right of Ukraine that the Court has found to be plausible»[57].

A ben vedere, il nesso sussisteva senza dubbio con riferimento alle misure, così come richieste dall'Ucraina, in cui si faceva riferimento ad operazioni militari aventi come «stated purpose» la prevenzione e repressione dell'asserito genocidio. Tale precisazione è scomparsa nelle misure indicate dalla Corte, che ha più ampiamente ordinato di sospendere le operazioni militari. Se ciò è stato certamente motivato dallo scopo di non fornire alla Russia un cavillo per ignorare le misure[58], queste ultime, così come formulate, fuoriescono dal campo di applicazione della Convenzione contro il genocidio, e si pongono *in concreto* a tutela del diritto a non subire un'aggressione armata. Dato che era scontato che la Russia non avrebbe attuato le misure, a prescindere dalla formulazione, ci si potrebbe interrogare sull'opportunità di non dare l'impressione di oltrepassare i limiti della propria giurisdizione e del potere cautelare, posto che la Corte «ought not to indicate measures for the protection of any disputed right other than those which might ultimately form the basis of a judgment in the exercise of its jurisdiction»[59].

---

[55] CIG, ordinanza del 7 dicembre 2021, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, par. 45.

[56] L'Ucraina aveva inoltre richiesto alla Corte di ordinare alla Russia (3) di prestare delle garanzie di non aggravamento della controversia e (3) di depositare dei rapporti periodici sull'attuazione delle misure indicate, come previsto dal nuovo art. 11 della *Internal Judicial Practice* della CIG.

[57] CIG, istanza cautelare, *Allegations of Genocide*, cit., par. 63.

[58] Si veda M. MILANOVIC, *ICJ Indicates Provisional Measures Against Russia*, cit., secondo cui «in changing the language (…) the Court is avoiding creating an abusive escape valve».

[59] CIG, ordinanza del 13 settembre 1993, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, par. 36.

2.4. Il rischio *in re ipsa* derivante dalla vulnerabilità della popolazione

Meno problematico risulta, invece, l'approccio adottato in merito all'accertamento del *pericolum in mora*, ossia l'urgenza di prevenire un rischio di pregiudizio irreparabile per il diritto di cui si chiede la protezione in via cautelare[60].

Confermando un approccio ormai consolidato nella propria giurisprudenza, la Corte ha incentrato la valutazione del rischio non tanto, o non solo, sul diritto invocato dallo Stato[61]. Essa ha sottolineato, invece, la situazione di estrema vulnerabilità in cui versa la popolazione ucraina a causa dell'aggressione armata, e gli enormi rischi per la vita, l'integrità psicofisica e più ampiamente il mantenimento di condizioni di vita decenti che ne derivano[62]. A tal fine, la Corte ha fatto riferimento alla risoluzione del 2 marzo 2022 dell'Assemblea generale[63], adottata sulla base della risoluzione *Uniting for Peace*[64], che ha definito la condotta russa come atto di aggressione e che esprime seria preoccupazione per gli attacchi nei confronti dei civili e, più in generale, per la situazione di vulnerabilità in cui si trova la popolazione ucraina[65].

---

[60] CIG, ordinanza del 23 luglio 2018, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, par. 61: «the power of the Court to indicate provisional measures will be exercised only if there is urgency, in the sense that there is a real and imminent risk that irreparable prejudice will be caused to the rights in dispute».

[61] Sul punto, si consenta di rinviare a L. ACCONCIAMESSA, F. SIRONI DE GREGORIO, *Considerazioni critiche e di prospettiva sulle misure provvisorie della Corte internazionale di giustizia nel caso* Gambia c. Myanmar, in *Quaderni di SIDIBlog 2020*, p. 369 ss., p. 381; L. ACCONCIAMESSA, *Le misure cautelari nei giudizi interstatali sui diritti umani: la prassi recente della Corte internazionale di giustizia e della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, pp. 413 ss., p. 421. Si veda anche T. SPARKS, M. SOMOS, *The Humanisation of Provisional Measures? – Plausibility and the Interim Protection of Rights before the ICJ*, in F.M. PALOMBINO, R. VIRZO, G. ZARRA (eds.), *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals*, L'Aja, 2021, p. 77 ss.

[62] CIG, istanza cautelare, *Allegations of Genocide*, cit., par. 75: «the civilian population affected by the present conflict is extremely vulnerable. The "special military operation" being conducted by the Russian Federation has resulted in numerous civilian deaths and injuries. It has also caused significant material damage, including the destruction of buildings and infrastructure. Attacks are ongoing and are creating increasingly difficult living conditions for the civilian population».

[63] Assemblea generale, *Aggression against Ukraine*, UN Doc. A/RES/ES-11/1 del 2 marzo 2022.

[64] Assemblea generale, *Uniting for Peace*, UN Doc. A/RES/337A(V) del 3 novembre 1950. Secondo tale risoluzione, in caso di impossibilità per il Consiglio di sicurezza di esercitare la propria competenza volta al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, a causa del veto di uno dei membri permanenti, l'Assemblea generale può intervenire con atti non vincolanti.

[65] CIG, istanza cautelare, *Allegations of Genocide*, cit., par. 76.

3. La concezione del ruolo del giudice internazionale sottesa all'ordinanza

L'ordinanza solleva però un interesse che va oltre l'approccio interpretativo e argomentativo utilizzato dalla Corte, e che riguarda la concezione del ruolo del giudice internazionale che ad essa sembra sottendere.

Si tende infatti a sostenere[66], non a torto, che la CIG percepisca il proprio ruolo come primariamente volto alla specifica soluzione, sulla base della stretta o oggettiva applicazione del diritto vigente[67], delle singole controversie che le vengano sottoposte, e non allo sviluppo progressivo del diritto internazionale o alla protezione di determinati valori condivisi della Comunità internazionale[68]. Tuttavia, alla luce dell'analisi della prassi cautelare in controversie instaurate sulla base delle clausole compromissorie dei trattati in materia di diritti umani – o comunque implicanti rischi per la vita e l'integrità fisica di individui o popolazioni – avevamo sostenuto che la Corte tende ad adottare un approccio diverso nella fase delle misure provvisorie, sfruttando al massimo la flessibilità inerente del potere cautelare. E questo, ci sembrava, mettendo implicitamente in rilievo che «il ruolo della CIG come principale organo giudiziario delle Nazioni Unite può e deve orientarne l'attività, volta alla risoluzione delle controversie tra Stati ma al contempo alla protezione dei valori della Carta di San Francisco»[69]. Questa volta la Corte

---

[66] A. VON BOGDANDY, *The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals*, in C.P.R. ROMANO, K. ALTER, Y. SHANY (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, 2013, p. 503 ss., p. 503, p. 518.

[67] Statuto della Corte internazionale di giustizia del 1945, art. 38, par. 1: «The Court, whose function is to decide in accordance with international law those disputes that are submitted to it (…)».

[68] Si vedano, ad esempio, CIG, opinione consultiva dell'11 luglio 1950, *International Status of South West Africa,* p. 141: «It is not for the Court to pronounce on the political or moral duties which these considerations may involve»; CIG, sentenza sulle eccezioni preliminari del 18 luglio 1966, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, par. 49-50 :«Throughout this case it has been suggested, directly or indirectly, that humanitarian considerations are sufficient in themselves to generate legal rights and obligations, and that the Court can and should proceed accordingly. The Court does not think so. It is a Court of law, and can take account of moral principles only insofar as these are given a sufficient expression in legal form»; CIG, sentenza del 25 luglio 1974, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, par. 53: «the Court, as a Court of law, cannot render judgment *sub specie legis ferendae,* or anticipate the law before the legislator has laid it down»; CIG, opinione consultiva dell'8 luglio 1966, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, cit., par. 18: «the Court cannot legislate, and, in the circumstances of the present case, it is not called upon to do so. Rather its task is to engage in its normal judicial function of ascertaining the existence or otherwise of legal principles and rules applicable to the threat or use of nuclear weapons».

[69] L. ACCONCIAMESSA, *Le misure cautelari nei giudizi interstatali sui diritti umani*, cit., p. 432. Ma si veda C.A. MILES, *Provisional Measures before International Courts and Tribunals*, Oxford, 2017, p. 347: «[o]n the one hand, the human element may compel intervention by the court or tribunal; on the other, the consent-based character of international jurisdiction may mean that such an injunction may be seen as illegitimate».

lo ha chiarito espressamente, affermando che

> The Court is profoundly concerned about the use of force by the Russian Federation in Ukraine, which raises very serious issues of international law. The Court is mindful of the purposes and principles of the United Nations Charter and of its responsibilities in the maintenance of international peace and security as well as in the peaceful settlement of disputes under the Charter and the Statute of the Court. It deems it necessary to emphasize that all States must act in conformity with their obligations under the United Nations Charter and under other rules of international law, including international humanitarian law.[70]

Tale affermazione deriva, certamente, dalla posizione difficile in cui la Corte è stata posta, se si considerano le aspettative che la Comunità internazionale riponeva sulla decisione cautelare la quale, di fronte alla paralisi del Consiglio di sicurezza, sarebbe stata (ed è stata) di fatto l'unico atto giuridicamente vincolante a sancire l'illegalità (anche se solo all'esito di un esame sommario e con riferimento a uno specifico trattato) dell'aggressione in corso[71]. Non condividiamo, tuttavia, l'idea secondo cui con tale linguaggio la CIG avrebbe ammesso che «it was not legally required» a pronunciarsi in un dato modo, ma che le conclusioni raggiunte «were required by the necessity of the moment»[72]. Tale affermazione, se male interpretata, genera non pochi problemi. È vero che, come già sottolineato sopra, la Corte tende a preferire interpretazioni restrittive e certamente non rivoluzionarie del diritto internazionale, mentre nel presente caso ha fatto ampiamente ricorso a principi e valori per giustificare una decisione tutt'altro che scontata. Tuttavia, si sminuirebbe ed anzi minerebbe la stessa credibilità della funzione giudiziaria

---

[70] CIG, istanza cautelare, *Allegations of Genocide*, cit., par. 18.

[71] S. WUSCHKA, E. HOFFBERGER-PIPPAN, *Of Legal Reasoning and Plausibility of Rights: The ICJ's Order on Provisional Measures in Ukraine v. Russia*, in *Völkerrechtsblog*, 4 aprile 2022.

[72] M. MILANOVIC, *ICJ Indicates Provisional Measures Against Russia*, cit. Emblematica di tale approccio è la Dichiarazione del giudice Bennouna, il quale ha affermato quanto segue: «I voted in favour of the order (…) because I felt compelled by this tragic situation, in which terrible suffering is being inflicted on the Ukrainian people, to join the call by the World Court to bring an end to the war» (par. 1). Tuttavia, lo stesso ha anche sottolineato come, a suo parere, la Corte non abbia giurisdizione sulla controversia (par. 2) e non fosse dimostrata la plausibilità del diritto invocato (par. 6). Lo stesso può dirsi della Dichiarazione del Vice-Presidente Gevorgian, che ha affermato ha ritenuto di votare a favore dell'ultima misura (quella di non aggravamento), nonostante abbia chiarito di ritenere che la controversia non rientri nella giurisdizione della Corte, in quanto «[t]he power to indicate such measures is an inherent power of the Court, and not necessarily linked to the Court's prima facie jurisdiction» (par. 10). Tale affermazione non considera che il potere cautelare è sì un potere inerente, ma che deriva dalla funzione giudiziaria. Laddove la Corte non possa esercitare tale funzione, è difficile vedere come possa sorgere un autonomo potere cautelare.

esercitata della Corte[73] se si ritenesse che essa possa adottare e adotti decisioni che, pur non fondate sull'applicazione oggettiva del diritto, siano imposte dalle aspettative delle parti[74] o anche della Comunità internazionale nel suo complesso[75]. Bisogna ritenere allora che, alla luce dei principi e valori in gioco, e in ragione del carattere eccezionale della situazione, la Corte abbia scelto l'interpretazione più estensiva possibile tanto delle regole che circoscrivono la propria giurisdizione, quanto degli obblighi sanciti dalla Convenzione contro il genocidio, ma pur sempre nei limiti del diritto positivo e vigente, nonché in modo coerente con i propri precedenti[76]. E questo non in quanto spinta delle esigenze del momento, ma sulla base dell'enfatizzazione del ruolo che già da tempo la Corte ha dimostrato di prediligere, quanto meno nella fase cautelare, nella protezione dei valori della Carta della Nazioni Unite e, in particolare, della pace e della sicurezza internazionali.

4. Il ricorso massivo ai tribunali internazionali nell'ambito del conflitto

Altra questione, indipendente dalla decisione presa e dal ragionamento utilizzato per giustificarla, è se le misure fossero idonee a raggiungere l'obiettivo, ossia il mantenimento (o, meglio, la restaurazione) della pace[77]. Vista la contestazione generale della Russia rispetto all'operato e alla (asseri-

[73] Vi sono altri organi, in particolare l'Assemblea generale, vista la paralisi del Consiglio di sicurezza, ad avere il potere di fare raccomandazioni fondate sulla gravità della situazione (si vedano, in particolare, la risoluzione del 2 marzo 2022, citata *supra*, e Assemblea generale, *Humanitarian Consequences on the Aggression against Ukraine*, UN Doc. A/RES/ES-11/2 del 28 marzo 2022).

[74] CIG, sentenza sulle eccezioni preliminari del 2 dicembre 1963, *Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*, p. 29: «There are inherent limitations on the exercise of the judicial function which the Court, as a court of justice, can never ignore. There may thus be an incompatibility between the desires of an applicant, or, indeed, of both parties to a case, on the one hand, and on the other hand the duty of the Court to maintain its judicial character».

[75] CIG, *South West Africa*, cit., par. 50-51: «All States are interested – have an interest – in such matters. But the existence of an "interest" does not of itself entail that this interest is specifically juridical in character. (…) The sacred trust, it is said, is a "sacred trust of civilization". Hence all civilized nations have an interest in seeing that it is carried out. An interest, no doubt; but in order that this interest may take on a specifically legal character, the sacred trust itself must be or become something more than a moral or humanitarian ideal. In order to generate legal rights and obligations, it must be given juridical expression and be clothed in legal form».

[76] Si veda la Dichiarazione del giudice Robinson; *contra*, la Dichiarazione del Vice-Presidente Gevorgian, al par. 6.

[77] Si vedano le Dichiarazioni del giudice Bennouna (al par. 11) e della giudice Xue (al par. 6), che si è chiesta «how those provisional measures can be meaningfully and effectively implemented by only one Party to the conflict», sottolineando come la questione richieda complessi negoziati.

ta) strumentalizzazione delle organizzazioni internazionali ai propri danni, da parte degli Stati occidentali[78], infatti, era più che scontato che le misure indicate sarebbero rimaste inattuate. Secondo alcuni, esse sarebbero anche controproducenti, in un contesto in cui il solo strumento effettivo al ripristino della pace sarebbero effettivi negoziati[79].

Al netto di tali osservazioni, vi è anche da considerare il rischio che l'adozione di una decisione destinata a restare inattuata implicava per l'effettività[80] della Corte. Inoltre, la stessa avrebbe potuto risentirne, perdendo autorità[81] e legittimazione[82], ove gli Stati avessero ritenuto che la stessa abbia adottato un'interpretazione eccessivamente progressista[83]. Così, poco dopo l'adozione della decisione, si auspicava che gli Stati della Comunità internazionale, riconoscendo la posizione difficile in cui hanno posto la Corte, si adoperassero per sostenerla[84].

Ora, ad oltre un anno dalla decisione, può notarsi che non solo diversi Stati (o meglio, la quasi totalità degli Stati europei e gli altri Stati del blocco occidentale, come Canada, Australia e Stati Uniti) sono espressamente intervenuti a sostegno della posizione della Corte, ma il conflitto in corso sembra anche aver spinto gli stessi a manifestare una più ampia fiducia nei confronti

---

[78] Come è stato sottolineato da P. DE SENA, *Le manovre di Putin. "Fa la guerra in Ucraina ma vuole una rivoluzione mondiale*, in *IlSussidiario.net*, 2 marzo 2022, l'aggressione in corso tende ad inquadrarsi come parte di un tentativo più ampio, volto a «sovvertire l'ordinamento politico-giuridico vigente [come consolidatosi dopo la fine della Guerra fredda], per crearne uno nuovo, bi- o tri-polare, scardinando l'unipolarismo americano». Tale contestazione è confermata dalla lettera di recesso dal Consiglio d'Europa, in cui si sottolinea che «[t]he institutions of the Council of Europe, including the ECHR, are now being systematically used to put pressure on Russia, to interfere in its internal affairs».

[79] Si veda la Dichiarazione della giudice Xue, par. 6: «in the context of an armed conflict, one may wonder how those provisional measures can be meaningfully and effectively implemented by only one Party to the conflict. When the situation on the ground requires urgent and serious negotiations of the Parties to the conflict for a speedy settlement, the impact of this Order remains to be seen».

[80] Il grado di attuazione delle decisioni di una giurisdizione internazionale costituisce infatti uno dei criteri volti a valutarne l'effettività (Y. SHANY, *Effectiveness of International Adjudication*, in H. RUIZ-FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, 2019, par. 19).

[81] A. FOLLESDAL, *The Legitimacy of International Courts*, in *The Journal of Political Philosophy*, 2020, p. 476 ss., p. 477: «How States regard an [international court]'s authority is therefore crucial to induce states to consent to it, convince parties to defer to interpretations and judgments ».

[82] Per legittimazione si intende «a property of a rule or rule-making institution which itself exerts a pull towards compliance on those addressed normatively» (T.M. FRANCK, *The Power of Legitimacy among Nations*, Oxford, 1990, p. 3).

[83] S. HAMAMOTO, *Legitimacy of International Adjudication*, in H. RUIZ-FABRI (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, 2020, par. 40.

[84] L. ACCONCIAMESSA, *La CIG ordina alla Russia di sospendere l'operazione militare contro l'Ucraina: tra riconoscimento del proprio ruolo nella tutela dei valori della Carta e rischi di delegittimazione*, in *SIDIBlog*, 21 marzo 2022.

dei diversi tribunali internazionali e del ruolo che nell'ambito delle rispettive sfere di competenza, possono avere nel contesto della crisi in corso.

4.1. Il supporto all'interpretazione resa dalla CIG

Il giudizio instaurato davanti alla CIG, infatti, è stato immediatamente sostenuto con dichiarazioni pubbliche rese dai ministri degli esteri di numerosi Stati della Comunità internazionale[85], nonché dall'Unione europea[86]. Peraltro, nell'ambito dello stesso, un numero senza precedenti di Stati ha depositato una dichiarazione di intervento ai sensi dell'art. 63, par. 2, dello Statuto, secondo cui gli Stati parte di un trattato la cui "costruzione" (*construction*) sia oggetto di un giudizio pendente, una volta notificati dalla Cancelleria della Corte, possono esercitare il proprio diritto di intervenire nel giudizio e presentare le proprie osservazioni; gli Stati intervenienti non diventano parti del giudizio ma, in tal caso, accettano che l'interpretazione resa dello strumento rilevante sarà giuridicamente vincolante nei loro confronti, in deroga all'art. 59 dello Statuto, secondo cui «[t]he decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case». Al momento in cui si scrive, infatti, ben trentacinque Stati[87] hanno depositato la propria dichiarazione di intervento. L'Unione europea, non essendo uno "Stato parte" della Convenzione contro il genocidio, il 18 agosto 2022 ha trasmesso alla CIG un documento contenente "informazioni rilevanti" ai fini della decisione, il quale costituisce un atto di intervento di una «public international organisation» in qualità di *amicus curiae*, ai sensi dell'art. 34, par. 2, dello Statuto[88].

Superati i dubbi iniziali in merito all'ammissibilità degli interventi ai sensi

---

[85] Ad esempio, Ministero francese dell'Europa e degli Affari esteri, *ICJ – Joint Statement – Support for Ukraine's Application against Russia before the International Court of Justice*, dichiarazione del 20 maggio 2022, www.diplomatie.gouv.fr; Ministero degli Esteri inglese, *Support for Ukraine's Application before the International Court of Justice against Russia: Joint Statement*, dichiarazione del 13 luglio 2022, www.gov.uk.

[86] Si veda la dichiarazione congiunta pubblicata dal servizio diplomatico dell'Unione europea, commentata da B. MCGARRY, *Mass Intervention? The Joint Statement of 41 States on Ukraine v. Russia*, in *EJIL Talk!*, 30 maggio 2022.

[87] In particolare, la dichiarazione di intervento è stata presentata da Liechtenstein, Cipro, Slovenia, Slovacchia, Canada, Olanda, Belgio, Norvegia, Malta, Bulgaria, Repubblica ceca, Croazia, Grecia, Lussemburgo, Austria, Portogallo, Australia, Spagna, Estonia, Finlandia, Irlanda, Danimarca, Polonia, Italia, Romania, Francia, Svezia, Stati Uniti d'America, Germania, Regno Unito, Nuova Zelanda, Lituania, Lettonia. Le dichiarazioni sono pubblicamente accessibili sul sito Internet della Corte.

[88] A. LEMZER, *The ICJ's Only Friend in* Ukraine v. Russia. *On the EU's Memorial in the Case of* Ukraine v. Russia *before the ICJ*, in *Volkerrechtsblog*, 7 ottobre 2022

dell'art. 63, par. 2, nelle fasi antecedenti a quella di merito[89], è interessante notare che tutte le dichiarazioni sostengono l'interpretazione della Convenzione contro il genocidio provvisoriamente fatta propria dalla Corte, fondata in particolare sui principi di buona fede[90] e sul divieto di abuso del diritto[91], nonché sull'importanza fondamentale dei valori protetti dal trattato. Di fatto, gli Stati invitano la Corte a confermare l'approccio provvisoriamente adottato nell'ordinanza cautelare, ritenendo che la controversia rientri nella giurisdizione della stessa e (pur senza affermarlo espressamente, in quanto l'intervento deve limitarsi alla costruzione da dare alle disposizioni del trattato) che il ricorso ucraino sia fondato nel merito.

Gli interventi enfatizzano il carattere collettivo degli interessi in gioco[92], ma anche la fiducia degli Stati nei confronti della funzione della Corte nella risoluzione pacifica delle controversie e del mantenimento della pace, affermando espressamente la necessità di sostenerla nello svolgimento del proprio ruolo. Così, solo per fare degli esempi, la Dichiarazione di intervento della Lituania, depositata il 22 luglio 2022, afferma al par. 16 che «[t]he wider significance of the pending dispute, and the responsibility of the Court in resolving it, cannot be stressed enough». Anche la Dichiarazione di intervento dell'Australia, del 30 settembre 2022, al par. 5 sottolinea «its continued committment to the rules-based international legal order that is critical for maintaining international peace and security» e riconosce «the vital role the Court plays in this regard, as the principal judicial organ of the United Nations, particularly in relation to the peaceful settlement of international dis-

[89] CIG, ordinanza del 5 giugno 2023, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, che ha dichiarato ammissibili tutte le dichiarazioni di intervento, in quanto relative alla questione dell'esistenza della giurisdizione della Corte a decidere la controversia, ad eccezione della dichiarazione degli Stati Uniti.

[90] Ad esempio, la Dichiarazione di intervento della Francia, depositata il 13 settembre 2022, par. 24, secondo cui «[p]ar son intervention, la France entend souligner l'importance cardinale du principe de bonne fois dans la diversité de ses déclinations», Dichiarazione di intervento della Nuova Zelanda, depositata il 28 luglio 2022, par. 18-20.

[91] Sul punto si concentra, ad esempio, la Dichiarazione di intervento della Lettonia, depositata il 21 luglio 2022, secondo cui «no Party to the Genocide Convention should be permitted to make abusive allegations of Genocide»;

[92] Il carattere collettivo degli interessi, e la natura *erga omnes* dei rispettivi obblighi, è stato sottolineato nella maggioranza delle dichiarazioni. Si vedano, in particolare: Dichiarazione di intervento della Germania, depositata il 5 settembre 2022, par. 12; Dichiarazione di intervento della Svezia, depositata il 9 settembre 2022, che sottolinea «the universal values of the interests enshrined in the Articles of the [Genocide] Convention» (par. 11) e afferma che l'intervento è motivato «as a keen proponent of a rules-based world order based on human rights, democracy and the rule of law».
Si veda anche, più ampiamente, B. BONAFÈ, *The Collective Dimension of Bilateral Litigation: The Ukraine v. Russia Case before the ICJ*, in *Questions of International Law*, 2022, p. 22 ss.

putes». O ancora, il Regno Unito, al par. 11 della Dichiarazione del 5 agosto 2022, sottolinea la necessità di riaffermare «the collective commitment to upholding the rights and obligations contained in the [Genocide] Convention», anche «by supporting the crucial role of the Court»[93]. La Dichiarazione depositata dall'Italia il 15 settembre 2022, poi, sottolinea anche l'importanza dell'istituzione di tribunali penali internazionali nel perseguimento dell'oggetto e dello scopo della Convenzione contro il genocidio. È dunque innegabile come gli Stati del blocco occidentale siano intenzionati ad enfatizzare il carattere collettivo degli interessi in gioco, e abbiano deciso di sostenere pubblicamente il ruolo della Corte nell'accertamento dei fatti e nella valutazione della eventuale responsabilità internazionale della Federazione russa, sia pur ai soli fini della Convenzione contro il genocidio.

4.2. Il supporto alle iniziative dinnanzi ad altri tribunali internazionali

Andando oltre il giudizio pendente dinnanzi alla CIG, può notarsi che il conflitto armato in corso sembra aver catalizzato anche un ampio consenso degli Stati della Comunità internazionale (ancora una volta, appartenenti al blocco occidentale) attorno all'importanza della tutela di interessi collettivi e della risoluzione pacifica, in via giudiziale, delle controversie[94]. A tale riguardo, possono notarsi varie dichiarazioni di supporto per ogni possibile iniziativa volta a far valere dinnanzi a tribunali internazionali le responsabilità della Federazione russa e dei suoi organi[95]. Inoltre, e ciò riveste un'importanza

---

[93] Si veda anche la Dichiarazione di intervento della Norvegia, depositata il 10 novembre 2022, par. 7, secondo cui l'intervento «is a means by which State parties to the Convention may live up to and reaffirm their collective responsibilities for the protection of the rights and obligations enshrined in the Convention, and support the crucial role of the Court in this regards».

[94] Per una panoramica del ruolo dei tribunali internazionali, si veda M. IOVANE, *Il conflitto in Ucraina e il diritto internazionale: prime osservazioni*, in *Osservatorio costituzionale*, 2022, p. 6 ss., p. 12 ss.

[95] Si vedano, ad esempio, Assemblea parlamentare della NATO, *Declaration Standing with Ukraine*, 111 SESP 22 E rev.1 del 30 maggio 2022, par. 18, lett. j), secondo cui l'Assemblea «urges (…) to support the initiatives aimed at establishing accountability of the Russian Federation under international law, international human rights law and international criminal law, notably the investigations launched by the Prosecutor of the International Criminal Court and the European Union Member States»; Assemblea parlamentare dell'OSCE, *Resolution on the Russian Federation's War of Aggression against Ukraine and its People, and its Threat to Security across the OSCE Region*, AS (22) D E del 2-6 luglio 2022, Birmingham, punto 35; Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *The Russian Federation's Aggression against Ukraine: Ensuring Accountability for Serious Violations of International Humanitarian Law and Other International Crimes*, risoluzione n. 2436 (2022) del 28 aprile 2022, par. 9 (in cui si sottolinea il ruolo della Corte europea e della CIG nell'ambito delle rispettive sfere di competenza) e par. 11 (in cui l'Assemblea esorta gli Stati membri a cooperare con le indagini della CPI

fondamentale per i giudizi dinnanzi a ognuno dei tribunali cui la questione sia stata o sarà sottoposta, tanto nell'ambito della Nazioni Unite[96] quanto su spinta di iniziative private[97]. si sono attivati meccanismi per garantire l'adeguato accertamento dei fatti, tramite la raccolta e la conservazione delle prove. Vari Stati e organizzazioni internazionali, poi, si sono mossi o si stanno muovendo per sottoporre le condotte della Russia e dei suoi organi dinnanzi alle giurisdizioni internazionali. Tale slancio, inquadrabile su almeno *tre fronti* ulteriori rispetto al giudizio pendente dinnanzi alla CIG, sembra motivato dall'idea, condivisa da almeno di una parte della Comunità internazionale, secondo cui anche altri tribunali internazionali possono, sia pur nell'ambito delle rispettive sfere di competenza, giocare un ruolo nel ripristino della pace e nella repressione delle condotte illecite poste in essere dalla Federazione russa.

In primo luogo, la CIG non è l'unico foro dinnanzi al quale l'Ucraina ha agito contro la Russia immediatamente a seguito dell'aggressione. Il 28 febbraio 2022, infatti, ha introdotto un ricorso interstatale dinnanzi alla Corte europea dei diritti umani (di seguito "Corte europea")[98]. Quest'ultima, già il successivo 1° marzo, ha adottato misure provvisorie ai sensi dell'art. 39 del Regolamento di procedura, indicando alla Russia di astenersi dal porre in essere attacchi contro civili e obiettivi civili, veicoli di emergenza e altri obiettivi protetti, come scuole e ospedali, e di assicurare lo svolgimento delle operazioni di soccorso[99]. Le misure, la cui applicazione è stata successivamente estesa a tutti i ricorsi individuali presentati contro la Russia aventi ad oggetto

---

e di Eurojust); peraltro, al par. 11.8 l'Assemblea parlamentare esorta gli Stati a istituire ricorsi interstatali dinnanzi alla Corte europea contro la Russia, ai sensi dell'art. 33 CEDU.

[96] Si ricordi che è stata istituita una Commissione internazionale indipendente di inchiesta (Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite, *Situation of Human Rights in Ukraine from the Russian Aggression*, UN Doc. A/HRC/RES49/1 del 7 marzo 2022), il cui mandato è stato anche recentemente prorogato (Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite, *Situation of Human Rights in Ukraine from the Russian Aggression*, UN Doc. A/HRC/52/L.41/Rev.1 del 29 marzo 2023).

[97] Si tratta della *Task Force on Accountability for Crimes Committed in Ukraine*, istituita il 29 marzo 2022 da un gruppo di avvocati internazionalisti e supportata da diverse ONG, che intende assistere le autorità ucraine nella raccolta e conservazione delle prove e nelle azioni nelle opportune sedi giudiziarie.

[98] Sull'oggetto dei ricorsi attualmente pendenti si veda R. PISILLO MAZZESCHI, *Il contenzioso tra Ucraina e Federazione russa davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Freedom, Security, Justice: European Legal Studies*, 2022, p. 88 ss.

[99] Corte EDU, *The European Court Grants Urgent Interim Measures in Application concerning Russian Military Operations on Ukrainian Territory*, comunicato stampa ECHR 068 del 1° marzo 2022.

il conflitto armato[100], e il cui contenuto materiale è stato anche chiarito ed ampliato[101], sono state accolte con particolare favore in dottrina[102]. E questo anche in ragione dei dubbi sull'accoglimento della richiesta che sussistevano a seguito della sentenza resa dalla Grande camera nel caso *Georgia c. Russia (II)*: in essa era stato sancito che, nel contesto della fase attiva di un conflitto armato, verrebbe a crearsi una situazione qualificabile come un «context of chaos» che escluderebbe la giurisdizione statale ai sensi dell'art. 1 CEDU[103], la cui esistenza, almeno *prima facie*, è una condizione essenziale anche per l'indicazione di misure cautelari. Non può del tutto escludersi che il conflitto in corso sia una delle motivazioni che sta spingendo la Corte europea a rivedere, o quantomeno circoscrivere, il principio ora richiamato. Ed infatti, nella decisione di ammissibilità nel caso *Ucraina e Olanda c. Russia* – cui, per inciso, è stato riunito proprio il ricorso *Ucraina c. Russia (X)*, instaurato a seguito dell'aggressione[104] – la Grande camera ha affermato che «[t]he *Georgia v. Russia (II)* judgment cannot, therefore, be seen as an authority for excluding entirely from a State's Article 1 jurisdiction a specific temporal phase of an international armed conflict»[105], quando invece lo scopo e l'effetto di quel principio era stato proprio quello di escludere i cinque giorni di "fase attiva delle ostilità" dalla giurisdizione di entrambi gli Stati parte della controversia[106]. Avendo di fatto rinviato alla fase di merito l'accertamento del se la conduzione delle ostilità produca una situazione di caos tale da escludere la

---

[100] Corte EDU, *Decision of the Court on Request for Interim Measures in Individual Applications concerning Russian Military Operations on Ukrainian territory*, comunicato stampa ECHR 073 del 4 marzo 2022.

[101] Corte EDU, *Expansion of Interim Measures in relation to Russian Military Action*, comunicato stampa ECHR 116 del 1° marzo 2022. La Corte ha anche adottato misure specifiche relative a prigionieri di guerra (si rinvia al riguardo ai comunicati stampa del 16 e 30 giugno, del 1° luglio e del 24 agosto 2022).

[102] M. MILANOVIC, *Update on ECtHR Interim Measures Concerning Russia and Ukraine*, in *EJIL: Talk!*, 1° aprile 2022; A. VAN BAELEN, *Interim Measures by the European Court of Human Rights in the Ukrainian Conflict: United Against the Russian Aggression*, in *Strasbourg Observers*, 22 marzo 2022;

[103] Corte EDU, sentenza del 21 gennaio 2021, ric. n. 38263/08, *Georgia v. Russia (II)* [GC], par. 126 e 137.

[104] Corte EDU, *European Court Joins Inter-State Case concerning Russian Military Operations in Ukraine to Inter-State Case concerning Eastern Ukraine and Downing of Flight MH17*, comunicato stampa ECHR 055 del 20 febbraio 2023. Nonostante la Corte non pubblichi le motivazioni delle decisioni procedurali di riunione dei ricorsi, può ritenersi che essa risieda proprio il fatto che tali giudizi sollevano la questione di stabilire se la Russia esercitava giurisdizione ai sensi dell'art. 1 CEDU.

[105] Corte EDU, decisione sull'ammissibilità del 30 novembre 2022, ric. n. 8019/16, 43800/14 e 28525/20, *Ukraine and the Netherlands v. Russia* [GC], par. 558.

[106] Come sottolinea in modo critico M. MILANOVIC, «the whole point of all than "context of chaos" stuff in GvR *was precisely* to exclude entirely a specific temporal phase of an [international armed conflict] (…) and to do that with regard to the actual conduct of hostilities».

giurisdizione statale, la Corte europea ha chiaramente manifestato la propria intenzione di pronunciarsi sui fatti imputabili alla Federazione russa[107].

Allo stesso tempo, occorre notare che ben ventisei Stati membri della CEDU, nonché il Canada e alcune ONG, hanno presentato una richiesta di intervento nel giudizio relativo all'aggressione armata[108] ai sensi dell'art. 36, par. 2, della stessa[109] – secondo cui nell'interesse alla corretta amministrazione della giustizia il o la Presidente può invitare (o autorizzare) a presentare memorie scritte o a partecipare alle udienze «any High Contracting Party which is not a party to the proceedings or any person concerned who is not the applicant» – e che tali richieste sono state recentemente accolte[110]. Anche tali interventi dimostrano, quindi, la fiducia degli Stati europei nel ruolo della Corte di Strasburgo nell'accertamento delle responsabilità della Federazione russa. E questo nonostante la previa espulsione della Russia dal Consiglio d'Europa[111] e la completa chiusura da parte di quest'ultima di ogni canale di comunicazione tanto con la Corte europea quanto con il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, incaricato in ogni caso di monitorare sull'attuazione delle sentenze, alla cui attuazione la Russia resta giuridicamente obbligata, relative a fatti precedenti al 16 settembre 2022[112], e su cui la Corte mantiene la propria giurisdizione[113]. Anche in questo caso il supporto della comunità degli Stati membri del Consiglio d'Europa è tutt'altro che irrilevante, visti i rischi per l'autorità e la legittimazione della Corte che sareb-

---

[107] *Ibidem*: «The reader will by now surely have become aware that the Court had no intention of applying *GvR* in this case, yet didn't want to overrule it». Per una serie di dubbi sulla ipotesi di un ruolo effettivo della Corte di Strasburgo rispetto al conflitto in corso si veda C. DANISI, *L'applicazione della CEDU nel contesto del conflitto russo-ucraino*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, p. 77 ss.

[108] Corte EDU, *Multiple Third-Party Intervention Requests in Inter-State Proceedings Ukraine v. Russia (X)*, comunicato stampa ECHR 292 del 23 settembre 2022.

[109] Peraltro, la Corte ha recentemente emendato l'art. 44, par. 2 e 3 (b), del Regolamento di procedura, in materia di intervento, mentre la Presidente della Corte ha adottato una nuova *Practice Direction* contenente delle linee guida al riguardo (Corte EDU, *European Court Clarified Third-Party Interventions: Amendments to Rules of Court and New Guidelines*, comunicato stampa 084 del 28 marzo 2023).

[110] Corte EDU, *Update on the Third-party Intervention Requests Granted in Inter-State case* Ukraine and the Netherlands v. Russia, comunicato stampa ECHR 082 del 17 marzo 2023.

[111] Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, *Consequences of the Aggression of the Russian Federation against Ukraine*, risoluzione n. CM/RES(2022)2 del 16 marzo 2022.

[112] Assemblea plenaria della Corte EDU, *Resolution of the European Court of Human Rights on the Consequences of the Cassation of Membership of the Russia Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights*, risoluzione del 22 marzo 2023.

[113] Corte EDU, sentenza del 17 gennaio 2023, ric. n. 40792 e altri, *Fedotova and others v. Russia* [GC], par. 71-73. Sul tema, si rinvia all'analisi più approfondita di A. SACCUCCI, *Le conseguenze dell'espulsione della Russia dal Consiglio d'Europa sui trattati stipulati nell'ambito dell'organizzazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, p. 211 ss., p. 219 ss.

bero potuti derivare dall'adozione di sentenze contro uno Stato che non partecipa alla procedura[114], nonché per l'effettività della stessa[115], dato che la Russia ha chiaramente escluso che procederà all'attuazione delle sentenze stesse[116]. Allo stesso tempo, però, bisogna sottolineare come non si produca alcuna violazione del principio di parità delle armi qualora il mancato esercizio dei diritti di difesa derivi da una scelta consapevole di una parte in giudizio[117], mentre l'integrità funzione giudiziaria impone che la Corte si pronunci su casi rispetto ai quali mantiene giurisdizione, indipendentemente dalle problematiche in termini di esecuzione delle relative sentenze. Rispetto alla funzione della Corte, che resta quella di accertare le violazioni dei diritti umani garantiti dalla CEDU perpetrate nel corso del conflitto armato, e non quella di porre termine al conflitto o prevenirne di nuovi[118], risulta poi di scarsa utilità domandarsi quali siano le motivazioni ultime che stiano spingendo gli Stati europei a sostenere l'Ucraina anche dinnanzi a tale foro[119]: in-

---

[114] Sul tema si vedano, ad esempio, K. DZEHTSIAROU, L. HELFER, *Russia and the European Human Rights System: Doing the Right Thing … but for the Right Legal Reason?*, in *EJIL: Talk!*, 29 marzo 2022: «If [Russia] refuses to participate in subsequent cases, the ECtHR may be forced to issue default judgments. Such adjudication "in absentia" opens the Court to criticism that the proceedings in Strasbourg are contrary to the equality of arms principle»; D. KURNOSOV, *Russia without Strasbourg and Strasbourg without Russia: A Preliminary Outlook*, in *Strasbourg Observes*, 20 settembre 2022; G. RAIMONDI, *La Federazione russa annuncia il suo ritiro dal Consiglio d'Europa. Quali effetti per il sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *Giustizia insieme*, 14 marzo 2022

[115] K. DZEHTSIAROU, L. HELFER, *Russia and the European Human Rights System: Doing the Right Thing … but for the Right Legal Reason?*, cit.; K. DZEHTSIAROU, V.P. TZEVELEKOS, *The Aggression Against Ukraine and the Effectiveness of Inter-State Cases in Case of War*, in *European Convention on Human Rights Law Review*, 2022, p. 165 ss., p. 172.

[116] In particolare, nel giugno 2022 la Duma (il parlamento russo) ha adottato una legge che vieta l'esecuzione delle sentenze della Corte europea. In quell'occasione, il Presidente della Duma ha dichiarato che «[t]he European Court of Human Rights has become a tool of political struggle against our country used by the Western politicians» (www.duma.gov.ru/).

[117] In Corte EDU, sentenza del 24 gennaio 2023, ric. n. 54714/17, *Svetova and others v. Russia*, par. 29-31, è stato affermato che la mancata partecipazione di uno Stato nel giudizio si pone in contraddizione con gli obblighi di cooperazione sanciti dagli artt. 34 e 38 CEDU. Se ciò non implica l'automatico accoglimento dei ricorsi, in quanto la Corte deve comunque soddisfarsi che essi siano fondati in fatto e in diritto, «the respondent Government's failure to submit their memorials or participate in a hearing in the absence of sufficient cause can be considered as a waiver of their right to participate».

[118] K. DZEHTSIAROU, V.P. TZEVELEKOS, *The Aggression Against Ukraine*, cit., p. 172; C. BUFFON, *Il paradigma della procedura pilota con riguardo alle misure provvisorie indicate al governo russo*, in *Questione giustizia*, 2022, p. 59 ss., p. 68, secondo cui il ruolo del Consiglio d'Europa e dei suoi organi non è quello di influenzare il conflitto armato in corso, ma di preservare anche di fronte a una tale situazione il sistema di tutela dei diritti umani che su esso si poggia.

[119] Sulla distinzione tra ricorsi interstatali in tema di diritti umani "puri" (o disinteressati) e "impuri" (o volti alla protezione di interessi propri), si veda P. PALCHETTI, *Ricorsi interstatali in materia di diritti umani: uno strumento da maneggiare con cura*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, p. 361 ss.

fatti, che si tratti di una "pura" aspirazione alla tutela di interessi collettivi[120] o, come più probabile, di strategie politiche del blocco occidentale, volte a fare pressioni sulle Russia su più fronti, il risultato pratico dei giudizi non cambierebbe[121].

In secondo luogo, un'ampia parte della Comunità internazionale[122] ha anche manifestato una forte fiducia nei confronti della Corte penale internazionale ("la CPI") e nel ruolo della stessa nella «riaffermazione dell'ordine giuridico internazionale violato dall'aggressione russa»[123]. La CPI, per sua parte, non ha mancato di rispondere rapidamente. Infatti, dopo l'originario *referral* della situazione in Ucraina presentato dalla Lituania, un *referral* congiunto è stato presentato da ben 39 Stati[124], cui se ne sono aggiunti altri, per un totale di 43[125]. A seguito di questo, il 2 marzo 2022 il Procuratore della Corte ha dichiarato di essere determinato a procedere alle indagini[126], e tale decisione è stata pubblicamente (ed economicamente) sostenuta da diversi Stati[127]. Il 17 marzo 2023, poi, la CPI ha emesso un mandato di arresto nei confronti del Presidente Vladimir Putin e di Maria Belova, Commissaria della Federazione russa per i diritti dei minori, sulla base di indizi di commissione dei crimini di guerra di deportazione forzata di minori e di trasferimento forzato di minori dai territori occupati. Al riguardo, bisogna notare che non solo la CPI ha deciso che l'interesse alla giustizia imponesse di diffondere la notizia dell'emissione dei mandati, pur segreti, ma tale notizia è stata da-

---

[120] Tale posizione è sostenuta, ad esempio, da R. PISILLO MAZZESCHI, *Il contenzioso tra Ucraina e Federazione russa*, cit., p. 98.

[121] Si veda L. LIXINSKI, *On the Circumscribed and Problematic Resurgence of Inter-State Human Rights Cases*, in *European Convention on Human Rights Law Review*, 2022, p. 174 ss., p. 184, secondo cui « despite their prevalent cynical use, inter-state disputes can be articulated as a mechanism for furthering and broadening the collective guarantees of international human rights law, and thus ultimately not a tool in a broader political (or sometimes even military) conflict that instrumentalises human rights goals, but as a commitment to human rights itself».

[122] In questo caso non si tratta esclusivamente di Stati europei o comunque occidentali, in quanto il *referral* è stato presentato anche da Costa Rica, Cile e Giappone.

[123] M. PEDRAZZI, *L'aggressione russa all'ucraina, l'Europa e la Comunità internazionale*, in *Eurojus.it*, 14 marzo 2022.

[124] Per un commento si veda G. NAKASHIDZE, *Uniting for Justice: Group Referrals to the International Criminal Court*, in *OpinioJuris*, 25 marzo 2022.

[125] I dati aggiornati sono disponibili sul sito internet della Corte: www.icc-cpi.int.

[126] Si vedano, più ampiamente, C. MELONI, *Il senso della giustizia penale internazionale di fronte alla guerra in Ucraina*, in *Questione giustizia*, 2022; C. MELONI, *Come affrontare l'aggressione russa dell'Ucraina con gli strumenti del diritto (penale) internazionale?*, in *Sistema penale*, 2022; V. BOTTICELLI, *"In Search of a Way Out… of the Immunity Gap": l'aggressione militare russa nei confronti dell'Ucraina quale banco di prova per testare l'effettività del diritto internazionale (penale)*, in *Percorsi penali*, 2022.

[127] Ad esempio, Commissione europea, *Russian War Crimes in Ukraine: EU Supports the International Criminal Court Investigation with € 7.25 million*, dichiarazione dell'8 giugno 2022, disponibile qui.

ta con una comunicazione video dello stesso Presidente della Corte[128]. Al netto dei dubbi in merito alla possibilità di eseguire i mandati d'arresto, e della questione dell'immunità del Capo di Stato di un Paese che non abbia ratificato lo Statuto di Roma[129], ciò che preme in questa sede evidenziare è che anche la CPI si sia attivata, con il sostegno e il supporto di gran parte della comunità internazionale, per contribuire allo sforzo volto all'accertamento delle responsabilità connesse all'aggressione[130]. Del resto, se anche rispetto ai mandati di arresto non è plausibile aspettarsi delle conseguenze dirette in termini di ristabilimento della pace, essi si inseriscono nel quadro di isolamento internazionale cui il blocco occidentale ha relegato la Russia con le sanzioni, come dimostra la decisione del Presidente Putin di non prendere parte al Summit BRICS previsto in Sud Africa, Stato parte dello Statuto di Roma e che sarebbe pertanto tenuto a dare esecuzione al mandato[131].

In terzo luogo, e da ultimo, diverse voci[132] si sono levate attorno all'idea di istituire un tribunale internazionale *ad hoc* che abbia giurisdizione sul crimine di aggressione[133]. Tale proposta è arrivata non solo dal Ministro degli

---

[128] CPI, *Situation in Ukraine: ICC Judges Issue Arrest Warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova*, comunicato stampa del 17 marzo 2023.

[129] Sul tema, alcune indicazioni vengono dalla nota saga del Presidente Al-Bashir, Capo di Stato del Sudan, per i crimini commessi in Darfur, per cui la Corte ha escluso l'invocabilità dell'immunità. In quel caso, tuttavia, la giurisdizione della Corte si fondava su un *referral* da parte del Consiglio di sicurezza (si vedano CPI, Prima Camera preliminare, decisione del 4 marzo 2009 sulla richiesta del procuratore di un mandato di arresto, caso n. ICC-02/05-01/09-3*Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, par. 40 ss.; CPI, Camera d'appello, decisione del 13 dicembre 2011, correzione della decisione ai sensi dell'art. 87, par. 7, dello Statuto di Roma sull'omissione della Repubblica del Malawi a dare esecuzione alla richiesta di cooperazione emessa dalla Corte in relazione all'arresto e alla consegna di Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, caso n. ICC-02/05-01/09, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, par. 43; CPI, Camera d'appello, sentenza d'appello del 6 maggio 2019 sul rinvio della Giordania sull'obbligo di cooperazione con la Corte, caso n. ICC-02/05-01/09 OA2, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, par. 97 ss.).

[130] M. JACKSON, *The ICC Arrest Warrants against Vladimir Putin and Maria Belova – An Outline of Issues*, in *EJIL: Talk!*, 21 marzo 2023; F. MUCCI, *La guerra in Ucraina e l'effettività del diritto umanitario*, cit., p. 348.

[131] D. MCKENZIE, C. NICHOLLS, S. NOOR HAQ, *Putin Will not Attend BRICS Summit, as ICC Arrest Warrant Overshadows Key Talks*, in *CNN*, 20 luglio 2023.

[132] Si veda lo studio, commissionato dal Direttorato generale per le relazioni esterne del Parlamento europeo, di O. CORTEN, V. KOUTROULIS, *Tribunal for the crime of aggression against Ukraine – a legal assessment*, Bruxelles, 2022, che riporta anche le varie iniziative di diverse organizzazioni accademiche e non governative, e ricapitola i numerosissimi contributi dottrinali in cui tale possibilità è stata proposta. Più di recente, si veda C. MCDOUGALL, *The Imperative of Prosecuting Crimes of Aggression Committed Against Ukraine*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2023, pp. 1 ss.

[133] Si ricordi, infatti, che l'Ucraina non ha ratificato lo Statuto di Roma, e che la giurisdizione della CPI si fonda quindi su due dichiarazioni unilaterali ai sensi dell'art. 12, par. 3, le quali non includono tuttavia il crimine di aggressione.

Affari esteri ucraino[134], ma anche da diversi Stati[135] e dagli organi di diverse organizzazioni internazionali, in particolare l'Assemblea parlamentare della NATO[136], quella dell'OSCE[137], il Parlamento europeo[138] e la Commissione europea[139], nonché il Comitato dei ministri[140] e l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa[141]. Nell'ambito di quest'ultima organizzazione, peraltro, è stato istituito un registro dei danni causati dall'aggressione[142]. Il tentativo dell'Ucraina di ottenere una simile dichiarazione nell'ambito delle Nazioni Unite non ha invece avuto successo[143].

---

[134] Ministro degli Affari esteri ucraino, *Statement by Minister of Foreign Affairs of Ukraine on Russia's Aggression against Ukraine*, dichiarazione del 22 settembre 2022, www.mfa.gov.ua/.

[135] Come ad esempio Estonia, Lettonia e Lituania (Ministro degli Affari esteri lituano, *The Ministers of Estonia, Latvia and Lithuania call to establish a Special Tribunal to investigate the crime of Russia's Aggression*, dichiarazione congiunta del 16 ottobre 2022, www.urm.lt/).

[136] Assemblea parlamentare della NATO, *Declaration Standing with Ukraine*, cit., par. 18, lett. j), secondo cui l'Assemblea «urges (…) to support (…) the establishment of a special *ad hoc* international criminal tribunal to investigate and prosecute the crime of aggression against Ukraine and bringing the perpetrators to justice».

[137] Assemblea parlamentare dell'OSCE, *Resolution on the Russian Federation's War of Aggression against Ukraine and its People, and its Threat to Security across the OSCE Region*, AS (22) D E del 2-6 luglio 2022, Birmingham, punto 36, secondo cui l'Assemblea «calls for the quick establishment of effective legal mechanisms to prosecute and punish those responsible for such crimes, including a special international criminal tribunal, as well as the provision of the financial support needed for this effort to succeed in providing justice».

[138] Parlamento europeo, *The Fight Against Impunity for War Crimes in Ukraine*, risoluzione n. P9_TA(2022)0218 del 19 maggio 2022; Parlamento europeo, *The Establishment of a Tribunal on the Crime of Aggression against Ukraine*, risoluzione n. P9_TA(2023)0015 del 19 gennaio 2023.

[139] Commissione europea, *Statement by President von der Leyen on the Establishment on the Establishment of the International Centre for the Prosecution of Crimes of Aggression Against Ukraine*, dichiarazione del 4 marzo 2023, www.ec.europa.eu/.

[140] Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *The Russian Federation's Aggression against Ukraine: Ensuring Accountability for Serious Violations of International Humanitarian Law and Other International Crimes*, cit., par. 11.6, che esorta gli Stati membri e gli osservatori del Consiglio d'Europa a «urgently set up an *ad hoc* international criminal tribunal».

[141] Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, *Consequences of the Aggression of the Russian Federation against Ukraine. Accountability for International Crimes*, decisione CM/Del/Dec(2022)1442/2.3 del 14-15 settembre 2022; Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, *The Russian Federation's Aggression against Ukraine: Ensuring Accountability for Serious Violations of International Humanitarian Law and Other International Crimes*, raccomandazione n. 2231(2022) del 18 ottobre 2022.

[142] Si veda l'Annesso I alla Dichiarazione *United Aroung Our Values*, adottata nell'ambito del quarto Summit dei Capi di Stato e di Governo del Consiglio d'Europa, tenutosi a Reikiavik il 16 e 17 maggio 2023, che supporta l'adozione dell'*Enlarged Partial Agreement on the Register of Damages Caused by the Aggression of the Russian Federation Against Ukraine*.

[143] L'Assemblea generale si è per il momento limitata a invocare la creazione di un registro dei danni subiti dall'Ucraina, allo scopo di garantire l'esercizio del diritto alla riparazione per delitto di aggressione (Assemblea generale, *Furtherance of Remedy and Reparation for Aggression against Ukraine*, UN Doc. A/RES/ES-11/5 del 15 novembre 2022).

5. Conclusioni: una rinnovata fiducia nei tribunali internazionali?

In conclusione, può notarsi come le iniziative dinnanzi alle diverse giurisdizioni internazionali in questa sede esaminate, relative all'aggressione armata russa ai danni dell'Ucraina, presentano ovviamente luci ed ombre. Le *luci* attengono agli innegabili sforzi congiunti di un gruppo compatto della comunità internazionale a sostegno dell'Ucraina e della sua integrità territoriale, nell'interesse collettivo al ripristino della pace e alla tutela dei diritti umani e della dignità umana. Peraltro, molte di queste iniziative, almeno nelle intenzioni, sono volte a fare pressione sulla Russia affinché ponga fine all'aggressione. Le *ombre* sono però altrettanto rilevanti. Esse riguardano i numerosi ostacoli in termini di ammissibilità dei relativi giudizi, e il rischio di scarsa effettività delle decisioni eventualmente adottate all'esito degli stessi, che deriva dalla difficoltà di darvi esecuzione. A queste preoccupazioni, si affianca l'opinione di chi ritiene che ragionare in termini di responsabilità penale internazionale, avviare indagini al riguardo e discutere finanche della creazione di un tribunale *ad hoc* competente sul crimine di aggressione a conflitto ancora in corso, sia inopportuno, controproducente e rischioso, in quanto inasprirebbe il conflitto e renderebbe più difficili i negoziati[144].

Non è questa la sede per esaminare suddette perplessità, alcune delle quali sono più che legittime e meritano certamente di essere approfondite. Il presente contributo ha invece inteso mostrare come il conflitto armato in corso sembra aver portato (parte del)la Comunità internazionale a mostrare una rinnovata fiducia nei confronti dei tribunali internazionali, e del loro ruolo nella soluzione pacifica delle controversie, nel mantenimento della pace e nella tutela dei valori e interessi condivisi dagli Stati. In un momento storico in cui la giustizia internazionale viene ritenuta in una fase di lento declino[145], e in cui gli Stati sono sempre più restii a sottoporsi alla giurisdizione dei diversi tribunali internazionali, lo stravolgimento di equilibri causato dall'aggressione russa sembra allora poter, almeno in parte, invertire tale processo. È ovviamente presto per dire se la rinnovata fiducia che si è messa

---

[144] Secondo M. DELLI SANTI, *Le sfide della Corte penale internazionale nella guerra in Ucraina*, in *Giurisprudenza penale*, 7 aprile 2022, tuttavia, si tratterebbe di «pregiudizi sul ruolo della giustizia penale internazionale», posta l'assenza di reali sforzi della Federazione russa nel negoziato, nonostante gli interventi in tal senso della Cina.

[145] Tra i tanti, M. RASK MADSEN, P. CEBULAK, M. WEIBUSCH, *Backlash against International Courts: Explaining the Forms and Patterns of Resistance to International Courts*, in *International Journal of Law in Context*, 2019, p 197 ss.; C. MCLACHLAN, *The Assault on International Adjudication and the Limits of Withdrawal*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2019, p. 499 ss.; E. A. POSNER, *The Decline of the International Court of Justice*, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 233, 2004).

in evidenza sia anche solo lontanamente paragonabile a quella che ha caratterizzato il secondo dopoguerra, dalle cui ceneri sono sorte la CIG, la Corte europea, e la stessa giustizia penale internazionale, o la proliferazione di tribunali internazionali specializzati successiva al termine della Guerra fredda. Per il momento non resta che sperare che ciascuno dei tribunali internazionali aditi riesca, nell'ambito delle proprie competenze, a svolgere al meglio il suo ruolo di accertare i fatti, le responsabilità e "fare" giustizia.

Che fine hanno fatto gli Accordi di Minsk?

KHRYSTYNA GAVRYSH[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La natura giuridica e il contenuto degli Accordi di Minsk. – 3. L'invocata estinzione degli Accordi di Minsk. – 4. Conclusioni.

ABSTRACT: Dopo l'invasione dell'Ucraina da parte della Russia nel febbraio del 2022 sono sorti interrogativi circa lo stato del processo di pacificazione tra i due Paesi intrapreso con la stipula degli Accordi di Minsk nel 2014. Un'indagine più attenta porta però ad osservare come non solo si è spesso dubitato della validità di tale strumento giuridico fin dalla sua adozione, ma che poco prima dell'intervento armato il presidente russo ne ha invocato l'estinzione ai sensi degli articoli 60 e 62 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. Siffatto contributo è, pertanto, diretto a smentire le ragioni addotte a supporto di tali pretese.

PAROLE CHIAVE: Accordi di Minsk, Ucraina, diritto dei trattati, *inadimplenti non est adimplendum*, accordi in forma semplificata

1. Introduzione

Gli Accordi di Minsk hanno costituito un passaggio importante nella momentanea – e nemmeno così netta – soluzione del conflitto sorto a seguito dell'*impeachment* dell'allora presidente ucraino Viktor Yanukovich, notoriamente vicino al Governo russo, nel 2014. La reazione della Russia fu, infatti, quella di annettere la Crimea mediante un referendum «illegale»[1], e

[*] Ricercatrice a tempo determinato in diritto internazionale, Università degli studi di Ferrara, gvrkry@unife.it.

[1] Oltreché essere, infatti, in contrasto con l'art. 73 della Costituzione ucraina che impone necessariamente il ricorso ad un referendum su base nazionale sulle questioni relative al territorio, la sua organizzazione è avvenuta con il supporto armato russo e, dunque, in contrasto con il divieto di ingerenza negli affari interni ed internazionali degli Stati. V. Assemblea generale, risoluzione 2131(XX), *Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty*, 21 dicembre 1965. Del resto, la dichiarazione di indipendenza della Crimea non rientra in nessuna delle ipotesi consentite autodeterminazione esterna previste dalla risoluzione 2625 (XXV) dell'Assemblea generale relativa a *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly R.elations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations* (A/8082) del 24 ottobre 1970. Sull'argomento v. ampiamente E. SCISO, *La crisi ucraina e l'intervento russo: profili di diritto internazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2014, p. 992 ss.; I.A.

comunque invalido per il diritto internazionale[2] con la maggioranza del 98,7%[3], e di invadere le regioni del Donbass, invocandone la *remedial secession*. In siffatto contesto, gli Accordi di Minsk hanno rappresentato un compromesso tra le aspirazioni imperialiste della Russia e l'esigenza dell'Ucraina a preservare la propria integrità territoriale.

Ciò non di meno, tali Accordi scontano una particolare ostilità nell'ordinamento ucraino, che ha portato in molti a dubitare della relativa validità nel corso degli anni. In più, a seguito dell'invasione dell'Ucraina da parte della Russia avvenuta il 24 febbraio 2022, il presidente russo Vladimir Putin, per giustificare la legittimità del suo operato, ne ha invocato l'estinzione in applicazione delle clausole del mutamento fondamentale delle circostanze ai sensi dell'art. 62 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (Convenzione di Vienna) e dell'*inadimplenti non est adimplendum* ai sensi dell'art. 60 della medesima.

Prima di analizzare nello specifico le ragioni che hanno condotto entrambe le parti ad avanzare siffatti dubbi o pretese, occorre concentrarsi sul contenuto e sulla natura giuridica degli Accordi oggetto di questo contributo. Infine, sulla scorta di tali rilievi si potranno confutare i relativi argomenti addotti.

2. La natura giuridica e il contenuto degli Accordi di Minsk

Analizzando più da vicino questo strumento giuridico sorge l'esigenza di fare alcune precisazioni. Anzitutto, gli Accordi di Minsk sono due[4]: il primo Accordo, adottato il 5 settembre 2014 (e seguito da un *memorandum* esplicativo del 19 settembre) è un accordo-quadro[5] che stabilisce una serie di principi da

---

BULIGA, *The Legal Camouflage of the Illegal and Illegitimate Annexation of the Crimean Peninsula (2014)*, in *Europolity: Continuity and Change in European Governance*, 2022, p. 69 ss.; A. PETERS, *Sense and Nonsense of Territorial Referendums in Ukraine, and Why the 16 March Referendum in Crimea Does Not Justify Crimea's Alteration of Territorial Status under International Law*, in *EJIL:Talk!*, 16 aprile 2014.

[2] V. Assemblea generale, risoluzione 68/262, *Territorial integrity of Ukraine*, 27 marzo 2014, par. 5.

[3] Come riportato dall'agenzia ufficiale di stampa russa nel comunicato stampa del 13 marzo 2014, reperibile su www.tass.ru.

[4] Sulla composizione del relativo pacchetto v. H. HAUG, *The Minsk Agreements and the OSCE Special Monitoring Mission Providing Effective Monitoring for the Ceasefire Regime*, in *Security and Human Rights*, 2016, p. 342 ss.

[5] I relativi testi sono reperibili su www. peacemaker.un.org. Sulle caratteristiche degli accordi-quadro sia concesso il richiamo a K. GAVRYSH, *Il trasferimento della persona condannata tra*

attuare al fine di conseguire una risoluzione pacifica della controversia sui territori del Donbass; invece, il secondo – denominato Pacchetto di misure per l'attuazione degli Accordi di Minsk e adottato il 12 febbraio 2015[6] – è un accordo di attuazione di questi principi, contenente una serie di misure più dettagliate da intraprendere in tempi brevi.

Tali Accordi sono stati firmati dai rappresentanti della Russia, dell'Ucraina e dell'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE), meglio conosciuti come gruppo di contatto trilaterale sull'Ucraina, oltreché dai due rappresentanti delle regioni separatiste. La conclusione di questi Accordi è stata altresì favorita tramite i negoziati promossi in seno al c.d. Formato Normandia, composto dai rappresentanti dell'Ucraina, Russia, Germania e Francia, che hanno sottoscritto una dichiarazione congiunta sull'impegno di attuare gli stessi contestualmente all'adozione del Pacchetto di misure per l'attuazione degli Accordi di Minsk. Tale dichiarazione è stata anche inserita nell'allegato n. 2 alla risoluzione n. 2202/2015 del Consiglio di sicurezza che recepisce – tra l'altro – il secondo Accordo di Minsk, rendendo così l'organo delle Nazioni Unite un ulteriore garante, oltre all'OSCE, dell'esecuzione di quanto disposto in questi Accordi.

La natura eterogenea dei partecipanti agli Accordi di Minsk, che vede il coinvolgimento degli Stati, quali la Russia e l'Ucraina, degli insorti delle due regioni separatiste e dell'OSCE, impone qualche breve considerazione circa la loro natura giuridica. Sebbene la prassi internazionale sia ondivaga sulla qualificazione degli accordi di pacificazione[7] firmati dai gruppi ribelli[8], che

---

convenzione-quadro del 1983 e accordo di esecuzione, in *Rivista di diritto internazionale*, 2021, p. 353 ss.

[6] Il relativo testo è reperibile in lingua ucraina su www.tyzhden.ua.

[7] In senso conforme sulla natura di accordi di pacificazione degli Accordi di Minsk, v. anche H. HAUG, *The Minsk Agreements*, cit., p. 355. Sulle problematiche di qualificazione giuridica di questi accordi, v. C. BELL, *On the Law of Peace: Peace Agreements and the* Lex Pacificatoria, Oxford, 2008.

[8] In senso contrario si è espressa la camera d'appello per la Corte speciale per la Sierra Leone nella decisione del 13 marzo 2004 nel caso Kallon and Kamara in relazione all'accordo stipulato tra la Sierra Leone e il Fronte Unito Rivoluzionario del 7 luglio 1996. In senso favorevole v. l'accordo di pace tra il Governo colombiano e gli insorti delle FARC-EP del 12 novembre 2016; F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, VI ed., Milano, 2021, p. 41 ss.; A. CASSESE, *The Special Court and International Law - The Decision Concerning the Leone Agreement Amnesty*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, p. 1130 ss.; M.C. VITUCCI, *Sovranità e amministrazioni territoriali. Limiti al potere di governo delle amministrazioni "non sovrane" in diritto internazionale*, Napoli, 2012. Sul punto v. ampiamente C. WITTKE, *Law in the Twilight. International Courts and Tribunals, the Security Council and the Internationalisation of Peace Agreements between State and Non-State Parties*, Cambridge, 2018, p. 14 ss.; O. DÖRR, K. SCHMALENBACH, *Vienna Convention on the Law of Treaties*, II ed., 2018, p. 75 ss.

per alcuni hanno natura di accordi internazionali, per altri di intese di diritto interno, l'obiettivo di questo scritto è valutarne la natura nei rapporti tra l'Ucraina e la Russia. A tal proposito, anche alla luce delle dichiarazioni di una loro presunta estinzione da parte del Presidente russo Putin, che verranno analizzate in prosieguo[9], è ragionevole sostenere che si trattasse di accordi internazionali a tutti gli effetti cui era applicabile la Convenzione di Vienna del 1969.

La partecipazione di altri enti alla loro stipula non pregiudica, infatti, la loro natura pattizia, come del resto stabilito dall'art. 3 della Convenzione di Vienna del 1969, il quale prevede che «[t]he fact that the present Convention does not apply to international agreements concluded between states and other subjects of international law (…) shall not affect (…) the application of the Convention to the relations of States as between themselves under international agreements to which other subjects of international law are also parties». È bene sottolineare peraltro che – a differenza di quanto sostenuto da alcuni autori[10] – a parere di chi scrive, le pertinenti clausole non si esauriscono con l'art. 10 del secondo Accordo di Minsk, che prevede il ritiro completo di tutte le truppe straniere. Non si può negare, infatti, che anche il cessate il fuoco (art. 1 del secondo Accordo di Minsk) o il ritiro delle armi pesanti (art. 2 del secondo Accordo di Minsk) incombesse parimenti in capo alle truppe russe, direttamente coinvolte nel conflitto a supporto delle fazioni ribelli.

Un'altra disposizione che impone senz'altro obblighi sulla Federazione russa è prevista dall'art. 9 del secondo Accordo. Si tratta dell'obbligo di cedere il pieno controllo sulla frontiera nelle zone del conflitto al Governo ucraino. Siffatto impegno era però subordinato alla attuazione di una riforma costituzionale sul decentramento territoriale in Ucraina entro la fine del 2015[11], come previsto dall'art. 11 del secondo Accordo di Minsk, secondo il quale «[c]onstitutional reform in Ukraine, with a new constitution to come into effect by the end of 2015, the key element of which is decentralisation (…), and also approval of permanent legislation on the special status of particular districts of Donetsk and Luhansk oblasts [are requested] (…)».

Non si potrebbe nemmeno sostenere la mera valenza politica degli Ac-

---

[9] V. *infra*, par. 4.

[10] Cfr. in particolare M. STARITA, *Gli Accordi di Minsk tra politica e diritto: prime considerazioni*, in *SIDIBlog*, 2015, p. 1 ss.

[11] Per una più ampia descrizione v. S. VAN SEVEREN, *The Minsk Agreements: Has the Glimmer of Hope Faded?*, in F. BOSSUYT e P. VAN ELSUWEGE (a cura di), *Principled pragmatism in practice: the EU's policy towards Russia after Crimea*, Leiden, 2021.

cordi di Minsk, o addirittura la loro nullità[12] – peraltro mai invocata dall'Ucraina – per violazione manifesta di una norma interna di natura fondamentale concernente la competenza a concludere trattati ai sensi dell'art. 46 della Convenzione di Vienna. Tale causa di nullità sarebbe venuta in giuoco per la mancata espressione della volontà a vincolarsi mediante la ratifica, ai sensi dell'art. 9, par. 1, della Costituzione ucraina[13], da parte del Parlamento ucraino (Verkhovna Rada) o per il mancato conferimento di pieni poteri a Leonid Kuchma, firmatario degli Accordi, e, dunque, violazione degli articoli 3, 5 e 6 della legge ucraina n. 1906-IV del 29 giugno 2004 sugli accordi internazionali[14] (recanti norme sul procedimento interno da rispettare in materia di conclusione dei trattati) in combinato disposto con l'art. 106, n. 3, della Costituzione ucraina sulla competenza del Presidente a concludere gli accordi internazionali[15]. Tuttavia, non vi sono elementi per supportare l'ipotesi che, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione di Vienna, il conferimento dei pieni poteri fosse incompleto o viziato, in quanto l'ordine n. 953 dell'8 luglio 2014[16] con cui era stato concesso fuga ogni dubbio al riguardo, essendo espressamente intitolato «Sull'autorizzazione di Kuchma a partecipare al gruppo di contatto tripartito per la risoluzione pacifica della situazione nelle regioni di Donetsk e Luhansk».

D'altro canto, la mancata ratifica ai sensi dell'art. 9, par. 1, della Costitu-

---

[12] V. MARKOV et al., *Legal Nature Issues of the Minsk Agreements (International and Legal Analysis)*, in *Law and Safety*, 2020, p. 20 ss. Va comunque rammentato che in effetti, Petro Poroshenko – l'ex presidente ucraino che ha promosso la loro stipula, conferendo all'uopo i poteri di rappresentanza a Leonid Kuchma – è stato sottoposto ad un procedimento penale per alto tradimento per i fatti connessi alla conclusione degli stessi e, in particolare, per la conclusione degli accordi di fornitura di carbone con le regioni separatiste (V. CHERVONENKO, *Порошенко і підозра про держзраду. П'ять важливих речей, які потрібно знати* (*Poroschenko e il sospetto dell'alto tradimento. Cinque fatti importanti da sapere*), in www.bbc.com, 22 dicembre 2021). Il procedimento però è finito con un'assoluzione. C'è stata anche un'inchiesta parlamentare sulla possibile violazione della Costituzione ucraina connessa sempre alla stipula degli Accordi di Minsk e alle successive riforme promosse proprio da Poroshenko per adeguarvisi (inchiesta parlamentare n. 207/04-1017, 29 maggio 2019, reperibile su www.rada.gov.ua). D'altro canto, Zelenskij, pur confermando in svariate occasioni l'intenzione di attuare gli Accordi di Minsk, ha sempre posto attenzione sull'esigenza di una loro rinegoziazione, possibilità questa mai realmente presa in considerazione dalla Russia.

[13] Art. 1, par. 1 della Costituzione ucraina: «International treaties that are in force, agreed to be binding by the Verkhovna Rada of Ukraine, are part of the national legislation of Ukraine».

[14] Il relativo testo è reperibile su www.zakon.rada.gov.ua.

[15] Art. 106, n. 3 della Costituzione ucraina: «The President of Ukraine represents the state in international relations, administers the foreign political activity of the State, conducts negotiations and concludes international treaties of Ukraine».

[16] Il relativo testo è reperibile su www.dostup.pravda.com.ua.

zione ucraina[17] da parte del Parlamento ucraino, seppur richiesta per la stipula di un accordo di pacificazione dall'art. 9, par. 2, lett. *a*), della legge n. 1906-IV/2004 sugli accordi internazionali[18], non pare decisiva al riguardo. Infatti, la conclusione degli accordi in forma semplificata e, dunque, attraverso l'espressione del consenso mediante la firma, rappresenta una prassi piuttosto consolidata nel diritto internazionale.

Si può trarre insegnamento dalla pronuncia della Corte internazionale di giustizia sul caso *Somalia* c. *Kenya* del 2 febbraio 2017. In tale sentenza il giudice internazionale, nell'accertare la validità dell'accordo concluso tra i due Stati, ha posto attenzione sul fatto che «[t]he MOU is a written document, in which Somalia and Kenya record their agreement on certain points governed by international law» e che «Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs (…) under international law, may also duly authorize other officials to adopt, on behalf of a State, the text of a treaty or to express the consent of the State to be bound by a treaty»[19]. Altrettando consolidata appare anche la prassi ucraina al riguardo, nella quale rientrano – tra gli altri – la conclusione del *Memorandum on Security Assurances in connection with Ukraine's accession to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons*, firmato a Budapest nel 1994, e del *Memorandum of Understanding on Participation In and Support of the Activities of the International Chornobyl Center on Nuclear Safety, Radioactive Waste and Radioecology*, firmato a Kiev nel 1997[20]. Non essendo mai stata questionata la validità di tali accordi, non ci sono presupposti della "violazione manifesta" richiesti dall'art. 46 della Convenzione di Vienna. In applicazione dei principi così sanciti, si può giungere, dunque, alla conclusione che il conferimento dei pieni poteri e il testo degli Accordi mediante l'utilizzo di una terminologia idonea a creare diritti ed obblighi per le parti coinvolte, nonché la prassi

---

[17] Art. 9, par. 1 della Costituzione ucraina: «International treaties that are in force, agreed to be binding by the Verkhovna Rada of Ukraine, are part of the national legislation of Ukraine».

[18] Art. 9, par. 2, lett. *a*), della legge ucraina n. 1906-IV/2004 sugli accordi internazionali: «International Treaties of Ukraine that are subject to ratification: a) political (on friendship, mutual assistance and cooperation, neutrality), territorial and those related to state borders, delineation of the exclusive (maritime) economic zone and continental shelf of Ukraine, peaceful».

[19] CIG, sentenza del 2 febbraio 2017, *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, parr. 42-43. Sugli accordi in forma semplificata, v. ampiamente M.C. VITUCCI, *La competenza a rappresentare lo Stato nella conclusione dei trattati e la validità degli accordi fra diritto interno e diritto internazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2018, p. 715 ss.

[20] Sulla prassi dell'Ucraina in materia di accordi in forma semplificata cfr. V.M STESHENKO, *International Legal Description of the Budapest Memorandum, 1994*, in *Juridical Scientific and Electronic Journal*, 2016, p. 251 ss.

ucraina in tema di accordi in forma semplificata, facciano pensare senz'altro alla volontà di creare un vincolo giuridico sul piano internazionale.

D'altro canto, l'Ucraina avrebbe perso la possibilità di invocare l'invalidità della manifestazione del proprio consenso. Ciò è avvenuto in ragione dei comportamenti dei suoi vertici politici, ossia per via delle dichiarazioni di Zelenskij sulla importanza degli Accordi e della congiunta dichiarazione sull'impegno di attuarli dell'allora presidente Poroshenko unitamente ad altri *leaders* politici del 'formato Normandia', nonché per via delle riforme dall'allora presidente ucraino promosse per adeguarvisi. Mediante tali comportamenti il Governo ucraino ha, infatti, prestato acquiescenza alla validità del *memorandum of understanding*, in ossequio ai dettami dell'art. 45, par. 2, della Convenzione di Vienna.

3. L'invocata estinzione degli Accordi di Minsk

Fugati i dubbi sulla natura giuridica e sulla validità degli Accordi oggetto di questa disamina, occorre interrogarsi circa la loro possibile estinzione, ufficialmente invocata da Putin nella conferenza stampa del 22 febbraio 2022[21], concessa a seguito del discorso alla nazione in cui riconosceva pubblicamente le Repubbliche indipendenti del Donetsk e Luhansk.

Il Presidente russo ha addotto due argomenti a supporto di tale estinzione. Anzitutto, egli ha affermato che «questo compromesso [rappresentato dagli Accordi] è rimasto lettera morta per colpa dell'attuale Governo ucraino. Gli Accordi di Minsk sono stati uccisi ben prima del riconoscimento delle Repubbliche del Donetsk e Luhansk, ma non da me e nemmeno dal Governo delle Repubbliche, bensì dal Governo ucraino. Già da tempo il Governo di Kiev ha pubblicamente affermato che non era intenzionato a rispettare tali Accordi (…). A questo punto gli Accordi di Minsk non esistono più». Siffatta posizione è stata poi confermata anche dall'ambasciatore russo alle Nazioni Unite Vasily Nebenzia, in seno al Consiglio di sicurezza e in qualità di suo presidente, all'incontro n. 8974 del 23 febbraio 2022[22]. L'invocata estinzione rappresenterebbe, dunque, in questo caso una reazione all'inadempimento da parte dell'Ucraina ai sensi dell'art. 60 della Convenzione di Vienna. In secondo luogo, il *leader* russo ha ribattuto ai giornalisti

[21] Il discorso di Putin è riportato in UN Doc. S/2022/154.

[22] Consiglio di sicurezza, *Letter dated 28 February 2014 from the Permanent Representative of Ukraine to the United Nations addressed to the President of the Security Council* (S/2014/136), UN Doc. S/PV.8974 del 23 febbraio 2022.

che insistevano sull'importanza degli Accordi: «Cosa dobbiamo rispettare se abbiamo riconosciuto l'indipendenza di queste regioni?!», facendo così leva sul mutamento fondamentale delle circostanze previsto dall'art. 62 della Convenzione di Vienna.

Partiamo, dunque, da quest'ultimo argomento. Il mutamento fondamentale delle circostanze sarebbe dovuto al riconoscimento da parte delle Russia delle regioni separatiste come entità statali indipendenti. Non c'è dubbio che si trattasse di circostanze che hanno costituito la base essenziale per la conclusione del trattato, come richiesto dall'art. 62 della Convenzione di Vienna, trattandosi dell'oggetto principale della disputa tra i due Stati. Tuttavia, come precisa l'art. 62, par. 2, lett. *b*), tale mutamento non può essere invocato come motivo per porre termine ad un trattato quando è dovuto alla violazione da parte dello Stato che lo invoca «o di un obbligo del trattato o di qualsiasi altro obbligo internazionale nei confronti di qualunque altro Stato che sia parte del trattato».

A questo proposito va osservato, anzitutto, che il riconoscimento delle Repubbliche separatiste da parte della Russia, avvenuto il 21 febbraio 2022, ossia tre giorni prima dell'aggressione della Russia ai danni dell'Ucraina, appare privo di alcun valore giuridico per il diritto internazionale, in quanto non aderente al principio di effettività, essendo tra l'altro intervenuto su un territorio più vasto rispetto a quello controllato[23]. D'altro canto, parimenti a quanto avvenne per la Crimea, anche la condizione di queste entità – che avevano già dichiarato la propria indipendenza con i referendum dell'11 maggio 2014 – non rientra in nessuna delle ipotesi di autodeterminazione esterna previste dalla risoluzione 2625 (XXV) dell'Assemblea generale (contenente la *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*) del 24 ottobre 1970. Non ricorrendovi esigenze di promuovere nuovi valori, va preservata la conservazione di quelli già esistenti, ossia l'integrità territoriale dell'autorità precostituita.

Ma anche laddove si volesse conferire un effetto costitutivo a tale riconoscimento, in aderenza a quanto asserito dal Presidente russo, esso si porrebbe comunque in violazione del principio di sovranità territoriale dell'Ucraina, che la Russia era vincolata a rispettare non solo in funzione di un obbligo consuetudinario di eguaglianza tra gli Stati, ma anche in funzione dell'impegno assunto da Putin nella già menzionata dichiarazione congiunta

[23] P. KILIBARDA, *Was Russia's Recognition of the Separatist Republics in Ukraine "Manifestly" Unlawful?*, 2022, p. 1 ss.

del 12 febbraio 2015. Infine, la Russia ha agito anche in violazione del *Memorandum on Security Assurances in connection with Ukraine's accession to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons* firmato a Budapest nel 1994 ai fini della smilitarizzazione nucleare dell'Ucraina, nel quale si assumeva l'impegno di rispettarne la sovranità territoriale (art. 2) ed anzi, di fornirvi l'assistenza nel caso di rischio di subire un attacco nucleare (art. 4).

Tornando poi alla prima motivazione utilizzata da Putin, egli ne invoca l'estinzione per reazione al mancato adempimento degli obblighi in capo all'Ucraina e, dunque, in applicazione della clausola *inadimplenti non est adimplendum* ai sensi dell'art. 60, par. 1, della Convenzione di Vienna[24]. Tale norma regola l'inadempimento dei trattati bilaterali, permettendo allo Stato vittima della violazione di porvi termine o di sospenderne completamente o parzialmente l'applicazione. Il ricorso a siffatto strumento richiede che si tratti di una violazione sostanziale del trattato riguardante, ai sensi dell'art. 60, par. 3, lett. *b*), una disposizione essenziale per la realizzazione dell'oggetto dello scopo dello stesso.

In effetti, difficilmente si può negare che la riforma costituzionale sul decentramento territoriale (art. 11 del secondo Accordo di Minsk) fosse un passaggio essenziale dei Trattati, oltreché sinallagmaticamente legato ad obblighi incombenti sulla Russia[25]. Tale riforma costituzionale, seppur oggetto di una specifica proposta di legge costituzionale n. 2217a del 1° luglio 2015, che avrebbe apportato significative modifiche all'art. 133 della Costituzione ucraina in materia di organizzazione territoriale, non è mai stata attuata per eccessive divergenze politiche in seno al Parlamento ucraino, venendo definitivamente revocata il 29 agosto 2019[26]. Tuttavia, l'ipotesi di estinzione del trattato, oltre che essere in conflitto con il principio di conservazione dei valori, in quanto nel diritto internazionale generale le reazioni all'illecito dovrebbero essere funzionali ad assicurare l'effettività della norma violata[27], trova la sua ragion d'essere solo in relazione ai trattati bilaterali proprio perché in siffatte ipotesi nessuno Stato terzo o la comunità internazionale hanno

---

[24] Sull'argomento, v. in maniera esaustiva E. CIMIOTTA, *La Corte internazionale di giustizia e le reazioni alla violazione di trattati bilaterali: la sospensione del trattato e gli altri rimedi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 48 ss.

[25] Sul punto, v. anche I. PETROVA, *Two Monologues Don't Make a Dialogue: the EU's and Russia's Strategic Narratives about the Minsk Agreements and Sanctions Regime*, in F. BOSSUYT e P. VAN ELSUWEGE (a cura di), *Principled pragmatism in practice: the EU's policy towards Russia after Crimea*, Leiden, 2021, p. 62 ss., p. 66.

[26] Il relativo *iter* legislativo è reperibile su www.w1.c1.rada.gov.ua.

[27] F. Salerno, cit., p. 222 ss.

alcun interesse alla loro esecuzione[28]. Diversa è, però, l'ipotesi degli Accordi di Minsk. Infatti, vi è ragione di credere che gli obblighi contenuti in tali Accordi abbiano acquisito natura *erga omnes*, facendo così venir meno la logica soggiacente all'art. 60, par. 1, della Convenzione di Vienna, con la conseguente sottrazione alla disponibilità delle parti della facoltà di invocarne l'estinzione per inadempimento dell'altra parte.

La prima ragione a supporto di tale ipotesi è l'inserimento del secondo Accordo di Minsk nella già menzionata risoluzione n. 2202/2015 adottata all'unanimità dal Consiglio di sicurezza (risoluzioni simili sono già state adottate in passato, v.: nn. 1031/95, 1378/2001 e 1386/2001)[29], sebbene essa non sembri riflettere l'esercizio dei poteri coercitivi ai sensi del Capitolo VII della Carta ONU, ipotesi nella quale sarebbe stato impiegato un linguaggio più perentorio[30]. È più ragionevole sostenere, infatti, che siffatta risoluzione sia stata adottata nel contesto della soluzione pacifica delle controversie e, dunque, a norma del Capitolo VI della Carta ONU[31]. Tale circostanza ha permesso di qualificare la situazione come minaccia alla pace[32].

Siffatto assunto non esclude in astratto l'eventuale natura vincolante della risoluzione, che dipende da «the terms of the resolution to be interpreted, the discussions leading to it, the Charter provisions invoked and, in general, all circumstances that might assist in determining the legal consequences of the resolution of the Security Council», come statuito dalla Corte internazionale di giustizia nel parere sulla *Namibia* del 21 giugno 1971[33]. Ciò non di meno, proprio alla luce di tali criteri non appare possibile conferire la natura vincolante alla risoluzione n. 2202/2015, giacché né il linguaggio da essa

---

[28] O. DÖRR *et al.*, *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, II ed., Berlino, 2018, p. 1095 ss., p. 1098, par. 5.

[29] S. FORLATI, *Coercion as a Ground Affecting the Validity of Peace Treaties*, in E. CANNIZZARO (a cura di), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, p. 220 ss.

[30] Sull'internazionalizzazione degli accordi di pace v. C. WITTKE, *Law in the Twilight*, cit., p. 164 ss. Sulla natura delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, v. C. HENDERSON, N. LUBELL, *The Contemporary Legal Nature of UN Security Council Ceasefire Resolutions*, in *Leiden Journal of International Law*, 2013, p. 369 ss.

[31] Cfr. C. WITTKE, *Law in the Twilight*, cit., p. 42: « The strongest examples of imposed ceasefires are resolutions of the SC – so-called SC Ceasefires – that call for, recommend or endorse a ceasefire in the form of a Chapter VI involvement or else impose a ceasefire in inter- but also intrastate conflicts, acting under Chapter VII of the UN Charter». L'autore qualifica, peraltro, espressamente gli Accordi di Minsk come accordi sul cessate il fuoco.

[32] Cfr. C. WITTKE, *Law in the Twilight*, cit., p. 42.

[33] CIG, parere consultivo del 21 giugno 1971, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, par. 114. Cfr. B. SIMMA et al., *The Charter of the United Nations: A Commentary, Volume I*, III ed., Oxford, 2012, p. 1767 ss.; S. DROUBI, *The Powers of the United Nations Security Council and Resistance to Its Resolutions*, Londra-New York, 2014, p. 1 ss.

adoperato né il complessivo coinvolgimento dell'organo dell'ONU nel conflitto, anche alla luce del potere di veto della Russia in qualità di membro permanente, fanno pensare che vi fosse la volontà di ottenere siffatto risultato[34].

Tuttavia, anche a prescindere dal potenziale primato ai sensi dell'art. 103 della Carta, sembra ragionevole ritenere che già il semplice recepimento nella risoluzione del Consiglio di sicurezza – nella sua qualità di organo preposto al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, anche tramite strumenti di soluzione pacifica delle controversie – del secondo Accordo di Minsk faccia sorgere, in relazione alla sua attuazione, l'interesse dell'intera comunità internazionale, mutando la natura degli obblighi ivi contenuti da impegni meramente reciproci ad obblighi *erga omnes*[35].

Questo è quanto emerge anche dal dibattito in seno al Consiglio di sicurezza dopo l'adozione della risoluzione in questione, nel corso del quale i rappresentanti della Francia e della Germania hanno sottolineato che «it was the Council's collective responsibility to "silence the guns"», mentre il rappresentante della Cina ha sostenuto che «[t]he resolution adopted today was a demonstration of support by the international community for the agreement by the four countries»[36]. Del resto, come sostenuto da Kooijmans, «I can see no supportable reason why clearly recognizable entities who have been involved in a dispute which was a matter of concern to the Security Council, cannot enter into a binding agreements in which they have obligations not only to the opposite party in the conflict, but also towards the international community as such, if that international community has formally approved such an agreement (…)»[37]. Inoltre, l'esigibilità del rispetto di tali accordi da parte della comunità internazionale è supportata anche dalla partecipazione degli Stati del c.d. Formato Normandia, la cui dichiarazione è stata parimenti recepita dalla risoluzione n. 2202/2015.

Il secondo argomento è legato al contenuto dei diritti ed obblighi sanciti in tali Accordi, che essendo diretti alla protezione di beni o valori di particolare rilievo geo-politico per la comunità internazionale non possono che su-

---

[34] Cfr. M. MARCINKO, R. BARTOSZ, *The Ukrainian Crisis: A Test for International Law*, in *Polish Review of International and European Law*, 2016, p. 37 ss.

[35] A supporto di tale tesi, v. C. J. TAMS, *Enforcing Obligations in International Law*, Cambridge, 2005, p. 153.

[36] Consiglio di sicurezza, 7384th meeting, UN Doc. SC/11785, 17 febbraio 2015.

[37] P.H. KOOIJMANS, *The Security Council and Non-State Entities as Parties to Conflicts*, in K. WELLENS (a cura di), *International Law: Theory and Practice. Essays in Honour of Eric Suy*, L'Aja-Boston-Londra, p. 333 ss.

scitarne l'interesse collettivo[38]. È indubbio, infatti, che l'oggetto di tale pacchetto di misure – vuoi per la posizione geografica dell'Ucraina, vuoi per gli equilibri politici internazionali – fosse rilevante per la maggior parte, se non per tutti, gli attori dell'ordinamento internazionale. Del resto, come pone in evidenza un'autorevole dottrina, «[*e*]*rga omnes* obligations do not only cover (some or all) *jus cogens* norms, but also rules which govern the status and boundaries of States, cities, islands and internationalized territories which may be easily modified by treaty»[39].

Siffatta considerazione è legata poi all'ultimo argomento a supporto della natura *erga omnes* degli obblighi contenuti negli Accordi di Minsk, ossia quello concernente la reazione della comunità internazionale alla violazione degli stessi. È, infatti, l'esigibilità da parte di tutti gli Stati del rispetto di un obbligo internazionale il principale connotato degli obblighi di natura *erga omnes*. Sebbene si tratti di una prova indiretta della natura giuridica di uno strumento giuridico, si ritiene che tale natura non possa basarsi sulla mera applicazione di criteri predeterminati, trascurandone gli effetti nel caso del mancato rispetto dello stesso. Difatti, come sostenuto da Tams, «[a]s regards the forms of response, coercive measures or claims before international tribunals would provide particularly strong evidence»[40] della natura *erga omnes* degli obblighi violati. Orbene, nel caso degli Accordi di Minsk, la reazione della comunità internazionale alla loro violazione è resa alquanto evidente dalle sanzioni, qualificabili come contromisure[41], – tanto di natura individuale, quanto di natura commerciale. Tali misure sono state adottate sia dai singoli Stati[42], che dalle organizzazioni internazionali.

Particolarmente eloquenti a tal proposito appaiono le azioni del Governo degli Stati Uniti che impose le relative sanzioni mediante la promulgazione

---

[38] CIG, sentenza del 5 febbraio 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, p. 32, par. 33. C. J. TAMS, *Enforcing Obligations*, cit., p. 129 ss.; P. PICONE, *Gli obblighi* erga omnes *tra passato e futuro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 1081 ss.

[39] S. KADELBACH, Jus Cogens, *Obligations* Erga Omnes *and other Rules – The Identification of Fundamental Norms*, in C. TOMUSCHAT e J.-M. THOUVENIN (a cura di), Jus Cogens *and Obligations* Erga Omnes, Leiden-Boston, 2006, p. 21 ss., p. 25.

[40] C. J. TAMS, *Enforcing Obligations*, cit., p. 155. In senso conforme v. S. KADELBACH, Jus Cogens, cit., p. 35; H. THIRLWAY, *The Sources of International Law*, II ed., Oxford, 2019, p. 166 ss.

[41] M. SOSSAI, *Sanzioni, ritorsioni e contromisure: presupposti di legittimità della "diplomazia coercitiva"*, in *Menabò*, 2022, p. 1 ss.

[42] L'elenco completo di sanzioni contro la Russia e i suoi esponenti politici è reperibile su www.brookings.edu.

dello Ukraine Freedom Support Act del 18 dicembre 2014[43], rispetto al quale l'allora Presidente Obama aveva dichiarato: «(…) we continue to call on Russia's leadership to implement the Minsk agreements and to reach a lasting and comprehensive resolution to the conflict which respects Ukraine's sovereignty and territorial integrity. We remain prepared to roll back sanctions should Russia take the necessary steps»[44], e dell'Unione Europea, che addirittura nel 2015 ha deciso di vincolarne la persistenza alla piena implementazione degli stessi[45].

4. Conclusioni

Sulla scorta di tali argomentazioni, pare ragionevole concludere che né la natura vincolante degli Accordi di Minsk né la loro perdurante esistenza siano stati in alcun modo inficiati dalla dialettica perpetrata dagli attori politici in giuoco.

Non essendo giustificata nessuna delle cause di invalidità e di estinzione di tali Accordi, la conseguenza che ne deriva è quella della responsabilità internazionale della Russia dovuta alla violazione degli stessi. Vieppiù, in nessun caso gli Accordi di Minsk potrebbero fungere da giustificazione all'uso della forza da parte della Russia nei confronti dell'Ucraina. Difatti, anche laddove la pretesa estinzione da parte di Putin trovasse conforto nel diritto internazionale, la Federazione russa sarebbe pur sempre vincolata dall'obbligo di soluzione pacifica delle controversie sancito dall'art. 33 della Carta delle Nazioni Unite.

Tale norma preclude, infatti, l'adozione di contromisure lesive degli obblighi imperativi di diritto internazionale, in ossequio all'art. 50, par. 1, lett. *d*), del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, tra cui rientra anche quello attinente al divieto dell'uso della forza sancito dall'art. 2, par. 4, della Carta delle Nazioni Unite.

---

[43] Il testo della legge è reperibile su www.congress.gov.

[44] Tale dichiarazione è contenuta nel comunicato stampa del 18 dicembre 2014, reperibile su obamawhitehouse.archives.gov.

[45] Consiglio dell'Unione Europea, *Conclusions on external relations*, 19 marzo 2015, par. 10: «The European Council agreed that the duration of the restrictive measures against the Russian Federation, adopted on 31 July 2014 and enhanced on 8 September 2014, should be clearly linked to the complete implementation of the Minsk agreements, bearing in mind that this is only foreseen by 31 December 2015. The necessary decisions will be taken in the coming months. The European Council stands ready to take further measures if necessary». Sul punto, v. M. MENKISZAK, *Russia's Minsk Dilemma*, in *Polish Quarterly of International Affairs*, 2017, p. 70 ss.

Considerazioni 'a caldo' sull'espulsione della Russia dal Consiglio d'Europa e sulle sue conseguenze sull'applicazione della Convenzione europea dei diritti umani

ANDREA SACCUCCI*

SOMMARIO: 1. L'espulsione della Russia dal Consiglio d'Europa ai sensi dell'art. 8 dello Statuto. – 2. La legittimità statutaria dell'espulsione immediata della Russia e le sue possibili giustificazioni (giuridiche). – 3. Le conseguenze dell'espulsione immediata della Russia sull'applicazione della CEDU.

ABSTRACT: A seguito dell'aggressione militare dell'Ucraina, la Federazione Russa è stata espulsa con effetto immediato dal Consiglio d'Europa per grave violazione degli obblighi previsti dall'art. 3 dello Statuto, nonostante essa avesse nel frattempo comunicato il suo recesso volontario dall'Organizzazione. Per quanto politicamente giustificata, la decisione adottata dal Comitato dei Ministri presenta alcuni aspetti di criticità dal punto di vista del rispetto delle condizioni stabilite dallo Statuto per la cessazione della membership. Tale decisione – che costituisce un *unicum* nella storia del Consiglio d'Europa – sembra avere una chiara connotazione 'sanzionatoria', costituendo espressione della volontà collettiva degli altri Stati membri dell'Organizzazione di reagire ai gravi illeciti commessi dalla Russia e di interrompere immediatamente qualsiasi forma di cooperazione istituzionale, politica e giuridica con tale Stato. Inoltre, per effetto dell'espulsione immediata, la Russia ha cessato di essere parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo con effetto a partire dal 16 settembre 2022 (secondo quanto previsto dall'art. 58 della Convenzione) ed è stata esclusa dalla possibilità di partecipare con diritto di voto al controllo sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea da parte del Comitato dei Ministri.

PAROLE CHIAVE: Consiglio d'Europa – Federazione Russa – Espulsione – Convenzione europea dei diritti dell'uomo – organizzazioni internazionali – sanzioni.

---

* Professore associato di Diritto internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli", andrea.saccucci@unicampania.it.

1. L'espulsione della Russia dal Consiglio d'Europa ai sensi dell'art. 8 dello Statuto

Come noto, con Risoluzione n. (2022)2 del 16 marzo 2022[1], il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha deciso che la Federazione Russa ha cessato di essere membro del Consiglio d'Europa a partire dal 16 marzo 2022. Questo costituisce l'atto finale della procedura instaurata dal Comitato dei Ministri ai sensi dell'art. 8 dello Statuto del Consiglio d'Europa in conseguenza dell'aggressione militare dell'Ucraina da parte della Federazione Russa che ha avuto inizio il 24 febbraio 2022.

Nell'immediatezza dell'avvio delle operazioni militari, in data 25 febbraio 2022, il Comitato dei Ministri aveva deciso, a seguito di consultazione con l'Assemblea parlamentare nell'ambito del Joint Committee, di sospendere la Russia dai suoi diritti di rappresentanza in seno all'organizzazione ai sensi dell'art. 8 dello Statuto, ritenendo che tale aggressione costituisse una grave violazione degli obblighi discendenti dall'art. 3 dello Statuto medesimo[2].

In passato, la Russia era già stata sospesa dalla partecipazione ai lavori dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, dapprima, nel 2000, in

---

[1] Cfr. Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Resolution CM/Res(2022)2 on the cessation of the membership of the Russian Federation to the Council of Europe*, CM/Res(2022)2 del 16 marzo 2022. Per alcuni commenti si vedano G. RAIMONDI, *La Federazione russa annuncia il suo ritiro dal Consiglio d'Europa. Quali effetti sul sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *Giustizia Insieme*, 14 marzo 2022; R. LAWSON, *They can destroy our houses. But they cannot destroy our values,* in *Leidenlawblog*, 17 marzo 2022; P. LEACH, *A Time of Reckoning? Russia and the Council of Europe*, in *Strasbourg Ovservers*, 17 marzo 2022; J. JAHN, *The Council of Europe Excludes Russia: A Setback for Human Rights,* in *EJIL:Talk!*, 23 marzo 2022; E. DEMIR-GURSEL, *Russia's Expulsion and its Possible Implications for Other Member States,* in *Verfassungsblog*, 25 marzo 2022; K. DZEHTSIAROU, L. HELFER, *Russia and the European human rights system: Doing the right thing…but for the right legal reason?,* in *EJIL:Talk!*, 29 marzo 2022. Il presente contributo è stato redatto nell'immediatezza della decisione con cui, in data 16 marzo 2022, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha decretato l'espulsione della Russia dall'organizzazione, per cui non tiene conto dei commenti sul tema pubblicati in data successiva al 26 aprile 2022, fra cui si segnalano: C. ZANGHÌ, *La problematica partecipazione della Federazione Russa al Consiglio d'Europa: dall'ammissione alla perdita dello status di membro*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 318 ss., G. RAIMONDI, *L'expulsion de la Fédération de Russie du Conseil de l'Europe. Quel impact sur la Convention européenne des droits de l'homme ?",* in F. KJØLBRO ET AL. (a cura di), *Liber Amicorum Robert Spano*, L'Aja, 2022, p. 571 ss., e L. BORLINI, *L'espulsione della Federazione russa dal Consiglio d'Europa e le conseguenze giuridiche della cessazione della qualità di membro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, p. 37 ss. Le considerazioni 'a caldo' contenute nel presente commento sono state poi sviluppate in un più articolato contributo a firma del sottoscritto cui si rinvia: A. SACCUCCI, *Le conseguenze dell'espulsione della Russia dal Consiglio d'Europa sui trattati stipulati nell'ambito dell'organizzazione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 211 ss.

[2] Cfr. Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Situation in Ukraine – Measures to be taken, including under Article 8 of the Statute of the Council of Europe*, CM/Del/Dec(2022)1426ter/2.3 del 25 febbraio 2022.

relazione al conflitto in Cecenia, e poi nel 2014, a seguito dell'occupazione della Crimea[3]. Tuttavia, non era mai accaduto che uno Stato membro venisse formalmente sospeso da tutti i suoi diritti di rappresentanza in seno all'Organizzazione (neppure, come si preciserà meglio oltre, nel caso della Grecia del 1969).

In data 10 marzo 2022, il Comitato dei Ministri ha richiesto il parere dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa in merito alle ulteriori misure da adottare ai sensi dell'art. 8 dello Statuto[4] secondo quanto previsto dalla Risoluzione statutaria (51)30 del 3 maggio 1951[5] (che, per l'appunto, impone la previa consultazione dell'Assemblea parlamentare per le decisioni concernenti l'invito di nuovi Stati membri o Stati associati ai sensi degli artt. 3 e 4 dello Statuto, nonché l'invito al recesso di Stati membri ai sensi dell'art. 8 dello Statuto).

In data 15 marzo 2022, l'Assemblea parlamentare ha adottato all'unanimità (senza ovviamente la partecipazione della delegazione russa, già sospesa dai diritti di rappresentanza in seno all'Assemblea) il Parere n. 300, esprimendosi nel senso che la Federazione Russa non potesse più fare parte del Consiglio d'Europa[6].

In particolare, l'Assemblea si è dichiarata convinta che la Russia avesse commesso gravi violazioni dello Statuto del Consiglio d'Europa, tali da giustificare la prosecuzione della procedura prevista dall'art. 8 dello Statuto e da non consentire più alla Russia di mantenere la qualità di Stato membro dell'Organizzazione (par. 19). L'Assemblea ha pertanto ritenuto che il Comitato dei Ministri «should request the Russian Federation to immediately withdraw from the Council of Europe» e che, in caso di rifiuto, esso avrebbe dovuto determinare «the immediate possible date from which the Russian

---

[3] Cfr. K. DZEHTSIAROU, D. K. COFFEY, *Suspension and Expulsion of Members of the Council of Europe: Difficult Decisions in Troubled Times,* in *International and Comparative Law Quarterly*, 2019, p. 443 ss., spec. p. 455 ss.

[4] Cfr. Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Situation in Ukraine – Measures to be taken, including under Article 8 of the Statute of the Council of Europe*, CM/Del/Dec(2022)1428bis/2.3 del 10 marzo 2022.

[5] Cfr. Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Resolution (51) 30 A – Admission of New Members*, Risoluzione (51) 30 A del 3 maggio 1951, con la quale il Comitato ha deciso che «Before inviting a State to become a Member or an Associate Member of the Council of Europe, in accordance with the provisions of Articles 4 and 5 of the Statute, or inviting a Member of the Council to withdraw, in accordance with the provisions of Article 8, the Committee would, in conformity with established practice, first consult the Consultative Assembly». Al riguardo cfr. A. H. ROBERTSON, *The Council of Europe. Its Structure, Functions and Achievements*, Londra, 1961, p. 18 ss.

[6] Cfr. Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, *Consequences of the Russian Federation's aggression against Ukraine*, Opinion 300 (2022), 15 marzo 2022.

Federation would cease to be a member of the Council of Europe» (par. 20).

Lo stesso giorno il Governo della Federazione Russa ha ufficialmente comunicato al Segretario Generale del Consiglio d'Europa il proprio recesso dall'Organizzazione ai sensi dell'art. 7 dello Statuto[7] e la sua «intenzione» di denunciare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Nella lettera trasmessa dal Ministro degli Esteri Lavrov al Segretario Generale si afferma che la Federazione Russa è «costretta» ad abbandonare l'Organizzazione a causa delle «misure discriminatorie» adottate dalla stessa nei propri confronti, precisando che «all responsibility for the consequences of this step with regard to the common humanitarian and legal space on the Continent and for the Council of Europe itself lies with those who deliberately escalated tensions and turned the Organization into an instrument for achieving their geopolitical goals» e che, «given the unprecedented pressure of sanctions against Russia and its citizens», essa si riserva il diritto di recedere dal Consiglio d'Europa «on [its] own terms»[8].

Ed è proprio a seguito di tale comunicazione che il Comitato dei Ministri ha adottato la ricordata Risoluzione CM/RES(2022)2 del 16 marzo 2022, nella quale, però, pur prendendo atto dell'intervenuto recesso della Russia ai sensi dell'art. 7 dello Statuto (che, secondo quanto ivi espressamente stabilito, avrebbe prodotto i suoi effetti soltanto a partire dalla fine dell'anno finanziario, e cioè dal 1 gennaio 2023), ne ha dichiarato la cessazione *immediata* della membership in seno all'Organizzazione a conclusione della procedura instaurata ai sensi dell'art. 8 dello Statuto.

Mentre, dunque, la Russia ha esercitato il suo diritto di recesso unilaterale volontario (sia pure riservandosi di stabilirne le «condizioni», il Comitato

---

[7] L'art. 7 dello Statuto del Consiglio d'Europa stabilisce quanto segue: «Any member of the Council of Europe may withdraw by formally notifying the Secretary General of its intention to do so. Such withdrawal shall take effect at the end of the financial year in which it is notified, if the notification is given during the first nine months of that financial year. If the notification is given in the last three months of the financial year, it shall take effect at the end of the next financial year».

[8] Il testo della lettera di recesso – di cui abbiamo preso visione – non risulta attualmente pubblicata in fonti accessibili. In una dichiarazione pubblicata sul sito internet del Ministero degli Affari Esteri russo, Lavrov ha inoltre promesso di ottemperare alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo purché esse non siano in contrasto con la Costituzione russa, sottolineando che la Russia sarebbe rimasta parte degli accordi internazionali sottoscritti nell'ambito delle Nazioni Unite e sarebbe altresì rimasta aperta ad una cooperazione pragmatica e paritaria con gli Stati membri del Consiglio d'Europa su questioni di comune interesse «and within the framework of those conventions in which we decide to continue participating» (cfr. www.aa.com.tr).

dei Ministri ne ha decretato l'espulsione con effetto immediato per grave violazione degli obblighi statutari a far data dal 16 marzo 2022.

Non è certo la prima volta che la Russia viene accusata di violare gravemente gli obblighi derivanti dallo Statuto del Consiglio d'Europa e di venire meno ai propri impegni di Stato membro e di Stato parte della CEDU, soprattutto con riferimento ad operazioni implicanti l'uso della forza militare compiute sul proprio territorio (Cecenia) ovvero sul territorio di altri Stati membri dell'Organizzazione (Transnistria, Georgia, Crimea). Ed accuse analoghe sono state rivolte anche ad altri Stati membri dell'Organizzazione (ad esempio, nei confronti della Turchia all'indomani del fallito *golpe* del 2016 e dell'Azerbaijan per la mancata esecuzione delle sentenze della Corte europea)[9].

Tuttavia, è la prima volta nella storia del Consiglio d'Europa che uno Stato membro è stato dapprima formalmente sospeso e poi definitivamente espulso in ragione della ritenuta incompatibilità delle sue azioni con i valori ed i principi su cui si fonda la partecipazione all'Organizzazione.

La situazione di cui trattasi è infatti molto diversa da quella che si era verificata nell'unico caso di cessazione della membership di uno Stato membro dal Consiglio d'Europa, e cioè quello della Grecia del 1969 all'epoca del regime dei Colonnelli.

In tale caso, a seguito dell'apertura della procedura di sospensione ai sensi dell'art. 8 dello Statuto per grave violazione degli obblighi statutari e del parere reso dall'Assemblea Consultiva[10], la Grecia aveva dichiarato di voler recedere unilateralmente dall'Organizzazione ai sensi dell'art. 7 dello Statuto e il Comitato dei Ministri non aveva ritenuto necessario proseguire la procedura di sospensione *ex* art. 8[11]. Quindi, la cessazione della membership era conseguita ad un formale recesso avente effetto a partire dalla fine

---

[9] Sulla problematica gestione delle situazioni di crisi in seno al Consiglio d'Europa e sull'atteggiamento di eccessiva 'prudenza' tenuto in questi anni dal Comitato dei Ministri, anche rispetto alla posizione della Russia, si vedano, in particolare, cfr. K. DZEHTSIAROU, D. K. COFFEY, *Suspension and Expulsion of Members of the Council of Europe…,* cit., p. 455 ss., e E. DEMIR-GURSEL, *Russia's Expulsion*, cit., la quale osserva come «[t]his shift from the CoE's prolonged inertia towards Russia's severe breaches of the Statute to its swift suspension and expulsion represents a sharp and sudden turn on the part of the CoE, rather than a change in the patterns of Russia's breaches of international law and human rights over the years».

[10] Cfr. Consiglio d'Europa, Assemblea Consultiva, *Recommendation 547 (1969) 1 of the Consultative Assembly of the Council of Europe on the situation in Greece*, 30 gennaio 1969.

[11] Cfr. Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Resolution (69) 51 on Greece* del 12 dicembre 1969, nella quale tra l'altro si esprimeva l'auspicio «of an early return in Greece of conditions which will enable her to resume full membership of the Council of Europe».

dell'anno finanziario successivo così come previsto dall'art. 7 dello Statuto, di cui il Comitato dei Ministri si era limitato a prendere atto.

Nel caso di specie, invece, la dichiarazione di recesso notificata dalla Russia al Segretario generale del Consiglio d'Europa in data 15 marzo 2022 sembrerebbe essere stata ritenuta priva di qualsiasi effetto giuridico in quanto 'assorbita' dall'espulsione con effetto immediato dello Stato membro decretata dal Comitato dei Ministri ai sensi dell'art. 8 dello Statuto sulla scorta dell'opinione espressa dall'Assemblea parlamentare.

2. La legittimità statutaria dell'espulsione immediata della Russia e le sue possibili giustificazioni (giuridiche).

Per quanto la decisione senza precedenti assunta dal Comitato dei Ministri possa apparire 'moralmente' giustificabile (e financo dovuta) in ragione dell'estrema gravità delle azioni commesse dalla Russia, è lecito domandarsi se essa sia anche legittima dal punto di vista giuridico.

Adottando come prospettiva di valutazione quella dello Statuto del Consiglio d'Europa, ci sembra che la risposta debba essere senz'altro negativa.

Come si è ricordato, l'art. 8 dello Statuto regola espressamente l'ipotesi della sospensione e dell'espulsione (*recte*: del recesso coatto) di uno Stato membro dall'Organizzazione, stabilendo che, nel caso di grave violazione degli obblighi derivanti dall'art. 3 dello Statuto, il Comitato dei Ministri possa – previa consultazione dell'Assemblea parlamentare ai sensi della citata Risoluzione statutaria (51) 30 – sospendere uno Stato membro dai suoi diritti di rappresentanza in seno all'Organizzazione e richiedere allo stesso di recedere dall'Organizzazione ai sensi dell'art. 7 dello Statuto.

Ove lo Stato membro dia seguito a tale richiesta, il recesso produrrà effetto alla fine dell'anno finanziario in corso se la notifica è stata effettuata nei primi nove mesi di tale anno oppure alla fine dell'anno finanziario successivo se la notifica è stata effettuata negli ultimi tre mesi. Ove invece lo Stato membro si rifiuti di ottemperare alla richiesta di recesso, il Comitato dei Ministri potrà decidere unilateralmente che tale Stato cessa di essere un membro del Consiglio d'Europa a partire dalla data che lo stesso Comitato potrà determinare[12].

Ebbene, diamo pure per scontato che nel caso di specie la Russia si sia

[12] Per un commento, F. BENOÎT-ROHMER, H. KLEBES, *Council of Europe Law*, *Towards a Pan-European Legal Area*, Strasburgo, 2005, p. 40 ss.

resa responsabile di una grave violazione dell'art. 3 dello Statuto e che, dunque, non si ponga alcuna questione in ordine alla ritenuta sussistenza del presupposto per l'attivazione della procedura delineata dall'art. 8 dello Statuto[13]. Ciò che proprio non torna, alla semplice lettura di tale ultima disposizione, è la modalità con cui il Comitato dei Ministri ha unilateralmente deciso la cessazione della membership della Russia nel Consiglio d'Europa con effetto immediato.

Anzitutto, al momento della decisione sulla sospensione (25 febbraio 2022), il Comitato dei Ministri non ha contestualmente formulato alcuna 'richiesta' di recesso né una siffatta richiesta è stata formulata in un momento successivo. Ciò probabilmente si spiega in ragione del fatto che la sospensione è stata disposta in condizioni di estrema urgenza dai delegati ministeriali a seguito di un semplice «exchange of views with the Parliamentary Assembly in the Joint Committee» e che una formale richiesta di recesso, ai sensi dell'art. 8, richiedeva invece una maggiore ponderazione politica e una consultazione piena dell'Assemblea parlamentare, che si è avuta solamente con il citato Parere n. 300 del 15 marzo 2022.

Lo stesso giorno però, ed è questo l'aspetto più problematico, la Russia ha ufficialmente notificato il proprio recesso dal Consiglio d'Europa ai sensi dell'art. 7 dello Statuto, sia pure addebitandone la responsabilità alla stessa Organizzazione e riservandosi di stabilirne i termini. Ciò nonostante, il giorno successivo, il Comitato dei Ministri ha decretato la cessazione *immediata* della membership della Russia nel Consiglio d'Europa, senza fornire alcuna spiegazione sul perché il recesso dovesse ritenersi, nella specie, improduttivo di effetti nei termini stabiliti dall'art. 7 dello Statuto.

Pur in assenza di prassi rilevante, ci sembra che le previsioni degli artt. 7 e 8 dello Statuto non possano in alcun modo interpretarsi nel senso di consentire la cessazione con effetto immediato della membership di uno Stato che abbia validamente esercitato il proprio diritto di recesso volontario[14], ancorché ciò avvenga quando la procedura *ex* art. 8 sia già stata formalmente avviata e prima che il Comitato dei Ministri abbia potuto formulare un'esplicita richiesta di recesso coatto.

Se si fosse seguito il precedente della Grecia, il Comitato dei Ministri avrebbe dovuto semplicemente prendere atto dell'intervenuto recesso dello Stato membro e porre fine alla procedura *ex* art. 8 dello Statuto. Così facen-

---

[13] Per i problemi legati alla valutazione di tale presupposto, K. DZEHTSIAROU, D. K. COFFEY, *Suspension and Expulsion of Members of the Council of Europe…,* cit., spec. 451 ss.

[14] In questo senso cfr. G. RAIMONDI, *La Federazione russa annuncia il suo ritiro dal Consiglio d'Europa. Quali effetti sul sistema europeo di tutela dei diritti umani?,* cit.

do, la Russia avrebbe formalmente conservato la sua qualità di Stato membro fino al 31 dicembre 2022 ai sensi dell'art. 7 dello Statuto, ferma restando *medio tempore* la sospensione dei suoi diritti di rappresentanza in seno all'Organizzazione. Anche nel caso della Grecia, i rapporti con il Consiglio d'Europa erano stati di fatto sospesi pur in assenza di una formale decisione ai sensi dell'art. 8 dello Statuto[15].

Ma anche a voler ritenere che, avendo nella specie già deciso la sospensione della Russia, il Comitato dei Ministri fosse comunque legittimato a pronunciarsi sulla sussistenza delle condizioni per la definitiva espulsione dall'Organizzazione ai sensi dell'art. 8, tale disposizione non avrebbe comunque consentito di 'anticipare' la data naturale di cessazione della membership stabilita dall'art. 7 dello Statuto, salvo diverso accordo fra le parti. A ben vedere, infatti, il Comitato dei Ministri può determinare discrezionalmente e unilateralmente tale data soltanto nel caso di *rifiuto* da parte dello Stato membro di ottemperare alla richiesta di recesso unilaterale (così come correttamente indicato nel Parere n. 300 dell'Assemblea parlamentare).

In altre parole, lo Statuto non prevede che uno Stato membro possa essere espulso *con effetto immediato* senza avere prima la possibilità di recedere volontariamente, tanto più quando una tale facoltà sia stata già esercitata, salvo ovviamente diverso accordo fra tutti gli Stati membri (incluso lo Stato espulso)[16].

Dal punto di vista dello Statuto, dunque, la decisione del Comitato dei Ministri non sembra giuridicamente legittima. Ci si può, tuttavia, domandare se essa possa in qualche modo giustificarsi alla luce di altre regole di diritto internazionale generale, per quanto dette regole non dovrebbero in linea di principio trovare applicazione allorché, come accade nella specie, il trattato istitutivo dell'Organizzazione contenga specifiche disposizioni regolanti le modalità di recesso e di espulsione degli Stati membri.

---

[15] Come osservano F. BENOÎT-ROHMER, H. KLEBES, *Council of Europe Law*, cit., p. 40, pur in assenza di una formale decisione di sospensione ai sensi dell'art. 8 dello Statuto, i rapporti fra il Consiglio d'Europa e la Grecia furono di fatto immediatamente interrotti a seguito del recesso unilaterale di comune accordo fra le parti. A ben vedere, infatti, nella citata risoluzione del 12 dicembre 1969, il Comitato dei Ministri aveva deciso di non proseguire la procedura di sospensione sulla base dell'*understanding* «that the Greek Government will abstain from any further participation in the activities of the Council of Europe as from to-day».

[16] In questo senso si è autorevolmente espresso anche G. RAIMONDI, *La Federazione russa annuncia il suo ritiro dal Consiglio d'Europa. Quali effetti sul sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, cit. Il consenso all'espulsione 'immediata' in deroga all'art. 8 dello Statuto potrebbe essere anche essere ricavato implicitamente da una successiva acquiescenza della Federazione russa alla decisione del Comitato dei Ministri, nel qual caso essa avrebbe motivo per reclamare di essere esonerata dal pagamento dei residui contributi finanziari dovuti al Consiglio d'Europa per il 2022.

Anche ponendosi in questa prospettiva, la risposta sembra essere negativa.

In particolare, non ci sembra possibile sostenere che la decisione del Comitato dei Ministri di ritenere privo di effetti il recesso unilaterale notificato dalla Russia anteriormente all'espulsione possa giustificarsi alla stregua della regola, enunciata nell'art. 15 del Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale sugli effetti dei conflitti armati sui trattati del 2011[17], secondo cui allo Stato autore di un'aggressione è precluso il diritto di recedere da un trattato (o invocarne la sospensione o l'estinzione) per effetto del conflitto risultante dall'aggressione «if the effect would be to the benefit of that State».

Questa regola, infatti, non ci sembra pertinente rispetto ad una situazione, come quella in esame, in cui l'Organizzazione di appartenenza ha dato inizio all'apposita procedura prevista dal trattato istitutivo per la sospensione e l'espulsione dello Stato membro responsabile dell'aggressione ed ha poi deciso – nonostante il recesso unilaterale di tale Stato – di porre fine alla sua membership con effetto immediato.

Lo scopo della regola di cui all'art. 15 del Progetto è evidentemente quello di mantenere in vigore il trattato, neutralizzando eventuali pretese dello Stato aggressore volte a sciogliersi unilateralmente dai propri impegni; invece, nel caso di specie, la decisione del Comitato dei Ministri ha avuto l'effetto di anticipare la cessazione degli effetti del trattato istitutivo dell'Organizzazione nei confronti della Russia (che, altrimenti, sarebbe rimasta soggetta ai relativi obblighi sino alla fine dell'anno finanziario).

Non può dunque dirsi che il diritto di recesso sia stato esercitato dalla Russia «to its own benefit», tanto più che l'Assemblea parlamentare aveva già espresso il proprio parere in merito alla necessità che il Comitato dei Ministri formulasse la richiesta di recesso nei termini indicati dall'art. 8 dello Statuto.

Neppure ci sembra possibile sostenere che la decisione del Comitato dei Ministri di anticipare la cessazione della membership rispetto a quanto espressamente stabilito dall'art. 7 dello Statuto possa giustificarsi in forza della regola generale *inadimplenti non est adimplendum* così come codificata dall'art. 60 della Convenzione di Vienna del 1969, sul presupposto che la Russia abbia commesso una violazione «sostanziale» del trattato istitutivo, e

---

[17] Cfr. Assemblea Generale, *Official Records of the General Assembly, Sixty-Sixth Session, Supplement No. 10*, UN Doc. A/66/10, recepito dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con risoluzione 66/99 del 9 dicembre 2011, UN Doc. A/RES/66/99.

cioè di una disposizione essenziale per la realizzazione del suo oggetto e del suo scopo, quale è sicuramente quella di cui all'art. 3 dello Statuto.

L'art. 60, par. 4, della Convenzione di Vienna esclude, infatti, espressamente che tale causa di estinzione o sospensione possa pregiudicare le disposizioni del trattato applicabili in caso di sua violazione, fra le quali rientra per l'appunto l'art. 8 dello Statuto, che disciplina la procedura di sospensione e di recesso coatto dello Stato membro che abbia commesso una grave violazione dell'art. 3 dello Statuto.

Ci sembra, piuttosto, che l'espulsione immediata della Russia dal Consiglio d'Europa abbia una chiara connotazione 'sanzionatoria' e costituisca espressione della volontà collettiva degli altri Stati membri dell'Organizzazione rappresentati in seno al Comitato dei Ministri di reagire ai gravi illeciti commessi dalla Russia interrompendo *illico et immediate* qualsiasi forma di cooperazione istituzionale, politica e giuridica con tale Stato all'interno dell'Organizzazione e stigmatizzando politicamente la sua condotta con un formale atto di 'espulsione' (anziché con una mera presa d'atto dell'intervenuto recesso).

In questa prospettiva, l'inosservanza formale delle specifiche prescrizioni dello Statuto regolanti il recesso volontario potrebbe, dunque, considerarsi una sorta di contromisura adottata dal Consiglio d'Europa o collettivamente dagli altri Stati membri dell'Organizzazione in reazione alla violazione grave da parte della Russia degli obblighi *erga omnes partes* discendenti dallo Statuto del Consiglio d'Europa o dell'obbligo *erga omnes* imposto dalla norma imperativa di diritto internazionale generale sul divieto di aggressione.

Ma la legittimità di una siffatta contromisura, che potremmo definire *extra ordinem*[18], resterebbe egualmente assai incerta dal punto di vista del diritto internazionale. E ciò sia che la si intenda come una contromisura adottata dalla stessa Organizzazione nei confronti dello Stato membro in reazione alla violazione dell'art. 3 dello Statuto[19], sia che la si intenda invece come una

---

[18] Per l'utilizzo di questa espressione in relazione alle peculiarità del conflitto russo-ucraino cfr. P. DE SENA, nell'intervista del 3 marzo 2022 su www.ilsussidiario.net, e nel podcast di *EbiSidi!* del 10 marzo 2022.

[19] Al riguardo, basti ricordare che l'art. 22, par. 3 del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali del 2011 vieta l'adozione di contromisure contro uno Stato membro «in response to a breach of an international obligation under the rules of the organization unless such countermesures are provided for by those rules». Per la tesi secondo cui l'organizzazione potrebbe reagire ad un illecito commesso da uno Stato membro adottando misure non espressamente contenute nel trattato istitutivo o al di fuori delle procedure ivi previsti cfr. F. DOPAGNE, *Les contre-mesures des organisations internationales*, Louvain-la-Neuve, 2010, p. 81 ss.

contromisura adottata collettivamente dagli altri Stati membri dell'Organizzazione in reazione alla violazione del divieto di uso della forza[20].

Questa incertezza potrebbe rendere legittima o quantomeno sostenibile la 'pretesa' della Russia di non rispettare, a sua volta, le «condizioni» della cessazione unilateralmente stabilite dall'Organizzazione invocando l'eccezione di inadempimento.

3. Le conseguenze dell'espulsione immediata della Russia sull'applicazione della CEDU.

La cessazione con effetto immediato della membership della Russia a far data dal 16 marzo 2022 (anziché dalla fine dell'anno finanziario) non è priva di conseguenze giuridiche. La più rilevante di tali conseguenze, sulla quale vorremmo brevemente soffermarci in questa sede, riguarda l'applicazione temporale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nei confronti della Russia.

Ai sensi dell'art. 58 par. 3 CEDU, «any High Contracting Party which shall cease to be a member of the Council of Europe shall cease to be a Party to this Convention under the same conditions» di cui ai paragrafi precedenti che regolano la denuncia della Convenzione. Secondo l'interpretazione più accreditata (e confermata, come si dirà tra breve, anche dalla Corte europea), ciò implica che la Convenzione cessa di applicarsi nei confronti di uno Stato parte dopo il decorso di un periodo di sei mesi dal momento in cui tale Stato ha cessato di essere membro del Consiglio d'Europa[21].

---

[20] Basti pensare alle persistenti incertezze circa il diritto degli Stati diversi dallo Stato leso di ricorrere a contromisure per la violazione di obblighi *erga omnes*. Al riguardo si veda, di recente, la ricostruzione di M. DAWIDOWICZ, *Third Party Countermeasures in International Law*, Cambridge, 2017, p. 3 ss., secondo il quale la prassi sarebbe orientata nel senso di riconoscere la categoria delle contromisure comminate da Stati terzi.

[21] Come osservano K. DZEHTSIAROU, L. HELFER, *Russia and the European human rights system…,* cit., vi sarebbero astrattamente almeno tre possibili interpretazioni dell'art. 58 par. 3 CEDU. Secondo la prima, le «condizioni» ivi menzionate si riferirebbero a quelle previste sia dal par. 1 sia dal par. 2 dell'art. 58 CEDU con la conseguenza che la Convenzione continuerebbe ad applicarsi allo Stato membro espulso per un periodo di sei mesi (e sarebbe, per l'appunto, questa l'interpretazione seguita dal Comitato dei Ministri e dalla Corte). Una seconda lettura, invece, ricollegherebbe le «condizioni» del par. 3 soltanto al par. 1 dell'art. 58 CEDU, con la conseguenza che la Convenzione cesserebbe di applicarsi dal momento dell'espulsione (in questo senso cfr. P. LEACH, *A Time of Reckoning?*, secondo il quale «it would appear that ECHR violations allegedly committed by Russia which take place after 16 March 2022 cannot be challenged at the European Court». Secondo un'ulteriore interpretazione, le «condizioni» di cui al par. 3 potrebbero riferirsi alle «condizioni» per la cessazione della membership di uno Stato nel Consiglio d'Europa e tali condizioni potrebbero essere sta-

Posto che il Comitato dei Ministri ha dichiarato la cessazione della membership della Russia con effetto immediato a partire dal 16 marzo 2022, la CEDU continuerà a trovare applicazione nei confronti di tale Stato soltanto fino al 16 settembre 2022, anziché fino al 30 giugno 2023 come sarebbe, invece, accaduto se il Comitato dei Ministri non avesse ritenuto privo di effetti il recesso volontario della Russia ai sensi dell'art. 7 dello Statuto.

Questa conclusione è stata confermata dapprima dalla Corte europea e poi dallo stesso Comitato dei Ministri.

Da un lato, con una risoluzione adottata il 22 marzo 2022, l'Assemblea plenaria della Corte europea ha stabilito che, ai sensi dell'art. 58 della Convenzione, la Russia cesserà di essere una Alta Parte Contraente a partire dal 16 settembre 2022 (e cioè sei mesi dopo la data in cui ne è stata decretata l'espulsione con effetto immediato dall'Organizzazione) e che, di conseguenza, la Corte resterà competente ad esaminare i ricorsi diretti contro la Russia relativi ad atti o omissioni suscettibili di costituire una violazione della Convenzione che si siano verificati fino al 16 settembre 2022.

Dall'altro, con la citata Risoluzione CM/RES(2022)3 del 23 marzo 2022, il Comitato dei Ministri ha recepito le determinazioni assunte dalla citata risoluzione dell'Assemblea plenaria della Corte, ribadendo quanto già deciso in sede di sospensione e cioè che esso continuerà a sorvegliare l'esecuzione delle sentenze della Corte che la Russia è obbligata ad attuare e che quest'ultima potrà partecipare alle riunioni del Comitato dei Ministri nell'esercizio delle funzioni di sorveglianza al fine di fornire e ricevere informazioni concernenti l'esecuzione ma senza diritto di partecipare all'adozione delle decisioni o di voto[22].

Due sono le considerazioni critiche che ci permettiamo di svolgere riguardo alle posizioni assunte, rispettivamente, dalla Corte e dal Comitato dei Ministri.

Per quanto riguarda la risoluzione dell'Assemblea plenaria della Corte, ci sembra che essa non abbia fatto altro che 'dichiarare' quanto già chiaramente evincibile da un'interpretazione testuale delle disposizioni dell'art. 58 CEDU sopra richiamate. E cioè essa ha preso atto dell'automatica estinzione della Convenzione nei rapporti fra la Russia e gli altri Stati contraenti per il verificarsi, in data 16 marzo 2022, della condizione risolutiva espressa prevista

---

bilite discrezionalmente dal Comitato dei Ministri (che, nella specie, avrebbe deciso di mantenere in vigore la Convenzione per sei mesi pur avendo decretato la cessazione immediata della membership della Russia). I dubbi interpretativi sono messi in evidenza anche da R. LAWSON, *They can destroy our houses…*, cit.

[22] Cfr. CM/Res(2022)3, cit., para. 7.

dall'art. 58 par. 3 CEDU, precisando però che tale causa estintiva produrrà effetti solamente a partire dal 16 settembre 2022, e cioè decorso il 'periodo di grazia' di sei mesi durante il quale la Convenzione continuerà ad applicarsi ed a produrre i suoi effetti nei confronti della Russia (abilitando pertanto la Corte ad esaminare i ricorsi aventi ad oggetto violazioni commesse entro tale data).

Al di là dell'enfatico richiamo all'esigenza di interpretare e applicare le disposizioni convenzionali, alla luce dell'oggetto e dello scopo della Convenzione, come strumento di protezione dei diritti umani, in modo da assicurare la protezione pratica ed effettiva di tutti coloro che sono sottoposti alla giurisdizione degli Stati contraenti, la Corte si è dunque allo stato pedissequamente allineata alla decisione del Comitato dei Ministri in ordine alla cessazione immediata della membership della Russia nonostante il recesso volontario notificato da quest'ultima ai sensi dell'art. 7 dello Statuto.

Ciò non esclude, tuttavia, che le varie formazioni giudicanti della Corte che, in futuro saranno chiamate ad occuparsi dei ricorsi presentati nei confronti della Russia per violazioni commesse successivamente al 16 marzo 2022, possano adottare una diversa interpretazione rispetto a quella indicata dall'Assemblea plenaria (con un atto che, è bene sottolinearlo, non ha alcuna efficacia vincolante). Quest'ultima si è in effetti premurata di precisare che la propria risoluzione deve intendersi «without prejudice to the consideration of any legal issue, related to the consequences of the cessation of the Russian Federation's membership to the Council of Europe, which may arise in the exercise by the Court of its competence under the Convention to consider cases brought before it».

Nell'esercizio della propria competenza esclusiva ad interpretare la Convenzione *ex* art. 32 CEDU, la Corte potrebbe dunque ritenere che la propria giurisdizione *ratione temporis* si estenda anche alle violazioni commesse dopo il 16 settembre 2022 e fino al 30 giugno 2023, facendo decorrere il periodo di grazia di sei mesi previsto dall'art. 58 par. 3 CEDU dal momento in cui sarebbe divenuto efficace il recesso volontario della Russia, nonostante la cessazione anticipata della membership decretata dal Comitato dei Ministri.

Per quanto riguarda la risoluzione del Comitato dei Ministri, desta qualche perplessità la previsione secondo cui, già a partire dal 16 marzo 2022, la Russia potrà partecipare alle sole sedute riguardanti il controllo sull'esecuzione delle sentenze che la riguardano al limitato fine di fornire e ricevere informazioni ma senza diritto di voto.

In questo periodo, come si è detto, la Russia resterà a tutti gli effetti una Alta Parte Contraente della Convenzione e continuerà ad essere pienamente

sottoposta al meccanismo convenzionale di garanzia collettiva pur non essendo più membro del Consiglio d'Europa. Tale situazione ibrida cesserà il 16 settembre 2022 quando la Russia non sarà più parte della Convenzione (almeno stando alle posizioni assunte dall'Assemblea plenaria della Corte e dal Comitato dei Ministri), ferma restando la competenza della Corte ad esaminare i ricorsi concernenti violazioni commesse anteriormente a tale data.

Benché i rappresentanti della Russia non possano più ufficialmente sedere in seno al Comitato dei Ministri quale «organo del Consiglio d'Europa», la loro partecipazione all'esercizio delle funzioni che il Comitato svolge in quanto «organo della Convenzione» e «in base alla Convenzione» ai sensi dell'art. 46 CEDU non si fonda in realtà sull'appartenenza all'Organizzazione, bensì sulla qualità di Stato contraente della Convenzione e parte del sistema di garanzia collettiva da essa istituito. Pertanto ci sembra che, in quanto Alta Parte contraente (fino al 16 settembre 2022), la Russia avrebbe diritto a partecipare pienamente all'esercizio delle funzioni convenzionali di sorveglianza con diritto di voto in seno al Comitato dei Ministri sia in relazione alle sentenze che la riguardano sia in relazione alle sentenze rese nei confronti degli altri Stati contraenti (mentre il Comitato dei Ministri ha allo stato consentito la partecipazione solo alla discussione relativa alle sentenze sui ricorsi di cui la Russia è parte e comunque senza diritto di voto).

Un problema analogo si è in effetti posto nell'ambito dei negoziati sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU, ove la bozza di accordo prevedeva che i rappresentanti dell'UE (in quanto parte della CEDU ma non anche membro del Consiglio d'Europa) potessero partecipare «con diritto di voto» alle riunioni del Comitato dei Ministri relative all'esercizio delle funzioni di sorveglianza sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea[23].

Anche una volta che la Russia avrà cessato di essere una Alta Parte Contraente della CEDU, l'esclusione totale di tale Stato dalla partecipazione alle decisioni e al voto in seno al Comitato dei Ministri ai sensi dell'art. 46 CEDU si rivelerebbe a nostro avviso problematica.

In primo luogo, non è affatto scontato che, nei confronti di uno Stato che non rivesta più la qualità di Alta Parte Contraente, continui ad essere esigibile da parte degli altri Stati l'obbligo di conformazione di cui all'art. 46 par. 1 CEDU (espressamente limitato alle Alte Parti Contraenti) e, conseguente-

[23] Cfr. art. 7 par. 2 del Progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU del 5 aprile 2013.

mente, che il Comitato dei Ministri sia abilitato ad esercitare le sue funzioni di controllo sull'attuazione di tale obbligo.

In secondo luogo, ove si ammetta che la Russia continui ad essere assoggettata a tale obbligo ed al controllo del Comitato dei Ministri, allora si dovrebbe ammettere anche che la Russia partecipi pienamente al meccanismo di garanzia collettiva almeno con riferimento alle sole sentenze rese nei suoi confronti.

Viceversa, tale Stato – già privato del diritto al controllo sull'esecuzione delle sentenze rese nei confronti degli altri Stati – sarebbe privato altresì del diritto di partecipare all'adozione di una decisione che la riguarda direttamente e che concerne l'attuazione dell'obbligo di conformazione sancito dall'art. 46 par. 1 CEDU cui si pretende essa resti subordinata. Peraltro, nel caso di mancata ottemperanza, il Comitato dei Ministri potrebbe poi attivare la procedura di infrazione prevista dall'art. 46 par. 3 CEDU nei confronti della Russia, la quale verrebbe quindi convenuta dinanzi alla Corte in quanto Stato che, pur avendo perso la sua qualità di parte contraente, rimane assoggettato all'obbligo di conformazione ed agli specifici meccanismi previsti dalla Convenzione per assicurarne il concreto rispetto.

Anche in questo caso, dunque, la decisione del Comitato dei Ministri di consentire la mera partecipazione alla discussione senza diritto di voto per le sole sentenze relative alla Russia già a partire dal 16 marzo 2022 (nonostante la Russia resti parte contraente della Convenzione sino al 16 settembre 2022) sembra avere una connotazione latamente sanzionatoria connessa all'espulsione della stessa dall'Organizzazione per grave violazione degli obblighi statutari, pretendendo, da un lato, di assoggettarla agli obblighi di esecuzione scaturenti dalla CEDU e alle funzioni di controllo attribuite al Comitato e, dall'altro, di escluderla formalmente dal relativo processo decisionale.

Le misure restrittive del commercio adottate nel contesto del conflitto in Ucraina alla prova del diritto OMC

DOMENICO PAUCIULO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le misure restrittive del commercio: una contestualizzazione alla luce del diritto dell'OMC. – 3. La portata applicativa delle cd. eccezioni di sicurezza. – 4. Le eccezioni di sicurezza nella *caselaw* dell'OMC. – 5. Osservazioni conclusive: le misure restrittive degli scambi adottate nel contesto del conflitto in Ucraina nel prisma delle eccezioni di sicurezza.

ABSTRACT: Questo studio si propone di analizzare la legittimità delle misure adottate nei confronti di merci e servizi provenienti dalla Federazione Russa e dalla Bielorussia a seguito dell'invasione dell'Ucraina alla luce degli accordi commerciali multilaterali. In particolare, tale valutazione riguarda la possibile applicazione delle cd. eccezioni di sicurezza (in particolare, dell'art. XXI dell'accordo GATT), le quali permetterebbero – in presenza di specifici requisiti – agli Stati membri dell'OMC di adottare misure che abbiano l'effetto di restringere il traffico commerciale al fine di proteggere i propri interessi essenziali di sicurezza.

PAROLE CHIAVE: GATT – OMC – eccezioni – sicurezza – sanzioni – Ucraina.

1. Introduzione

Il conflitto tra la Federazione Russa e l'Ucraina continua ormai da oltre 500 giorni e sembra crescere giorno dopo giorno di intensità: con la prosecuzione delle ostilità aumenta anche il bilancio in termini di vittime e di sfollati che cercano rifugio nei Paesi limitrofi. La **condanna della guerra**, nella scontata paralisi del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, è arrivata in maniera pressoché unanime dall'Assemblea generale che, con una risoluzione, ha richiesto alla Federazione Russa di «*immediately, completely and unconditionally withdraw all of its military forces from the territory of Ukraine within its internationally recognized borders*»[1].

---

* Ricercatore di diritto internazionale, Università degli Studi di Napoli «Federico II», domenico.pauciulo@unina.it.

[1] Cfr. Assemblea generale, *Aggression against Ukraine*, A/ES-11/L.1 del 2 marzo 2022.

Oltre alle questioni umanitarie, il conflitto sta avendo pesanti risvolti negativi sui mercati finanziari e sull'economia mondiale: l'instabilità geopolitica e il rischio di una *escalation* nucleare hanno infatti introdotto numerose incognite per il commercio globale, per le imprese multinazionali, per i mercati di capitali e per le stesse economie nazionali. Sul piano economico, la conseguenza forse più evidente è stata il generale **aumento dei prezzi** di materie prime e derrate alimentari. La Federazione Russa è infatti tra i principali esportatori di idrocarburi, nonché di numerose leghe metalliche (come l'alluminio, il titanio, il nickel e il palladio) essenziali per i settori siderurgici, chimici e petrolchimici, farmaceutici e della grande ingegneria. La situazione di instabilità e le conseguenti limitazioni al commercio hanno inoltre causato un fortissimo rincaro dei prezzi dell'energia, come dimostrato dalle quotazioni raggiunte dal gas naturale nei primi mesi del 2022. Prese insieme, inoltre, Federazione Russa e Ucraina rappresentano oltre un quarto del commercio mondiale di grano, le cui spedizioni vanno a rilento o rischiano di bloccarsi a causa delle ostilità in corso nel Mar Nero: per far fronte a questa situazione, grazie alla mediazione delle Nazioni Unite e della Turchia, il 22 luglio 2022 è stato stipulato un apposito accordo internazionale (cd. «Accordo sul grano») che ha permesso di aprire un corridoio sicuro di navigazione per le navi che trasportano grano e prodotti fertilizzanti[2]. Nonostante i vari rinnovi, l'intesa è attualmente sospesa a causa della forte opposizione del Governo russo a un suo prolungamento, sebbene abbia finora permesso di contenere gli effetti del conflitto sulle catene globali di approvvigionamento nel settore agroalimentare.

Le società commerciali faticano, di fatto, a trovare rotte mercantili agevoli, con la chiusura dei porti ucraini, i **rischi per la navigazione** nel Mar Nero e nel Mar d'Azov, e gli ostacoli al transito nel Bosforo, dove la Turchia ha attuato alcune disposizioni della Convenzione di Montreaux che le permettono di limitare la navigazione, in particolare delle navi da guerra, attraverso lo stretto dei Dardanelli[3]. A seguito delle decisioni dell'Unione europea, degli

---

[2] Cfr. *The Black Sea Grain Initiative*, fermata a Istanbul il 22 luglio 2022. L'accordo, inizialmente concluso per un periodo di 120 giorni, è stato più volte rinnovato ed è scaduto il 17 luglio 2023. L'intesa prevede che le parti garantiscano un transito sicuro dai porti di Odessa, Chornomosk e Yuznhy per le navi registrate presso il *Joint Coordination Centre* (JCC), l'organo di controllo incaricato di autorizzare la navigazione nel perimetro del corridoio umanitario e ispezionare le navi in transito.

[3] *Convenzione relativa al regime degli stretti, con i propri Allegati e Protocolli*, firmata a Montreux il 20 luglio 1936, il cui art. 19 statuisce «1. In a time of war, Turkey not being belligerent, warships shall enjoy complete freedom of transit and navigation through the Straits under the same conditions as those laid down in Articles 10 to 18 (the articles regulate tonnage limitations and passing rules). 2. Vessels of war belonging to belligerent Powers shall not, howev-

Stati Uniti e di altri Paesi di chiudere i propri spazi aerei ad aeromobili battenti bandiera russa – e le misure reciproche adottate dal Governo russo – il commercio è ulteriormente limitato anche per via aerea.

In reazione al conflitto, diversi Stati *like-minded* (tra cui Australia, Canada, Corea del Sud, Giappone, Regno Unito, Singapore, Stati Uniti d'America, Svizzera, insieme ad altri) e l'Unione europea[4] hanno risposto alla mobilitazione militare contro l'Ucraina con l'impiego della propria forza economica, attuando numerose misure unilaterali – ma di certo «concordate» – in reazione alla palese violazione dell'art. 2.4 della Carta delle Nazioni Unite[5] e al precedente riconoscimento da parte sovietica delle repubbliche separatiste del Luhansk e del Donetsk. Molte di queste **misure coercitive** (comunemente – e impropriamente – note come «sanzioni») sono state estese anche a soggetti ed entità di nazionalità bielorussa, in ragione del supporto offerto dal regime del presidente Lukashenko all'intervento militare della Federazione Russa[6]. Chiaramente, questi provvedimenti sono finalizzati a isolare lo Stato russo e a far evaporare le risorse economiche necessarie per la conduzione della guerra.

Le misure adottate sono molto diverse tra loro e includono il congelamento dei beni di individui e società commerciali; il limite ai depositi bancari e restrizioni al credito bancario[7]; il divieto di contrattazione per le industrie;

---

er, pass through the Straits except in cases arising out of the application of Article 25 of the present Convention, and in cases of assistance rendered to a State victim of aggression in virtue of a treaty of mutual assistance binding Turkey, concluded within the framework of the Covenant of the League of Nations, and registered and published in accordance with the provisions of Article 18 of the Covenant. 3. In the exceptional cases provided for in the preceding paragraph, the limitations laid down in Articles 10 to 18 of the present Convention shall not be applicable. 4. Notwithstanding the prohibition of passage laid down in paragraph 2 above, vessels of war belonging to belligerent Powers, whether they are Black Sea Powers or not, which have become separated from their bases, may return thereto. 5. Vessels of war belonging to belligerent Powers shall not make any capture, exercise the right of visit and search, or carry out any hostile act in the Straits».

[4] Sulla prassi unionale, si veda R. RUOPPO, *Sanzioni individuali dell'Unione europea nel conflitto russo-ucraino e diritti fondamentali: luci ed ombre all'indomani delle prime pronunce della Corte di giustizia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 1201 ss.

[5] Cfr. S. CAVANDOLI, G. WILSON, *Distorting Fundamental Norms of International Law to Resurrect the Soviet Union: The International Law Context of Russia's Invasion of Ukraine*, in *Netherlands International Law Review*, 2022, p. 395 ss.

[6] N. REETZ, *Belarus is complicit in Russia's War of Aggression*, in *EJIL Talk,* 1 marzo 2022..

[7] Per esempio, l'operatività delle principali banche russe e bielorusse è stata fortemente limitata dalla disconnessione dal sistema SWIFT (acronimo di Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication), che ha reso sostanzialmente più complessi, articolati e lunghi i pagamenti a carattere transnazionale connessi al commercio e alle attività finanziarie. In argomento, v. R.L. KILPATRICK, *Blocking SWIFT in Russia*, in *Opinio Juris*, 4 marzo 2022. Inoltre, i principali sistemi di *clearing* internazionali, Euroclear and Clearstream, e i principali circuiti di pagamento e di carte di credito hanno sospeso le proprie operazioni in Russia e in Bie-

l'imposizione di dazi, di restrizioni all'accesso al mercato e di misure di carattere commerciale come il ritiro delle concessioni e il blocco delle esportazioni (di armi, *in primis*, insieme a prodotti, sistemi e tecnologie suscettibili di applicazione cd. *dual use, ma anche di prodotti siderurgici, del settore del lusso, di cementi, legname e prodotti in gomma, e dell'oro*). In totale, circa 1800 tra individui e entità sono sottoposti a queste misure sanzionatorie, inclusi il Presidente Putin, ministri e alti funzionari dell'apparato amministrativo, militare e politico, nonché personalità dell'*élite* finanziaria russa, tutti colpiti da divieti di soggiorno e di circolazione sul territorio degli Stati che irrogano la sanzione (*travel ban*) e i cui beni sono stati oggetto di provvedimenti di sequestro[8]. Molte società commerciali hanno inoltre sospeso le vendite dei propri prodotti e servizi nel territorio della Federazione Russa[9].

Le azioni elencate – senza alcuna pretesa di esaustività – sono state adottate e attuate dagli Stati e dall'Unione europea (oppure volontariamente da soggetti privati) in assenza di una decisione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ai sensi dell'art. 41 della Carta delle Nazioni Unite che, come è noto, permette di adottare misure non implicanti l'uso della forza quando sia riscontrata una delle situazioni previste dall'art. 39 della stessa Carta[10]. La **legittimità** di queste misure, quando sono adottate da Stati non specialmente lesi da un illecito internazionale, costituisce ancora l'oggetto di un ampio dibattito sul piano del diritto internazionale generale[11].

È evidente, però, che alcune di queste misure possano anche essere inquadrate in specifici regimi normativi: in particolare, questa prassi sembra venire in particolare rilievo alla luce delle norme multilaterali dedicate al **commercio internazionale.**

---

lorussia e hanno deciso di rifiutare transazioni in rubli; ugualmente diverse banche commerciali hanno temporaneamente sospeso la vendita e l'acquisto della valuta, determinando un forte crollo del valore della stessa in alcuni periodi del conflitto.

[8] In argomento, v. A. ALÌ, *Dalle misure restrittive dell'Unione europea alla "guerra economica" nei confronti della Russia e della Bielorussia a seguito dell'invasione dell'Ucraina*, in *Questione giustizia*, 15 aprile 2022.

[9] Diverse fonti riportano come aziende occidentali di diversi settori abbiano lasciato il mercato russo o abbiano fortemente limitato le proprie attività: in particolare, diverse compagnie petrolifere hanno ceduto le proprie partecipazioni in colossi dell'energia come Gazprom o Rosneft e disinvestito, bloccando progetti di oleodotti o per lo sfruttamento di nuovi giacimenti.

[10] Si veda A. PELLET, A. MIRON, *Sanctions*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013.

[11] In argomento, si rimanda a M. ASADA, *Economic Sanctions in International Law and Practice*, New York, 2020; S. SILINGARDI, *Le sanzioni unilaterali e le sanzioni con applicazione extraterritoriale nel diritto internazionale*, Milano, 2020; M. SOSSAI, S*anzioni delle Nazioni Unite e Organizzazioni regionali*, Roma, 2020; M. DAWIDOWICZ, *Third-Party Countermeasures in International Law*, Oxford, 2017; N. RONZITTI (a cura di), *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Leiden, 2016.

2. Le misure restrittive del commercio: una contestualizzazione alla luce del diritto dell'OMC

È noto come l'obiettivo principale del sistema commerciale multilaterale gestito dall'Organizzazione mondiale del commercio sia quello di promuovere la liberalizzazione degli scambi commerciali eliminando tutte le barriere tariffarie e regolamentari allo stesso. Le regole cardine di questo quadro istituzionale sono infatti il principio di non discriminazione tra prodotti e tra operatori economici e il divieto di imporre restrizioni quantitative. Di contro, però, gli strumenti più spesso utilizzati dai Governi a titolo sanzionatorio includono l'embargo, il divieto totale o parziale di importazione o esportazioni di determinate categorie di prodotti, l'imposizione di restrizioni quantitative al commercio, nonché la creazione di ostacoli di carattere non tariffario, come la prescrizione di requisiti specifici di licenza, autorizzazione o imballaggio. Misure siffatte potrebbero astrattamente violare varie clausole del *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), del *General Agreement on Trade in Services* (GATS) e di altri accordi commerciali, i cui principi fondanti sono, come detto, la reciprocità e la non discriminazione nei rapporti commerciali, quest'ultimo espresso dai noti *standard* del trattamento nazionale e del trattamento della **nazione più favorita** (MFN). In particolare, l'articolo I, paragrafo 1, del GATT e l'articolo II del GATS prevedono la parità di trattamento rispetto ai prodotti simili originari o destinati ai territori di tutte le altre Parti contraenti[12].

In occasione del conflitto, alcuni Paesi come il Canada[13] e gli Stati Uniti[14]

---

[12] L'art. I.1 del GATT recita: «[w]ith respect to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments for imports or exports, and with respect to the method of levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation and exportation, and with respect to all matters referred to in paragraphs 2 and 4 of Article III, any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties», mentre l'art. art. II.1 del GATS: «[w]ith respect to any measure covered by this Agreement, each Member shall accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that it accords to like services and service suppliers of any other country».

[13] Cfr. Customs Notice 22-02, *Order Order withdrawing the Most-Favoured-Nation status from Russia and Belarus*, Ottawa, 3 marzo 2022, consultabile al sito www.cbsa-asfc.gc.ca , con cui il Governo canadese ha sottoposto ogni merce originaria dei due Paesi a un dazio pari al 35% del valore del bene.

[14] Congresso degli Stati Uniti, Public Law 117-110, *An Act To suspend normal trade relations treatment for the Russian Federation and the Republic of Belarus, and for other purposes*, 8 aprile 2022, H.R. 7108.

hanno ritirato il privilegio del trattamento MFN nei confronti delle merci provenienti dalla Federazione Russa, ponendosi a capo di un ristretto numero di membri dell'OMC intenzionati a ritirare le concessioni commerciali al Paese[15]. Questa misura è stata valutata a lungo anche dall'Unione europea, che finora ha però preferito misure mirate invece dell'innalzamento dei dazi[16]. L'Ucraina, invece, ha deciso di applicare un embargo totale ai prodotti provenienti dalla Federazione Russa e di non applicare gli accordi commerciali nei confronti di questo Stato, come sintetizzato in una lettera indirizzata al *Chairman* del Consiglio generale dell'OMC[17].

Le misure attuate finora, inoltre, hanno stabilito restrizioni quantitative all'esportazione e all'importazione di diverse categorie di merci, primi fra tutti i prodotti tecnologici, i derivati del petrolio, e i prodotti di lusso, che potrebbero a loro volta concretare una violazione dell'art. IX del GATT, il quale prescrive l'eliminazione delle c.d. quote; inoltre, le limitazioni imposte al trasporto aereo, navale e terrestre potrebbero costituire una inadempienza della norma che impone il libero transito delle merci nei territori delle Parti contraenti contenuta nell'art. V del GATT. Stesse considerazioni possono avanzarsi anche analizzando le restrizioni imposte al commercio dei servizi, a cui si aggiunge anche la potenziale violazione dell'art. XVI del GATS, il quale prescrive un obbligo generale per ogni Stato membro dell'OMC di rispettare gli impegni preesistenti di accesso al mercato assunti per ciascun settore e modalità di fornitura dei servizi[18]. Pertanto, se uno Stato membro dell'Organizzazione ha liberalizzato un determinato settore e/o una modalità di fornitura di servizi e successivamente ha imposto restrizioni discriminatorie nei confronti di un altro Stato membro, ha accordato in tal modo ai servi-

---

[15] Cfr. il *Joint Statement sull'aggressione dell'Ucraina da parte della Federazione Russa con il supporto della Bielorussia*, comunicazione dei Governi di Albania; Australia; Canada; Corea; Giappone; Islanda; Macedonia del Nord; Moldova; Montenegro; Nuova Zelanda; Norvegia; Regno Unito; Stati Uniti e Unione europea, WT/GC/244, 15 marzo 2022 (22-2279).

[16] Cfr. Commissione europea, *Statement by President von der Leyen on the fourth package of restrictive measures against Russia*, comunicato stampa dell'11 marzo 2022, consultabile nel sito www.ec.europa.eu.

[17] Cfr. la nota diplomatica di Y. FILIPENKO, Rappresentante permanente dell'Ucraina presso le Nazioni Unite e le altre Organizzazioni internazionali con sede a Ginevra, 2 marzo 2022, consultabile nel sito www.worldtradelaw.typepad.com.

[18] Si veda il par. 1 dell'art. XVI del GATS, che recita: «[w]ith respect to market access through the modes of supply identified in Article i, each Member shall accord services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that provided for under the terms, limitations and conditions agreed and specified in its Schedule».

zi e ai fornitori provenienti da altri Stati membri un trattamento più favorevole, violando le norme multilaterali[19].

In aggiunta, va evidenziato che l'art. 23 dell'*Understanding* sulla risoluzione delle controversie (DSU) proibisce il ricorso a misure unilaterali di *self-help*, sancendo l'obbligatorietà di ricorrere al sistema di risoluzione delle controversie previsto dall'Intesa[20]: tale interpretazione è stata confermata da diversi *Panel*, i quali hanno chiaramente identificato come «vietate» le misure intraprese individualmente dagli Stati al di fuori del quadro procedurale gestito dal *Dispute Settlement Body*[21].

Queste e altre disposizioni, dunque, renderebbero astrattamente illegittima ogni misura unilaterale a carattere commerciale adottata da uno Stato membro nei confronti di un altro. Tuttavia, gli accordi dell'OMC prevedono anche clausole di eccezione al regime generale di liberalizzazione commerciale, permettendo che – in presenza di specifici requisiti – gli Stati membri possano adottare misure che abbiano l'effetto di restringere il traffico commerciale al fine di proteggere valori ed esigenze di natura non economica. Specificamente, l'art. XXI del GATT, l'art. XIV-*bis* del GATS e l'art. 73 dell'accordo relativo ai *Trade Related Aspects of International Property Rights*

---

[19] Così I. BOGDANOVA, *Unilateral Sanctions in International Law and the Enforcement of Human Rights. The Impact of the Principle of Common Concern of Humankind*, Leiden, 2022, p. 138.

[20] Cfr. l'art. 23 dell'*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, secondo cui: «1. When Members seek the redress of a violation of obligations or other nullification or impairment of benefits under the covered agreements or an impediment to the attainment of any objective of the covered agreements, they shall have recourse to, and abide by, the rules and procedures of this Understanding. 2. In such cases, Members shall: (a) not make a determination to the effect that a violation has occurred, that benefits have been nullified or impaired or that the attainment of any objective of the covered agreements has been impeded, except through recourse to dispute settlement in accordance with the rules and procedures of this Understanding, and shall make any such determination consistent with the findings contained in the panel or Appellate Body report adopted by the DSB or an arbitration award rendered under this Understanding; (b) follow the procedures set forth in Article 21 to determine the reasonable period of time for the Member concerned to implement the recommendations and rulings; and (c) follow the procedures set forth in Article 22 to determine the level of suspension of concessions or other obligations and obtain DSB authorization in accordance with those procedures before suspending concessions or other obligations under the covered agreements in response to the failure of the Member concerned to implement the recommendations and rulings within that reasonable period of time».

[21] *Canada/Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft*, rapporto del panel, WT/DS222/R, 28 gennaio 2002, par. 7.170, secondo cui: «Article 23.1 of the DSU provides that Members shall resolve all disputes through the multilateral dispute system, to the exclusion of unilateral self-help. Thus, to the extent that the WTO dispute settlement system only provides for prospective remedies, that is clearly the result of a policy choice by the WTO Membership»; nonché *United States/Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Product*, rapporto del panel, WT/DS58/R, 15 maggio 1998, par. 7.43.

(TRIPS), in formulazioni pressoché identiche, offrono l'opportunità di impiegare misure restrittive del commercio per tutelare **esigenze essenziali di sicurezza**[22]. C'è da chiedersi, quindi, se le misure adottate dall'Ucraina, che ha specificamente invocato l'eccezione di sicurezza nazionale prevista dal GATT, e da altri Stati nei confronti della Federazione Russa possano rientrare nella clausola di eccezione e siano quindi legittime alla luce delle norme multilaterali dedicate al commercio internazionale[23]: questa analisi verrà effettuata alla luce del testo dell'eccezione di sicurezza e della (scarna) *caselaw* in materia del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC.

3. La portata applicativa delle cd. eccezioni di sicurezza

L'articolo XXI del GATT e le corrispondenti disposizioni previste da altri accordi, a determinate condizioni, consentono ai Paesi membri di deviare dai loro obblighi commerciali per motivi di sicurezza[24]. Più specificamente, l'articolo XXI (b) del GATT consente a uno Stato membro di adottare o mantenere determinate misure, altrimenti incoerenti con uno o più obblighi previsti dallo stesso accordo, che ritiene necessarie per la tutela dei propri interessi essenziali di sicurezza. Le categorie di misure interessate sono ampiamente definite nei sottoparagrafi da (i) a (iii) dell'articolo XXI (b) come: (i) misure relative ai materiali fissili; (iii) misure relative al commercio di armi o di altri materiali, direttamente o indirettamente, per uso militare; e (iii) misure prese in tempo di guerra o altra emergenza nelle relazioni internazionali. Inoltre, in connessione, è da ricordare che, come dettato dalla disposizione

[22] Cfr. l'art. XXI del GATT, che recita: «[n]othing in this Agreement shall be construed (a) to require any contracting party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or (b) to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests (i) relating to fissionable materials or the materials from which they are derived; (ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment; (iii) taken in time of war or other emergency in international relations; or (c) to prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security». In argomento, v. P.C. MAVROIDIS, G.A. BERMANN, M. WU (a cura di), *The Law of the World Trade Organization (WTO): Documents, Cases, and Analysis*, St. Paul, 2010, in particolare p. 684-786.

[23] È opportuno sottolineare che questa analisi non riguarda invece le misure adottate nei confronti della Bielorussia, che non è membro dell'OMC: il processo di adesione, iniziato negli anni Novanta, è stato infatti interrotto con lo scoppio del conflitto, su richiesta dell'Unione europea e di altri Stati.

[24] In argomento, v. P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio,* Padova, 2002, p. 335-348.

di cui alla lettera (c) dell'art. XXI del GATT, le misure di eccezione alla liberalizzazione commerciale possono essere attuate anche quando esse sono direttamente collegate agli obiettivi di protezione della pace e di mantenimento della sicurezza internazionale professati dalla Carta delle Nazioni Unite.

L'art. XXI del GATT è stato però raramente invocato dagli Stati membri dell'Organizzazione mondiale del commercio o durante il periodo di applicazione provvisoria del c.d. GATT 1947: il motivo è legato al fatto che gli Stati vedono la sicurezza come una questione essenzialmente connessa all'esercizio della propria sovranità e, quindi, non «giustiziabile» da un organismo di risoluzione delle controversie[25]. Negli ultimi anni, tuttavia, molti Paesi hanno invocato la sicurezza nazionale per giustificare misure incoerenti con alcune disposizioni degli accordi multilaterali: ciò ha portato, per la prima volta, all'adozione di decisioni da parte dei *Panel* dell'OMC che meglio chiariscono la portata applicativa di questa eccezione.

Da queste decisioni emerge, prima di tutto, che il problema principale dell'art. XXI del GATT e delle altre disposizioni in materia graviti intorno all'interpretazione da dare all'inciso «which it considers», il quale permetterebbe agli Stati di determinare autonomamente se la misura adottata sia necessaria alla tutela dei propri interessi essenziali di sicurezza; di conseguenza, sarebbe impedito a un *panel* OMC di esaminare la legittimità dell'azione dello Stato.

Gli Stati che hanno invocato l'eccezione di sicurezza nelle dispute commerciali hanno infatti più volte affermato la natura *self-judging* della disposizione, nonché il carattere sostanzialmente *politico* di questo tema[26]: gli Stati Uniti, per esempio, nelle procedure relative all'imposizione di dazi sull'importazione di acciaio e alluminio, hanno affermato che «the Panel may not make findings on the complainant's claims because they are not appropriate or suitable for adjudication by the Panel and may not make recommendations because no finding of WTO-inconsistency can be made»[27]. In un altro

---

[25] W. MARUYAMA, A.W. WOLFF, *Saving the WTO from the National Security Exception*, PIIE Working Paper 23-2, maggio 2023, analizzano diversi casi precedenti all'istituzione dell'OMC in cui l'allora Comunità economica europea, il Canada e gli Stati Uniti hanno in più occasioni affermato come siano gli Stati parte gli unici *giudici* dell'esercizio del diritto di imporre eccezioni alla liberalizzazione commerciale per questioni di sicurezza.

[26] In argomento, v. S. SCHILL, R. BRIESE, *"If the State Considers": Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2009, p. 106 ss.

[27] Cfr. *United States /Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, rapporto del *Panel*, WT/DS544/R, 9 dicembre 2022, par. 7.2-7.3. Questo caso riguarda l'imposizione di dazi e altre misure correlate sulle importazioni di acciaio e alluminio da parte degli Stati Uniti attraverso una modifica della sezione 232 del *Trade Expansion Act*: queste misure erano state impugnate da diversi Paesi, tra cui Cina (il rapporto citato fa riferimento a quest'ultimo proce-

procedimento, il Governo statunitense ha più esplicitamente affermato che la propria interpretazione dell'art. XXI (b) del GATT richiede che un *Panel* dovrebbe semplicemente prendere atto dell'invocazione dell'eccezione da parte dello Stato membro: è quindi «the invoking Member alone that determines whether an action is necessary for the protection of the Member's essential security interest in the relevant circumstances. Such action, therefore, cannot be found by a panel to be inconsistent with the covered agreements»[28]. Allo stesso modo, in una controversia che ha coinvolto Emirati Arabi Uniti e Qatar, gli Emirati Arabi Uniti hanno affermato di aver adottato misure per salvaguardare i propri essenziali interessi di sicurezza e che l'OMC non avesse l'autorità per esaminare le determinazioni di un Governo in questa materia[29]. Una simile lettura è stata invocata anche dagli Stati convenuti nei casi *Russia/Traffic in Transit*[30] e *Saudi Arabia/Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*[31], quest'ultimo relativo all'art. 73 (b) (iii) dell'accordo TRIPS.

Tuttavia, già nel primo caso sull'art. XXI del GATT, instaurato dall'Ucraina contro la Federazione Russa e deciso nel 2019, è sembrato che i *panels* OMC si siano orientati verso il rifiuto di questa concezione di totale e assoluta deferenza verso l'invocazione dell'eccezione di sicurezza da parte

---

dimento), Norvegia, Svizzera e Turchia. Si veda anche il recente *China/Additional Duties on Certain Products from the United States*, rapporto del *Panel*, WT/DS558/R, 16 agosto 2023, par. 7.111, secondo cui le esigenze di sicurezza «need to be tangible and clearly explained and ultimately determined by the [US] Government».

[28] *United States/Origin Marking Requirement*, rapporto del *panel*, WT/DS597/R, 21 dicembre 2022, par. 7.10 e 7.18. La controversia nasce dal ricorso di Hong Kong, Cina, il quale aveva richiesto le consultazioni prima e poi l'istituzione del *panel* tra il 2020 e il 2021: il caso riguarda un requisito della legge statunitense secondo cui le merci importate prodotte a Hong Kong, in Cina, devono essere contrassegnate in modo da che la loro origine sia individuata come «Cina». Attraverso l'*Hong Kong Policy Act* del 1992, infatti, il Congresso degli Stati Uniti aveva concesso a Hong Kong un trattamento differenziato rispetto alla Cina in alcune aree (incluso le denominazioni di origine), a condizione che Hong Kong rimanesse sufficientemente autonomo dal governo centrale cinese. A seguito di alcuni eventi nel 2020, tra cui l'adozione della legge sulla sicurezza di Hong Kong da parte del governo cinese, il presidente degli Stati Uniti aveva emesso un ordine esecutivo che stabiliva che Hong Kong non era più sufficientemente autonoma e ordinando la sospensione dei trattamenti preferenziali: per giustificare tali misure, gli Stati Uniti avevano invocato l'art. XXI del GATT, qualificando le ingerenze cinesi, i rischi per la democrazia e le gravi repressioni attuate come una questione di sicurezza.

[29] *United Arab Emirates/Goods, Services and IP rights*, DS526. Tuttavia, su richiesta delle parti, il *panel* ha sospeso il procedimento.

[30] *Russia/Measures Concerning Traffic in Transit*, rapporto del *Panel*, WT/DS512/R, 5 aprile 2019, par. 7.57 («the invocation of Article XXI(b)(iii) by a Member renders its actions immune from scrutiny by a WTO dispute settlement panel»).

[31] *Saudi Arabia/Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, rapporto del *Panel*, WT/DS567/R, 16 giugno 2020.

degli Stati[32]: come è noto, questa controversia è seguita al grave deterioramento delle relazioni tra i due Paesi nel febbraio 2014, situazione che aveva portato la Federazione Russa a limitare il transito attraverso il proprio territorio delle merci ucraine destinate a mercati dell'Asia centrale. L'Ucraina aveva contestato tali restrizioni davanti agli organi OMC poiché contrarie all'art. V del GATT nonché a vari impegni commerciali previsti dal *Protocollo di adesione* della Federazione Russa all'Organizzazione. La Russia aveva risposto citando l'art. XXI (b) (iii) del GATT, che come detto prevede che un membro dell'OMC possa intraprendere qualsiasi azione «*which it considers necessary for the protection of its essential security interests taken in time of war or other emergency in international relations*»: tali determinazioni, nelle difese russe, erano sottratte alla giurisdizione dell'organo di soluzione delle controversie. Il *Panel*, invece, procedendo all'interpretazione testuale e contestuale della disposizione secondo le regole contenute nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, aveva concluso che non vi fosse alcuna base giuridica per trattare la clausola di eccezione come uno *scudo* all'analisi di una misura da parte dell'organo e che invece essa ricadesse nella propria «inherent jurisdiction».

Pertanto, secondo il rapporto, l'eccezione contenuta nell'art. XXI del GATT sarebbe solo parzialmente *self-judging*, riconoscendo allo Stato che la invoca la libertà di adottare le misure ritenute opportune, mentre la stessa libertà non si estenderebbe alla determinazione degli altri elementi, tra cui soprattutto le circostanze delineate nei sottoparagrafi da (i) a (iii) della disposizione, i quali andrebbero invece valutati in maniera oggettiva[33]. La decisione in oggetto è stata confermata anche dalla giurisprudenza successiva, la quale ammette, pertanto, l'esistenza di un certo potere di *review* delle misure adottate per ragioni di sicurezza[34].

---

[32] Cfr. G. ADINOLFI, L. MAROTTI, *WTO security exceptions: A landmark Panel report in times of crisis*, in *QIL - Questions of International Law*, 2020, p. 1 ss.

[33] *Russia /Measures Concerning Traffic in Transit*, cit., par. 7.53-7.104.

[34] *United States /Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, cit., par. 7.127-7.128, dove il *panel* aveva concluso che «the entirety of Article XXI(b) of the GATT 1994 is to be given meaning and effect in a manner that preserves the right and discretion of a Member to take action it considers necessary for the protection of its essential security interests under the conditions and circumstances described in subparagraphs (i) to (iii). The Panel does not consider that Article XXI(b) of the GATT 1994 is 'self-judging' or 'non-justiciable' in the sense argued by the United States, nor that the provision contains a 'single relative clause' that wholly reserves the conditions and circumstances of the subparagraphs to the judgment of the invoking Member [...]». Cfr. anche *United States /Origin Marking Requirement*, cit., par. 7.185-7.186.

4. Le eccezioni di sicurezza nella *caselaw* dell'OMC

Nell'applicazione dell'art. XXI del GATT e delle corrispondenti disposizioni presenti negli altri accordi commerciali resta principale l'articolazione degli «interessi essenziali di sicurezza» da parte degli Stati che invocano l'eccezione: chiaramente, data la natura varia e differenziata degli interessi dei singoli Stati, ognuno di essi detiene il diritto di individuare le proprie esigenze di sicurezza[35]. Tuttavia, non tutte queste ultime possono assurgere a interessi, appunto, *essenziali* e ogni Stato dovrebbe agire secondo buona fede in questo processo di qualificazione: sotto questo profilo, il rapporto nel caso *Russia/Measures Concerning Traffic in Transit* ha espresso come la dizione contenuta nell'art. XXI (b) del GATT «may generally be understood to refer to those interests relating to the quintessential functions of the state, namely, the protection of its territory and its population from external threats, and the maintenance of law and public order internally»[36].

In ogni caso, la determinazione di una esigenza essenziale di sicurezza è subordinata alla dimostrazione della presenza di «war or other emergency in international relations»: ancora una volta, secondo la giurisprudenza dei *Panel* OMC relativa all'art. XXI (b) del GATT, gli Stati membri non possono assumere queste determinazioni unilateralmente e l'organo di risoluzione delle controversie ha il potere di analizzare, secondo criteri oggettivi, l'esistenza di tali situazioni. Da questo punto di vista, per esempio, la nozione di guerra farebbe riferimento a «armed conflict [...] [that] may occur between states (international armed conflict), or between governmental forces and private armed groups, or between such groups within the same state (non-international armed conflict)»[37].

Più complesso sembra invece determinare il significato di «emergenza nelle relazioni internazionali» per lo Stato che invoca l'eccezione, una nozione che non è definita dall'art. XXI (b) (iii) del GATT. Sicuramente, vista l'articolazione della disposizione, la quale contiene negli altri sottoparagrafi

---

[35] È bene notare che alcuni *Panel* OMC hanno sviluppato un test di «sufficient level of articulation» delle esigenze di sicurezza da parte degli Stati: in pratica, più la situazione si avvicina allo stato di guerra o all'esistenza di un conflitto armato, minore è il grado di dettaglio e specificità che è richiesto nella dimostrazione di un interesse di sicurezza; in altri casi, invece, è richiesta un'articolazione maggiormente analitica, cfr. *Russia /Measures Concerning Traffic in Transit*, cit., par. 7.135; nonché *Saudi Arabia /Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, cit., par. 7.281.

[36] *Russia /Measures Concerning Traffic in Transit*, cit., par. 7.130.

[37] *Russia /Measures Concerning Traffic in Transit*, cit., par. 7.72. Nello stesso senso anche *United States/Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, cit., par. 7.138.

riferimenti espressi a materiale fissile, armi e munizioni, nonché a beni che possano direttamente o indirettamente contribuire a operazioni militari, può dirsi che una situazione di emergenza possa ricollegarsi a serie situazioni di carattere militare o a esigenze di difesa del Paese[38]. Pertanto, «an emergency in international relations would, therefore, appear to refer generally to a situation of armed conflict, or of latent armed conflict, or of heightened tension or crisis, or of general instability engulfing or surrounding a state»[39]: nel caso tra Ucraina e Federazione Russa, per esempio, i *Panelist* avevano determinato che, dopo l'annessione della penisola di Crimea da parte russa, i rapporti tra l'Ucraina e la Federazione Russa si fossero deteriorati fino al punto di destare preoccupazione per tutta la comunità internazionale, come dimostrato dalle discussioni avvenute nell'Assemblea generale delle Nazioni Unite e dalle proteste e dalle misure di carattere unilaterale adottate da numerosi Governi[40].

In un altro caso, invece, l'Arabia Saudita aveva individuato quali esigenze essenziali di sicurezza la necessità di «carry[ing] out its central sovereign duty of protecting Saudi citizens and population, government institutions, and territory from the threats of terrorism and extremism, which have led to war, instability, and general unrest in [the MENA] region»[41], circostanza che avevano portato all'interruzione delle relazioni diplomatiche e consolari con il Qatar, alla chiusura dei confini e all'imposizione di una serie di misure volte ad arrestare ogni relazione economica e commerciale tra i due Paesi. La gravità delle misure impiegate, secondo il *Panel*, permetteva sicuramente di considerare l'esistenza di una emergenza nelle relazioni internazionali, visto che la prassi internazionale dimostra che la rottura delle relazioni diplomatiche costituisce la misura sanzionatoria più estrema, a cui consegue la sospensione di qualunque tipo di comunicazioni tra Paesi[42].

Pertanto, la scriminante per la corretta applicazione delle eccezioni di sicurezza sembra essere rappresentata dall'esistenza di un profondo stato di

---

[38] A. BUSER, *Justiciability of security exceptions in the US steel (and other) disputes: Some middle-ground options and the requirements of Article XXI lit. b (i)–(iii)*, in *EJIL Talk!*, 20 novembre 2018.

[39] *Russia /Measures Concerning Traffic in Transit*, cit., par. 7.76

[40] *Ibidem*, par. 7.122.

[41] *Saudi Arabia /Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, cit., par. 7.233.

[42] *Ibidem*, par. 7.258-7.270. Il *Panel*, pertanto, aveva ha accettato l'argomentazione dell'Arabia Saudita secondo cui lo Stato aveva attuato alcune misure restrittive – impedendo a un gruppo aziendale del Qatar di ottenere una consulenza per far valere i propri diritti di proprietà intellettuale in Arabia Saudita – per proteggere i propri interessi di sicurezza essenziali.

gravità negli affari tra due Stati, il quale richiede azioni urgenti e che generi (o possa generare) uno strappo o una rottura dei rapporti tra gli stessi. Di certo, semplici differenze di carattere politico o economico, benché serie e urgenti, non sembrano poter essere sufficienti a concretare una emergenza nelle relazioni internazionali nel senso previsto dal sottoparagrafo (iii) dell'art. XXI (b) del GATT, a meno che esse non diano origine a necessità di difesa o a preoccupazioni di carattere militare, oppure se incidano sul mantenimento dell'ordine pubblico. Secondo questa linea di ragionamento, l'organo incaricato di risolvere la controversia *United States/Origin Marking Requirement* ha escluso l'esistenza di una emergenza nelle relazioni internazionali vantata dagli Stati Uniti, preoccupati delle ingerenze cinesi sull'autonomia di Hong Kong e per le violazioni delle libertà di stampa e di manifestazione del pensiero conseguenti alle repressioni messe in atto dalle autorità locali e dal governo centrale.

Infatti, secondo il rapporto, questa situazione – nonostante avesse ingenerato preoccupazione in alcuni membri dell'OMC, inclusi gli Stati Uniti – non aveva portato all'interruzione totale o parziale della cooperazione con la Cina, ma solo a misure isolate[43]. Ugualmente, altri *Panel* avevano negato che l'eccessiva produzione globale di acciaio e alluminio, il massiccio ricorso all'importazione di tali materiali e i conseguenti effetti sull'economia statunitense potessero costituire una situazione di emergenza nelle relazioni internazionali nel senso dell'art. XXI (b) (iii) del GATT[44].

Sembra, quindi, che la *caselaw* dell'OMC tenda a considerare lo stato delle relazioni internazionali, escludendo l'invocabilità di questa eccezione in casi di tensioni e divergenze che però inducono gli Stati a continuare e mantenere vivi i propri rapporti, approfittando anche di forme di cooperazione

---

[43] *United States /Origin Marking Requirement*, cit., par. 7.353-7.361.

[44] *United States /Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, cit., par. 7.149. Questo tema è recentemente riemerso nel rapporto nel caso *China /Additional Duties*, cit., par. 7.112: la controversia era nata dal ricorso del governo statunitense contro i dazi aggiuntivi imposti dalla Cina su alcuni prodotti provenienti dagli Stati Uniti quali risposta ai dazi su acciaio e alluminio. Secondo il Governo cinese, le proprie misure avrebbero dovuto essere qualificate come «misure di salvaguardia» a carattere temporaneo: nel proprio rapporto, invece, l'organo aveva individuato alcune violazioni degli obblighi commerciali della Cina nei confronti degli Stati Uniti, con particolare riferimento al trattamento MFN. Nella controversia, gli Stati Uniti avevano più volte affermato come i dazi imposti su acciaio e alluminio fossero necessari per proteggere la propria sicurezza nazionale, specificamente al fine di tutelare il fabbisogno nazionale della propria industria della difesa, nonché «the impact of foreign competition on the economic welfare of domestic industries, substantial unemployment, decrease in revenues of government, and loss of skills or investment, [...]», che avrebbe indebolito l'economia nazionale e, di conseguenza, anche la propria sicurezza interna (par. 7.115). Il *Panel*, pur non avendo analizzato direttamente la legittima applicazione dell'art. XXI del GATT, aveva riconosciuto che i dazi statunitensi fossero ispirati dall'esigenza di proteggere la sicurezza nazionale.

istituzionalizzate e convenzionali volte ad assicurare stabilità alle proprie relazioni.

In ultimo, sembra opportuno ricordare che le disposizioni di eccezione richiedono la presenza di due ulteriori requisiti, uno di carattere cronologico e l'altro che invece dimostra invece l'esigenza di una connessione tra la misura adottata e l'interesse protetto (la necessità, appunto). Circa il primo, l'inciso «taken in time of» impone che i provvedimenti adottati dallo Stato che invoca l'eccezione siano impiegati mentre l'emergenza (o la guerra) sono in corso e quindi *durante* l'esistenza dell'evento: ogni misura successiva, quindi, non potrà essere giustificata alla luce dell'eccezione di sicurezza[45]. Circa il secondo requisito, è quanto mai ovvio che vi debba essere un elemento di *plausibilità* delle misure, le quali devono essere funzionali a tutelare l'interesse di sicurezza e, pertanto, non essere dirette a ottenere vantaggio o benefici di altro tipo[46].

5. Osservazioni conclusive: le misure restrittive degli scambi adottate nel contesto del conflitto in Ucraina nel prisma delle eccezioni di sicurezza

Le misure di varia natura conseguenti all'operazione militare sul territorio ucraino, come detto, possono – astrattamente – essere considerate delle violazioni delle regole multilaterali sul commercio. È però opportuno valutare se esse possano essere giustificate sulla base delle eccezioni di sicurezza analizzate, proponendo una lettura delle stesse come suggerito dalla giurisprudenza adottata nell'ambito del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC.

In primo luogo, prendendo in considerazione le misure adottate dallo Stato ucraino contro la Federazione Russa, sembra non esserci alcun dubbio sul fatto che l'attuale conflitto possa considerarsi una situazione di «guerra», la quale rende applicabile l'art. XXI (b) (iii) del GATT e le corrispondenti disposizioni contenute negli altri accordi multilaterali. Pertanto, l'embargo totale adottato dall'Ucraina nei confronti delle merci russe e le ulteriori restrizioni imposte dallo Stato possono considerarsi senza dubbio legittime. Tuttavia, resta dubbio che lo Stato ucraino possa disattendere anche gli obblighi nascenti da accordi non propriamente di carattere commerciale: la no-

[45] Il *Panel* del caso *Russia/Measures Concerning Traffic in Transit*, cit., par. 7.70, fa riferimento a questo element come «chronological concurrence».
[46] *Saudi Arabia/Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, cit., 7.283-7.293.

ta diplomatica ucraina, infatti, parla in modo generico di «*WTO Agreements*», includendo probabilmente anche altri allegati all'Accordo OMC, come il DSU, l'Accordo relativo alla *revisione* periodica delle politiche commerciali o altri accordi. Le clausole di eccezione per ragioni di sicurezza, invece, sono riferibili esclusivamente agli impegni presenti negli accordi in cui esse sono contenute e potrebbero pertanto essere invocate solo in riferimento a obblighi previsti dal GATT, dal GATS e dal TRIPS. Tale circostanza è stata sottolineata dalla stessa Federazione Russa nella propria nota diplomatica di risposta[47].

In secondo luogo, occorre analizzare se le misure attuate da Paesi terzi – come il Canada e gli Stati Uniti – e dall'Unione europea, soggetti che non sono direttamente coinvolti nel conflitto, siano giustificate dall'eccezione di sicurezza. Può ipotizzarsi, in tal caso, l'esistenza di una «emergenza» nelle relazioni internazionali? È da ricordare, prima di tutto, che il testo dell'art. XXI del GATT non contiene alcun riferimento a situazioni emergenziali che coinvolgano direttamente lo Stato che invoca l'eccezione o a rapporti bilaterali tra quest'ultimo e lo Stato che subisce la misura; anzi, il riferimento è espressamente alle «relazioni internazionali», una definizione che suggerisce un'analisi dei rapporti tra lo Stato che invoca l'eccezione e gli altri partecipanti alla comunità internazionale, inclusi gli altri Stati membri dell'OMC. A rigor di logica, quindi, si potrebbe affermare che tra i generici «interessi essenziali» di sicurezza possano senz'altro includersi le regole di base della pacifica convivenza tra le Nazioni, tra cui il divieto di utilizzare la forza nelle relazioni internazionali, la salvaguardia dell'integrità territoriale e dell'indipendenza politica degli altri Stati e l'obbligo di risolvere pacificamente le controversie.

Tantomeno le clausole analizzate non sembrano limitare il proprio ambito di applicazione a situazioni puramente di carattere nazionale: per esempio, la lettera (c) dell'art. XXI del GATT, che può benissimo essere valutata per offrire un contesto aggiuntivo all'interpretazione della disposizione contenuta nella lettera (b), effettua un chiaro richiamo alla Carta delle Nazioni Unite e agli obblighi connessi al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, permettendo ai Membri dell'OMC di disattendere obblighi *ex* GATT al fine di attuare le misure decise dal Consiglio di sicurezza sulla base

[47] Cfr. la nota diplomatica di D. Lyakishev, rappresentante permanente della Federazione Russa presso l'Organizzazione mondiale del commercio, 7 marzo 2022, consultabile nel sito www.worldtradelaw.typepad.com.

degli artt. 39 e 41 della Carta[48]. Tale inciso, pertanto, benché copra misure adottate in attuazione delle decisioni del Consiglio di sicurezza e non misure unilaterali, può comunque essere utilizzato come parametro per identificare le gravi situazioni di carattere emergenziale e urgente che giustificano l'invocazione dell'eccezione di sicurezza anche da parte di Stati non direttamente coinvolti nella guerra o nella situazione di emergenza. Questa la lettura è confermata anche dalla giurisprudenza più recente: infatti, nel rapporto fornito dal *Panel* costituito per il caso *United States/Origin Marking Requirement*, è specificato che «the open reference to 'international relations' suggests that the emergency does not necessarily have to originate in the invoking Member's own territory and bilateral relations. Thus, a war taking place between two or more countries, could also give rise to an emergency in international relations affecting other countries»[49]. Sulla base di tali considerazioni, quindi, sarebbe permessa la sospensione di obblighi commerciali anche da parte di Paesi non coinvolti direttamente nel conflitto russo-ucraino.

L'art. XXI del GATT e le disposizioni «sorelle» contenute negli altri accordi OMC, dunque, potrebbero offrire un certo margine di manovra per **giustificare** misure coercitive di carattere unilaterale che in linea di massima sono contrarie a diverse disposizioni degli accordi OMC: sarà necessario, chiaramente, dimostrare in maniera obiettiva l'esistenza di una situazione eccezionale per le relazioni internazionali e, inoltre, che la misura sia stata intrapresa ragionevolmente e senza abusi. In caso contrario, sembra non esserci alcuna giustificazione nel regime speciale OMC per misure siffatte. Di certo, il sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione potrebbe doversi confrontare nuovamente con tale tema, anche in virtù delle diversità di vedute tra gli Stati membri sulla natura *self-judging* della clausola: gli Stati Uniti, per esempio, hanno annunciato di voler proporre appello contro le due decisioni in cui sono stati coinvolti[50]. Inoltre, visto le tante misure di restrizione del commercio attualmente in vigore – sia contro la Federazione

---

[48] V. P. VAN DEN BOSSCHE, W. ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials,* IV ed., Cambridge, 2017, in particolare p. 622-623.

[49] *United States/Origin Marking Requirement*, cit., par. 7.297.

[50] Tuttavia, alla luce dell'attuale paralisi che interessa l'Organo d'appello, queste controversie sono temporaneamente sospese: su questo tema, sia permesso rimandare a B. HOEKMAN, P.C. MAVROIDIS, *Burning Down the House? The Appellate Body in the Centre of the WTO Crisis*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. RSCAS 2019/56, 1 luglio 2019. Nel frattempo, un gruppo di 53 Stati membri ha dato vita al *Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement* (MPIA), il quale è utilizzato al fine di sottoporre ad arbitrato quelle controversie che altrimenti sarebbero sottoposte a un organo che non è in grado di esercitare la propria autorità.

Russa sia contro altri Stati – sono di sicuro ipotizzabili nuovi ricorsi, il cui esito è però tutt'altro che scontato.

Tuttavia, esistono soluzioni che potrebbero rendere più chiara e semplice l'interpretazione e l'applicazione di queste disposizioni, come per esempio l'adozione di una dichiarazione interpretativa dell'art. XXI del GATT da parte della Conferenza ministeriale o del Consiglio generale, come previsto dall'art. IX (2) dell'Accordo OMC[51]: tale intesa dovrebbe approvarsi con il voto favorevole di tre quarti dei membri dell'Organizzazione. Benché la percentuale di successo di una simile iniziativa sembra piuttosto bassa, una interpretazione «autentica» potrebbe sicuramente assicurare maggiore certezza nell'applicazione del diritto OMC nell'attuale complesso contesto geopolitico e in un momento di piena crisi del multilateralismo commerciale.

[51] L'articolo recita: «t]he Ministerial Conference and the General Council shall have the exclusive authority to adopt interpretations of this Agreement and of the Multilateral Trade Agreements. In the case of an interpretation of a Multilateral Trade Agreement in Annex 1, they shall exercise their authority on the basis of a recommendation by the Council overseeing the functioning of that Agreement. The decision to adopt an interpretation shall be taken by a three-fourths majority of the Members».

Gli effetti economici delle sanzioni imposte alla Russia: una prima valutazione

MARCO LOSSANI*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. L'efficacia delle sanzioni: il quadro teorico. – 3. La Russia nel sistema globale oggi. – 4. Dalla teoria alla pratica: le sanzioni alla Russia: 4.1. Divieti all'esportazione; 4.2. Divieto all'importazione di petrolio e gas; 4.3. Eliminazione della clausola della Nazione più favorita; 4.4. De-*swifting* delle banche russe; 4.5. Congelamento di *assets* di banche commerciali e delle banche centrali; 4.6. Confisca e congelamento di *assets* individuali. – 5. Conseguenze delle sanzioni per la Russia: valutazione dell'impatto iniziale: 5.1. Crollo del rublo sui mercati valutari; 5.2. Rialzo dei tassi di interesse; 5.3. Crollo del rating e quasi-default sovrano; 5.4. Crisi di fiducia, corse agli sportelli e crollo del mercato azionario; 5.5. Difficoltà per l'attività produttiva e di consumo. – 6. Conseguenze delle sanzioni (e del conflitto) per il resto del mondo. – 7. Vie di fuga dalle sanzioni: esistono? – 8. Conclusioni. – 9. *Post Scriptum.* Una valutazione delle conseguenze delle sanzioni un anno dopo.

ABSTRACT: Le sanzioni dovrebbero costituire un potente deterrente *ex-ante* contro lo scoppio di una guerra; al tempo stesso potrebbero servire a ridurre la lunghezza del conflitto attraverso l'imposizione di una serie di costi *ex-post* insostenibili per il paese sanzionato, sia sotto il profilo economico-finanziario che relativamente all'ambito delle relazioni politiche interne ed internazionali. Anche se la storia mostra chiaramente come le sanzioni si siano sempre rivelate meno efficaci di quanto auspicato, in occasione dell'invasione dell'Ucraina il mondo occidentale le ha nuovamente utilizzate, facendo soprattutto ricorso a misure di carattere finanziario. Una scelta che riflette la posizione di dominanza che il mondo occidentale – e più in particolare gli USA – continua ad avere all'interno del sistema finanziario internazionale. A distanza di un anno dalla loro introduzione, si può affermare che le sanzioni irrogate non sono riuscite a fermare l'aggressione militare

---

* Professore ordinario di Economia Politica, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, marco.lossani@unicatt.it. Il presente contributo consiste nel testo rivisto e aggiornato dell'intervento al Convegno "Guerra in Ucraina: Vie d'Uscita e Scenari Futuri", organizzato dall'lstituto di Studi Internazionali e dalla SIDI presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore, 28 Marzo 2022.

russa e neppure a convincere il Cremlino a partecipare a un tavolo negoziale; hanno causato un impatto immediato sull'economia russa che è risultato assai più contenuto di quanto fosse stato inizialmente previsto, anche per via dei numerosi *carve outs* necessari per evitare effetti controproducenti su alcuni degli stessi paesi sanzionatori; hanno generato una pressione sul funzionamento dell'economia russa che è andata via via crescendo e che nel medio termine è destinata a provocare effetti significativi, solo in parte attenuati dalla capacità russa di trovare nuovi partner commerciali. Peraltro non andrebbero dimenticati gli effetti negativi sul potenziale di crescita nel più lungo periodo, scatenati dalla forte migrazione di giovani che ha provocato un vero e proprio effetto *brain drain*.

PAROLE CHIAVE: Russia – Conflitto – Sanzioni – Petrolio – Gas – *Economic and Financial Statecraft*.

1. Considerazioni introduttive

La valutazione dell'efficacia delle sanzioni costuituisce un tema assai controverso, sia per gli economisti che per gli studiosi di relazioni internazionali. In effetti le sanzioni si pongono a metà strada tra la politica e l'economia in quanto costituiscono uno degli strumenti con cui gli stati nazione realizzano l'*economic and financial statecraft*, l'insieme di interventi (di natura economico-finanziaria) utilizzati per perseguire obiettivi di politica estera soprattutto quando si è prossimi a condizioni di belligeranza. *Ex-ante*, attraverso la minaccia credibile dell'imposizione di sanzioni – o della realizzazione di operazioni di boicottaggio o della sospensione di aiuti – uno o più stati-nazione (definiti *sender*) paventano di isolare commercialmente e/o finanziariamente un altro stato (definito *target*) al fine di azzerrare la probabilità di una sua attività bellica. *Ex-post*, l'effettiva imposizione di sanzioni determina – attraverso l'isolamento commerciale e/o finanziario – un tale stato di deprivazione nel paese *target* da impedirgli la continuazione dello sforzo bellico, una volta che questo è stato avviato. L'esito di tale azione di coercizione è perciò non solo economico-finanziario, ma anche e soprattutto relativo alla sfera politica delle relazioni interne ed internazionali. In linea di principio, sanzioni efficaci sono in grado di alterare il capitale politico e la reputazione di cui gode il governo in carica del paese sanzionato influenzandone il potere negoziale sia nei confronti delle forze di opposizione interne che rispetto ai paesi sanzionatori.

L'idea delle sanzioni come arma per garantire la pace ovviamente non costituisce una novità[1]. In tempi moderni può essere fatta risalire a Woodrow Wilson che ancora nel 1919 definiva lo stato di assoluto isolamento provocato dalle sanzioni come «qualcosa di ancora più tremendo della guerra stessa» (Mulder, 2022). Da quel momento le sanzioni diventano l''arma economica' a disposizione degli stati liberali, così come riconosciuto dall'art. 16 del *Covenant* della Lega delle Nazioni. La pace – e l'ordine economico-liberale che l'accompagna – si fonderebbe infatti sul convincimento che le sanzioni costituiscano un credibile deterrente contro la guerra: la semplice minaccia di soffrire un profondo stato di deprivazione indotto dalle sanzioni spinge gli statinazione a evitare qualsiasi conflitto. Peraltro, lo stesso Woodrow Wilson non aveva mancato di sottolineare come la forza delle sanzioni derivasse non solo da una condizione di deprivazione economica[2], ma anche da una fondamentale sofferenza psicologica legata alla possibilità che – per effetto delle sanzioni e del conseguente isolamento – «è l'anima ad essere più avvelenata del corpo».

Ca va sans dire, che la realtà ha seguito una piega ben diversa. Le sanzioni si sono dimostrate meno efficaci del previsto non solo *ex-ante*, come deterrente, ma anche *ex-post*, come effettivo fattore di costo (Hufbauer et al., 2008; Felbermayr et al., 2020), anche se con il trascorrere del tempo la loro capacità di incidere è andata via via accrescendosi (Van Bergeijk, 2012). Inoltre, persino la sofferenza psicologica risulta un fattore poco rilevante soprattutto all'interno di contesti segnati dalla presenza di regimi autocratici o dittatoriali. L'uso massiccio di informazioni distorte da parte di diversi *spin dictators* (Guriev e Treisman, 2022)[3] ha consentito a questi di ottenere un ampio consenso popolare – altrimenti impossibile da raggiungere in condizione di libera informazione – generando nel contempo una percezione distorta della realtà che può non solo contenere il disagio psicologico indotto dalle eventuali sanzioni, ma addirittura condurre verso un sentimento di rivalsa – il cosiddetto "*rally-round-the-flag effect*", tale per cui i gruppi domestici minaccia-

[1] Il primo esempio di sanzioni economiche normalmente citato dagli esperti di relazioni internazionali viene fatto risalire a quanto ricostruito da Tucidide nella Guerra del Peloponneso con riferimento al divieto emanato (anno 432 A.C) dalla Repubblica di Atene nei confronti dei mercanti del porto di Megara.

[2] Tale condizione sarebbe dovuta alla mancata disponibilità di materie prime, alla impossibilità di svolgere una normale attività produttiva, alla incapacità di ottenere credito o disporre liberamente dei propri assets.

[3] Il riferimento di Guriev e Trisman (2022) è a Vladimir Putin, Recep Erdogan e Viktor Orbán che controllano i loro concittadini atttraverso un uso continuamente distorto dell'informazione e un uso solo apparente di processi democratici. Per usare le loro stesse parole «*Like spin doctors in democracies, they spin the news to engineer support*».

ti dalle sanzioni fanno fronte compatto con il regime per opporsi alla minaccia esterna.

2. L'efficacia delle sanzioni: il quadro teorico

In linea di principio, le sanzioni sono efficaci se effettivamente in grado di creare un effetto di isolamento. Il conseguimento di tale obiettivo richiede il soddisfacimento di almeno due condizioni. *In primis*, una conoscenza dettagliata del tipo di interdipendenza – reale e finanziaria – tra il paese sanzionato e il resto del mondo. In secondo luogo, il coinvolgimento di un numero elevato di paesi sanzionatori, che limiti la possibilità per il paese *target* di aggirare le sanzioni intrattenendo relazioni economiche con paesi terzi (diversi dal *target* e dal *sender*).

In realtà, una corretta valutazione dell'efficacia delle sanzioni deve anche tenere conto – soprattutto al giorno d'oggi – di una interdipendenza complessa che rende la stima degli effetti delle sanzioni un'operazione davvero difficile (Jenkins, 2022). Da un lato andrebbe valutata anche la presenza di effetti di retroazione, provocati da tali misure sugli stessi paesi sanzionatori (il caso dell'Europa dipendente dal gas russo è lampante). Dall'altro, non andrebbe dimenticata la presenza di rilevanti effetti contagio sui mercati finanziari, che risentono della sempre maggior dimensione assunta dagli stock di attività finanziarie. Per di più, va anche considerato come la globalizzazione abbia generato – attraverso la creazione di *network* reali e finanziari complessi e asimmetrici – una condizione di *weaponized interdependence* molto diversa tra paese e paese. I recenti contributi che hanno applicato la teoria dei *network* allo studio dell'odierno sistema globalizzato (Goldin e Mariathasan, 2014) dimostrano come alcuni *network* siano più centrali di altri. Ciò significa che gli stati nazione che hanno effettiva giurisdizione sui nodi più centrali dei *network* – come ad esempio gli USA – godono di un maggior potere sanzionatorio. Infine, non va neppure esclusa la possibilità che la stessa minaccia di sanzioni spinga alcuni paesi a perseguire una riduzione del loro grado di interdipendenza con il resto del mondo. Una volta raggiunto un sufficiente grado di isolamento, le sanzioni diventano evidentemente un'arma spuntata. Una lezione che la Russia di Putin sembra aver appreso abbastanza bene a partire dal 2014. Dopo l'invasione della penisola di Crimea e l'imposizione di numerose sanzioni imposte nei suoi confronti da parte del mondo occidentale, la Russia ha avviato un chiaro processo di introversione – con la promozione dell'autosufficienza agricola, la riduzione del fabbiso-

gno di finanziamenti esteri e una straordinaria accumulazione di riserve ufficiali. *Last but not least*, una corretta valutazione dell'efficacia delle sanzioni richiede la considerazione sia delle

- sanzioni primarie, vale a dire delle restrizioni poste in essere dai paesi sanzionatori (*sender country*) nei confronti del sanzionato (*target country*), che delle

- sanzioni secondarie, vale a dire delle restrizioni poste in essere nei confronti di paesi/individui terzi che – pur non facendo parte né dei paesi sanzionatori né dei paesi sanzionati[4] – possono subire gli effetti delle stesse sanzioni nel momento in cui vengono colti a realizzare con il *target* transazioni/operazioni vietate. Ad esempio, nel caso specifico della Russia, i *sanction busters* potrebbero essere delle imprese cinesi che effettuano operazioni con controparti russe. In conseguenza di ciò, queste imprese cinesi verrebbero sanzionate attraverso l'esclusione da possibili transazioni svolte con controparti USA o UE[5].

Nel complesso, sanzioni efficaci sono in grado di impattare sul sistema economico-finanziario del paese *target* attraverso il canale commerciale (minor export e minor import di componenti, beni finiti e servizi), il canale finanziario (minori afflussi e deflussi di capitali) e il canale delle aspettative (diffusione di attese di deprezzamento del tasso di cambio e di fallimento di banche, imprese e dello stato sovrano tali da scatenare delle vere e proprie corse agli sportelli delle banche, o episodi di *fire sale* sui titoli emessi dalle banche dalle imprese o dal sovrano).

Il combinato disposto di tali effetti è dato da un sistema economico in grave difficoltà sia per quanto riguarda lo svolgimento dell'attività produttiva sia per quanto concerne il funzionamento dei mercati finanziari. Se le difficoltà sono estreme non è da escludersi uno scenario fatto di una gravissima recessione, che si accompagna a disoccupazione crescente e soprattutto a una crisi finanziaria che potrebbe assumere una forma triplice: valutaria, bancaria e sovrana.

---

[4] Sono numerosi gli stati-nazione che non hanno seguito USA, UK, UE e altri paesi occidentali nel sanzionare la Russia. Tra questi vi sono: Arabia Saudita, Argentina, Brasile, Cina, India, Indonesia, Israele, Messico, Sud Africa e Turchia.

[5] Una decisione che negli USA viene presa da una branca del Dipartimento del Tesoro, l'OFAC – *Office of Foreign Assets Control*. La semplice minaccia di andare incontro a queste sanzioni secondarie costituirebbe un deterrente utile a impedire lo svolgimento di qualsiasi operazione con il sanzionato.

3. La Russia nel sistema globale oggi

Secondo l'ultimo *Country Report* redatto dal Fondo Monetario Internazionale (IMF, 2021) prima dell'invasione dell'Ucraina, la Russia ha affrontato la pandemia in una condizione di bassa crescita, ma godendo di un quadro macroeconomico sostanzialmente robusto – fatto di un deficit e debito pubblico e di un debito estero a livelli minimi – e di un significativo spazio di manovra in ambito monetario, valutario e fiscale.

La modesta crescita russa di questi ultimi anni è il risultato sia di elementi strutturali – quali il basso grado di diversificazione di un'offerta fortemente incentrata sulla produzione di materie prime energetiche e l'associata scarsa dinamica della produttività fattoriale totale – che di fattori riconducibili alle sanzioni comminate dal blocco occidentale dopo l'invasione della Crimea. Le sanzioni non solo hanno indotto un effetto negativo sull'andamento del PIL, ma hanno anche contribuito ad alterare la dimensione geografica dell'interdipendenza – commerciale e finanziaria – con il resto del mondo.

Da un punto di vista geografico, l'insieme dei paesi dell'Unione Europea continua a costituire la più importante area di destinazione dell'export russo, anche se a livello di singolo paese il mercato di sbocco più importante è diventata la Cina, seguita da Regno Unito e Olanda. La Cina è diventato anche il paese più rilevante come area di origine delle importazioni russe, seguita da Germania e USA. Peraltro, la Russia ha nel frattempo rafforzato i legami commerciali con paesi limitrofi quali Armenia, Bielorussia, Kazakhstan, and Kyrgyzstan che a partire dal 2010 hanno aderito (in momenti diversi) all'unione doganale definita dall'*EurAsian Economic Union* (EAEU).

Da un punto di vista merceologico, la Russia continua ad esportare soprattutto materie prime, per lo più costituite da petrolio e gas. Circa il 21% delle esportazioni mondiali di gas naturale sono russe (circa il 60% delle esportazioni di petrolio sono dirette verso l'Europa, mentre il 20% è venduto alla Cina; 40% del gas naturale e 25% del petrolio greggio importato dai paesi dell'Unione Europea provengono dalla Russia), mentre quelle di petrolio coprono l'11% circa.

Nel complesso, l'import export – dopo la decisa flessione conosciuta nel bienno 2015-15 a causa delle sanzioni post-invasione della Crimea – ha generato un surplus commerciale pari a 80 mld. Dollari (corrispondenti al 5% del PIL) nel 2020.

L'avanzo commerciale – unito al modesto pagamento di interessi sulle passività finanziarie estere – ha messo il paese nella condizione di registrare continui avanzi nelle partite correnti (solo nel 2018 il surplus è stato pari al

7% del PIL) che hanno consentito non solo di azzerare il debito estero, ma addirittura di raggiungere una posizione creditrice verso il resto del mondo. Infatti, secondo le ultime stime fornite da Milesi Ferretti (2022), alla fine di Settembre 2021 l'entità delle attività verso l'estero era pari a 1.620 mld. di dollari, a fronte di passività verso l'estero equivalenti a 1.180 mld. Una condizione di creditore netto che in linea di principio espone fortemente un paese come la Russia alle sanzioni imposte dal mondo occidentale.

Il raggiungimento della condizione di paese creditore è da ricondurre a quanto accaduto dopo il 2014. Il combinato disposto di sanzioni e del deterioramento del quadro macroeconomico (associato al calo del prezzo del petrolio) ha spinto gli investitori stranieri a ridurre fortemente l'afflusso di capitali in Russia, mentre nel contempo la Banca Centrale russa dava l'avvio a una chiara politica di accumulazione di riserve ufficiali. Alla fine del gennaio 2022 lo stock di riserve superava i 630 mld. di dollari, pari a 1,7 volte il valore dell'import annuale di beni e servizi.

L'aspetto decisamente più interessante riguarda proprio la consistenza e la composizione dello stock di Riserve Ufficiali detenute dalla Banca Centrale russa. I continui avanzi di bilancia dei pagamenti hanno fatto si che le riserve aumentassero sino a raggiungere i 630 mld. di valore equivalente a Dollari, che costituiscono la voce più rilevante delle attività estere detenute dal sistema russo. Tuttavia, le attività effettivamente denominate in Dollari che ancora nel 2018 erano quasi la metà del del totale delle riserve, nel 2018 erano scese al 18% e alla fine del 2021 erano solo il 16% del totale. Al contrario le riserve in Yuan che ancora nel 2016 pesavano meno del 5% ora hanno raggiunto il 14%; mentre quelle in Euro sono circa un terzo del totale (mentre l'oro è di poco sopra al 20%). Dietro questo processo di 'dedollarizzazione' delle riserve vi è una deliberata scelta di politica estera che riflette ciò che Eichengreen (2017) ha definito «*Martian strategy*»: vale a dire un approccio all'accumulazione e gestione delle riserve ufficiali non più guidato dalle relazioni commerciali e/o finanziarie (come è stato ed è ancora oggi per molti paesi) quanto piuttosto dalla considerazione di aspetti quali la sicurezza nazionale e le alleanze geopolitiche.

È interessante anche notare come la seconda voce più rilevante delle attività estere detenute dal sistema russo sia costituita dagli Investimenti Diretti Esteri (IDE) (pari a circa 500 mld. Dollari), la cui effettiva localizzazione è tuttavia di non semplice identificazione (Milesi Ferretti, 2022). La gran parte di questi IDE è infatti collocata a Cipro, un centro finanziario che serve sostanzialmente a nascondere la vera destinazione finale dell'operazione. Un aspetto di non poco conto quando si tratta di determinare l'effettiva capacità

di sanzioni come la confisca o il congelamento di *assets* detenuti all'interno di particolari giurisdizioni.

4. Dalla teoria alla pratica: le sanzioni alla Russia

Le sanzioni sono state applicate secondo una vera e propria escalation avviata a partire dagli ultimi giorni di Febbraio 2022, quando le truppe dell'esercito russo hanno iniziato a concentrarsi lungo il confine con l'Ucraina. È opinione comune che i pacchetti di sanzioni introdotte da quel momento in avanti da USA, UE ed altri paesi costituiscano il più duro e comprensivo insieme di misure multilaterali mai prese nei confronti di un importante, singolo stato nazione[6], a partire dall'inizio della Guerra Fredda[7].

Le sanzioni comminate si compongono di interventi di diversa natura. Vi sono provvedimenti che insistono direttamente sui flussi commerciali quali

- ✓ **divieti all'esportazione di tecnologia** e di altri beni e servizi 'sensibili' verso la Russia
- ✓ **divieti all'importazione di petrolio e gas russo**, per il momento introdotti solo dal Governo USA e britannico.
- ✓ **eliminazione della clausola di nazione più favorita**, per il momento decisa solo dal Governo canadese.

Tuttavia, le principali sanzioni sono di carattere finanziario, quali

- ✓ **esclusione di buona parte di intermediari russi dal sistema di messagistica internazionale SWIFT**.
- ✓ **congelamento di attività (*assets freezing*)** detenute dalla Banca centrale e da alcune banche commerciali russe.
- ✓ **confisca di *assets*** (reali e finanziari) di proprietà di oligarchi e di politici vicini a Putin.

4.1. Divieti all'esportazione

Sono stati introdotti controlli e divieti sulle esportazioni verso la Russia di prodotti considerati strategici per l'industria aerospaziale, marittima e della

[6] Le prime sanzioni introdotte dall'Aministrazione Biden – che si è avvalso dello IEEPA, *International Emergency Economic Powers Act* - hanno colpito le repubbliche separatiste di Donetsk and Luhansk.

[7] Le sanzioni imposte negli ultimi anni nei confronti di Iran, Venezuela, Corea del Nord e della stessa Russia (post-invasione della Crimea) sono solo una piccola parte di quanto è stato applicato verso la Russia dopo il 24 Febbraio 2022. Dal Febbraio 2022 al Maggio 2023 sono stati irrogati nei confronti della Russia ben 10 pacchetti di sanzioni.

difesa. Obiettivo dichiarato: ridurre e/o impedire l'accesso della Russia a input tecnologici di vitale importanza per lo svolgimento di numerose attività produttive. Ad esempio, sono state vietate le esportazioni verso la Russia di semiconduttori che sono strategici non solo per l'*Information and Communication Technology*, ma anche per la produzione di materiale bellico. Un aspetto importante non solo dal punto di vista economico ma anche geopolitico[8]. Peraltro, l'Amministrazione Biden ha proibito anche le esportazioni di questi beni da parte di paesi terzi nel caso in cui per la loro produzione venga utilizzata tecnologia *made in USA* (come nel caso dei beni prodotti a Taiwan e Corea del Sud). A ciò si aggiunge una lunga lista di ulteriori divieti – cui ha aderito in taluni casi persino la neutrale Svizzera – quali ad esempio il divieto di vendere servizi assicurativi alle compagnie aeree russe (introdotto dal governo britannico).

4.2. Divieti all'importazione di petrolio e gas russo

Essendo tra i maggiori esportatori di greggio e di gas naturale, la Russia è fortemente esposta alle conseguenze di un eventuale divieto a importare petrolio e gas introdotto dai paesi occidentali, in modo particolare dai paesi europei. Al tempo stesso, proprio la notevolissima dipendenza energetica nei confronti delle Russia sofferta da paesi come Germania e Italia rende l'introduzione di tale divieto una vera e propria arma a doppio taglio. La considerazione di questi aspetti consente di comprendere l'atteggiamento asimmetrico assunto da USA, UK e UE nei confronti della imposizione di divieti applicati alle importazioni di petrolio e gas russo. Mentre gli USA e UK – che importano dalla Russia circa l'8% del loro import totale di greggio – pari a 8,5 mil di barili al giorno – hanno introdotto un divieto sulle importazioni di petrolio, la UE non è stata sinora in grado di fare altrettanto in conseguenza della sua fortissima dipendenza energetica che ha spinto verso un atteggiamento interlocutorio[9]. Nella migliore delle ipotesi, si potrà pensare alla introduzione di una limitazione di questo tipo non prima della fine del 2023 quando le importazioni europee di petrolio e gas russo potrebbero es-

[8] Non casualmente l'India – che ha intessuto nel corso degli ultimi anni strette relazioni con la Russia in questi ambiti – si è astenuta (lo scorso 25 febbraio 2022) in occasione della votazione sulla risoluzione sull'Ucraina presso il Consiglio di Sicurezza dell'ONU.

[9] Ciò spiega anche il motivo per cui l'Amministrazione USA è stata sinora molto riluttante a imporre delle sanzioni secondarie – applicate a chi si trovasse coinvolto in transazioni di tipo energetico.

sere state ridotte grazie alla maggior fornitura di gas liquido da parte degli USA o di altri paesi.

4.3. Eliminazione della Clausola di Nazione più Favorita

USA, UE e gli altri Paesi del G7 hanno annunciato che toglieranno alla Russia lo status di nazione più favorita, la regola base dell'Organizzazione mondiale del commercio. In tal modo, questi paesi seguiranno il Canada che a partire dal 3 Marzo ha iniziato a praticare tariffe del 35% sulle importazioni provenienti dalla Russia (e anche dalla Bielorussia, per il suo coinvolgimento nell'invasione dell'Ucraina).

Tale misura comporterà dei costi non indifferenti per il sistema economico russo, le cui esportazioni verrebbero drasticamente ridotte in conseguenza del loro maggior costo dovuto alle tariffe più alte. Ovviamente la fonte di maggior costo deriverebbe non tanto dalle minori esportazioni verso gli USA – la cui integrazione commerciale con la Russia è davvero molto limitata – quanto piuttosto dalle minori vendite verso la UE – che come già ricordato costituisce la più importante area di destinazione dell'esportazioni russe.

4.4. *De-swifting* le banche russe

Una mossa decisamente rilevante è costituita dal divieto – introdotto nei confronti di 7 intermediari bancari russi che rappresentano poco più di un quarto degli attivi del sistema bancario russo – di utilizzare il sistema di messagistica interbancaria internazionale SWIFT, che trasmette oltre 40 milioni di messaggio al giorno.

Tale decisione ha suscitato un dibattito non piccolo tra gli addetti ai lavori (e non) per diversi motivi. In primo luogo, molte delle banche coinvolte in tale provvedimento sono già soggette ad altre sanzioni che impediscono loro lo svolgimento di transazioni internazionali. È questo il caso di Sberbank, che è già stata inibita dall'accedere a sistemi di *clearing* delle proprie transazioni su tutto il territorio USA. Inoltre, vi sono altri sistemi di messaggistica interbancaria a disposizione delle banche russe, come il sistema SPFS (sviluppato dai russi dopo le sanzioni post-Crimea) o il sistema CIPS elaborato dai cinesi, che in linea di principio consentirebbero di by-passare tale provvedimento depotenziandone l'efficacia. Tuttavia, le opzioni alternative in realtà non esistono. L'utilizzo di SWIFT avviene infatti in ragione di costi decisamente inferiori a quelli di sistemi quali SPFS e CIPS, ragion per cui il mancato accesso a SWIFT costituisce una sanzione in grado di produrre costi davvero rilevanti.

4.5 Congelamento di *assets* di banche commerciali e della Banca centrale

L'Amministrazione USA ha provveduto a vietare qualsiasi transazione in dollari all'interno degli USA con alcune banche russe – ad esclusione delle tre principali banche (Sberbank, Gazprombank e VTB) – e a congelarne gli *assets*. Ma la decisione davvero sorprendente riguarda il congelamento delle riserve ufficiali[10] di proprietà della Banca centrale russa, costituite da attività finanziarie custodite all'interno di un elevato numero di giurisdizioni diverse da quella russa – quali USA, UE, UK, Canada, Giappone, Australia e Svizzera. In linea di principio, le riserve – pur essendo *assets* fisicamente collocati all'interno di una giurisdizione estera – non sono espropriabili in quanto godono della cosiddetta *foreign sovereign immunity*, che garantisce una protezione pressochè assoluta. La decisione del febbraio scorso ha di fatto cancellato l'immunità sovrana goduta dalle riserve ufficiali. Operativamente ciò significa che almeno la metà degli oltre 630 mld. di equivalenti a Dollari di riserve non sono utilizzabili dalla Banca Centrale per svolgere interventi sui mercati valutari. Solo le riserve in Yuan cinesi, considerevolemente aumentate all'interno dell'armamentario valutario di proprietà della Banca Centrale russa, possono essere mobilizzate.

La misura è incisiva per due ordini di motivi. Riduce in modo sostanziale l'arsenale di strumenti a disposizione della Banca Centrale russa per condurre operazioni di stabilizzazione del tasso di cambio del Rublo. Non casualmente all'indomani dell'annuncio di tale sanzione, la moneta russa ha perso più del 30% del suo valore, nonostante il fortissimo rialzo dei tassi di interesse portati dal 9,5 al 20%. Nel complesso, il deprezzamento registrato dal rublo rispetto alle quotazioni di fine 2021 ha raggiunto il 50%. Limita fortemente la capacità del paese di pagare importazioni fatturate in Dollari, qualora per effetto delle stesse sanzioni venissero a mancare introiti in valuta pregiata generati dalle residue esportazioni[11]. Ciò che sembrava essere un'arma fondamentale nella costruzione della 'Fortezza Russa' – l'accumulazione di Riserve Ufficiali che avevano assunto nel giro di pochi anni una dimensione consistente per qualsiasi metrica utilizzata – viene così fortemente depotenziata. Il famoso *war chest* risulta un'arma spuntata.

---

[10] Negli ultimi decenni una decisione di questo tipo è stata presa solo nei confronti di Afghanistan, Iran e Venezuela.

[11] Peraltro la minaccia (credibile) di sanzioni secondarie comminate a qualsiasi intermediario che svolga transazioni con soggetti russi – quali Banca Centrale, Ministero delle Finanze e Fondo Sovrano - limita fortemente anche il possibile uso delle Riserve in Yuan.

4.6 Confisca e congelamento di *assets* individuali

Infine, sia l'Amministrazione USA che quella britannica e dell'UE hanno preso misure decisamente restrittive nei confronti di beni e attività finanziarie di proprietà di Putin, di politici – tra cui numerosi Ministri oltre che ampia parte dei membri della Duma – e di imprenditori/oligarchi considerati a lui vicini. Nel complesso, più di un migliaio di persone sono soggette a restrizioni per un valore complessivo stimato in ragione di 30 mld. Euro di *assets* congelati all'interno dei confini della UE[12]. Oltre a questi provvedimenti sono state irrogate misure che mirano a limitare la mobilità fisica dei singoli individui sanzionati. Con l'obiettivo ultimo di generare un crescente distanziamento tra gli oligarchi e la Presidenza russa.

5. Conseguenze delle sanzioni per la Russia: la valutazione dell'impatto iniziale

Il combinato disposto di sanzioni commerciali e finanziarie sta già chiaramente producendo delle conseguenze importanti per l'apparato produttivo e per il funzionamento del sistema economico-finanziario russo: in estrema sintesi, le sanzioni[13] hanno determinato:

5.1. Crollo del rublo sui mercati valutari

La svalutazione ha raggiunto – nella fase più acuta della crisi – il 50% con evidenti impatti negativi sia sull'andamento dell'inflazione – per via della maggior componente importata – che sul tenore di vita delle classi meno abbienti – il cui paniere dei consumi risulta sostanzialmente più costoso. Il deprezzamento si è manifestato nonostante l'introduzione di controlli sui movimenti di capitale in uscita che avrebbero dovuto limitare la pressione al ribasso esercitata sul rublo e il forte incremento dei tassi di interesse.

---

[12] È utile ricordare che i membri della *elite* russa più ricca detengono il 60% della propria ricchezza al di fuori dei confini nazionali: Le sanzioni nei loro confronti sono quindi semplici da attuare e molto efficaci nel produrre i risultati desiderati.

[13] Per un elenco dettagliato e aggiornato delle sanzioni irrogate nei confronti della Russia si rinvia al *Brookings Sanctions Tracker*, al link: www.brookings.edu/research/the-brookings-sanctions-tracker/ e all'analogo strumento reso disponibile dal Peterson Institute for International Economics, reperibile al sito www.piie.com.

5.2. Rialzo dei tassi di interesse

Per contrastare la caduta verticale della quotazione del rublo la Banca Centrale ha dovuto reagire aumentando in modo sostanziale i tassi di policy, passati dal 9,5 al 20%. Ovviamente – come tipicamente avviene in occasione di questi episodi di crisi valutaria – la contromisura adottata costituisce una medicina dai forti effetti collaterali indesiderati. L'attività produttiva – già minata dalla mancata disponibilità di beni essenziali – è ulteriormente posta in difficoltà dalla scarsa disponibilità di credito erogato in ragione di tassi elevati.

5.3. Crollo del *rating* e quasi-*default* sovrano

Prima dell'invasione dell'Ucraina, la Russia veniva considerata un debitore tra i più affidabili. Il giudizio positivo era il frutto della considerazione dell'elevata accumulazione di riserve, della notevole capacità di ottenere valuta pregiata attraverso l'esportazione di idrocarburi, ma soprattutto dell'assenza di debito estero. Lo scoppio del conflitto e il successivo varo di sanzioni ha alterato rapidamente il giudizio nei confronti del sovrano russo che è letteralmente crollato. Le principali agenzie di *rating* hanno portato la valutazione del merito di credito del sovrano russo allo status di *junk.* Contemporaneamente il prezzo delle obbligazioni sovrane russe denominate in rubli si è quasi azzerato (20 centesimi per Dollaro), anticipando le possibili estreme conseguenze delle sanzioni e del conflitto sulla capacità di ripagare il debito e di onorare le cedole. In realtà ancora ai primi di marzo, il sovrano russo ha pagato le cedole in scadenza, onorando gli impegni assunti con la comunità finanziaria, anche se il pagamento non ha potuto raggiungere i creditori stranieri per via di una contro-misura imposta dal governo di Mosca.

5.4 Crisi di fiducia, corse agli sportelli e crollo del mercato azionario

Il deprezzamento del rublo, unito alle evidenti difficoltà produttive e al maggior livello dei tassi di interesse ha generato una sostanziale crisi di fiducia nei confronti del sistema russo in generale e di quello bancario in particolare. Da qui la spinta a convertire i depositi bancari in circolante dando luogo alla più classica delle corse agli sportelli bancari e il tentativo di vendere le azioni di società quotate che ha determinato un vero e proprio crollo del mercato di borsa, terminato solo con la temporanea chiusura del mercato stesso.

5.5 Difficoltà per l'attività produttiva e di consumo

Numerose filiere, soprattutto quelle maggiormente e più direttamente coinvolte nel pacchetto di sanzioni, stanno andando incontro a crescenti difficoltà nel gestire il normale svolgimento dell'attività produttiva. Ciò comporta anche crescenti difficoltà a rifornire esercizi commerciali con beni di prima necessità. Da qui le code agli esercizi commerciali e i numerosi tentativi di accaparramento di beni sempre più scarsi.

Nel complesso, l'insieme di questi fattori dovrebbe causare una severa recessione nel 2022, con un forte aumento dei livelli di povertà unito a pesanti effetti redistributivi. Se pochi giorni dopo lo scoppio della guerra e l'introduzione delle prime sanzioni, Goldman Sachs aveva previsto (per il 2022) una riduzione del PIL russo vicina al 7%, le stime più recenti prodotte dall'Institute for International Finance (Hilgenstock e Ribakova, 2022) parlano di una caduta di PIL almeno di 15 punti percentuali[14]. Una previsione che potrebbe essere addirittura sbagliata per difetto e destinata ad accrescersi con il perdurare del conflitto; soprattutto in conseguenza delle decisioni prese da un numero crescente di società straniere che –all'indomani dell'invasione – avevano autonomamente deciso di annullare gli acquisti di beni russi o di optare per la chiusura delle loro attività sul territorio russo[15], implementando *de facto* una severa politica di 's*elf-sanctioning'*.

6. Conseguenze delle sanzioni (e del conflitto) per il resto del mondo

Non meno importante sarà l'effetto – dovuto al combinato disposto di sanzioni e conflitto – sul sistema economico internazionale, che si troverà a rivivere le conseguenze di un nuovo *shock stagflazionistico* (come quello già sperimentato nel corso degli anni '70, in conseguenza del forte rincaro del prez-

[14] Può essere utile ricordare che il PIL italiano nel 2020 a causa del COVID cadde del 8,9%, mentre quello russo del 3%. La crisi russa del 1998, innescata dalla crisi asiatica, portò a una caduta del PIL inferiore al 6%.

[15] Alcune società lo hanno fatto in modo formale mantenendo in vita una *business unit* che di fatto è rimasta operativa sotto un nome diverso. Molte altre hanno invece di farlo in modo sostanziale, chiudendo in toto le loro attività (come negozi di proprietà o impianti produttivi). Altre ancora hanno annunciato che usciranno quanto prima dai loro IDE in compagnie russe, come annunciato da BP (il più grande investitore straniero in territorio russo) con Rosneft (di cui detiene il 20% del capitale azionario) e Shell con Gazprom, oppure decideranno di riorientare esclusivamente verso il mercato russo la produzione di beni *made in Russia*. Poche sono le multinazionali occidentali che hanno al momento deciso di rimanere pienamente operative sul territorio russo. Nel complesso sono oltre 400 le imprese straniere che hanno deciso di interrrompere la loro operatività sul territorio russo.

zo del petrolio) che si sovrappone alle conseguenze di uno *scenario di deglobalizzazione* (che accentua ed esaspera alcuni degli aspetti già posti in evidenza dallo shock pandemico).

Il crescente isolamento della Russia (causa sanzioni) e dell'Ucraina[16] (causa conflitto) avrà importanti ripercussioni per l'economia internazionale attraverso diversi canali. In primis, a causa della minor fornitura di materie prime di cui la Russia è leader mondiale in diversi comparti: alluminio, nickel, rame, greggio, gas naturale; ma anche grano e molti altri generi alimentari - dai granchi al merluzzo congelato, per arrivare allo zucchero grezzo di barbabietola, come chiaramente evidenziato da Amighini (2022). In modo simile non va dimenticato che l'Ucraina vanta un ruolo fondamentale nella fornitura di gas rari – come neon, krypton and xenon – intensamente utilizzati nella produzione di semi-conduttori. Tale contrazione dell'offerta si configura come il più classico degli shock negativi dal lato dell'offerta capaci di produrre un forte aumento delle quotazioni di diverse materie prime, *in primis* petrolio e gas naturale, e di conseguenza del livello generale dei prezzi.

Il peso straordinariamente rilevante della Russia all'interno del mercato energetico ed alimentare pone inoltre seri problemi per numerosi paesi sia sul fronte della *energy security* (Germania e Italia su tutti) che della *food security* (come nel caso dell'Egitto e di numerosi paesi africani dell'area mediterranea che sono sostanzialmente dipendenti per il loro fabbisogno alimentare dalle importazioni di materie prime alimentari da Russia e Ucraina). Non casualmente molti analisti hanno già previsto una crisi umanitaria con conseguente ripresa di flussi migratori verso l'Europa. Infine, non va dimenticato come vi siano implicazioni di non poco conto anche per quanto concerne lo svolgimento dell'attività produttiva in diverse *value chain*, caratterizzate da un notevole impiego nelle fasi a monte di materie prime. Il rischio di ripetizione di una *supply disruption* dovuta a una replica di una sorta di *China effect* – legato alla eccessiva dipendenza di alcune GVCs da materie prime prodotte in Russia – è elevato (Foroohar, 2022).

Peraltro il funzionamento delle GVCs – e non solo di quelle legate alle *supply chain*s agricola ed energetica – sarà anche influenzato dalla crescente difficoltà a movimentare il traffico marittimo, già pesantemete colpito dalle misure di contenimento post-pandemia. Due cifre bastano a far capire la dimensione e la natura del problema. 1 su 20 degli ufficiali imbarcati sulle navi

[16] Per quanto concerne l'economia ucraina IMF ritiene possible una caduta del PIL prossima al 13,5%. Tuttavia queste previsioni sono state prodotte ben prima dell'inasprimento del conflitto, caratterizzato da una continua *escalation* nell'uso delle armi e nel tasso di distruzione di beni materiali.

mercantili sono di nazionalità ucraina. Quasi il 13% del personale marittimo imbarcato sulle grandi navi commerciali proviene da Russia e Ucraina.

Nel complesso, ci si aspetta una riduzione del tasso di crescita dell'economia mondiale che potrebbe essere compreso tra 1 e 2 punti percentuali, per effetto di una caduta dei livelli di attività economica ben maggiore nella regione europea (rispetto agli USA) che risentirà anche della caduta degli investimenti correlata alla maggior incertezza. Ad esempio, l'OCSE ha stimato in ragione di 1,4 punti percentuali la riduzione della crescita economica in Europa. Si tratta però di una stima del tutto provvisoria e prudenziale che non considera i possibili effetti (ben più dirompenti) di un embargo europeo sulle importazioni di petrolio e gas russo. Contestualmente il tasso di inflazione – che già prima dell'invasione dell'Ucraina aveva raggiunto livelli mai sperimentati negli ultimi 20 anni sia in Europa che negli USA – potrebbe accelerare in modo consistente. Secondo le stime prodotte da Ha et al. (2022), un incremento del prezzo del petrolio del 50% potrebbe contribuire – nell'arco di due anni – ad aumentare l'inflazione globale del 4,4% (riflettendo un peso dei prodotti ernergetici nel paniere dei consumi pari al 9% circa). Sui mercati verrebbero premiate le valute dei paesi considerati dei porti-sicuri (*safe-haven*) come il franco svizzero e i beni rifugio (come l'oro).

7. Vie di fuga dalle sanzioni: esistono?

In realtà i primi a creare delle vie di fuga nei confronti delle sanzioni sono gli stessi paesi sanzionatori. Il già menzionato *Office of Foreign Assets Control* (OFAC) ha stilato una lunga serie di eccezioni, costituite da operazioni e/o soggetti che possono comunque essere svolte/coinvolti con entità residenti in Russia. Ad esempio questo è il caso dell'incasso di interessi su titoli del debito sovrano russo; oppure il pagamento di esportazioni di alcuni prodotti agricoli o di apparati medicali. La stessa UE è al centro della più notevole eccezione all'interno dell'ampio pacchetto sanzionatorio: quella costituita dai cosidetti *energy carve-outs.* In altre parole, lo stesso sistema bancario russo – inibito dallo svolgimento di numerose operazioni (come l'uso del sistema SWIFT) – può compiere operazioni di incasso/pagamento riguardanti le transazioni con paesi europei di prodotti energetici russi. Tutto ciò con l'evidente obiettivo di limitare le conseguenze negative per l'Europa innescate da un altrimenti possibile crollo dell'importazione di energia russa!

Oltre ai *carve- outs* concessi dal *sender*, vi sono da considerare le vie di

fuga cercate dal *target*. Ad esempio, il recente annuncio (non ancora supportato da decisione definitiva) di obbligare i 'paesi ostili' (*unfriendly countries*) a pagare le importazioni di petrolio e gas usando rubli (solo le importazioni europee di gas russo valgono l'equivalente di 7-800 milioni di Dollari al giorno!) costituisce un primo tentativo – in chiara violazione dei termini contrattuali – per sfuggire alle conseguenze delle sanzioni applicate sugli stock di Riserve Ufficiali. In questo modo la tradizionale funzione di intervento sul mercato valutario svolta dalla Banca Centrale viene di fatto demandata agli stessi importatori che – concorrendo a sostenere artificiosamente la domanda di rubli su mercati – ne limitano l'eventuale deprezzamento. In altre parole, la limitazione sull'uso degli stock verrebbe aggirata mediante delle contromisure che prevedono l'imposizione di nuove regole sui flussi[17] e che di fatto scaricano il rischio di cambio sui paesi importatori. Qualora – proprio in conseguenza dellla maggior domanda di rubli generata dalla ridenominazione forzata dei contratti – il rublo si dovesse apprezzare sui mercati valutari, ciò corrisponderebbe a un maggior costo per i paesi importatori. Viceversa nel caso di un ulteriore deprezzamento della moneta russa. Nel momento in cui scriviamo, la decisione di Putin di imporre ai 'paesi ostili' l'utilizzo di Rubli per pagare le loro importazioni di gas e petrolio unito alla introduzione di pesanti controlli che limitano l'uscita dei capitali ha fatto si che la quotazione della valuta russa ritornasse sui livelli antecedenti il 24 febbraio (azzerando di fatto il pesante deprezzamento).

Un'altra possibile via di fuga è costituita dal tentativo di ripagare in Rubli le cedole sui titoli del debito sovrano denominati in Dollari. Mercoledì 16 Marzo 2022 il Governo di Mosca avrebbe dovuto rimborsare 117 milioni di Dollari per il pagamento di interessi su due cedole relative ad emissioni denominate in valuta USA. Tuttavia, nei giorni precedenti la scadenza, il governo russo aveva più volte evocato la possibilità (cui poi non ha dato seguito) di ripagare tali cedole in Rubli, per effetto dell'*artificial default* indotto dalle sanzioni stesse. Infatti, rappresentanti del Governo di Mosca non avevano mancato di ribadire come tale decisione fosse da ritenersi «assolutamente corretta» visto e considerato che le misure di congelamento – applicate a più di metà delle riserve ufficiali detenute dalla Banca Centrale – costringevano il paese a usare i Dollari disponibli solo per pagare le importazioni di beni strettamente necessari (quali alimentari e medicinali). La que-

[17] A partire dal 5 Marzo 2022 era fatto obbligo per gli esportatori russi di convertire in rubli almeno l'80% degli incassi ottenuti in valuta pregiata. Dopo questo provvedimento, le banche russe, le uniche in grado di fornire rubli al mercato, si trovano nella condizione obbligata di convertire in rubli il 100% di ciò che ottengono come valuta pregiata.

stione è interessante anche perché rinvia alla possibilità che l'uso del Rublo al posto del Dollaro non venga assimilato a una condizione di *default*. Un caso in verità possibile, in virtù del fatto che 6 delle 15 emissioni in Dollari di titoli sovrani russi contengono una *fallback clause* che consentirebbe a Mosca di ripagare cedole e principale usando una valuta alternativa, vale a dire rubli (svalutati). Ciò significa che un'operazione di questo tipo – che concretamente produrrebbe nei portafogli degli investitori conseguenze simili a quelle di un *default* – tecnicamente potrebbe non essere considerata come tale[18].

Infine, non andrebbe sottovalutata la possibilità di aggirare le sanzioni attraverso l'uso di criptovalute, che facendo uso della *blockchain tecnology* consentono il mantenimento dell'anonimato delle controparti coinvolte nelle transazioni (Danielsson,2022; Flitter e Yaffe-Bellany, 2022). Uno scenario che sembra essere del tutto realistico per due buoni motivi. Dal lato della domanda, va ricordato che le criptovalute tendono ad essere molto utilizzate proprio laddove i governi nazionali tendono ad ostacolarne l'uso (anche per motivi legati al venir meno della possibilità di realizzare uno stretto controllo sociale, come in Russia). Dal lato dell'offerta, perché i fornitori di criptovalute – in quanto strenui difensori di una visione estremamente liberale – si oppongono all'obbligo di dover congelare i conti correnti dei loro clienti russi[19].

8. Conclusioni

Le sanzioni – che dovrebbero costituire un potente deterrente *ex-ante* contro lo scoppio di una guerra – potrebbero almeno servire a ridurre la lunghezza del conflitto attraverso l'imposizione di una serie di costi *ex-post* insostenibili già nel breve-medio termine per il paese *target*.

Anche se la storia mostra chiaramente come le sanzioni si siano sempre

[18] È interessante notare che tale clausola si applica nel caso in cui il mancato ripagamento in Dollari (o Euro) sia dovuto a condizioni al di fuori del controllo del Governo russo. Il paradosso è che la causa del mancato pagamento in Dollari sono le sanzioni – che sono fuori dal controllo del Governo di Mosca, ovviamente – ma che sono state motivate dalla invasione militare dell'Ucraina. Insomma un *Catch-22 problem* all'ennesimo livello. Peraltro, nel caso in cui si aprisse un contenzioso tra Mosca e i suoi creditori, questo verrebbe affrontato non a Londra o New York ma probabilmente a Mosca ove è lecito immaginare che verrebbe prontamente riconosciuta la giusta causa per il mancato ripagamento in *hard currency*.

[19] A tale proposito vale la pena ricordare una recente dichiarazione ufficiale resa dai managers di Kraken: «*Bitcoin is the embodiment of libertarian values, which strongly favour individualism and human rights cannot freeze the accounts of our Russian clients without a legal requirement to do so*».

rivelate meno efficaci di quanto auspicato, in occasione dell'invasione dell'Ucraina il mondo occidentale le ha nuovamente utilizzate, facendo soprattutto ricorso a misure di carattere finanziario.

Tale scelta riflette la posizione di dominanza che il mondo occidentale – e più in particolare gli USA – continua ad avere all'interno del Sistema finanziario internazionale, che consente di poter fare leva su ciò che Steil e Litan (2006) hanno definito *Financial Statecraft*. Il rischio attuale è che tali sanzioni – pur essendo parte di un pacchetto che non ha eguali nella recente storia del Sistema Internazionale – non siano comunque in grado di fermare rapidamente il conflitto, che sinora è stato caratterizzato da una continua *escalation* nell'uso della forza militare. Il tempo dirà se e quanto efficace sarà stato l'apparato sanzionatorio posto in essere contro la Russia dopo il 24 Febbraio 2022.

9. *Post – Scriptum.* Una valutazione delle conseguenze delle sanzioni un anno dopo

Quali sono gli effetti delle sanzioni a un anno di distanza dall'introduzione delle prime misure?

Con il trascorrere del tempo, i dati riguardanti l'economia russa hanno seguito due *trend* tra loro divergenti. Da un lato, le statistiche ufficiali pubblicate da Rosstat – che hanno cessato di incorporare dati di commercio estero[20] – hanno messo in evidenza una inaspettata resilienza dell'economia russa, frutto soprattutto del buon andamento conosciuto da quella parte del comparto manifatturiero più direttamente coinvolta nella produzione di armamenti e di materiale di supporto per l'attività bellica (secondo uno schema tipico da *comamnd economy*). Dall'altro, una serie di indicatori di attività economica elaborati da enti di ricerca indipendenti – che non fanno riferimento a statistiche ufficiali russe (Schmith e Sakhno, 2023) – mostrano invece una significativa decelerazione in atto, soprattutto negli ultimi mesi, conseguenza di una forte caduta della domanda interna privata, in particolare quella relativa ai consumi, su cui gravano da un lato le consistenti cadute del

[20] Non casualmente i flussi di commercio estero russi sono stimati a partire dai dati messi a diposizione da parte degli uffici statistici dei partner commnerciali della Russia. Una strada che tuttavia non dovrebbe comportare errori significativi, visto e considerato che il coefficiente di correlazione tra questi indicatori alternativi e i flussi storici di import-export sfiora l'unità.

tenore di vita scatenate dai forti aumenti dei prezzi e dall'altro la scarsa disponibilità di beni.

Al di là delle fonti utilizzate e della attendibilità dei diversi dati disponibili, dopo l'iniziale fase di rialzo dei tassi di interesse, crollo del rublo sui mercati valutari, congelamento di *assets* (privati e ufficiali) unito all'introduzione di limitazioni ai flussi di import export, sia il tasso di cambio che i livelli di attività economica hanno iniziato a stabilizzarsi. Secondo l'ultimo *World Economic Outlook* pubblicato dal'IMF nel mese di Aprile 2023, il PIL russo dopo aver subito una flessione di soli 2,1 punti percentuali nel 2022 dovrebbe tornare a crescere sia nel 2023 che nel 2024, con tassi di sviluppo rispettivamente pari a 0,7% e 1,3%. Un risultato per certi versi sorprendente se considerato alla luce delle previsioni di crescita (prima ricordate) prodotte da diverse istituzioni all'indomani dell'invasione dell'Ucraina e dei primi pacchetti di sanzioni.

Ciò che rimane incontrovertibile è che il numero elevato (dieci) di misure sanzionatorie ha cambiato il tipo di integrazione tra l'economia russa rispetto e il resto del mondo (soprattutto occidentale).

Da un lato è da sottolineare il progressivo isolamento raggiunto, che tuttavia rimane inferiore alle aspettative iniziali per due motivi. Il (parziale) successo russo nel trovare nuovi partner commerciali, come provato dai nuovi flussi di importazioni di beni tecnologici dal Kazakistan. Il (parziale) insuccesso delle sanzioni nell'esercitare un'azione deterrente sui vecchi partner commerciali, come suffragato dalla crescita delle importazioni dalla Turchia (che rispetto a un anno prima sono raddoppiate). Due fattori che dimostrano la porosità dell'apparato sanzionatorio posto in essere sul fronte dell'economia reale, e che hanno (benchè solo parzialmente) attenuato l'effetto negativo sul sistema produttivo russo.

Dall'altro, non andrebbe dimenticato che la mancata disponibilità di componenti importati da paesi occidentali – soprattutto di natura tecnologica – ha *de facto* limitato la produzione in numerosi settori dell'economia russa: la produzione nel comparto automobilistico si è ridotta – rispetto a un anno prima – per oltre due terzi. Inoltre, ha limitato la possibilità di favorire lo sviluppo di attività di *import substitution*. Al tempo stesso, le progressive limitazioni poste alle importazioni europeee di gas e petrolio russo (dopo l'iniziale *carve out)* accompagnate all'introduzione del *price cap* hanno sostanzialmente ridotto le entrate generate dalle esportazioni di combustibili fossili, inizialmente accresciutesi per effetto del forte aumento dei prezzi di gas e petrolio sui mercati internazionali[21].

[21] Nel periodo Agosto 2022 Marzo 2023 il prezzo del gas sul mercato europeo è calato del'85% rispetto ai messimi di Agosto 2022. A partire dal Dicembre 2022, l'Unione Europea ha vietato le importazioni di petrolio russo via mare e ha consentito le importazioni di prodotti energetici solo se realizzate a un prezzo inferiore al *price cap*.

Più chiaro è invece l'isolamento sofferto in campo finanziario. Gli afflussi di Investimenti Diretti Esteri sono letteralmente crollati, così come gli afflussi di capitale attraverso altri canali. Il combinato disposto di minori finanziamenti dall'estero (nel corso del 2022 vi sono state fughe di capitali superiori a 250 mld. $), congelamento delle riserve ufficiali[22] e *deswitificazione* del sistema dei pagamenti russo, hanno determinato conseguenze davvero degne di nota[23] . In conseguenza del mancato pagamento degli interessi (pari a 100 mil. $) su due diversi emissioni di obbligazioni sovrane, nello scorso mese di Giugno 2022 si è infatti manifestato il primo *default* sul debito estero mai registrato dopo il lontano 1918.

Nel complesso, dopo un anno dalla loro introduzione, si può affermare che i pacchetti di sanzioni irrogate

- ✓ non sono riuscite a fermare l'aggressione militare russa e neppure a convincere il Cremlino a partecipare a un tavolo negoziale;
- ✓ hanno causato un impatto immediato sull'economia russa. Tuttavia, la valutazione di tale impatto dipende dallo scenario di riferimento preso in considerazione. Nel confronto con le stime di crescita pubblicate prima dello scoppio del conflitto, l'impatto delle sanzioni sul PIL è stato decisamente consistente come dimostrato dal deciso rallentamento conosciuto dall'economia russa rispetto alle previsioni formulate (sul finire del 2021) da istituzioni quali World Bank e IMF. Al contrario, nel raffronto con le prime stime di crescita comprensive di sanzioni prodotte dalle stesse istituzioni (pubblicate nella primavera del 2022), l'impatto delle sanzioni è risultato assai più contenuto di quanto fosse stato inizialmente previsto, anche per via dei numerosi *carve outs* necessari per evitare effetti decisamente controproducenti su alcuni degli stessi paesi sanzionatori.
- ✓ hanno generato una pressione sul funzionamento dell'economia russa che è andata via via crescendo e che nel medio termine è destinata a provocare effetti significativi, solo in parte attenuati dalla capcità russa di trovare

[22] Come nota Sandbu (2023a) il congelamento delle riserve ufficiali costituisce un'arma tanto potente quanto imprecisa (e per questo difficilmente quantificabilile in termini di efficacia). Per ammissione di diversi funzionari UE, la stessa Unione non sarebbe a conoscenza di quanti assets (e dove) la Banca Centrale Russa detiene come riserve ufficiali all'interno del territorio comunitario. In aggiunta andrebbe anche ricordato che l'imposizione di *energy carve outs* ha consentito alla Russia di accumulare rapidamente una notevole quantità di nuove riserve ufficiali: solo nel 2022 il surplus corrente di oltre 220 mld. $ ha contribuito non poco alla ricostituzione di un nuovo ampio stock di riserve, che si vanno ad aggiungere a quelle che sono sempre rimaste a disposizione delal Banca Centrale russa.

[23] Tali conseguenze sono state amplificate dalla imposizione di controlli sui deflussi di capitale russi, introdotti nel tentativo di limitare tensioni sui mercati valutari per il rublo (Simola, 2022).

nuovi partner commerciali e/o finanziari (come la stessa Cina). Peraltro non andrebbero dimenticati gli effetti negativi sul potenziale di crescita nel più lungo periodo, scatenati dalla forte migrazione di forza lavoro giovane istruita. Ciò che ha provocato un vero e proprio *brain drain* i cui effetti saranno evidenti tra qualche anno.

Riferimenti bibliografici

ADEYEMO, W., (2022), *America's New Sanctions Strategy*, Foreign Affairs, 16 Dicembre.

AKHVLEDIANI, T., e DE GROEN, W., (2022), *Sanction-Proof or Sanction-Hit*, CEPS Policy Insights No. 2022-10.

AMIGHINI, A., (2022), *Rincari degli Alimentari: il Prezzo della Guerra*, Lavoce.info, 28 Marzo.

BERNER, R., CECCHETTI, S., E SCHOENHOLTZ, K., (2022), Russian Sanctions: Some Questions and Answers, Vox Eu, 21 Marzo.

DANIELSSON, J., (2022), Cryptocurrencies and the War in Ukriane, Vox Eu, 11 Marzo.

DREZNER, D., (1999), The Sanctions Paradox. Economic Statecraft and International Relations, Cambridge, Cambridge University Press.

EICHENGREEN, B., MEHL, A., e CHITU, L., (2017), *Mars or Mercury? The Geopolitics of International Currency Choice*, NBER W.P. No. 24145.

EL-ERIAN, M., (2022), *Market fallout from Ukraine war combines the risks of past crises,* Financial Times, 15 Marzo.

FELBERMAYR, G., KIRILAKHA, A., SYROPOULOS, C., YALCIN, E., e YOTOV, Y., (2020), *The Global Sanctions Database*, European Economic Review, Vol. 129.

FLITTER, E., e YAFFE-BELLANY, D., (2022), Russia Could Use Cryptocurrency to Blunt the Forces of U.S. Sanctions, Vox Eu, 24 Febbraio.

FOROOHAR, R., (2022), *How War is Changing Business*, Financial Times, 21 Marzo.

GOLDIN, I. e MARIATHASAN, M., (2014), *The Butterfly Defect. How Globalization Creates Systemic Risk, and What to Do About It,* Princeton and Oxford, Princeton University Press.

GURIEV, D., e TREISMAN, D., (2022) *Spin Dictators: The Changing Face of Tyranny in the 21st Century,* Princeton, Princeton University Press.

HA, J., KOSE, M., e OHNSORGE, F., (2022), *From Low to High Inflation: Implications for Emerging Market and Developing Economies*, CEPR Policy Insight, no.115.

HAUSMANN, R., (2022), *The Case for a Punitive Tax on Russian Oil,* Project Syndycate, 26 Febbraio.

HILGENSTOCK, B. e RIBAKOVA, E., (2022), *Russia: Economy to Contract Sharply in 2022,* Macro Notes, Institute for International Finance, 23 Marzo.

HUFBAUER, G., SCHOTT, J., ELLIOTT, K., e OEGG, B., (2008), *Economic Sanctions Reconsidered,* Washington, Peterson Institute for International Economics.

IMF (2021), *Russian Federation*, 2020 Article IV Consultation-Press Release; Staff Report, 9 Febbraio.

IMF (2022), *How War in Ukraine Is Reverberating Across World's Regions*, 15 Marzo.

IMF (2023), *World Economic Outlook*, Aprile.

JENKINS, P., (2022), *Fall of Lehman Shows How Unpredictable Impact of Russian Sanctions Could Be*, Financial Times, 14 Marzo.

LEANEZ, A., (2021), *Targeted Sanctions Against Central Banks: Current* Status & Collateral Effects, ACSS.

LENZI, F., (2022), *Gas Pagato in Rubli. Così Mosca Aggira le Sanzioni,* Lavoce.info, 25 Marzo.

MILESI FERRETTI, G., (2022), *Russia's External Position: Does Financial Autarky Protect Against Sanctions?* Brookings Institution up front, 3 Marzo.

MILOV, V. (2023), *The Sanctions on Russia Are Working*, Foreign Affairs, 18 Gennaio.

MULDER, N., (2022), *The Economic Weapon. The Rise of Sanctions as a Tool of Modern War,* New Haven, Yale University Press.

PEKSEN, D., (2019), *When Do Economic Sanctions Work Best?* CNAS, mimeo.

PRASAD, E., (2022), *Russia Sanctions Won't Doom the U.S. Dollar,* Barron's, 4 Marzo.

ROUBINI, N., (2022), *Russia's War and the Global Economy*, Project Syndicate, 25 Febbraio.

SANDBU, M., (2022), *Economic Impact of War in Ukraine Could Go from Bad to Worse,* Financial Times, 17 Marzo.

SANDBU, M., (2023a), *There Is Too Much We Don't Know About Russia' Central Bank Reserves*, Financial Times, 28 Febbraio.

SANDBU, M., (2023b), *Examining Russia's Unsanctioned Cash Pile,* Financial Times, 7 Marzo.

SILVA, P., e SELDEN, Z., (2020) *Economic Interdependence and Economic Sanctions: a Case Study of European Union Sanctions on Russia*, Cambridge Review of International Affairs, 33:2.

SIMOLA, H. (2022), *War and Sanctions: Effects on the Russian Economy*, VoxEU, 15 Dicembre.

STEIL, B. e LITAN, R., (2006), *Financial Statecraft*, New Haven, Yale University Press.

VAN BERGEIJK, P., (2012) *Failure and Success of Economic Sanctions*, VoxEu, 27 Marzo.

WOLF, M., (2022), *There Are No Good Choices for the West on Ukraine,* Financial Times, 8 Marzo

Alcune considerazioni sul ruolo del diritto internazionale in relazione agli attacchi informatici sferrati nel corso del conflitto tra Russia ed Ucraina

ALESSANDRO STIANO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Brevi considerazioni sul problema dell'attribuzione di una operazione cibernetica. – 3. Attacco informatico di tipo *Distribuited Denial of Service* (DDoS) ai siti web delle istituzioni pubbliche ucraine: attribuzione e antigiuridicità. – 4. Gli attacchi informatici cc.dd. *Hermetic Wiper* e *Isaac Wiper*: attribuzione e antigiuridicità. – 5. Osservazioni conclusive.

ABSTRACT: Il presente scritto intende indagare, più nello specifico, il ruolo del diritto internazionale e delle norme in materia di responsabilità statale rispetto alle operazioni cibernetiche che hanno caratterizzato – e continuano a farlo – il conflitto in essere tra Russia ed Ucraina. Attraverso una analisi delle più rilevanti operazioni informatiche si vuole mettere in luce come sia le norme relative all'attribuzione sia quelle che sanciscono gli obblighi per gli Stati continuino a rivestire una importante funzione nella definizione della responsabilità statale.

PAROLE CHIAVE: Attacchi informatici – conflitto – attribuzione – violazione obblighi internazionali – Russia – Ucraina.

1. Introduzione

Il conflitto tra Russia ed Ucraina si è rivelato terreno fertile per una riflessione aggiornata sul ruolo del diritto internazionale rispetto alle operazioni informatiche che possono precedere e accompagnare un attacco armato in senso tradizionale.

A ben vedere, il ricorso alle operazioni cibernetiche ostili non è di certo nuovo ed anzi proprio la Russia ha, in più di una occasione, dimostrato che il conflitto può avvenire su due piani diversi, seppur interconnessi: quello tradizionale e quello virtuale[1].

---

* Ricercatore di diritto internazionale, Università di Napoli Federico II, alessandro.stiano@unina.it.

[1] Si pensi ad esempio al caso *NotPetya*, S. MARSH, *US joins UK in blaming Russia for NotPetya cyber-attack*, in *The Guardian*, 15 febbraio 2022.

Tuttavia, rispetto al passato, ciò che sembra caratterizzare la situazione attuale è la risonanza che nella comunità internazionale ha suscitato il ricorso a tale tipologia di attacchi nonché l'ampia partecipazione della società civile, mobilitatasi a difesa della Ucraina anche nell'ambito *cyber*. La dichiarazione di *cyber*-guerra del collettivo *Anonymous* nei confronti della Russia è un chiaro esempio di quanto stiamo dicendo[2].

Dinanzi a tale scenario, dunque, bisogna chiedersi se le categorie classiche del diritto internazionale possano avere qualche ruolo oppure se, come sostenuto da una parte della dottrina, sia necessario affrontare questo genere di questioni (soprattutto in ambito tecnologico) con categorie giuridiche nuove, appositamente ritagliate sulle peculiarità del contesto informatico[3].

A dire il vero, in favore dell'applicazione delle categorie classiche del diritto internazionale si sono già espressi diversi autori[4]; e la prassi statale e delle organizzazioni internazionali depone nella stessa direzione[5]. Già nel 2011, infatti, il Dipartimento di difesa americano incorporava ufficialmente il *cyberspace* nella propria agenda politica, strategica ed operativa, definendo le minacce alla cyber sicurezza come una delle più importanti sfide per la sicurezza nazionale, la sicurezza pubblica e l'economia ed affrontando tali questioni proprio alla luce del diritto internazionale come ad oggi esistente[6]. Similmente, nel 2016, la NATO, dopo il summit di Varsavia, ha qualificato ufficialmente il cyberspazio come un 'dominio operativo' al quale devono essere applicate le norme di diritto internazionale[7].

Ebbene, a noi sembra che mai come nella situazione attuale il diritto in-

---

[2] Cfr. D. MILMO, *Anonymous: the hacker collective that has declared cyberwar on Russia*, in *The Guardian*, 27 febbraio 2022. Sul punto sia consentito rimandare a A. STIANO, *L'intervento di Anonymous nel confitto tra Russia e Ucraina: alcune riflessioni sullo* status *giuridico degli* hacker *attraverso il prisma del diritto internazionale umanitario*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 982 ss.

[3] J. D'ASPREMONT, *Cyber Operations and International Law: An Interventionist Legal Thought,* in *Journal of Conflict and Security Law*, 2016, p. 11 ss.

[4] Si v., *ex multis*, G. DELLA MORTE, *Limiti e prospettive del diritto internazionale del cyberspazio*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 5 ss.; ID, *Big data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Napoli, 2018; G. M. RUOTOLO, *Il ruolo del consenso del sovrano territoriale nel transborder data access tra obblighi di diritto internazionale e norme interne di adattamento*, in *La Comunità internazionale*, 2016, p. 185 ss.

[5] Sul ruolo dell'Organizzazione delle Nazioni Unite allo sviluppo della cybersicurezza internazionale si v. G.M. FARNELLI, *Il contributo delle Nazioni Unite allo sviluppo dell'*International Cybersecurity Law, in *Osservatorio sulle attività delle organizzazioni internazionali e sovranazionali, universali e regionali, sui temi di interesse della politica estera italiana*, 2020, p. 135 ss.

[6] *Department of Defense Strategy for Operating in Cyberspace*, 2011.

[7] CCDCOE, *NATO Recognises Cyberspace as a 'Domain of Operations' at Warsaw Summit*, 2016.

ternazionale abbia un ruolo significativo per la definizione e delimitazione anche di quelle attività che si sostanziano nell'utilizzo di strumenti informatici da parte degli Stati o a questi ultimi imputabili.

Di seguito si esamineranno, attraverso le categorie giuridiche sulla responsabilità degli Stati, le principali operazioni informatiche realizzate dalla Russia prima e durante il conflitto con l'Ucraina. Seppur particolarmente interessanti, va anticipato che non verranno trattate le questioni relative alla qualificazione, al ruolo e alla partecipazione dei collettivi *hacker* (come il noto gruppo Anonymous) al conflitto in essere, in quanto queste problematiche rientrano nelle categorie proprie del diritto internazionale umanitario, non oggetto di questo scritto. Più nel dettaglio, dopo una breve analisi del problema dell'attribuzione degli attacchi informatici (par. 2), si esamineranno le operazioni condotte contro i siti web istituzionali dell'Ucraina (par. 3) e le operazioni cc.dd. *Hermetic Wiper* e *Isaac Wiper* (par. 4). Verranno offerte, infine, alcune brevi considerazioni conclusive (par. 5).

2. Brevi considerazioni sul problema dell'attribuzione di una operazione cibernetica

Nel contesto digitale, il dibattito sull'attribuzione di una operazione informatica ad un soggetto è stato caratterizzato da una certa frammentarietà e da taluni assunti che con il passare del tempo e con lo sviluppo tecnologico non sono più pienamente condivisibili[8]. Per diversi anni, infatti, la dottrina ha ritenuto che la questione dell'attribuzione di una condotta informatica fosse un problema insuperabile in virtù della peculiare infrastruttura tecnica che caratterizza il cyberspazio e internet[9]. Di conseguenza, soltanto una modifica strutturale dell'impianto tecnico della rete avrebbe potuto risolvere definitivamente il problema *de quo*[10].

Senonché, in ragione dello sviluppo tecnologico, riuscire a individuare

---

[8] T. RID, B. BUCHANAN, *Attributing Cyber Attacks*, in *Journal of Strategic Studies*, 2015, p. 5.

[9] Secondo una parte della dottrina, infatti, nell'ambito digitale «the most difficult problem is that of attribution». Cfr. P.W. SINGER, A. FRIEDMAN, *Cybersecurity and Cyberwar: What everyone needs to Know*, New York-Oxford, 2014, p. 73; nello stesso senso si veda anche D. BETZ, T. STEVENS, *Cyberspace and the State*, London, 2011, p. 75 s.

[10] Cfr. M. MCCONELL, *How Win the Cyberwar We're Losing*, in *Washington Post*, 2010. Per considerazioni giuridiche sulle medesime difficolta si veda, tra gli altri, C. WAXMAN, *Cyber-Attacks and the Use of Force*, in *Yale Journal of International Law*, 2011, p. 447; N. TSAGOURIAS, *Cyber Attacks, Self Defence and the Problem of Attribution*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2013, p. 229 s.

l'autore materiale di una condotta informatica è diventato oggi un processo indubbiamente più semplice. Nella maggior parte dei casi, invero, affinché venga realizzato un attacco informatico è necessaria la presenza di una o più persone e almeno un sistema informatico. Se, da un lato, il computer viene utilizzato per la creazione, il lancio o il transito di suddetta operazione; dall'altro lato, non si può prescindere dalla figura umana, anche nelle ipotesi in cui l'operazione è automatizzata[11]. La questione va dunque analizzata in una duplice dimensione.

In primo luogo, occorre muoversi in una prospettiva di carattere tecnico/fattuale, e cioè attraverso l'analisi dei dati ricavabili dal computer stesso, al fine di determinare se si possa giungere alla dimostrazione che l'operazione sia stata lanciata da quel determinato computer oppure da una specifica persona o gruppo di persone. In secondo luogo, va invece accertato se la condotta della persona fisica possa essere a sua volta imputata a un determinato Stato. Questo modo di procedere sembra il più adeguato soprattutto perché nella prassi il primo *step* per attribuire una condotta a uno Stato è proprio quello di individuare correttamente il computer o il sistema informatico da cui è partita l'operazione. Ciò, tuttavia, non vuol dire che si potrà giungere sempre all'esito sperato sulla base della sola individuazione del computer da cui ha originato l'attacco.

Più nel dettaglio, attribuire una operazione informatica significa, anzitut-

[11] L'intelligenza artificiale viene oramai utilizzata in diverse operazioni militari e i recenti sviluppi della tecnologia ne permettono l'impiego pur in assenza di un intervento "in tempo reale" da parte dell'uomo. Ciò ha comportato diverse riflessioni sia dal punto di vista strettamente giuridico sia, in senso più ampio, da una prospettiva etica. Limitandoci brevemente alla prima questione, ciò che viene in rilievo è "chi" debba essere considerato responsabile nel caso di violazione di una norma internazionale attraverso l'uso di sistemi informatici automatizzati. Sul punto sono state prospettate diverse soluzioni. In primo luogo, è stato sostenuto che a tali sistemi autonomi dovrebbe essere riconosciuta una qualche forma di personalità giuridica (in tal senso si è espresso il Parlamento europeo in un Report sulla robotica). Questa soluzione, tuttavia, non appare pienamente condivisibile dal momento che non si è formata ancora né prassi né vi è una manifestazione di *opinio iuris* degli Stati. D'altro canto, questi ultimi concordano sul fatto che la figura umana continui ad avere un ruolo centrale e quindi la responsabilità non può essere trasferita *tout court* in capo alle macchine. Di conseguenza la responsabilità dovrebbe essere attribuita esclusivamente agli attori coinvolti nello sviluppo e nell'uso di queste tecnologie, come ad esempio i comandanti, i soldati e le imprese che sviluppano sistemi di questo tipo. Pertanto, affinché la condotta possa dirsi conforme al diritto internazionale gli Stati dovrebbero esercitare un certo grado di controllo – che si estrinseca, ad esempio, nella definizione dell'intensità dell'uso della forza e nella valutazione di come e quando rispondere a un'operazione cibernetica – sui sistemi automatizzati. Cfr. M. STROPPA, *Legal and ethical implications of autonomous cyber capabilities: a call for retaining human control in cyberspace*, in *Ethics and Information Technology*, 2023; D. MAURI, *Autonomous Weapons System and the Protection of the Human Person. An International Law Analysis*, Cheltenham-Northampton, 2022; D. AMOROSO, *Autonomous Weapons System and International Law*, Napoli, 2020.

to, individuare ed analizzare le 'tracce' che tale operazione lascia nel momento in cui viene realizzata. Nonostante non sia possibile una standardizzazione di tali operazioni[12], è possibile però individuare almeno tre diverse fasi di cui si compone un attacco informatico: i) la preparazione, l'identificazione e la ricognizione dell'obiettivo; ii) lo sfruttamento, l'installazione e l'azione; iii) gli effetti e le conseguenze[13].

In ognuno di questi momenti, la corretta e tempestiva attribuzione di una condotta informatica ad un determinato computer può servire a diversi scopi. In primo luogo, identificare il computer che potrebbe essere usato per lanciare una operazione cibernetica, prima che lo faccia effettivamente, permetterebbe alla vittima potenziale di proteggere il sistema preso di mira o quantomeno di adeguare la protezione del sistema. In secondo luogo, identificare la fonte di un'operazione informatica durante la sua perpetrazione renderebbe possibile prendere misure per mitigare l'operazione cibernetica e limitarne gli effetti. Infine, l'identificazione alla fine dell'operazione cibernetica sarebbe utile quantomeno per indirizzare correttamente eventuali misure prese in autotutela[14].

Per poter risalire al computer che concretamente ha lanciato il programma informatico è possibile far leva su diversi indicatori, il più rilevante, nonché quello maggiormente usato, è senza dubbio l'indirizzo del protocollo di internet (IP)[15] del computer in questione.

Come è stato osservato in dottrina, individuare l'indirizzo IP di un determinato computer può essere un punto di partenza per il prosieguo delle indagini e del successivo accertamento dei fatti[16]. Questa identificazione, in realtà, risulta essere almeno in linea generale non particolarmente complessa dal momento che tali indirizzi vengono assegnati in blocco direttamente dal *service provider* o dall'istituzione pubblica/privata. Inoltre, l'assegnatario di quello specifico indirizzo è presente in un registro pubblico e pertanto facil-

---

[12] Cfr. *US Office of the Director of National Intelligence*, *Building Blocks of Cyber Intelligence: Cyber Threat Framework*, 2018.

[13] Cfr. N. TSAGOURIAS, M. FARRELL, *Cyber Attribution: Technical and Legal Approaches and Challenges,* in *European Journal of International Law*, 2020, p. 947.

[14] Cfr. F. DELERUE, *Cyber Operations and International Law*, Cambridge, 2020, p. 56; S. LANDAU, D.D. CLARK (a cura di), *Untangling Attribution*, in *Proceedings of a Workshop on Deterring Cyberattacks: Informing Strategies and Developing Options for U.S. Policy*, Washington, 2010, p. 34 s.

[15] Un indirizzo IP è costituito da una serie di numeri assegnati a ogni dispositivo elettronico connesso alla Rete. Essi servono a identificare i miliari di dispositivi che si collegano ad internet.

[16] S. LANDAU, D.D. CLARK, *Untangling Attribution*, cit., p. 33.

mente individuabile[17]. D'altro canto, è bene precisare che individuare un indirizzo IP associato a un determinato computer non risolve in modo definitivo il problema dell'attribuzione né permette *sic et simpliciter* di affermare che lo Stato dal quale l'attacco è iniziato sia responsabile della condotta[18].

Ciò detto, di seguito verranno analizzati attraverso il prisma della responsabilità internazionale degli Stati, alcuni attacchi informatici realizzati (presumibilmente) dalla Russia avverso l'Ucraina.

3. Attacco informatico di tipo *Distribuited Denial of Service* (DDoS) ai siti web delle istituzioni pubbliche ucraine: attribuzione e antigiuridicità

Gli attacchi di tipo DDoS sono stati senza dubbio le operazioni informatiche più frequenti. Essi consistono nell'invio di un elevatissimo numero di richieste di accesso a un determinato servizio, si pensi ad un sito web, al fine di renderlo inaccessibile. Nei giorni antecedenti l'attacco militare all'Ucraina, sono stati colpiti diversi siti web di istituzioni governative dell'Ucraina, come il Ministero degli affari esteri, della difesa e degli affari interni nonché di diverse banche ucraine[19]. Nonostante i siti *web* colpiti appartenessero a enti governativi, la portata dell'attacco è stata di media/bassa entità dal momento che tutti i servizi sono stati ripristinati dopo qualche ora e senza perdite di funzionalità irreversibili.

Il procedimento di attribuzione di tali condotte è probabilmente l'operazione tecnico/giuridica più difficile da compiere dal momento che, in ragione del coinvolgimento di un elevato numero di dispositivi, non sempre è possibile in tempi brevi ricondurre l'attività ad uno specifico gruppo ed accertare la sussistenza di un collegamento con lo Stato.

Nel caso dell'operazione in questione, tuttavia, ci troviamo dinnanzi all'ipotesi in cui a porre in essere la condotta sia stato, con ragionevole certezza, proprio un organo dello Stato russo. Infatti, attraverso un'analisi tecnica realizzata dalla società informatica ESET[20], è stato possibile ricondurre

---

[17] *Ibidem*.

[18] Per una trattazione più approfondita del tema sia consentito rimandare ad A. STIANO, *Attacchi informatici e responsabilità internazionale dello Stato*, Napoli, 2023, *passim*.

[19] L. FEINER, *Cyberattack hits Ukrainian banks and government websites*, in *CNBC*, 23 febbraio 2022.

[20] Si tratta di una società con sede a Bratislava operante nel settore della cybersicurezza che si è occupato dei profili tecnici relativi alle operazioni informatiche condotte contro l'Ucraina. Cfr. Eset Research, *Ukraine hit by destructive attacks before and during the Russian invasion*

l'attacco informatico all'agenzia di *intelligence* russa (c.d. GRU). Se così fosse, dunque, la vicenda sarebbe pienamente riconducibile alla situazione prospettata dall'art. 4 del Progetto di Articoli sulla responsabilità degli Stati (Progetto), il quale com'è noto stabilisce che «il comportamento di un organo dello Stato sarà considerato come un atto dello Stato ai sensi del diritto internazionale, sia che tale organo eserciti funzioni legislative, esecutive, giudiziarie o altre, qualsiasi posizione abbia nell'organizzazione dello Stato e quale che sia la sua natura come organo del governo centrale o di un'unità territoriale dello Stato»[21].

D'altro canto, la rilevanza della norma in questione è confermata dal Manuale di Tallinn[22], il quale ribadisce che nessun dubbio sussiste in merito all'attribuzione di un attacco informatico ad uno Stato nel caso in cui «State organs, such as the military or intelligence agencies, commit the wrongful acts»[23].

Per quanto riguarda invece l'individuazione della norma primaria violata dalla condotta russa in questione, ci sembra innanzitutto che *non* possa dirsi consumata una violazione del divieto di uso della forza *ex* art. 2, par. 4, della Carta delle NU[24]. Sul punto, infatti, nonostante una esigua prassi statale orientata in senso contrario[25], va osservato che affinché un attacco informati-

---

with HermeticWiper and IsaacWiper, 1 marzo 2022. Consultabile *online* al seguente indirizzo www.eset.com.

[21] Nel contesto informatico, tuttavia, bisogna chiedersi se effettivamente tutti e tre i poteri dello Stato vengono in rilievo nella stessa misura. A nostro parere, va esclusa o quantomeno fortemente ridimensionata l'eventualità in cui gli organi legislativi e giudiziari ricorrano a strumenti informatici per realizzare operazioni cibernetiche a danno di un altro Stato; ciò se non altro perché mancano del tutto casi della prassi di questo tipo. Diversamente, invece, ci sembra molto più probabile un coinvolgimento dell'organo esecutivo, dal momento che non può escludersi – anzi la prassi sembra deporre proprio in questa direzione – che tra le azioni governative possano rientrare anche le operazioni informatiche. Basti pensare in tal senso alle forze militari statali, le quali, gestite dal potere esecutivo, hanno in più occasioni realizzato attacchi cibernetici. Se così è, allora, si può agevolmente affermare che nel caso in cui, ad esempio, gli organi di polizia o qualsiasi altro soggetto appartenente alle forze dell'ordine di uno Stato realizzino un attacco informatico, questo sarà attribuibile allo Stato medesimo. Un esempio sintomatico di quanto si sta dicendo può essere individuato proprio nella già richiamata agenzia di *intelligence* russa, il GRU, alla quale sono state attribuite da ultimo gli attacchi informatici contro l'Ucraina. Cfr. J.C. WOLTAG, *Cyber Warfare: Military Cross-Border Computer Network Operations under International Law*, Cambridge, 2014, p. 89; M. ROSCINI, *Cyber Operations and Use of Force in International Law*, Oxford, 2014, p. 34.

[22] M. N. SCHMITT (a cura di), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations,* Cambridge, 2017.

[23] *Ibidem*, regola 15.

[24] M. N. SCHMITT, *Russian Cyber Operations and Ukraine: The Legal Framework,* in *Lieber West Point*, 16 gennaio 2022.

[25] Si veda, ad esempio, quanto espresso dalla Norvegia nell'*Official compendium of voluntary national contribution on the subject of how international law applies to the use of information*

co possa integrare un uso della forza vietato è necessario che la condotta in questione sia capace di produrre effetti/conseguenze assimilabili a quelli che si potrebbero verificare nel caso di un attacco tradizionale. In altre parole, solo laddove un attacco informatico sia capace di determinare la distruzione di cose oppure comportare la perdita di vite umane, esso potrà qualificarsi alla stregua dell'uso della forza. A medesime conclusioni si giunge pur accedendo a quella teoria che, ampliando la portata del divieto, assimila all'uso della forza quegli attacchi informatici capaci di distruggere soltanto dati contenuti in un determinato computer, senza provocare effetti tangibili[26]. Nel caso di specie, infatti, la portata dell'attacco è stata minima e ha riguardato i siti *web* delle istituzioni e non direttamente le stesse. La distinzione, invero, non ci sembra di poco conto. Se infatti nella prima ipotesi si tratta per lo più di attacchi di tipo DDoS i cui effetti, come visto, possono rendere inaccessibile, a seconda della gravità della situazione, il sito internet per un periodo di tempo più o meno ampio, nella seconda ipotesti, invece, le conseguenze dell'attacco possono essere molto più incisive. Si pensi a quelle ipotesi in cui l'operazione è rivolta ai sistemi informatici di una determina istituzione o azienda, il cui malfunzionamento può determinare conseguenze gravi e finanche la perdita di vite umane.

A ben vedere, neppure se si analizza l'operazione attraverso il prisma del principio di sovranità le valutazioni sono molto differenti. Sul punto, il Manuale di Tallinn afferma che una violazione di tale principio si verifica soltanto quando un attacco informatico sia in grado di produrre degli effetti, ad esempio dei veri e propri danni fisici, sul territorio dello Stato offeso o di interferire con le sue «inherently governmental functions»[27]. In questi termini, l'ipotesi più plausibile è quella che si verifica quando una operazione informatica comporti la perdita di funzionalità di una infrastruttura digitale di uno Stato in modo permanente. Nel caso di specie, invece, come detto, il malfunzionamento dei siti web è perdurato per un periodo molto limitato di tempo, ciò che ci porta a concludere che non vi sia stata alcuna violazione

---

and communications technologies, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 luglio 2021.

[26] Cfr. H. S. LIN, *Offensive Cyber Operations and the Use of Force*, in *Journal of National Security Law and Policy*, 2010, p. 63 ss. Invero, lo stesso può dirsi anche rispetto a quelle tesi, pur emersa in dottrina, secondo cui, indipendentemente dalle conseguenze, una operazione informatica può integrare una violazione dell'art. 2(4) quando sia rivolta contro le infrastrutture critiche di uno Stato. Sul punto si v. W.G. SHARP, *Cyberspace and the Use of Force*, Virginia, 1999, p. 129 ss.

[27] M. N. SCHMITT (a cura di), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, cit., regola 4.

del principio di sovranità dello Stato. In definitiva, dunque, rispetto a questo specifico attacco cibernetico ci sembra che nessuna norma internazionale sia stata violata. Questa circostanza palesa evidentemente come le norme del diritto internazionale – che seppur astrattamente possono venire in rilievo nel contesto che ci occupa – non riescono in alcuni casi a rispondere adeguatamente alle specificità tecniche del dominio *cyber*.

4. Gli attacchi informatici cc.dd. *Hermetic Wiper* e *Isaac Wiper*: attribuzione e antigiuridicità

Gli attacchi in questione si differenziano sensibilmente da quello analizzato in precedenza, sia dal punto di vista tecnico, sia da quello giuridico. Anzitutto, va evidenziato che in questi casi le operazioni informatiche sono state realizzate attraverso l'uso di un c.d. *malware*, un virus informatico il cui scopo è quello di distruggere in modo irreversibile i dati contenuti in un determinato computer. Secondo la già richiamata società, ESET, l'operazione dovrebbe articolarsi in tre fasi: la distruzione vera e propria dei dati, la propagazione dell'infezione nei confronti di altri computer e la creazione di un diversivo per rendere più difficile individuare la minaccia[28]. Lo scopo del programma malevolo, dunque, non è quello di rendere inaccessibile un determinato servizio oppure sottrarre informazioni sensibili, ma piuttosto quello di distruggerle in modo permanente. La dimostrazione della pericolosità di tale tipo di attacco informatico si evince altresì dalla reazione politica generalizzata che ne è scaturita. Non a caso, successivamente alla sua individuazione, anche l'agenzia italiana per la cybersicurezza, attraverso la sua unità operativa, il CSIRT, ha innalzato il livello di allerta per possibili attacchi informatici anche nei confronti dell'Italia[29]. Infatti, come sottolineato dagli esperti di ESET, nonostante il programma sia stato rilevato per la prima volta in una organizzazione governativa ucraina, non è da escludere che questo possa colpire anche altri computer.

Vista la complessità del programma malevolo, al momento l'attribuibilità dell'attacco non è ancora certa. Da un punto di vista tecnico, infatti, l'ESET

[28] Cfr. *Eset Research*, *Ukraine hit by destructive attacks before and during the Russian invasion with HermeticWiper and IsaacWiper*, 1 marzo 2022.
[29] Cfr. CSIRT, *Innalzare la postura difensiva in relazione alla situazione ucraina*, BL01/220228/CSIRT-ITA, 28 febbraio 2022.

ritiene che il *malware* non sia attribuibile a nessun gruppo noto[30]. Oltre all'attribuzione tecnica, in questo caso ci sembra che vada operata una differenziazione tra una attribuzione politica e una giuridica[31]. La prima, com'è facilmente intuibile, consiste nell'attribuzione pubblica da parte di uno o più Stati di un attacco informatico ad un altro Stato, senza però che tale affermazione sia suffragata da prove concrete. Nel caso di specie, invero, non vi è dubbio che alcuni elementi siano riconducibili al *modus operandi* della Russia, sia perché si innestano in un contesto conflittuale portato avanti con armi tradizionali e con strumenti informatici, sia perché riprendono tecniche già utilizzate in precedenza. Allo stesso tempo, però, va rilevato che, almeno fino al momento in cui si scrive, non vi sono prove concrete a sostegno di tale affermazione. Ciononostante, questa forma di attribuzione non è priva di implicazioni. Basti pensare, a tal proposito, al generale coinvolgimento degli Stati a sostegno delle risorse *cyber* alla Ucraina nonché, e forse ancor più rilevante, alla dichiarazione di guerra del gruppo Anonymous alla Russia.

Per quanto riguarda la prospettiva giuridica, invece, va osservato in primo luogo che in questo caso l'art. 4 (1) del Progetto difficilmente potrà essere utilizzato dal momento che, verosimilmente, vista anche la difficile attribuzione tecnica, la condotta non può agevolmente dirsi realizzata da un organo dello Stato russo. A parere di chi scrive, invece, possono assumere rilevanza, almeno potenzialmente, l'art. 4(2), l'art. 8 e l'art. 11 del Progetto. Come è noto, in tutte e tre le disposizioni vengono in rilievo quelle ipotesi in cui una condotta posta in essere da un soggetto non statale possa essere attribuita allo Stato; affinché ciò si realizzi è necessario che sussista una connessione tra tali soggetti e lo Stato in questione. Nel caso di specie non è da escludersi, infatti, che la condotta sia stata realizzata da un gruppo di soggetti privati, che ha agito come organo *de facto* dello Stato (art. 4(2)). In questo caso, è necessario che la condotta sia stata realizzata sotto la completa dipendenza della Russia. Sul punto, tuttavia, preme sottolineare come ancora oggi è generalmente difficile distinguere le operazioni informatiche «sponsorizzate» da uno Stato da quelle in cui è coinvolto semplicemente un individuo appartenente un gruppo criminale.

Un esempio sintomatico di quanto si sta affermando è quello riconducibile alla dichiarazione emanata dal governo statunitense, in cui tre gruppi di hacker nordcoreani, tra cui il gruppo Lazarus, noto per la sua partecipazione

---

[30] Cfr. Eset Research, *IsaacWiper and HermeticWizard: New wiper and worm targeting Ukraine*, 1 marzo 2022.

[31] F. DELERUE, *Cyber Operations and International Law*, Oxford, 2020, p. 165 ss.

all'operazione informatica *WannaCry*[32], sono stati qualificati come «enti strumentali della Corea del Nord»[33]. Questa locuzione, almeno in linea di principio, sembra alludere proprio al criterio dell'organo di fatto ma nessuno Stato è riuscito a fornire prove adeguate a sostegno di tale affermazione[34]. Piuttosto, attraverso una prospettiva diversa, ciò che potrebbe verificarsi è che questi gruppi, pur operando inizialmente «insieme» allo Stato, potrebbero successivamente diventare dei veri e propri organi, in virtù del crescente interesse degli Stati nel creare dei contingenti militari informatici. In questo senso si può pensare all'*IT Army,* un gruppo di hacker volontari che durante il conflitto tra Russia e Ucraina hanno sostenuto quest'ultima per far fronte alle offensive cibernetiche del governo russo[35]. D'altronde, un'ipotesi del genere si è verificata rispetto ai Guardiani della Rivoluzione nella Repubblica Islamica dell'Iran: inizialmente qualificabili come un gruppo di privati, poi divenuti un organo di fatto del nuovo governo dopo la rivoluzione, e infine un organo de *jure* dello Stato[36].

Un'altra ipotesi plausibile è che gli *hacker* abbiano agito sotto la direzione, il controllo o le istruzioni dello Stato russo (art. 8 del Progetto).

Più nel dettaglio, i tre termini utilizzati dalla Commissione nell'art. 8 – «istruzione», «direzione» e «controllo» – rappresentano dei criteri autonomi e indipendenti con la conseguenza che sarà sufficiente integrare anche solo di uno di essi per determinare l'attribuzione di un atto di un privato ad uno Stato[37].

---

[32] Per un'analisi sul tema si v. D. MANDRIOLI, *Il caso WannaCry: il fenomeno dei cyber attacks nel contesto della responsabilità internazionale degli Stati*, in *La Comunità internazionale,* 2018, p. 489 ss.

[33] Cfr. *Treasury Sanctions North Korean State-Sponsored Malicious Cyber Groups*, 13 settembre 2019.

[34] Cfr. N. TSAGOURIAS, M. FARRELL, *Cyber Attribution: Technical and Legal Approaches and Challenges,* cit., p. 952.

[35] Cfr. R. BUCHAN, N. TSAGOURIAS, *Ukranian 'IT Army: A Cyber Levee en Masse or Civilian Directly Participating in Hostilities*, in *Ejil:Talk!*, 9 marzo 2022.

[36] F. DELERUE, *Cyber Operations and International Law*, cit., p. 122.

[37] In questi termini si esprime la stessa Commissione. Ai sensi del paragrafo 7 del commentario all'art. 8, infatti, viene specificato che «[i]n the text of article 8, the three terms "instructions", "direction" and "control" are disjunctive; it is sufficient to establish any one of them. At the same time it is made clear that the instructions, direction or control must relate to the conduct which is said to have amounted to an internationally wrongful act». Nella medesima direzione sembra muoversi anche il tribunale arbitrale ICSID nel caso *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey* quando ha stabilito che «the words 'instructions', 'direction' and 'control' in Art. 8 are to be read disjunctively. Therefore, the arbitral tribunal need only be satisfied that one of those elements is present in order for there to be attribution under Art. 8». Cfr. ICSID, Case No. ARB/11/28, *Award*, 10 marzo 2014, par. 303. In dottrina, in questo senso si v. K. MACAK, *Decoding Article 8 of the International Law*

In linea generale, i tre criteri – nonostante siano accomunati dalla medesima base concettuale, vale a dire l'esistenza di una relazione di «subordinazione» tra lo Stato e il privato[38], – si differenziano rispetto al grado di intensità richiesto. Più nel dettaglio, la «direzione» è stato definito come il criterio meno stringente rispetto all'istruzione e al controllo[39] e può dirsi integrato «where an organ of the State (…) provided the direction pursuant to which the perpetrators of the wrongful act acted»[40]. In dottrina, poi, nonostante spesso i tre criteri siano stati intesi in senso unitario, è stato sottolineato che la «direzione» implica una certa continuità da parte dello Stato nel fornire le istruzioni ai privati oppure l'esistenza di una relazione tra i due tale da poter determinare la responsabilità dello Stato anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo abbia solo suggerito alcuni comportamenti agli attori non statali coinvolti nell'illecito[41]. L'elemento principale del criterio della «direzione», in altre parole, andrebbe ricercato nell'esistenza di una relazione di subordinazione tra lo Stato e il soggetto privato, in cui il primo guida i comportamenti del secondo, pur senza la necessità che vengano fornite delle istruzioni specifiche o il controllo effettivo per le singole operazioni contrarie al diritto internazionale[42]. In questo modo, dunque, si potrebbe giungere all'attribuzione della condotta illecita allo Stato anche per quei comportamenti degli *hacker* realizzatisi sotto la direzione della struttura organizzativa statale nel momen-

---

Commission's Article on State Responsibility: Attribution of Cyber Operations by Non-State Actors, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2016, p. 411.

[38] K. MACAK, *Decoding Article 8 of the International Law Commission's Article on State Responsibility*, cit., p. 411.

[39] In questi termini si è espresso Allain Pellet nella memoria difensiva per la Bosnia Erzegovina nel caso relativo al Genocidio bosniaco. Cfr. *Bosnian Genocide, CR 2006/8*, p. 62.

[40] *Bosnian Genocide*, par. 406.

[41] J. CRAWFORD, *State Responsibility: The General Part*, Cambridge, 2021, p. 146, in particolare la nota n. 28.

[42] Cfr. K. MACAK, *Decoding Article 8 of the International Law Commission's Article on State Responsibility: Attribution of Cyber Operations by Non-State Actors*, cit., p. 418. Va segnalato, inoltre, che l'esistenza di una tale forma di subordinazione è stata utilizzata anche in altri settori del diritto internazionale. Si pensi, ad esempio, all'Organo di Appello dell'Organizzazione mondiale del commercio, il quale nell' *US-DRAMS* report ha specificato che «'entrustment' occurs where a government gives responsibility to a private body, and 'direction' refers to situations where the government exercises its authority over a private body (…). It may be difficult to identify precisely, in the abstract, the types of government actions that constitute entrustment or direction and those that do not. The particular label used to describe the governmental action is not necessarily dispositive. Indeed, as Korea acknowledges, in some circumstances, 'guidance' by a government can constitute direction. (…) In most cases, one would expect entrustment or direction of a private body to involve some form of threat or inducement, which could, in turn, serve as evidence of entrustment or direction. The determination of entrustment or direction will hinge on the particular facts of the case». Cfr. *United States – Countervailing Duty Investigation on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (Drams) From Korea*, WT/DS296/AB/R, 27 giugno 2005, par. 116.

to in cui tra quest'ultima e il gruppo si sia creata una relazione di subordinazione seppur meno stringente rispetto al criterio del controllo e dell'istruzione.

Infine, anche in assenza di un legame fattuale come quelli qui indicati, potrebbe verificarsi altresì che la Russia riconosca come propria la condotta auto-attribuendosi in questo modo la responsabilità dell'azione (art. 11). Circa questa ipotesi, ci preme sottolineare che le due condizioni previste dalla norma – riconoscimento e adozione – hanno un carattere «cumulativo» e non alternativo: ciò indica che lo Stato in questione non solo deve riconoscere quel determinato comportamento ma sarà conseguentemente tenuto anche ad adottarlo come proprio. Tali atti possono avvenire sia espressamente sia in modo indiretto, deducendoli dalla condotta dello Stato in questione[43]. Di conseguenza, nell'ipotesi in cui una operazione informatica sia stata realizzata da attori non statali e uno Stato successivamente si limiti ad esprimere la propria approvazione, non ci sembra che in questo caso possa dirsi soddisfatto il criterio *ex* art. 11.

In definitiva, dunque, ciò che emerge è che le categorie in merito all'elemento soggettivo dell'illecito sono pienamente applicabili anche nel caso di operazioni informatiche perpetrate da attori non statali.

Per quanto riguarda l'antigiuridicità della condotta, nel caso degli attacchi informatici di cui si discute non ci sembra si possa *prima facie* escludere la rilevanza della norma sul divieto di uso della forza. Come anticipato, un attacco informatico capace di distruggere materialmente beni può senz'altro violare l'art. 2, par. 4, della Carta ONU. Se da un lato, può osservarsi che non sono stati rilevati danni fisici ad alcuna infrastruttura, dall'altro lato va sottolineato che si tratta di un attacco la cui portata può avere degli effetti

---

[43] International Law Commission, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries*, art. 11, par. 9, p. 53. D'altro canto, le difficoltà nel qualificare un atto come proprio di uno Stato, anche a seguito di un formale riconoscimento delle condotte realizzate da privati, sono state sottolineate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary*, del 26 maggio 2020, in cui i giudici di Strasburgo hanno sottolineato che « the Court cannot but conclude that, on the facts of the case, as presented by the applicants, it has not been convincingly demonstrated that the State of Azerbaijan "clearly and unequivocally" "acknowledged" and "adopted" "as its own" R.S.'s deplorable acts, thus assuming, as such, responsibility for his actual killing of G.M. and the preparation of the murder of the first applicant. The Court places emphasis on the fact that this assessment is undertaken on the basis of the very stringent standards set out by the existing rules of international law, as they stood at the material time and stand today, from which the Court sees no reason or possibility to depart in the present case». Sul punto si v. il commento di M. MILANOVIC, *Attribution, Jurisdiction, Discrimination, Decapitation: A Comment on Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary*, in *EjilTalk!*, 10 luglio 2020.

distruttivi sulle informazioni e sui dati contenuti su uno o più computer. A dire il vero, non manca in dottrina la tendenza ad includere nel novero degli attacchi in contrasto con l'art. 2, par. 4 anche quelli capaci di distruggere *soltanto* elementi non tangibili come dati e informazioni[44]. A riprova di ciò, la recente Risoluzione dell'Assemblea generale – in merito all'applicazione del diritto internazionale alle operazioni informatiche – sembra propendere proprio in questa direzione. La maggior parte degli Stati, infatti, è concorde nel ritenere che «a cyber operation causing severe disruption to the functioning of the State such as the use of crypto viruses or other forms of digital sabotage against governmental or private power grid-or telecommunications infrastructure, or cyber operations leading to the destruction of stockpiles of Covid-19 vaccines, could amount to the use of force in violation of Article 2(4)»[45]. È chiaro che una valutazione di questo tipo può essere fatta solo in relazione al singolo caso concreto e soprattutto alla luce di notizie più certe sulla effettiva portata dell'attacco. Ad ogni modo, anche laddove non si raggiungesse la soglia dell'uso della forza, ci pare chiaro che in questo caso sia stato violato quantomeno il principio di sovranità dello Stato ucraino. Come già evidenziato, infatti, la distruzione permanente anche di beni non tangibili rientra in una chiara ipotesi di violazione del principio in questione.

5. Osservazioni conclusive

In conclusione, ciò che emerge da questa breve analisi è che: i) il diritto internazionale e, in particolare, le categorie giuridiche della responsabilità degli Stati sono rilevanti anche nel contesto delle operazioni cibernetiche; ii) rispetto alla rilevanza delle singole norme del diritto internazionale, una valutazione sulla concreta applicazione delle stesse non può prescindere dalla specificità della singola operazione informatica realizzata e quindi dall'analisi

---

[44] Cfr. H. S. LIN, *Offensive Cyber Operations and the Use of Force*, cit., p. 63 ss. In modo simile si esprime anche il Comitato internazionale della Croce Rossa, la quale sottolinea come la cancellazione o la manomissione di dati, quali ad esempio, i registri fiscali, i conti bancari, i registri elettorali, potrebbe portare rapidamente a un blocco totale dei servizi governativi e delle imprese private, e potrebbe causare più danni ai civili rispetto alla distruzione di oggetti fisici. Pertanto, secondo il Comitato, non è condivisibile l'idea per cui questo tipo di operazioni sono compatibili con il diritto internazionale umanitario. In modo più ampio, si v. Comitato internazionale della Croce Rossa, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts, Report* 32IC/15/11, Ginevra, 8-10 dicembre 2015.

[45] Assemblea Generale, *Official compendium of voluntary national contribution on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies*, cit., p. 70.

del caso concreto. Come visto, infatti, a seconda della diversità dell'attacco cibernetico realizzato si può giungere a conclusioni parzialmente o totalmente differenti, a seconda delle caratteristiche, anche di natura tecnica, che contraddistingue quella data condotta.

Winter Has Come: Can It Be Used as a «Weapon of War» by Russia?

FRANCESCA CAPONE*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. An overview of the relevant facts. – 3. Dual-use, proportionality and incidental harm. – 4. Does dark and cold equal terror?. – 5. Concluding observations.

ABSTRACT: Since 10 October 2022 Russia has carried out an unprecedented number of attacks against Ukraine's energy infrastructures. The attacks have been strongly criticized by several commentators as they appear to be blatant violations of international humanitarian law (IHL). Some comments have focused on the exploitation of the dire winter conditions by the Russian strategy, thus affirming that President Putin has been «using winter as a weapon of war». Others have stressed the fact that such attacks amount to violations on the prohibition of spreading terror against the population, a conduct that is banned under IHL. After sketching a succinct picture of the current situation in Ukraine, the present article will discuss whether we can correctly assume that Russia's actions can be labelled as violations of IHL, especially in light of the peculiar character of energy infrastructures, *and* as acts of terror. The current events, in fact, provide an opportunity to reflect on a number of important issues, including how the «dual-use» of certain military objects is considered in a proportionality assessment and which are the essential elements of the prohibition of acts or threats of violence aimed at terrorizing the civilian population under a IHL perspective.

KEY WORDS: Ukraine – Russia - energy infrastructure - dual-use objects – proportionality – terrorist acts

1. Introduction

On 29 November 2022 at a summit in Bucharest, NATO Secretary General Jens Stoltenberg affirmed that Russian President Vladimir Putin is using «winter as a weapon of war» against Ukraine[1]. An article published on the

* Associate Professor of International Law, Sant'Anna School of Advanced Studies, francesca.capone@santannapisa.it.

BBC addresses whether Russia's attacks on Ukraine's energy grids amount to violations of international humanitarian law (IHL). The article concludes that Russia's main motivation, at least in some attacks, is to «terrorize the civilian population»[2]. This statement calls for a much-needed reflection on what kind of acts amount to a violation of Article 51 (2) of Additional Protocol I (API) to the Geneva Conventions (which prohibits «acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population») and if bringing Ukraine's energy network to its knees can actually be regarded as an illustrative example of unlawfully inflicting terror upon civilians. After sketching a succinct picture of the current situation in Ukraine, this work will discuss whether we can correctly assume that Russia's actions can be labelled as violations of IHL *and* as acts of terror. A preliminary caveat is needed as, from a legal perspective, we can rule out right away that winter can be used as a «weapon of war». As is well known, when we speak of prohibited «weapons» of war we refer to a growing body of international law on arms control that excludes outright the use or possession of certain means of warfare, such as chemical or biological weapons[3]. Therefore, rather than dealing with weapons, i.e. *the instruments* through which force is used in hostilities, this post is concerned with «methods» of warfare, i.e. tactics that, like inflicting terror on a civilian population, are outlawed under treaty law as well as customary international law.

2. An overview of the relevant facts

Russia has carried out least 13 waves of attacks against energy-related infrastructure between 10 October 2022 and 1 February 2023 using hundreds of long-range missiles and drones equipped with explosives[4]. As a result of the attacks, millions of people were without power, and electricity usage was restricted in over a dozen regions. Reports from Kyiv paint a painfully detailed picture of what is currently happening, explaining that Russia has deployed its strategic bombers and warships to unleash aerial devastation on Ukraine's

---

[1] J. LUKIV, *Ukraine war: NATO pledges to provide more weapons and fix power grid,* in *BBC News*, 29 November 2022.

[2] B. TOBIAS, *Is attacking Ukraine's power grid a war crime?*, in *BBC News*, 1 December 2022.

[3] D. MAURI, *The Use of CBRN Weapons in Armed Conflict*, in A. DE GUTTRY, M. FRULLI, F. CASOLARI and L. POLI (eds), *International Law and Chemical, Biological, Radio-Nuclear (CBRN) Events Towards an All-Hazards Approach*, Leiden, 2022, p. 358 ss.

[4] Human Rights Council, *Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine*, UN Doc. A/HRC/52/62, 15 March 2023, para. 40.

critical infrastructure[5]. The attacks have been taking place every few days, with Ukrainian people reacting how they can, e.g. cooking on camping stoves in candlelit kitchens, without being able to predict when the power will be restored and for how many hours.

A recent statement by Dr Hans Henri P. Kluge, WHO Regional Director for Europe, adds further details on the matter, explaining that cold weather can kill as temperatures are predicted to plummet as low as -20°C in parts of the country. As he puts it, «desperate families try to stay warm, many will be forced to turn to alternative heating methods (…) these bring health risks, including exposure to toxic substances that are harmful for children, older people and those with respiratory and cardiovascular conditions, as well as accidental burns and injuries»[6]. The other, unfortunately neglected, issue that he points out is that «all of this is taking its toll on the mental health of Ukrainians. This week, the war enters its 9th month, and already some 10 million people are at risk of mental disorders such as acute stress, anxiety, depression, substance use and post-traumatic stress disorder, or PTSD». This account, besides being heart wrenching, calls for a closer look at the current legal framework, to better reflect on the implications of Russia' strategy.

3. Dual-use, proportionality and incidental harm

A preliminary consideration concerns whether power infrastructures represent a legitimate military target under IHL or not. The question has been addressed also elsewhere in relation to the war in Ukraine and beyond[7]. The answer is not straightforward as energy grids serve both military and civilian purposes. What are civilian objects? Article 52(1) of API clarifies that «[c]ivilian objects are all objects which are not military objective », whereas Article 52(2) of API describes the latter as «limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage».

---

[5] R. CHALLANDS, *Winter starts, Ukraine goes dark: Fear and resolve in blackouts*, in *Al Jazeera*, 30 November 2022.

[6] WHO, *Statement by Dr Hans Henri P. Kluge, WHO Regional Director for Europe*, 21 November 2022, www.who.int.

[7] M. N. SCHMITT, *Ukraine Symposium – Attacking Power Infrastructure under International Humanitarian Law*, *in Lieber Institute West Point-Articles of war*, 20 October 2022.

Although the distinction between military objectives and civilian objects is binary[8], in the sense that an object(ive) is either civilian or military, as explained by Emanuela-Chiara Gillard there may be circumstances in which an object, in addition to being used for military purposes, continues to carry out a civilian function. She provides exactly the example of an electrical power station, which may supply both a military compound and a hospital[9].

In these circumstances, the object is sometimes colloquially referred to as a «dual-use object». The term shall not be misread, a dual-use object is a military objective as long as it fulfills the two-pronged test in Article 52(2) API (the first prong is that by its nature, location, purpose or use, the object must make an effective contribution to military action; the second prong is that its destruction must give a definite military advantage in the circumstances ruling at the time), and thus damage caused to the object itself does not constitute damage to a civilian object. Accordingly, any reliance by Ukrainian forces on energy infrastructure for military purposes renders it a lawful military objective subject to Russian attack. Nonetheless, Gillard concludes that States' armed forces may be required, as a matter of policy, to take the civilian function of military objectives into account in the targeting decision-making process and that the civilian deaths and injury (potentially including also mental harm) which can reasonably be foreseen to result from its destruction «must be considered in proportionality assessments»[10].

The rule of proportionality prohibits attacks expected to cause incidental harm, encompassing both direct and indirect effects as long as the latter are foreseeable, that would be «excessive» in relation to the anticipated concrete and direct military advantage[11]. Neither Additional Protocol I nor military manuals provide guidance on how to interpret the notion of what is «excessive». Yet, in certain situations it is evident that the expected incidental harm will be *excessive in relation to the military advantage*. The concept of «military advantage» is part of both the principle of proportionality and the definition of a military objective. As such, the military advantage that may justify civilian loss, injury and damages for purposes of the principle of proportionality must be (1) concrete (it has to be a real, tangible or measurable effect)

---

[8] O. POMSON, *Proportionality and Civilian Use of a Military Objective*, in *Opinio Juris*, 24 June 2021.

[9] E.C. GILLARD, *Proportionality in the Conduct of Hostilities, the Incidental Harm Side of the Assessment*, Research Paper, Chatham House, December 2018, p. 35.

[10] *Ibid*.

[11] L. GISEL, *The Principle of Proportionality in the Rules Governing the Conduct of Hostilities under International Humanitarian Law*, ICRC International Expert Meeting 22–23 June 2016, www.icrc.org.

(2) direct (which refers to the short chain of causation) and (3) military (political, economic or other non-military benefits are not relevant, nor, in the case at stake, is any decline in the morale of the Ukrainian civilian population).

The decision as to whether the incidental harm would be *excessive* is probably the most challenging aspect of the application of the rule of proportionality in practice, especially since a set of attacks against different targets, according to the interpretation of several states, may also constitute an attack «as a whole» and not from part thereof[12], if the military advantage anticipated from engaging one target is dependent – in part or in full – on engaging other targets. As noted by Gillard, the assessment cannot result from the application of a mechanical formula, but it remains a value judgment to be made by the commander, in good faith and in a reasonable manner[13], as showed by the very few proceedings, before national and international courts that have addressed the matter so far[14]. Moreover, although the determination of excessiveness from the perspective of a reasonable military commander necessarily leaves commanders with a certain margin of discretion, the International Law Association (ILA) Study Group on the Conduct of Hostilities in the 21st Century agrees that the standard is still an objective one[15]. Based on the information available, it seems quite obvious that Russia is not considering at all whether the attacks on the Ukrainian power grids, assuming that they all qualify as military objectives, are causing excessive civilian casualties and damages in relation to the anticipated concrete and direct military advantage. Also, Russian commanders are not concerned (nor aware?) that attacks that violate the rule of proportionality amount to grave breaches of IHL as stated in Article 85(3) of AP I and are criminalized under Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute[16].

4. Does dark and cold equal terror?

Going beyond the infliction of excessive incidental harm that result from at-

---

[12] *Ibid.*

[13] E.C. GILLARD, *Proportionality in the Conduct of Hostilities*, cit., p. 22.

[14] ICTY, Judgment (Trial Chamber) of 15 April 2011, *Prosecutor v Ante Gotovina et al.*, para. 1910.

[15] ILA Study Group, *The Conduct of Hostilities and International Humanitarian Law Challenges of 21st Century Warfare*, Final report, 2017, p. 34.

[16] UN Doc. A/HRC/52/62, cit.

tacks against «dual-use objects», many have stressed that, in general, Russia's actions are directly geared towards inflicting suffering on Ukrainians, but, in the specific case under scrutiny, can this strategy amount also to a violation of the prohibition to spread terror amongst the civilian population?

Judicial consideration of the methods of warfare, including inflicting terror on a civilian population, has been piecemeal and at times partial, at least until the advent of international courts and tribunals, which have devoted some attention to the law governing the conduct of hostilities. In particular, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) has handled a series of cases that focused on attacks against civilians and civilian objects, and the novel war crime of inflicting terror on a civilian population[17].

In the *Prosecutor v. Galić case*, which dealt with protracted campaign of shelling and sniping upon civilian areas in Sarajevo, the ICTY famously put together the essential elements of a still oblivious international crime[18]. As far as the *actus reus* of the crime is concerned, the Appeals Chamber found that the sniping and shelling in question undoubtedly fall within the scope of «acts of violence» contemplated under the definition of the crime of acts or threats of violence the primary purpose of which is to spread terror among the civilian population. Elaborating on the content of the rule against terror as a method of warfare, the Appeals Chamber concluded that the acts or threats of violence constitutive of the crime of terror are not limited to direct attacks against civilians or threats thereof *but may include indiscriminate or disproportionate attacks (or threats thereof)*. Moreover, the nature of the acts or threats «may vary if they are committed with the specific intent to spread terror among the civilian population»[19]. Notably, the Appeals Chamber also stated that other purposes might have «coexisted simultaneously» with that of spreading terror, which shall be the primary, but not necessarily the only purpose.

The *mens rea* of the crime is composed of the specific intent to spread terror among the civilian population. Obviously, there are significant challenges in defining the *mens rea* of a crime that is so evidently hinging on the state of mind of both the accused and the impacted civilians[20]. Regarding the intent of the perpetrators, the ICTY affirmed that it could be determined

---

[17] S. DARCY, *Judges, Law and War. The Judicial Development of International Humanitarian Law*, Cambridge, 2014.
[18] ICTY, Judgment (Appeals Chamber) of 30 November 2006, *Prosecutor v. Galić,* para. 102.
[19] *Ibid*.
[20] S. DARCY, *Judges, Law and War*, cit., p. 214.

from the «nature, manner, timing and duration of the acts or threats»[21]. In relation to the impacted civilians, the Appeals Chamber in the *Galić* case clarified that the offense specifically concerns cases of «extensive trauma and psychological damage» as resulting from attacks «designed to keep the inhabitants in a constant state of terror»[22]. Providing further (and most welcome) insight, the ICTY in the *Dragomir Milošević* case explained that causing death or serious injury to body or health represents only one of the possible modes of commission of the crime of terror, and thus is not an element of the offence per se[23]. What is required is that the victims suffered grave consequences resulting from the acts or threats of violence; such grave consequences include, but are not limited to, death or serious injury to body or health[24]. Finally, according to the ICTY, the «actual terrorisation of the civilian population is not an element of the crime», although «evidence of actual terrorisation may contribute to establishing other elements of the crime of terror»[25].

Disproportionate attacks on power systems during armed conflict might fall within the scope of «acts of violence» contemplated under the definition of the crime of terror against the civilian population. However, as noted also by Michael Schmitt, for now there is no conclusive open-source evidence that the primary purpose of the Russia' strikes against the electrical grids is to terrorize the civilian population[26]. The information available so far shows that bombing the power installations is a strategy designed to break the will of a nation that has humbled Russian forces over the past nine months. The intensity of Moscow's deliberate and unpredictable, yet inescapable, targeting of essential infrastructures also denotes the intention to instill a state of extreme fear in the civilian population, who, for over a month now, could not be sure of when the strikes will start, when they will end and if the power will be restored. The message that in Ukraine «no […] civilian is safe anywhere, at any time of day or night»[27] has been delivered, loud and clear.

---

[21] ICTY, *Galić,* cit., para. 104.
[22] *Ibid*.
[23] ICTY, Judgment (Appeals Chamber) of 12 November 2009, *Prosecutor v. Milošević*, para. 33.
[24] *Ibid.*
[25] *Ibid*., para. 35.
[26] M. N. SCHMITT, *Ukraine Symposium – Attacking Power Infrastructure under International Humanitarian Law*, cit.
[27] ICTY, *Galić,* cit., para. 106.

5. Concluding observations

There isn't a day that goes by without invoking, through different channels and means, Russia's responsibility for the atrocities committed in Ukraine. We read about claims of genocide, sexual and gender based crimes as well as a wide array of war crimes, committed on the Ukrainian territory since the beginning of the conflict[28]. The goal of this brief post was to clarify whether we can reasonably expect to add one more to the already long list. The answer to the original question is potentially a yes, but the true question should be where, and when, there will be accountability, and hopefully justice for the victims.

[28] UN Doc. A/HRC/52/62, cit.

Cose dell'altro mondo: la Russia considera obiettivi militari alcune costellazioni commerciali di satelliti

DIEGO MAURI*

SOMMARIO: 1. La Russia in guerra con *SpaceX* (e altre società commerciali)? – 2. Un campo di battaglia tutt'altro che 'vuoto': satelliti, costellazioni e mega-costellazioni. – 3. Le regole sul *targeting* di satelliti: opportunità…. – 4. … e limiti. – 5. Abbattere satelliti come rappresaglia? – 6. 'Provocazioni' nello spazio … e sulla Terra.

ABSTRACT: Con una dichiarazione ufficiale dell'ottobre 2022, la Federazione russa ha annunciato di ritenere alcune costellazioni commerciali di satelliti – tra cui quella di proprietà di *SpaceX*, il noto colosso del settore spaziale di Elon Musk – un obiettivo legittimo, in quanto «quasi-civilian infrastructure», nel quadro delle ostilità in corso da più di un anno con l'Ucraina. I satelliti in questione, infatti, forniscono servizi di comunicazioni che si sono rivelati strategici ed essenziali allo sforzo bellico dell'Ucraina. Nel contributo in questione, ci si interrogherà sulla fondatezza giuridica e sulle possibili conseguenze della dichiarazione russa, verificando se uno o più satelliti commerciali sono considerabili obiettivo militare e se, e a quali condizioni, la loro distruzione o neutralizzazione è ammessa a partire dagli effetti pregiudizievoli a individui e, soprattutto, all'ambiente spaziale (già notevolmente «congestionato», specie nelle orbite più basse), il tutto ai sensi delle norme esistenti di *jus in bello*. Si prenderanno altresì in considerazione i limiti all'adozione di contromisure armate (rappresaglie) nel quadro di conflitti armati, ovvero l'ipotesi espressamente evocata – con il termine «retaliation» – dalla dichiarazione russa. Infine, si saggeranno le reazioni, *in primis* statunitensi, alla dichiarazione russa, collocandole nel quadro di una progressiva *escalation* tra redivivi 'blocchi' che, ormai, coinvolge direttamente anche il c.d. 'quarto dominio' delle ostilità, ovvero lo spazio extra-atmosferico.

PAROLE CHIAVE: armi anti-satellite – spazio extra-atmosferico – diritto internazionale umanitario – nozione di obiettivo militare – rappresaglia – conflitto russo-ucraino

---

* Ricercatore in Diritto internazionale, Università degli Studi di Palermo, diego.mauri@unipa.it.

1. La Russia in guerra con *SpaceX* (e altre società commerciali)?

In una dichiarazione letta lo scorso 26 ottobre all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, il Vice-Capo della Delegazione della Federazione Russa – intervenendo in una discussione relativa al disarmo dello spazio extra-atmosferico – ha denunciato un «extremely dangerous trend», comparso nei radar nei mesi recenti del conflitto in Ucraina: l'impiego, da parte degli USA «and its allies», di infrastrutture e oggetti civili posti nello spazio extra-atmosferico per scopi prettamente militari[1]. E il monito rivolto a questi Stati apparentemente 'sbadati' o 'inconsapevoli' circa gli effetti della propria condotta è facilmente anticipabile: «[q]uasi-civilian infrastructure may become a legitimate target for retaliation».

Lo scafato diplomatico russo – che tempo fa si era già ritrovato sotto i riflettori della comunità internazionale, quando, fresco di nomina al Palazzo di Vetro, era stato uno dei destinatari delle misure restrittive adottate dalla Presidenza Trump contro diplomatici 'sgraditi'[2] – allude, senza doverli neppure nominare, ai satelliti di diverse società commerciali che, sin dai primi mesi delle ostilità tra Russia e Ucraina, hanno fornito un appoggio significativo allo sforzo bellico dell'invaso.

Tra queste società figurano, in particolare, la notissima *SpaceX*, la compagnia aerospaziale di proprietà di Elon Musk, nonché *Maxar Technologies*, società che realizza e rivende immagini dallo spazio in tempo reale[3]. Si tratta, all'evidenza, di enti *privati* (e non pubblici), che hanno stretto rapporti contrattuali con le forze armate in campo, segnatamente quelle ucraine, e che, pertanto, sono finite nel 'mirino' della Russia.

La tipologia di servizi offerti da queste società ha, in effetti, un'evidente dimensione militare. Ci si concentri, per semplicità, su *Starlink*, offerto da *SpaceX*: si tratta di un servizio di Internet «ad alta velocità e a bassa latenza (…) reso possibile tramite la più grande costellazione al mondo di satelliti altamente avanzati che operano in un'orbita bassa attorno alla Terra». E si tratta di un servizio, ad oggi disponibile in 40 Stati, accessibile a 'chiunque':

---

[1] Assemblea generale, *Statement by Deputy Head of the Russian Delegation Mr. Konstantin Vorontsov at the Thematic Discussion on Outer Space (Disarmament Aspects) in the First Committee of the 77th Session of the UNGA*, 26 ottobre 2022, disponibile all'indirizzo www.russiaun.ru.

[2] C. LYNCH, *Trump Turns U.N. Visas, Travel Restrictions Into Foreign-Policy Cudgel*, in *Foreign Policy*, 5 novembre 2019, disponibile all'indirizzo www.foreignpolicy.com.

[3] Sul contributo alle ostilità di tale servizio di immagini «in tempo reale», si veda M. PATINO, *MapLab: Monitoring the Invasion of Ukraine from Outer Space*, in *Bloomberg*, 19 ottobre 2022, disponibile all'indirizzo www.bloomberg.com.

è richiesto l'acquisto di un'attrezzatura fissa (poche centinaia di euro *una tantum*), oltre al pagamento di un canone (qualche decina di euro al mese)[4]. Un esborso di non molto superiore alle reti domestiche più comuni, e dunque alla portata delle tasche di molti. Le forze armate ucraine hanno richiesto e ottenuto gratuitamente, a partire dai primi mesi successivi all'invasione russa, circa 20000 dispositivi, a fronte di un costo per il gigante aerospaziale di più di 100 milioni di dollari statunitensi per il solo 2022 (costo che, dopo alcuni mesi di ostilità, la società intende addossare al Pentagono)[5].

Insomma, il contributo di tali sistemi 'commerciali' allo sforzo bellico dell'Ucraina è tale che taluni, a un mese dall'avvio delle ostilità, non hanno esitato a parlare di «superiorità spaziale» sull'aggressore; in effetti, i successi dell'esercito ucraino 'a terra' sembrerebbero davvero da imputarsi, quantomeno in parte, a un efficiente supporto 'dal cielo'[6].

Stando così le cose, la dichiarazione russa menzionata in apertura prefigura una condotta – e cioè, l'abbattimento, in quanto obiettivi militari, di satelliti commerciali – consentita dal diritto internazionale? Per rispondere a tale interrogativo, si darà conto, in prima battuta, del recentissimo (e sinora poco esplorato) fenomeno delle c.d. costellazioni e mega-costellazioni di satelliti e dei rischi connessi al loro parziale o totale abbattimento in orbita. In secondo luogo, si analizzeranno le principali disposizioni in materia contenute nel diritto internazionale umanitario. Infine, si collocherà la dichiarazione russa nel più esteso alveo del dibattito, in corso da anni, relativo alle attività di *testing* e di impiego di armi anti-satellite (ASAT) e al loro impatto sulla sicurezza e sulla sostenibilità dell'ambiente spaziale.

2. Un campo di battaglia tutt'altro che 'vuoto': satelliti, costellazioni e mega-costellazioni

Limitiamo la nostra analisi, per comodità, a *Starlink*. L'infrastruttura si presenta al mondo come una 'costellazione' di satelliti: attualmente sono circa 3000, ma arriveranno nei prossimi 4 anni a 12000 (con un'ulteriore espansione, per ora solo ipotizzata, a 42000 unità). Il passo verso 'mega-costellazioni'

---

[4] Si veda il sito dedicato, all'indirizzo www.starlink.com.

[5] A. MARQUARDT, *Exclusive: Musk's SpaceX says it can no longer pay for critical satellite services in Ukraine, asks Pentagon to pick up the tab*, in *CNN*, 14 ottobre 2022, disponibile all'indirizzo www.cnn.com.

[6] S. PIAZZA, *La guerra nello spazio la sta vincendo l'Ucraina (con i satelliti occidentali)*, in *Panorama*, 23 marzo 2022, disponibile all'indirizzo www.panorama.it.

è breve, come dimostra, peraltro, la fusione, annunciata pochi mesi fa[7], di due colossi europei nel lancio di satelliti per servizi di rete, la britannica *OneWeb* e la francese *Eutelsat*.

Secondo la NASA, le costellazioni di satelliti sono definibili come un gruppo di satelliti, operanti ad altitudini specifiche, che svolgono il medesimo compito (ad es. monitoraggio, navigazione, posizionamento)[8]. Quando tali costellazioni raggiungono un numero significativo di componenti, esse prendono il nome di mega-costellazioni: si tratta, all'evidenza, di una distinzione di tipo descrittivo, e non normativo[9].

Il fenomeno delle mega-costellazioni è recente, e si spiega alla luce del progressivo ridimensionamento dei satelliti lanciati in orbita, specialmente in orbite 'basse' (cioè più vicine all'atmosfera terrestre): si parla, dunque, di «MegaLEOs» («mega constellations of small satellites in low-earth orbit»). In altre parole, da alcuni anni le orbite più vicine all'atmosfera si stanno rapidamente 'congestionando', per effetto del lancio di satelliti sempre più piccoli e sempre più numerosi, capaci di operare in modo coordinato (a mo' di sciame)[10].

Di nuovo, il posizionamento di mega-costellazioni da parte di *SpaceX* – uno dei lanciatori più prolifici – ha sollevato numerose polemiche. A lamentarsi per prima di tali sistemi era stata l'Unione Astronomica Internazionale, che da più di cent'anni si occupa dell'osservazione e dello studio dei corpi celesti. Infatti, fin dal loro arrivo nelle orbite terrestri (nel 2019), i satelliti di *SpaceX* avevano iniziato a rendere difficoltosa l'attività di 'fotografia' dello spazio, a causa della luce solare che riflettevano, con le loro superfici metalliche, negli obiettivi dei telescopi a terra; ugualmente, le onde radio emesse – in quantità, ora lo si capisce, notevolmente maggiori che singoli satelliti – interferivano con i segnali radio usate dagli astronomi[11]. *SpaceX* ha provveduto

---

[7] B. SIMONETTA, *Eutelsat-OneWeb: c'è l'accordo. Operazione da 3,4 miliardi di euro*, in *IlSole24Ore*, 26 luglio 2022, disponibile all'indirizzo www.ilsole24ore.com.

[8] J. HOWARD, D. OZA, D. SMITH, *Best Practices for Operations of Satellite Constellations*, disponibile all'indirizzo www.ntrs.nasa.gov.

[9] In generale, si veda M. BYERS, A. BOLEY, *Who Owns Outer Space? International Law, Astrphysics and the Sustainable Development of Space*, Cambridge, 2023, p. 46 ss.

[10] Per un inquadramento della questione, con particolare riferimento ai rischi di congestione delle orbite, si veda S. GROCH, *Mega-Constellations: Disrupting the Space Legal Order*, in *Emory International Law Review*, 2022, p. 101 ss.

[11] A. ABASHIDZE, I. CHERNYKH, M. MEDNIKOVA, *Satellite constellations: International legal and technical aspects*, in *Acta Astronautica*, 2022, p. 176 ss., in particolare p. 180.

prontamente a rimediare e tranquillizzare gli astronomi terrestri, semplicemente … 'scurendo' i propri satelliti[12].

In aggiunta, questi 'sciami' di satelliti – come si è già detto, talora anche di piccolissime dimensioni – rischiano, in caso di collisioni tra di loro o con altri oggetti spaziali, di causare la produzione di numerosi detriti spaziali (*debris*): non solo la probabilità è elevata, ma la conseguenza è la difficoltà (se non l'impossibilità) di tracciare, dopo l'impatto, tali detriti, proprio in ragione delle loro ridottissime dimensioni. È noto infatti come lo spazio extra-atmosferico sia già da anni considerato un'area «congested, competitive, and contested»[13]: lasciando per ora da parte le ultime due, la 'congestione' delle *Low Earth Orbits* (LEO) rende difficoltoso, per gli attori spaziali, 'raggiungere' lo spazio oscuro, poiché gli oggetti spaziali lanciati debbono attraversare orbite occupate da cinture (o nubi) di *debris*, che possono stazionarvi per anni (addirittura decenni, quanto più distanti sono dall'atmosfera).

Fin qui abbiamo parlato di un rischio *insito* nell'attività di lancio e di stazionamento in orbita di costellazioni e mega-costellazioni, per le quali la responsabilità, sul piano internazionale, incombe, ai sensi del Trattato sui principi che governano le attività degli Stati in materia di esplorazione e utilizzazione dello spazio extra-atmosferico compresa la Luna e gli altri corpi celesti (d'ora in avanti, secondo l'acronimo inglese, OST)[14], sullo Stato di nazionalità dell'oggetto spaziale, anche per attività condotte da «non-governmental entities»[15]. Inoltre, è lo Stato di lancio che assume la responsabilità per i danni cagionati ad altri oggetti o a persone, tanto nello spazio quanto sulla Terra[16].

La dichiarazione russa, però, non esprime affatto preoccupazione per collisioni accidentali o per questioni di responsabilità per attività condotte da

---

[12] È tuttavia dubbio che *SpaceX* sia riuscita così a risolvere il problema: si veda E. ZHANG, *SpaceX's Dark Satellites Are Still Too Bright for Astronomers*, in *Scientific American*, 10 settembre 2020, disponibile all'indirizzo www.scientificamerican.com.

[13] Per una ricostruzione sulla genesi e il contenuto di tale formula, sperimentata negli USA e oggi comunemente impiegata anche a livello diplomatico, si veda R. HARRISON, *Unpacking the Three C's: Congested, Competitive and Contested Space*, in *The International Journal of Space Politcs & Policy*, 2013, p. 123 ss.

[14] *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies* del 1967.

[15] OST, art. VI.

[16] Sia pure secondo modelli di responsabilità internazionale differenti, secondo quanto previsto dalla *Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects* del 1972. In generale, per quanto attiene al tema della responsabilità derivante da attività spaziali, sia consentito rimandare, su tutti, a M. PEDRAZZI, *Outer Space, Liability for Damage*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008.

enti privati (ed attribuibili, secondo le regole appena menzionato, a uno Stato). Essa, semmai, annuncia di voler procedere, se necessario, all'abbattimento (o comunque alla neutralizzazione) *intenzionale* di satelliti: detto altrimenti, alla conduzione di manovre militari nel c.d. «quarto dominio» delle ostilità[17]. La creazione di *debris* spaziali, laddove tale futura operazione avesse luogo, congestionerebbe senz'altro un 'ambiente' (la scelta del termine non è casuale, come si dirà più avanti) già affollato, con il rischio di superare quella soglia critica di detriti che segna l'incremento esponenziale – e difficilmente controllabile – di masse in collisione reciproca (la c.d. *Kessler syndrome*)[18].

3. Le regole sul *targeting* di satelliti: opportunità…

Per trovare una base giuridica che possa giustificare la (paventata) condotta russa occorre, muovendo dal contesto in cui la dichiarazione è stata resa, sondare le regole e i principi del diritto internazionale applicabile ai conflitti armati, ovvero il c.d. *jus in bello*.

Il punto di partenza è rappresentato dal principio condensato all'art. 52, par. 2, del Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra (d'ora in avanti anche solo 'Protocollo')[19]: solo 'obiettivi militari' possono essere eletti a destinatari di un attacco durante le ostilità, e tali sono quegli oggetti «which, by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose total or partial destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage». Tale regola è pacificamente ritenuta di natura consuetudinaria, sia nel contesto di conflitti armati di natura internazionale sia in quello di conflitti armati di natura non internazionale[20]. Essa richiede la ricorrenza cumulativa di due requisiti: il *primo* attiene al carattere militare dell'oggetto (in ragione del contributo effettivo dato alle ostilità); il *secondo* concerne gli

---

[17] S. MCCOSKER, *Domains of Warfare*, in B. SAUL, D. AKANDE (a cura di), *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, Oxford, 2020, p. 77 ss.

[18] Il nome deriva da un effetto teorizzato e studiato in D. KESSLER, B. COUR-PALIS, *Collision Frequency of Artificial Satellites: the Creation of a Debris Belt*, in *Journal of Geophysical Research – Space Physics*, 1978, p. 2637 ss.

[19] *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts* del 1977.

[20] J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge, 2005, p. 29 ss.

effetti della sua neutralizzazione (integrale o parziale) in termini di vantaggio militare.

Nel quadro del conflitto armato internazionale in corso tra Russia e Ucraina, pertanto, un satellite (o una costellazione o mega-costellazione di satelliti) potrebbe dunque essere selezionato e ingaggiato come obiettivo militare, a condizione che soddisfi *almeno uno* dei quattro criteri elencati nella disposizione appena citata.

Proviamo dunque a verificare ciò con riferimento ai satelliti di *SpaceX*. *Starlink* è un sistema realizzato e gestito, come si è detto, da un ente privato e *non* da uno Stato: gli USA sono sì lo Stato di 'nazionalità' dell'ente che gestisce il servizio, avendo essa sede legale in California, ma non sono i proprietari della costellazione; né lo è l'Ucraina, le cui forze armate semplicemente *usufruiscono* di un servizio reso da un ente privato di nazionalità straniera. La costellazione non pare dunque essere obiettivo militare per 'natura' (non qualificandosi come oggetto militare, alla pari, ad es., di un carro armato o di satelliti di proprietà statale), né per 'scopo' (dal momento che esso fornisce, di per sé, servizi 'civili'). Ci pare sia da escludere, poi, che lo sia per 'ubicazione', non essendo le orbite terrestre, in cui i satelliti del servizio *Starlink* sono localizzati, un luogo di confronto militare.

Tuttavia, ci pare possa esserlo in ragione del suo concreto impiego, ovvero in virtù del quarto e ultimo criterio – lo «use» – elencato dall'art. 52, par. 2, del Protocollo: è innegabile che l'impiego, da parte delle forze ucraine, del sistema *Starlink* stia fornendo alle medesime un contributo significativo, se non essenziale, allo sforzo bellico.

Tale circostanza ci porta ad atterrare sul tema – ampiamente dibattuto – degli oggetti c.d. *dual-use*, cioè suscettibili di servire sia interessi civili sia interessi militari. I satelliti, a tal proposito, sono l'oggetto *dual-use* più menzionato negli elenchi esemplificativi di tale categoria: è noto infatti come, in ragione dei costi legati al lancio e al mantenimento in orbita di tali dispositivi, e dunque della necessità di evitarne la duplicazione, essi vengano da decenni impiegati per entrambi gli scopi[21]. Di qui, per inciso, la ragione per la quale il numero dei satelliti gestiti da apparati militari degli Stati è notevolmente inferiore a quelli di proprietà di soggetti privati[22].

Nella prassi, per accertare se sia preponderante il lato 'civile' o quello

---

[21] F. GRIMAL, J. SUNDARAM, *The Incremental Militarization of Outer Space: A Threshold Analysis*, in *Chinese Journal of International Law*, 2018, p. 45 ss.

[22] Si veda la 'classifica', per numero di satelliti posseduti e operanti in orbita, disponibile all'indirizzo www.dewesoft.com. La maggior parte delle imprese che operano nello spazio e che lanciano il numero più elevato di satelliti ha sede proprio negli USA.

'militare' di un determinato oggetto e se, pertanto, tale oggetto possa essere eletto come obiettivo militare, si fa riferimento al contributo concretamente fornito dall'oggetto alle operazioni militari, ciò che andrà verificato a partire dalle concrete circostanze del caso, e cioè *hic et nunc*[23]. Nel caso dei satelliti di *SpaceX* che forniscono il servizio di *Starlink*, alla luce di tutte le circostanze riportate sinora, questo contributo pare esserci, ciò che farebbe propendere a favore della tesi che autorizzerebbe il *targeting* di quei satelliti.

L'impiego *dual-use* delle costellazioni è condizione necessaria, ma da sola insufficiente, perché queste siano considerabili obiettivi militari. Occorre che sia soddisfatto anche il *secondo* requisito imposto dalla norma sopra citata, ovvero il conseguimento di un vantaggio militare definito (ciò che consente di escludere la legittimità di attacchi suscettibili di offrire vantaggi solo ipotetici o generici): nel caso che ci occupa, si può ben sostenere che la neutralizzazione – permanente o temporanea – di satelliti che assicurano le comunicazioni delle truppe 'a terra', nonché la 'visione' costantemente aggiornata di porzioni di territorio occupate dall'avversario, sia certamente suscettibile di assicurare un tale vantaggio.

Ciò, tuttavia, non implica automaticamente che sia sempre consentito procedere all'attacco di tali obiettivi (militari). Vengono infatti in rilievo le regole precauzionali condensate all'art. 57 del Protocollo, ai sensi del quale coloro che pianificano o dispongono un attacco debbono scegliere mezzi e metodi così da evitare o quantomeno minimizzare danni a beni civili (par. 2, lett. a, ii), astenersi dal condurre un attacco suscettibile di causare danni collaterali ad oggetti civili «which would be excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated» (par. 2, lett. a, iii), e quindi cancellare o sospendere un tale attacco se, una volta sferrato, diviene chiaro che si verificherà un danno siffatto (par. 2, lett. b). La «golden rule»[24], nel prendere tali precauzioni, è scolpita al par. 1: ridurre il più possibile danni collaterali a persone e cose, usando il massimo della diligenza possibile.

In altre parole, una volta accertato che l'oggetto in questione è qualificabile come obiettivo militare e che la sua neutralizzazione assicura un vantaggio militare definito, occorre *bilanciare* tale vantaggio con i danni collaterali a

---

[23] C. PILLOUD, J. PICTET, *Article 52*, in Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (a cura di), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginevra, 1987, p. 629 ss.

[24] C. PILLOUD, J. PICTET, *Article 57*, in Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (a cura di), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, cit., p. 677 ss., p. 684.

persone e cose[25]. Tale bilanciamento – operazione già delicata di per sé, e 'delicatissima' nella microfisica dei conflitti armati – può condurre a scenari inesplorati nel 'quarto dominio'. Se, da un lato, è vero che nello spazio extra-atmosferico il pericolo di danni collaterali a persone protette è pressoché inesistente (per ovvie ragioni), lo stesso non può dirsi con riferimento a oggetti civili: si è anzi visto come le costellazioni servano un numero elevatissimo di utenti ubicati in decine di Stati (i dati raccontano di più di un milione di terminali distribuiti a più di 500.000 utenti)[26]. Distruggere uno o più satelliti può avere un impatto significativo – oltre che, per taluni satelliti, sul traffico stradale e sulla navigazione marittima e aerea – sulla rete di telecomunicazioni a terra, arrecando danni anche ingenti a individui.

In sintesi, limitandosi alla sola regola di cui all'art. 52, par. 2, del Protocollo, si vede come vi siano basi ragionevoli, all'interno della disposizione medesima, e segnatamente nelle operazioni di bilanciamento ivi evocata, per dubitare che, nel caso di specie, un attacco ai satelliti di *SpaceX* possa essere ritenuto legittimo.

4. … e limiti

Ma vi è un'ulteriori serie di ragioni che risultano confermare l'esito del bilanciamento prefigurato appena sopra, e che si trovano racchiuse in *altre* norme del diritto internazionale umanitario. Sinora, l'esito (in senso negativo) del bilanciamento compiuto a mente dell'art. 52, par. 2, del Protocollo è stato dimostrato a partire dagli effetti nefasti della neutralizzazione di satelliti di comunicazione sulla Terra.

Non si può non considerare, in aggiunta, la circostanza che segue: lo spazio extra-atmosferico è, per tutte le ragioni sopra illustrate con riferimento ai *debris*, un 'ambiente' (si potrebbe del tutto correttamente parlare di *ecosistema*) a rischio, protetto – prima ancora che dalle norme internazionali sullo

---

[25] C. PILLOUD, J. PICTET, *Article 52*, in Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (a cura di), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, cit., p. 637. Più in generale, in tema di proporzionalità declinata nel quadro di conflitti armati, si rimanda a E. CANNIZZARO, *Proportionality in the Law of Armed Conflict*, in A. CLAPHAM, P. GAETA (a cura di), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, 2014, p. 332 ss.

[26] R. JEWETT, *SpaceX Starlink Internet Service Surpasses 1M Subscribers*, in *Satellite Today*, 19 dicembre 2022, disponibile all'indirizzo www.satellitetoday.com.

spazio e quelle in materia di ambiente[27] – dalle regole e dai principi di diritto internazionale umanitario. Vengono in rilievo l'art. 35, par. 3, e l'art. 55 del Protocollo addizionale, che vietano armi, mezzi e metodi di guerra dal cui utilizzo discenda un danno «widespread, long-term and severe» all'ambiente naturale. Tra gli autori, vi è sostanziale unanimità nel ritenere tale norma applicabile allo spazio extra-atmosferico[28].

Distruggere un satellite, in conseguenza di un impatto cinetico con assetti appositi (le c.d. armi anti-satellite, o ASAT)[29], può dunque ben cagionare un danno collaterale, all'ambiente spaziale e alle attività umane che in esso si svolgono (e si svolgeranno negli anni a venire), eccessivo, e come tale in contrasto con le norme di diritto internazionale umanitario. I rischi per l'ambiente spaziale sono noti ormai da anni. Peraltro, vale la pena di osservare come il divieto contenuto all'art. 35, par. 3, sia di segno assoluto, non ammettendo cioè alcun bilanciamento con interessi contrapposti[30].

Per contro, non si può non ammettere che una 'neutralizzazione' – temporanea o anche permanente – di satelliti attraverso modalità differenti, che non comportino la produzione di tali detriti (ad es., tramite tecnologie laser, sistemi di rimozione attiva o persino attacchi informatici)[31], avrebbe il vantaggio di rispettare, a un tempo, le norme di *targeting* e quelle in materia di protezione dell'ambiente. Tali forme (non-cinetiche o cinetiche) di attacco, a ben vedere, realizzerebbero un miglior bilanciamento degli interessi in gioco,

---

[27] Prospettiva rispetto alla quale si rimanda, su tutti, a D. ZANNONI, *Out of sight, out of mind? The proliferation of space debris and international law*, in *Leiden Journal of International Law*, 2022, p. 295 ss.

[28] M. BOURBONNIÈRE, R. LEE, *Legality of the Deployment of Conventional Weapons in Earth Orbit: Balancing Space Law and the Law of Armed Conflict*, in *European Journal of International Law*, 2008, p. 873 ss., in particolare p. 882; v. più di recente J. SU, *The Legal Challenge of Arms Control in Space*, in C. STEER, M. HERSCH, *War and Peace in Outer Space*, Oxford, 2021, p. 181 ss., nonché J. ŽILINKSAS, T. MAROZAS, *Weapons Reviews for ASATs: Assessing Distinction, Proportionality, and Effects on the Natural Environment of Space*, in *Air & Space Law*, 2022, p. 209 ss., p. 218.

[29] Il contributo – ormai 'classico' – sul punto è il corposo lavoro di D. KOPLOW, *ASAT-isfaction: Customary International Law and the Regulation of Anti-Satellite Weapons*, in *Michigan Journal of International Law*, 2009, p. 1188 ss., in particolare p. 1211 ss. Sia altresì consentito il rimando a D. MAURI, *Conflitti armati e spazio extra-atmosferico: il caso delle armi anti-satellite (ASAT)*, in M. VELLANO, A. MIGLIO (a cura di), *Sicurezza e difesa comune dell'Unione Europea*, Padova, 2022, p. 293 ss.

[30] Si veda infatti J. DE PREUX, Article 35, in Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (a cura di), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, cit., p. 410 ss.

[31] A.-S. MARTIN, S. FREELAND, *Exploring the legal challenges of future on-orbit servicing missions and proximity operations*, in *Journal of Space Law*, 2019, p. 196 ss.; J. PAVUR, I. MARTINOVIC, *The Cyber-ASAT: On the Impact of Cyber Weapons in Outer Space*, in *Proceedings of the 2019 11th International Conference on Cyber Conflict (CyCon)*, Tallinn, 2019, p. 1 ss.

soddisfacendo così anche le regole precauzionali sopra elencate: l'ASAT impiegata in concreto minimizzerebbe il danno collaterale all'ecosistema spaziale.

È plausibile però ritenere che, allo stato dell'arte attuale, in cui le tecnologie sopra indicate non sono ancora idonee per l'impiego operativo, la dichiarazione russa sia da intendersi come riferita all'impiego di ASAT cinetiche tradizionali, volte cioè a distruggere fisicamente – e non a neutralizzare – i satelliti-obiettivo.

5. Abbattere satelliti come rappresaglia?

La dichiarazione russa suggerisce però un'ulteriore base giuridica, richiamata dal termine «retaliation». Si tratta di un'espressione che presuppone la commissione di un illecito internazionale (quale potrebbe essere, stante quanto detto sinora, il *targeting* di satelliti nello spazio tramite ASAT cinetiche), che troverebbe giustificazione dall'atteggiarsi di tale condotta quale reazione a un illecito a propria volta commesso nei confronti della Russia.

Tale questione deve essere risolta sempre alla luce dello *jus in bello*, non trascurando, però, le regole generali in materia di uso della forza nelle relazioni internazionali. Una siffatta ipotesi di contromisura, implicante – com'è evidente – l'impiego di forza armata (e qualificabile, appunto, come «rappresaglia»), è ritenuta in palese contrasto con il divieto della minaccia e dell'uso della forza contenuto all'art. 2, par. 4, della Carta dell'ONU[32]. Nel diritto internazionale umanitario, la rappresaglia – pur tradizionalmente ammessa nella conduzione delle ostilità – è oggi considerata da molti come vietata *tout court*, o comunque vietata nei confronti di persone e oggetti protetti e, per i casi rimanenti, fortemente limitata[33].

Com'è noto, l'obiettivo della contromisura, in ogni sua forma, è quello di ricondurre lo Stato leso all'obbedienza della norma primaria che si assume

---

[32] Si veda pure Assemblea generale, *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, A/RES/2625(XXV) del 24 ottobre 1970, principio n. 1 («States have a duty to refrain from acts of reprisal involving the use of force»).

[33] J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, cit., in particolare p. 513 ss. (regola 145: «[w]here not prohibited by international law, belligerent reprisals are subject to stringent conditions») e p. 523 ss. (regola 147: «[r]eprisals against objects protected under the Geneva Conventions and Hague Convention for the Protection of Cultural Property are prohibited»).

violata, e solo quello[34]: non sono deterse dal loro carattere illecito quelle condotte tese, invece, a 'punire' lo Stato autore dell'illecito. La rappresaglia, poi, è consentita solo nei casi di una «serious violation» delle norme dello *jus in bello* (cioè di una condotta suscettibile di essere qualificata come 'crimine di guerra'), e *non* come reazione a *qualunque* norma, ciò che ne conferma il carattere eccezionale, in ragione della deroga che essa comporta al divieto di uso della forza armata[35].

Nel nostro caso, la Russia, se davvero volesse giustificare l'abbattimento di uno o più satelliti a titolo di 'rappresaglia', dovrebbe riuscire a dimostrare di aver subito, da parte ucraina, una «serious violation» delle norme di diritto internazionale umanitario. È vero che, sin dall'inizio del conflitto, vi sono state voci che riferivano di possibili crimini commessi da membri delle forze armate ucraine[36], sicché la Russia, dopo aver denunciato potenziali crimini in corso, ben potrebbe risolversi nell'attaccare uno o più satelliti per 'ricondurre all'obbedienza' l'Ucraina, anche usando ASAT cinetiche.

Anche se, va precisato, si farebbe fatica a cogliere per quali ragioni l'abbattimento di un satellite di un'impresa *privata* di nazionalità *diversa* da quella ucraina dovrebbe poter 'ricondurre all'obbedienza' l'altra Parte al conflitto: la prima difficoltà con cui la Russia si dovrà confrontare sarà quella di dimostrare di aver reagito … contro lo Stato effettivamente autore del (preteso) illecito. Salvo non voler ammettere che il destinatario di tale contromisura non siano gli USA «and its allies» (come pare evincersi dalla dichiarazione russa): o questi sono impegnati in un conflitto armato internazionale, ciò che va però negato, o questi sono estranei al conflitto, ciò che fa ritornare in rilievo le norme generali in materia di uso della forza e, con esse, il divieto di farvi ricorso[37]. Insomma, in entrambi i casi alla Russia verrebbe meno ogni giustificazione sulla base del diritto vigente.

Mettendo in disparte ogni considerazione circa la fondatezza di tali, eventuali giustificazioni, ciò che qui interessa è mostrare come questa soluzione – cioè, l'attacco di satelliti a titolo di rappresaglia – non sarebbe comunque ammissibile, nemmeno se a essere fatti oggetto dell'azione in con-

---

[34] P. DE SENA, M. STARITA, *Corso di diritto internazionale*, Bologna, 2023, p. 327 ss.

[35] J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, cit., p. 515.

[36] J. CORDELL, *Russia accuses Ukraine of executing more than 10 POWs*, in *Reuters*, 18 novembre 2022, disponibile all'indirizzo www.reuters.com.

[37] Per una discussione relativa all'uso della forza contro satelliti di Stati terzi rispetto alle parti in conflitto, o che comunque forniscono servizi anche a terze parti, si rimanda a H. NASU, *Targeting a Satellite: Contrasting Considerations between the Jus ad Bellum and Jus in Bello*, in *International Law Studies*, 2022, p. 142 ss.

tromisura fossero satelliti ucraini, dal momento che esiste una norma primaria che vieta precisamente questo tipo di giustificazione. Si tratta dell'art. 55, par. 2, del Protocollo che recita: «attacks against the natural environment by way of reprisals are prohibited».

La norma è costruita in termini generalissimi, vietando qualsiasi atto di violenza contro l'ambiente naturale *tout court*, anche qualora gli effetti dannosi su di esso si producessero in modo *indiretto*: se è vero che ad essere attaccato, nello scenario che stiamo affrontando, non è l'ambiente extra-atmosferico in quanto tale, ma una costellazione di satelliti, è però innegabile che, stante il numero di *debris* che si produrranno e quello di detriti già collocati sulle orbite terrestri, l'attacco cinetico finirà per danneggiare senz'altro l'ambiente. Il bene protetto, come si evince altrove, è l'ambiente *in sé* considerato[38].

Benché la corrispondenza al diritto consuetudinario di tale norma, peraltro recentemente affermata dalla Commissione del diritto internazionale[39], sia da taluni posta in dubbio[40], basterà, in questa sede, ricordare che la Federazione russa ha firmato e ratificato il Protocollo, ciò che solo rende applicabile nei suoi confronti le disposizioni che qui interessano.

Riassumendo quanto argomentato sinora, un attacco cinetico a uno o più satelliti, in linea di principio qualificabili come obiettivi militari, e tale da generare (ulteriori) *debris* spaziali in orbite già affollate (trattandosi, come si è detto, di orbite piuttosto 'basse'), *non* è compatibile con le norme di diritto internazionale umanitario, *nemmeno* a titolo di rappresaglia. La Federazione russa, insomma, non troverebbe un appiglio neppure nelle norme più risalenti in materia di contromisura armata nel quadro di conflitti armati.

---

[38] V. J. DE PREUX, Article 35, in Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (a cura di), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, cit., p. 410: «this is a matter not only of protecting the natural environment against the use of weapons or techniques deliberately directed against it, nor merely of protecting the population and the combatants of the countries at war against any of these effects, but also one of protecting the natural environment itself».

[39] Commissione del diritto internazionale, *Draft Principles on protection of the environment in relation to armed conflicts*, A/77/10 del 12 agosto 2022, principio 15 («[a]ttacks against the environment by way of reprisals are prohibited»)

[40] S. PANTAZOPOULOS, *Reflections on the Legality of Attacks Against the Natural Environment by Way of Reprisals*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2020, p. 47 ss. (il quale giustifica la propria contrarietà, però, a partire da un'ipotesi specifica di arma, ovvero quella nucleare).

6. 'Provocazioni' nello spazio … e sulla Terra

È legittimo chiedersi, in chiusura: è provocatoria la dichiarazione russa? Stando alle parole del delegato russo, essa sarebbe senz'altro … provocata: «this provocative use of civilian satellites»[41], e cioè l'asservimento di satelliti commerciali a scopi prettamente militari, è contrario al diritto internazionale (*in primis* all'OST) e non può essere avallato – così continua il diplomatico – dalla comunità internazionale, chiamata invece a stringersi attorno al principio dell'uso pacifico dello spazio, la 'stella polare' delle regole di diritto spaziale. A minaccia militare, però, non si esita a prefigurare una risposta di tipo militare.

La dichiarazione segna così un nuovo passo sulla via di una progressiva *escalation* tra 'blocchi' ormai redivivi, e scenari di impiego attuale della forza armata sono in procinto di materializzarsi anche nel dominio spaziale[42]. Sarebbe la prima volta: finora, infatti, diversi Stati hanno solo *testato* ASAT cinetiche, impiegandole cioè contro propri satelliti in orbita (lo hanno fatto gli USA sino al 2008, la Cina nel 2007, l'India nel 2019, e da ultima la Russia nel novembre 2021).

Proprio il test che la Russia ha condotto nel novembre 2021, peraltro, ha avuto l'effetto di portare numerosi Stati (tra cui, in ordine cronologico, USA, Canada, Nuova Zelanda, Giappone, Germania, Corea del Sud, Regno Unito, Australia, Francia) a dichiarare unilateralmente di rinunciare a condurre qualsiasi sperimentazione di ASAT cinetiche ad ascensione diretta[43].

Non solo, ma nel dicembre 2022 l'Assemblea generale dell'ONU ha votato, con 155 voti a favore, una risoluzione – presentata l'ottobre precedente da un gruppo di Stati capitanati dagli USA – di condanna di «destructive direct-ascent anti-satellite missile testing»[44]. Benché non giuridicamente vincolante, la risoluzione, stante l'elevato numero di Stati che l'ha votata, segna un passo importante verso la messa al bando di tali attività di *testing*. Gli Stati,

---

[41] *Statement by Deputy Head of the Russian Delegation Mr. Konstantin Vorontsov at the Thematic Discussion on Outer Space (Disarmament Aspects) in the First Committee of the 77th Session of the UNGA*, cit.

[42] Per una panoramica in punto di uso della forza nel dominio spaziale, si rimanda, su tutti, a S. MARCHISIO, *Gli usi militari dello spazio: scenari internazionali e tavoli negoziali*, in S. MARCHISIO, U. MONTUORO (a cura di), *Lo spazio* cyber *e cosmico. Risorse* dual use *per il sistema Italia in Europa*, Torino, 2019, p. 145 ss. Si veda pure P. BRECCIA, *New Technologies and the "Weaponization" in Outer Space*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 25 ss.

[43] Sia consentito qui un rinvio a D. MAURI, *Attività di impiego e di* testing *di armi anti-satellite e diritto internazionale*, in *Rivista di diritto della navigazione*, 2022, p. 635 ss.

[44] Assemblea generale, A/C.1/77/L.62 del 13 ottobre 2022.

infatti, sono invitati a formulare una dichiarazione unilaterale di rinuncia (sulla scorta di quella degli USA), considerato una «urgent, initial measure»[45] in attesa di ulteriori azioni a tutela dell'ambiente spaziale e per fermare una vera e propria 'corsa agli armamenti' nello spazio.

Di notevole interesse sono i voti contrari e le astensioni: tra i primi, vanno annoverati quelli della Russia e la Cina (tra le principali potenze c.d. *spacefaring* oltre agli USA), mentre tra le seconde l'India (anch'essa autrice di un test di ASAT). Insomma, ad esclusione degli USA, gli Stati che sinora hanno tenuto la condotta *de qua* – e cioè, che hanno concretamente testato ASAT cinetiche ad ascensione diretta – *non* intendono in alcun modo rinunciare unilateralmente a tale attività di *testing*.

Né può tacersi la reazione degli USA alla dichiarazione russa con la quale si è aperto questo contributo: secondo le inequivocabili parole della portavoce della Casa Bianca a una domanda avente ad oggetto proprio la dichiarazione russa, «any attack on U.S. infrastructure will be met with a response … in a time and manner of our choosing»[46]. Potrà non essere il caso di ASAT cinetiche ad ascensione diretta; anzi, si diffonde sempre di più la convinzione secondo la quale saranno forme di attacco non-cinetiche le prime a essere messe in campo contro satelliti avversari, ad es. con appositi malware che rendano ben complessa, innanzitutto, l'individuazione della fonte dell'attacco e dunque l'attribuzione di eventuali illeciti internazionali (secondo un refrain ben noto a chi orbiti attorno a temi di cyber-spazio, e cioè del 'quinto' dominio delle ostilità)[47]. Neutralizzazione e non distruzione, dunque, in linea con le esigenze di *jus in bello* sopra illustrate e, più in generale, con quanto richiesto dalle norme internazionali applicabili allo spazio extra-atmosferico.

Quel che non sfugge è che gli USA (e così altri Stati) potranno voler qualificare come usi della forza, violazioni del principio di non ingerenza o anche solo come violazioni di sovranità gli attacchi ai satelliti di *SpaceX*, e adottare le (contro)misure del caso[48]: per quanto, come si è detto più volte, molto

---

[45] *Ivi*, punto 2.

[46] *Press Gaggle by Press Secretary Karine Jean-Pierre En Route Syracuse, NY*, 27 ottobre 2022, disponibile all'indirizzo www.whitehouse.gov.

[47] J. PAVUR, I. MARTINOVIC, *The Cyber-ASAT: On the Impact of Cyber Weapons in Outer Space*, cit.

[48] Non vi è spazio, nel presente contributo, per approfondire le differenze tra le fattispecie elencate, che seguono meramente un ordine «decrescente» quanto a effetti prodotti: si rimanda a T. RUYS, *The Meaning of "Force" and the Boundaries of the Jus ad Bellum: Are "Minimal" Uses of Force Excluded from UN Charter Article 2(4)?*, in *American Journal of Interna-*

spesso di proprietà di enti privati, le costellazioni sono infatti divenute una componente imprescindibile della sicurezza nazionale[49].

Il passo per qualificarsi come 'attacco armato' e dunque consentire l'uso della forza in legittima difesa è lungo, ma la direzione – come gli ultimi mesi tristemente confermano – verso una imminente *escalation* pare segnata, per gli appartenenti a entrambi i blocchi. Magari in un nuovo ambiente, ovvero quello dello spazio extra-atmosferico (con tutti gli effetti deleteri, per la navigazione extra-atmosferica di *tutti* i componenti della comunità internazionale[50], che ne conseguirebbero), ma secondo una logica molto rodata nei decenni passati e, in definitiva, molto… terrestre.

---

tional Law, 2017, p. 159 ss.; M. JAAMNEJAD, M. WOOD, *The Principle of Non-Intervention*, in *Leiden Journal of International Law*, 2009, p. 345 ss.

[49] *USSPACECOM Deputy Commander Discusses Deep Space Exploration*, 25 ottobre 2022, disponibile all'indirizzo www.sjtf-spacedefnse.mil. Il Vice-Comandante dello *U.S. Space Command* ha infatti dichiarato che la posizione russa «automatically means there's a security issue facing commercial companies that we need to think through in the future as we enter a potential crisis or conflict».

[50] Al punto che, infatti, parte della dottrina ritiene lo spazio extra-atmosferico come un 'bene comune' dell'umanità («global commons»), la cui esplorazione e impiego deve svolgersi in linea con il suo carattere di «province of all mankind» (cfr. art. I dell'OST). Si veda O. BITTENCOURT NETO, *Outer Space as a global commons and the role of space law*, in K. SCHROGL, C. GIANNOPAPA, N. ANTONI (a cura di), *A Research Agenda for Space Policy*, Cheltenham-Northampton, 2021, p. 1 ss.

Riflessioni sul rilievo degli strumenti di diritto internazionale privato nella protezione dei bambini in fuga dall'Ucraina (o ancora ivi residenti)

LAURA CARPANETO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le iniziative volte a contrastare i rischi di tratta e adozioni illegali. – 3. Esercizio della giurisdizione a tutela dei minori sfollati. – 4. Affidamento mediante «accordi» e individuazione della legge applicabile. – 5. La giurisprudenza italiana sui bambini in fuga dall'Ucraina. – 6. Strumenti di cooperazione per la protezione dei bambini collocati in istituto in Ucraina. – 7. Il caso dei bambini nati in Ucraina in virtù di un accordo internazionale di maternità surrogata. – 8. Una proposta di virtuosa applicazione degli strumenti a disposizione.

ABSTRACT: La guerra in Ucraina ha generato una crisi, che colpisce soprattutto i bambini. Accanto ai tradizionali strumenti riconducibili al diritto internazionale umanitario, anche gli strumenti di diritto internazionale privato possono svolgere una funzione di protezione. La situazione dei bambini ucraini (con particolare riferimento ai bambini in fuga dalla guerra, ai bambini collocati in istituto in Ucraina e, ancora, ai bambini nati da accordi di surrogazione di maternità) è qui considerata alla luce degli strumenti di diritto internazionale privato vigenti.

PAROLE CHIAVE: misure di protezione dei minori – adozione – affidamento – *cross-border placement* – Convenzione dell'Aja del 1996 – Regolamento (UE) n. 2019/1111

1. Introduzione

I bambini per la loro condizione di vulnerabilità sono particolarmente esposti alle conseguenze più avverse dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina. Accanto ai tradizionali strumenti riconducibili al diritto internazionale umanitario[1], anche gli strumenti di diritto internazionale privato stanno svol-

* Laura Carpaneto, Professoressa associata di diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Genova, laura.carpaneto@unige.it.

[1] Per una rassegna delle misure di protezione umanitaria adottate dall'Unione europea, si veda www.europarl.europa.eu.

gendo un'importante funzione di protezione in favore di tutti quei minori abitualmente residenti in Ucraina che, a causa del conflitto in corso, sono costretti a trasferirsi in altri Paesi, principalmente in quelli dell'Unione europea[2].

Ancor prima di considerare l'applicazione degli strumenti di diritto internazionale privato rispetto all'allontanamento dall'Ucraina dei bambini che avevano la loro residenza abituale in tale Paese, è opportuno evidenziare una peculiarità che caratterizza tale esodo: i minori sovente si allontanano con adulti che non sono i loro genitori, ma altri membri della famiglia, conoscenti o educatori degli istituti nei quali si trovavano. In ossequio a norme dell'ordinamento ucraino, spesso i minori risultano affidati agli adulti menzionati anche attraverso modalità che non implicano il coinvolgimento e il controllo delle autorità pubbliche[3]. Ed anzi, comprensibilmente, tali misure di affidamento, nel contesto di emergenza che si è venuto a creare a seguito del conflitto, sono diventate uno strumento immediato di protezione dei minori costretti ad allontanarsi.

Allorché tali misure devono essere fatte valere in altri Stati e, pertanto, acquistano una dimensione internazionale, lo strumento di diritto internazionale privato che viene immediatamente in rilievo è la Convenzione dell'Aja del 1996 sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori[4].

---

[2] Si veda la *Information Note* redatta dal Permanent Bureau della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato intitolata *Children deprived of their family environment due to the armed conflict in Ukraine: Cross-border protection and Intercountry adoption* del 16 marzo 2022, reperibile a questo indirizzo www.assets.hcch.net. Sul ruolo degli strumenti di diritto internazionale privato rispetto al fenomeno dei "bambini in movimento", si veda S. CORNELOUP, B. HEIDERHOFF, C. HONORATI, F. JAULT-SESEKE, T. KRUGER, C. RUPP, H. VAN LOON, J. VERHELLEN, *Children on the Move: A Private International Law Perspective*, Study PE 583.158 del 2017, reperibile al seguente indirizzo: www.europarl.europa.eu. Più in generale, sul ruolo del diritto internazionale privato rispetto alla crescente mobilità internazionale degli individui, si veda lo studio realizzato dai medesimi autori sopra indicati e intitolato *Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential*, Study PE 583.157 del 2017, reperibile al seguente indirizzo www.europarl.europa.eu.

[3] Sul punto, si veda in particolare G.G. VALTOLINA, N. PAVESI, *Ukrainian families and minors fleeing from war*, in *The Twenty-eighth Italian Report on Migrations 2022*, reperibile al seguente indirizzo www.ismu.org, spec. p. 105-106.

[4] Il testo della Convenzione in lingua inglese è reperibile sul sito ufficiale della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato a questo indirizzo www.hcch.net, dove sono altresì reperibili le informazioni principali relative allo stato delle ratifiche e alle autorità centrali designate nei Paesi contraenti. Il rapporto esplicativo redatto dal Prof. Lagarde è reperibile a questo indirizzo www.hcch.net, mentre la bibliografia rilevante in materia è reperibile a questo indirizzo www.hcch.net. L'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza ha realizzato un prontuario per gli operatori recante la traduzione in lingua italiana della Convenzione dell'Aja

In via subordinata, con particolare riferimento ai meccanismi di cooperazione tra autorità centrali e comunque limitatamente ai rapporti tra Stati membri, può altresì rilevare il Regolamento (UE) n. 2019/1111 (cd. Regolamento Bruxelles II-*ter*) relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori[5], che dal 1° agosto 2022 ha sostituito il Regolamento 2201/2003 (cd. Regolamento Bruxelles II-*bis*).

---

del 1996 e del rapporto esplicativo, reperibili a questo indirizzo www.garanteinfanzia.org. Per recenti riferimenti alla dottrina italiana, si veda M.C. BARUFFI, *La Convenzione dell'Aja del 1996 sulla tutela dei minori nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, pp. 977-1019; M.C. BARUFFI., *Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia a misura di minori: la sfida (in)computa dell'Unione europea nei casi di sottrazione internazionale*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2017, p. 2 ss. e sia consentito il rinvio a L. CARPANETO, *La Convenzione dell'Aja del 1996 sulla protezione dei bambini*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE, V. TAGLIAFERRI (a cura di), *Il nuovo diritto di famiglia. Profili sostanziali, processuali e notarili, Volume IV. Tematiche di interesse notarile. Profili internazionalprivatistici*, Milano, 2015, pp. 963-1011.

[5] Il testo del Regolamento (UE) n. 2019/1111 è reperibile in GU L 178, 2.7.2019, p. 1–115. In dottrina, si vedano C.E. TUO, *Superiore interesse del minore e regolamenti UE di diritto internazionale privato della famiglia*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020, pp. 676-686; C. HONORATI, *La tutela dei minori migranti e il diritto internazionale privato: quali rapporti tra Dublino III e Bruxelles II-bis?*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, p. 691 ss.; M.A. LUPOI, *Il regolamento (Ue) n. 1111 del 2019: novità in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale. Commento a reg. Consiglio dell'Unione Europea 25 giugno 2019 n. 1111 (relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2020, p. 575 ss.; G. BIAGIONI, *Il nuovo regolamento (UE) 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, p. 1169 ss.; A. ZANOBETTI, *Un nuovo atto di diritto internazionale privato in materia matrimoniale, di responsabilità genitoriale e di sottrazione minori: il regolamento UE 2019/1111 Commento a reg. Consiglio dell'Unione Europea 25 giugno 2019 n. 1111 (relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori)*, in *giustiziacivile.com*, 2019, p. 10 ss. Con particolare riferimento alla protezione dei minori, sia consentito il rinvio a L. CARPANETO, *La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore «in astratto» e «in concreto» nella riforma del regolamento Bruxelles II-bis*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 944 ss. Nella dottrina in lingua inglese, si veda C. GONZALEZ BEILFUSS, *What's new in Regulation (EU) no 2019/1111*, in *Yearbook of Private International Law – 2020/2021*, 2021, p. 95 ss.; M. NI SHULLEABHAIN, *An overview of the principal reforms in Regulation (EU) 2019/1111*, in *Yearbook of Private International Law – 2020/2021*, 2021, p. 117 ss.; G. BIAGIONI, L. CARPANETO, *Children under Brussels II ter Regulation*, in *Yearbook of Private International Law – 2020/2021*, 2021, p. 139 ss.; V. LAZIC, I. PRETELLI, *Revised Recognition and Enforcement Procedures in Regulation Brussels II ter*, in *Yearbook of Private International Law – 2020/2021*, 2021, p. 155 ss.; M. ZUPAN, C. HOEHN, U. KLUTH, *Central Authority cooperation under the Brussels II ter Regulation*, in *Yearbook of Private International Law – 2020/2021*, 2021, p. 183 ss.. In lingua spagnola, si veda M. GONZALEZ MARIMON, *Menor y responsabilidad parental en la Union europea*, Valencia, 2021.

La Convenzione dell'Aia del 1996 è uno strumento completo che, alle tradizionali norme di diritto internazionale privato (finalizzate ad individuare il giudice competente, la legge applicabile e a disciplinare il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni), affianca norme sulla cooperazione giudiziaria e amministrativa.

La caratteristica forse più importante della Convenzione dell'Aja del 1996 (attualmente in vigore in 54 Stati contraenti) è il suo *global appeal*: si tratta, infatti, di una convenzione che riesce a porsi come strumento chiave per la protezione di minori in situazioni caratterizzate da elementi di internazionalità, proprio perché, prendendo atto dell'esistenza di istituti molto diversi presenti negli ordinamenti statali, ne coordina l'applicazione attraverso le norme di diritto internazionale privato con l'obiettivo di garantire continuità di protezione del minore attraverso le frontiere.

E se l'espressa inclusione dell'istituto della *kafalah* tra le misure di protezione alle quali si applica lo strumento in esame[6] costituisce la conferma più significativa (e anche nota) del predetto *global appeal*, in tale prospettiva rileva altresì la norma di conflitto che espressamente contempla ipotesi di attribuzione ed estinzione della responsabilità genitoriale senza l'intervento di autorità pubbliche (art. 16), che non sempre sono previste negli ordinamenti statali o, ancora, la norma che consente il riconoscimento automatico delle misure di protezione negli ordinamenti degli Stati contraenti (art. 23).

L'importanza della Convenzione dell'Aja del 1996 è stata ben compresa dall'Unione europea, che, coerentemente con il pragmatismo che caratterizza la sua azione, ha sollecitato la ratifica da parte dei suoi Stati membri, che in tal senso hanno provveduto[7].

Del resto, l'impianto normativo della Convenzione non è estraneo agli

---

[6] Si veda l' art. 3, lett. e) della Convenzione dell'Aja del 1996.

[7] Non potendo essere parte contraente dello strumento, l'Unione europea ne ha sollecitato la ratifica individuale di ciascuno Stato membro. Sull'argomento, si veda M.C. BARUFFI, *Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia a misura di minori*, cit., p. 6. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, la ratifica è avvenuta con l. 18 giugno 2015, n. 101 recante ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta all'Aja il 19 ottobre 1996, pubblicata in *GU* n. 157 del 9 luglio 2015, il testo della quale è stato pubblicato altresì nel prontuario realizzato dall'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza menzionato alla nota n. 2 e reperibile al seguente indirizzo a questo indirizzo www.garanteinfanzia.org. Sempre con riferimento all'ordinamento italiano, va peraltro evidenziato che la Convenzione dell'Aja del 1996 costituisce il testo di riferimento in materia di protezione dei minori anche al di là del suo ambito applicativo, grazie al rinvio in ogni caso che l'art. 42 della l. 31 maggio 1995, n. 218 effettua alla Convenzione dell'Aja del 1961 che proprio dalla Convenzione dell'Aja del 1996 è stata sostituita. Per un'applicazione nella prassi in tal senso, da ultimo, si veda Cass. SU, sentenza 26 giugno 2023, n. 18199.

ordinamenti degli Stati membri: ad esso si ispira il Regolamento (UE) n. 2019/1111 (così come i suoi predecessori) e con esso quest'ultimo strumento si coordina espressamente.

Al riguardo, l'art. 97 del Regolamento (UE) n. 2019/1111 individua due situazioni nelle quali la disciplina europea trova applicazione in luogo della Convenzione dell'Aja, ossia (i) «se il minore in questione ha la residenza abituale nel territorio di uno Stato membro» e (ii) «per quanto riguarda il riconoscimento e l'esecuzione di una decisione emessa da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro, anche se il minore risiede abitualmente nel territorio di uno Stato che non è parte contraente della convenzione e in cui non si applica il regolamento».

Queste due regole generali sono poi affiancate da alcune regole specifiche, che chiariscono come, in alcune fattispecie collegate allo spazio giudiziario europeo, ma anche con ordinamenti di Stati che non sono membri dell'Unione, ma sono parti contraenti della Convenzione dell'Aja del 1996, debbano trovare applicazione alcune norme di tale Convenzione relativamente all'esercizio e al coordinamento della giurisdizione[8].

'Nuove', invece, sono per gli Stati membri dell'Unione le norme di conflitto che la Convenzione prevede[9] e che, grazie all'avvenuta ratifica di questo strumento da parte di tutti gli Stati membri (con la sola eccezione della Danimarca), completano il quadro normativo di riferimento predisposto dal Regolamento cd. Bruxelles II *ter*.

L'Ucraina ha provveduto a ratificare la Convenzione dell'Aja del 1996 e

---

[8] Si tratta di tre situazioni nelle quali alcune norme della Convenzione del 1996 trovano applicazione in luogo del Regolamento, in deroga alle regole generali menzionate nel testo. Più precisamente, si fa riferimento (i) alla situazione nella quale le parti abbiano convenuto la competenza di un'autorità di uno Stato parte della Convenzione dell'Aja del 1996 nel quale tuttavia non si applichi il Regolamento, ipotesi rispetto alla quale si applicherà l'art. 10 della Convenzione, (ii) alla situazione nella quale si effettua un trasferimento di competenza tra le autorità giurisdizionali di uno Stato membro e di uno Stato parte della Convenzione dell'Aja del 1996, nella quale trovano applicazione gli articoli 8 e 9 della Convezione ed, infine (iii) alla situazione di litispendenza innanzi all'autorità giurisdizionale di uno Stato parte della Convenzione dell'Aja del 1996 nel quale non si applica il Regolamento e all'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, situazione nella quale trova applicazione l'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 1996. Per un commento sul nuovo art. 97, si veda C. CARAVACA, C. SALVAT, *Article 97*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds), *European Commentaries on Private International Law*, *Volume IV, Brussels IIter Regulation*, Koln, 2023, pp. 635-643; sia altresì consentito il rinvio a L. CARPANETO, *Article 97*, in C. GONZALEZ BEILFUSS, L. CARPANETO, T. KRUGER, I. PRETELLI, M. ZUPAN, *Jurisdiction, recognition and enforcement in matrimonial and parental responsibility matters. A commentary on Regulation 2019/1111 (Brussels IIb)*, Cheltenham, 2023, pp. 671-683.

[9] Si fa riferimento alle norme previste nel capitolo III della Convenzione, dedicato al tema della legge applicabile, e, in particolare, negli artt. 15-22.

tale circostanza consente di mettere immediatamente in campo gli strumenti di protezione da essa previsti in favore dei minori che, a causa del conflitto, sono costretti ad abbandonare tale Stato.

Peraltro, consapevole dell'impegno assunto con la ratifica della Convenzione del 1996, il governo ucraino, il 9 marzo 2022, si è premurato di comunicare ufficialmente agli Stati contraenti l'impossibilità di garantire il pieno adempimento degli obblighi da essa derivanti proprio a causa dell'aggressione armata subita dalla Russia[10].

Nei successivi paragrafi, sono state individuate alcune delle problematiche che affliggono i bambini che fuggono dall'Ucraina e sono qui considerate alla luce degli strumenti di diritto internazionale privato rilevanti.

2. Le iniziative volte a contrastare i rischi di tratta e adozioni illegali

Tratta e adozione illegale sono senz'altro i rischi più gravi ai quali si trovano esposti i bambini in movimento dall'Ucraina in altri Paesi.

Prima ancora che scoppiasse il conflitto, nell'ambito dell'attività di monitoraggio dell'attuazione della Convenzione sull'azione contro il traffico di persone adottata sotto l'egida del Consiglio d'Europa[11], il Gruppo di esperti per un'azione contro il traffico di esseri umani denominato con l'acronimo GRETA[12] nel 2014 ha predisposto un rapporto, dal quale emergeva purtroppo che i bambini di nazionalità ucraina erano tra le vittime di tratta più

[10] Più precisamente, nell'ambito dello spazio dedicato alle dichiarazioni ed alle riserve relative alla Convenzione dell'Aja del 1996 (www.hcch.net), si rinviene il seguente comunicato del 9 marzo 2022: "*In view of the ongoing aggression of the Russian Federation against Ukraine, Ukraine hereby informs the Depositary […] of the inability to guarantee the fulfilment by the Ukrainian side of obligations [under the above Convention] to the full extent for the period of the armed aggression of the Russian Federation and the martial law in place in the territory of Ukraine until complete termination of the encroachment upon the sovereignty, territorial integrity and inviolability of Ukraine*".

[11] Si fa riferimento alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani firmata a Varsavia il 16 maggio 2005, il testo della quale, in versione italiana, è reperibile sul sito ufficiale del Consiglio d'Europa al seguente indirizzo www.rm.coe.int. La Convenzione, entrata in vigore sul piano internazionale il 12 febbraio 2008, ad oggi è stata ratificata da dieci Stati, tra i quali non rientra l'Ucraina. La lista dei Paesi che hanno ratificato la Convenzione è reperibile al seguente indirizzo www.coe.int.

[12] Il *Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings* (GRETA) è responsabile per l'effettiva implementazione ed il monitoraggio della relativa Convenzione (v. nota che precede).

comuni da parte di reti criminali operanti tra l'Ucraina e i paesi dell'Europa e dell'Asia centrale[13].

A causa dello sfollamento di massa in corso, la situazione rischia di degenerare: dall'inizio della guerra, la ONG ucraina Magnolia[14] ha segnalato già più di 2.200 casi di bambini dispersi in Ucraina. *Missing Children Europe* ha attivato un servizio telefonico per la ricerca di questi bambini[15].

Per altro verso, ogni anno si perfezionano numerosi procedimenti di adozione internazionale di bambini di nazionalità ucraina: il Servizio Sociale Internazionale[16] annovera l'Ucraina tra i principali Paesi di origine dei bambini nell'adozione internazionale[17]. E tali adozioni avvengono al di fuori del quadro normativo della Convenzione dell'Aia del 1993 sulla protezione dei bambini e la cooperazione in materia di adozione internazionale, della quale l'Ucraina non è parte contraente[18].

L'impossibilità di beneficiare delle garanzie previste in tale Convenzione, unitamente al crescente rischio di adozioni illegali di bambini separati dai loro genitori e talora privi dell'assistenza di un adulto a causa della guerra in corso, rendono necessario intervenire e rafforzare la cooperazione internazionale in tal senso.

In questa prospettiva, meritano di essere menzionate due iniziative a livello internazionale, due del governo ucraino e una del governo italiano.

Sul fronte internazionale, il *Permanent Bureau* della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato il 16 marzo 2022 ha pubblicato una nota informativa[19] nella quale ha precisato che la Convenzione dell'Aia del 1993

---

[13] Si veda il *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Ukraine*, GRETA (2014) 20, reperibile a questo indirizzo www.rm.coe.int.

[14] Il sito ufficiale dell'organizzazione Magnolia è reperibile a questo link www.magnolia.org.

[15] Informazioni su questa iniziativa sono reperibili sul sito ufficiale di *Missing Children Europe* al seguente indirizzo www.missingchildreneurope.eu.

[16] Il Servizio Sociale Internazionale è un'organizzazione non governativa costituita nel 1924 con lo scopo di migliorare la situazione dei bambini in condizioni di vulnerabilità. Questo è il link al sito ufficiale dell'organizzazione www.iss-ssi.org .

[17] Il Servizio Sociale Internazionale annovera l'Ucraina tra i principali Paesi di origine dei bambini nell'adozione internazionale (come risulta, ad esempio, dal report pubblicato nel 2020, reperibile al seguente indirizzo: www.iss-ssi.org). Con riferimento ai bambini ucraini, il Servizio Sociale Internazionale ha pubblicato una *fact-sheet* dedicata ai problemi che li riguardano e agli strumenti di protezione da adottare. La fact-sheet è reperibile al seguente indirizzo www.iss-ssi.org

[18] La Convenzione del 29 maggio 1993 sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale è entrata in vigore sul piano internazionale il giorno 1° maggio 1995 e attualmente in vigore in 105 Stati contraenti, tra i quali non rientra l'Ucraina. La lista degli Stati contraenti è reperibile a questo indirizzo www.hcch.net.

[19] Il testo della nota informativa è reperibile al seguente indirizzo www.assets.hcch.net.

non dovrebbe applicarsi in situazioni come quella in corso, poiché è difficile stabilire se il minore in questione si trovi effettivamente in una situazione di abbandono, che è il presupposto per attivare la procedura di adozione. Del resto, già in passato la Conferenza dell'Aja aveva evidenziato la necessità di prestare particolare attenzione a bambini sfollati o rifugiati e alla loro condizione di vulnerabilità proprio con riferimento ai procedimenti di adozione[20].

Tale comunicato ha evidentemente una funzione meramente informativa e tutt'al più dissuasiva, ma ha il pregio di provenire dall'organizzazione competente per materia, che vanta un numero di Stati membri[21] significativo e, quindi, di avere risonanza a livello globale.

Sempre sul fronte internazionale, va segnalata un'iniziativa *bottom-up*: è stata avviata una moratoria internazionale contro le adozioni[22], proprio con la finalità di evitare che il conflitto sia utilizzato come pretesto per accelerare le adozioni internazionali già in atto e, ancora, per aggirare o disattendere i principi e le norme che disciplinano l'adozione internazionale.

La moratoria ha raggiunto oggi un significativo numero di adesioni; oltre all'ente promotore (*The Alliance for Child Protection in Humanitarian Crisis*) altri quaranta attori hanno aderito.

Sul fronte dell'ordinamento ucraino, invece, si segnala innanzitutto il comunicato del governo finalizzato a chiarire la sua posizione rispetto alle adozioni[23].

Più precisamente, nel comunicato, da un lato, si chiede di non diffondere la falsa notizia relativa alla necessità di procedere all'adozione di minori ucraini e, dall'altro, si precisa che la legislazione ucraina prevede che il procedimento di adozione avvenga sotto il controllo e con il consenso del servizio sociale nazionale, che per evidenti ragioni in questo momento non è atti-

---

[20] Il riferimento è alla raccomandazione del 21 ottobre 1994 sui minori rifugiati, reperibile al seguente indirizzo www.assets.hcch.net.

[21] Allo stato attuale, la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato può annoverare tra i suoi membri 90 Stati e l'Unione europea. Informazioni sugli Stati membri dell'organizzazione, sull'acquisizione della membership nonché sull'evoluzione della membership dell'organizzazione a partire dalla sua costituzione, sono reperibili a questo indirizzo www.hcch.net.

[22] Si tratta di un'iniziativa promossa dall'organizzazione *The Alliance for child protection in humanitarian crisis*. Il testo della moratoria è reperibile al seguente indirizzo www.alliancecpha.org.

[23] All'indirizzo qui di seguito riportato è reperibile una traduzione (non ufficiale) del comunicato in lingua inglese www.travel.state.gov.

vo e non può portare a termine le necessarie attività di controllo dei documenti che il procedimento di adozione richiede[24].

Va, inoltre, segnalato un provvedimento del governo ucraino risalente al 1° giugno 2023, che prevede regole specifiche da applicarsi all'adozione e al collocamento di bambini ucraini orfani o privi di protezione da parte di famiglie di cittadini ucraini secondo la legge marziale. Con tale strumento normativo, il governo ucraino intende garantire protezione ai minori ucraini sfollati e privi di un nucleo familiare di riferimento, anche rispetto ai rischi di tratta e adozione illegale nonché a facilitare il ritorno di tali minori nella comunità ucraina.

In Italia, infine, la Commissione Adozioni Internazionali, nella seduta del 29 luglio 2022 in ragione del perdurare della situazione di emergenza derivante dal conflitto, ha deliberato la sospensione rispetto all'assunzione di nuovi incarichi per l'adozione di bambini in Ucraina e nella Federazione russa[25].

Malgrado tali importanti iniziative, è stato documentato che, in violazione delle regole di diritto internazionale umanitario nonché nell'assoluta noncuranza delle iniziative sopra descritte, numerosi bambini sono stati forzatamente trasferiti dall'Ucraina alla Russia e che molti di loro sono stati adottati da famiglie russe[26].

Proprio a fronte di questi crimini internazionali, la Corte Penale Internazionale ha emesso due mandati di arresto, rispettivamente nei confronti del Presidente Putin e di Maria Alekseyevna Llova-Belova nella sua qualità di Commissaria per i diritti dei bambini nell'ufficio del Presidente Putin[27].

---

[24] Di tale provvedimento viene dato atto dal Servizio Sociale Internazionale nella newsletter n. 267 Luglio-Agosto 2023 che può essere richiesta a tale ente. Sempre su richiesta, il Servizio Sociale Internazionale rilascia una traduzione non ufficiale di tali regole. Con tale strumento normativo, il governo ucraino intende garantire protezione ai minori sfollati e privi di un nucleo familiare di riferimento, anche rispetto ai rischi di tratta e adozione illegale.

[25] All'indirizzo qui di seguito riportato, si può leggere il comunicato della Commissione Adozioni Internazionali www.commissioneadozioni.it.

[26] Si fa riferimento al report di Human Rights Watch del 1° Settembre 2022, intitolato "*We Had No Choice" - "Filtration" and the Crime of Forcibly Transferring Ukrainian Civilians to Russia*, reperibile al seguente indirizzo www.hrw.org.

[27] Il testo dei mandati di arresto non è stato reso pubblico, proprio per tutelare vittime e testimoni e per non ostacolare le indagini. Le uniche informazioni al riguardo sono reperibili sul sito della Corte Penale Internazionale al seguente indirizzo www.icc-cpi.int.

3. Esercizio della giurisdizione a tutela dei minori sfollati

La specifica condizione dei minori sfollati pone problemi di diritto internazionale privato che, come si accennava, la Convenzione dell'Aia del 1996 può contribuire a risolvere.

Tale strumento, infatti, prevede la cd. *presence rule* in materia di giurisdizione: ai sensi dell'art. 6, il giudice del luogo nel quale il minore sfollato si viene a trovare ha competenza giurisdizionale per l'adozione delle misure di protezione necessarie. In altre parole, la semplice presenza di un minore sfollato in uno Stato contraente della Convenzione consente ai giudici di tale Stato di esercitare la giurisdizione per quanto concerne le misure di protezione su quello specifico minore[28].

Come raccomandato da diversi strumenti di *soft-law*[29], il giudice competente deve in primo luogo identificare il minore (tentando, laddove possibile, il tracciamento familiare) e adottare misure al fine di nominare, in conformità con la legge applicabile, una persona come amministratore *ad hoc*, tutore o consulente del minore, nonché individuare la migliore misura di protezione, avuto specifico riguardo al caso di specie e alle condizioni del bambino.

Analogo titolo di giurisdizione fondato sulla presenza del minore è previsto nel Regolamento (UE) n. 2019/1111 all'art. 11[30]. Ma tale norma ha un'applicazione residuale: come precisato al considerando n. 25[31], trova ap-

---

[28] Se problematico può essere il ricorso al titolo di giurisdizione fondato sulla presenza del minore nell'ipotesi di minori sfollati per ragioni di natura economica, nessun dubbio sussiste invece per l'ipotesi qui considerata di minori sfollati a causa di un conflitto. Sul punto, cfr. S. CORNELOUP, B. HEIDERHOFF, C. HONORATI, F. JAULT-SESEKE, T. KRUGER, C. RUPP, H. VAN LOON, J. VERHELLEN, *Children on the Move: A Private International Law Perspective*, cit., pp. 15-16.

[29] Il riferimento è, ad esempio, alle *Guidelines for the Alternative Care of Children* adottate con risoluzione dell'Assemblea Generale A/RES/64/142 del 18 dicembre 2009. Il testo è reperibile al seguente indirizzo: www.digitallibrary.un.org.

[30] L'art. 11, intitolato "Competenza fondata sulla presenza del minore" prevede quanto segue: «1. Qualora non sia possibile stabilire la residenza abituale del minore né determinare la competenza ai sensi dell'articolo 10, sono competenti le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui si trova il minore. 2. La competenza di cui al paragrafo 1 si applica anche ai minori rifugiati o ai minori sfollati a livello internazionale a causa di disordini nei rispettivi Stati membri di residenza abituale».

[31] Il considerando n. 25 prevede quanto segue: "Qualora non sia possibile stabilire la residenza abituale del minore né determinare la competenza sulla base di un accordo relativo alla scelta del foro, dovrebbero essere competenti le autorità giurisdizionali dello Stato membro in cui si trova il minore. Tale regola basata sulla presenza dovrebbe applicarsi altresì ai minori rifugiati e ai minori sfollati a livello internazionale a causa di disordini nei rispettivi Stati membri di residenza abituale. Alla luce del presente regolamento, in combinato disposto con l'articolo 52, paragrafo 2, della convenzione dell'Aia del 1996, tale norma di competenza dovrebbe tuttavia applicarsi solo ai minori che risiedevano abitualmente in uno Stato membro

plicazione solo per i minori che prima dello sfollamento risiedevano in uno Stato membro dell'Unione. Allorché la residenza abituale sia in un Paese terzo, come nell'ipotesi qui considerata, troverà applicazione l'art. 6 della Convenzione dell'Aja[32].

La *ratio* del titolo di giurisdizione previsto dai due strumenti con norme sostanzialmente identiche è quella di garantire una sorta di *forum necessitatis* in favore dei minori sfollati e, conseguentemente, la possibilità di fare immediatamente fronte alle esigenze che scaturiscono dalla condizione di vulnerabilità nella quale tali minori si vengono a trovare.

Dal punto di vista delle misure adottabili, l'art. 3 della Convenzione dell'Aja individua le misure che vertono, in particolare, su a) attribuzione e delega della responsabilità genitoriale; b) il diritto di affidamento, che comprende il diritto di occuparsi della persona del minore, e in particolare il diritto di decidere sul suo luogo di residenza, nonché il diritto di visita; c) la tutela, la curatela e gli istituti analoghi; d) la designazione e le funzioni di ogni persona o organismo incaricato di occuparsi della persona o dei beni del minore, di rappresentarlo o di assisterlo; e) il collocamento del minore in una famiglia di accoglienza o in un istituto, o la sua assistenza legale tramite *kafalah* o istituto analogo; f) la supervisione da parte delle autorità pubbliche delle cure fornite al minore da ogni persona incaricata di occuparsi del minore; g) l'amministrazione, la conservazione o la disposizione dei beni del minore.

In termini analoghi si esprime l'art. 2, par. 2, del Regolamento (UE) n. 2019/1111.

La principale differenza tra i due strumenti risiede nel fatto che il Regolamento (UE) n. 2019/1111 non contempla la misura di protezione della *kafalah*, che – come si accennava - è stata, invece, espressamente inclusa nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della Convenzione del 1996, con l'obiettivo di favorire la ratifica dello strumento da parte dei Paesi di tradizione islamica.

Con riferimento alla protezione dei bambini provenienti dall'Ucraina,

---

prima dello sfollamento. Se prima dello sfollamento il minore risiedeva abitualmente in un paese terzo, si dovrebbe applicare la norma di competenza relativa ai minori rifugiati e ai minori sfollati a livello internazionale di cui alla convenzione dell'Aia del 1996".

[32] L'art. 6 della Convenzione dell'Aja del 1996 prevede quanto segue: «*1.* Per i minori rifugiati e i minori che, a seguito di gravi disordini nel proprio paese, siano trasferiti a livello internazionale, le autorità dello Stato contraente sul cui territorio tali minori si vengono a trovare a causa del loro trasferimento eserciteranno la competenza prevista al paragrafo primo dell'art. 5. 2. La disposizione del paragrafo precedente si applica anche ai minori la cui residenza abituale non possa essere accertata».

peraltro, l'obiettivo è senz'altro quello di procedere ad una loro identificazione e all'individuazione della misura di protezione che meglio consenta di garantire protezione immediata, ma anche di rafforzare i contatti del minore con i propri familiari ancorché magari non presenti sul territorio dello Stato nel quale il minore si trova.

4. Affidamento mediante «accordi» e individuazione della legge applicabile

L'ordinamento ucraino prevede diverse forme di collocamento familiare di bambini privi di cure parentali, che sovente trovano fondamento sull'accordo[33], che è considerato un fondamentale «regolatore dei rapporti familiari»[34].

L'attribuzione 'informale' della potestà genitoriale su un minore in virtù di un accordo può dare origine a problemi nel momento dello spostamento (talora, come verificatosi nel caso dei bambini ucraini, forzato) del minore in altro Stato, l'ordinamento giuridico del quale non preveda una tale flessibilità.

Nell'ordinamento italiano, ad esempio, la responsabilità genitoriale non è delegabile mediante pattuizione privata, nemmeno con procura notarile[35].

In questi casi, si viene a creare una *limping situation*: i minori provenienti dall'Ucraina, regolarmente affidati al personale degli istituti o, comunque, ad adulti di riferimento, mediante accordi (spesso non scritti), vengono accolti dalle autorità dello Stato di destinazione, nell'ordinamento del quale frequentemente non sono previste forme di affidamento così flessibili.

Invero, a conferma del suo *global appeal*, la Convenzione dell'Aja del 1996 contempla espressamente le predette forme di attribuzione di responsabilità genitoriale: accanto alla regola generale dell'art. 15 che, in ossequio al principio della coincidenza tra *forum* e *jus*, prevede l'applicazione della legge della residenza abituale del minore, l'art. 16 richiama anch'esso la legge della

---

[33] Per un esempio di accordo, si veda l'accordo di patrocinio disciplinato dall'art. 261 del Codice della Famiglia ucraino. Una traduzione in lingua inglese del codice è disponibile a questo indirizzo www.refworld.org.

[34] Sul rilievo dell'accordo nel codice della famiglia, si veda l'art. 7 dello stesso, reperibile al *link* indicato alla nota che precede.

[35] Tale principio è stato ancora di recente ribadito in due pronunce relative proprio all'esodo di minori dall'ucraina: (i) Tribunale per i minorenni di Bolzano, 6 aprile 2022, in *Famiglia e diritto*, 2022, p. 814 ss., sulla quale si veda il commento di A. CORDIANO, B. RIGOTTI, *Minori stranieri accompagnati di fatto e percorsi di accoglienza. Il caso dei minori ucraini*, in *Famiglia e diritto*, 2022, p. 818 ss.; (ii) Cass. civ., sez. I, sentenza del 20 giugno 2023, n. 17603.

residenza abituale del minore come applicabile nei casi di attribuzione (oltre che di estinzione) della responsabilità genitoriale, considerando in particolare le ipotesi di attribuzione di tale responsabilità senza l'intervento delle autorità pubbliche, che abbiano il potere di esercitare un controllo sostanziale.

Sono, infatti, espressamente previste le fattispecie di attribuzione della responsabilità genitoriale mediante accordo o atto unilaterale (par. 2)[36].

Queste ipotesi di attribuzione della responsabilità genitoriale, che divergono dalle tradizionali modalità di attribuzione 'di pieno diritto' soggette al controllo delle autorità pubbliche, non soltanto vengono qui espressamente contemplate, in quanto presenti in alcuni ordinamenti, ma anche assoggettate alla medesima legge dell'attribuzione della responsabilità di pieno diritto[37].

È, quindi, il diritto ucraino a disciplinare le situazioni di cui sopra e, dato il ruolo riconosciuto da quest'ultimo al «contratto di diritto di famiglia» in merito all'attribuzione della responsabilità genitoriale, i *caregiver* che siano in grado di dar prova dell'esistenza di un tale accordo dovrebbero poter esercitare la responsabilità genitoriale nei confronti dei minori anche nello Stato di destinazione che sia parte della Convenzione del 1996.

Permangono evidentemente rischi di tratta di minori sopra evidenziati. È, quindi, in ogni caso necessario che le autorità competenti degli Stati di destinazione effettuino controlli rigorosi e raccolgano tutte le informazioni possibili sul bambino e sull'accordo in essere.

Nella prospettiva di garantire continuità di protezione del minore attra-

---

[36] L'art. 16 della Convenzione dell'Aja del 1996 prevede, infatti, quanto segue: «1. L'attribuzione o l'estinzione di pieno diritto di una responsabilità genitoriale, senza l'intervento di un'autorità giudiziaria o amministrativa, è regolata dalla legge dello Stato di residenza abituale del minore. 2. L'attribuzione o l'estinzione di una responsabilità genitoriale tramite accordo o atto unilaterale, senza l'intervento di un'autorità giudiziaria o amministrativa, è regolata dalla legge dello Stato di residenza abituale del minore nel momento in cui l'accordo o l'atto unilaterale entra in vigore. 3. La responsabilità genitoriale esistente secondo la legge dello Stato di residenza abituale del minore sussiste dopo il trasferimento di tale residenza abituale in un altro Stato. 4. In caso di trasferimento della residenza abituale del minore, l'attribuzione di pieno diritto della responsabilità genitoriale ad una persona cui tale responsabilità non fosse già stata attribuita è regolata dalla legge dello Stato di nuova residenza abituale». Come precisato nel Relazione esplicativa alla Convenzione, si fa riferimento innanzi tutto ai possibili accordi tra genitori in merito all'affidamento o all'esercizio del diritto di vista nei confronti dei figli. Con la locuzione "atto unilaterale", invece, si fa riferimento ad un testamento o una disposizione di ultima volontà, con i quali il genitore superstite designi un tutore per il proprio figlio.

[37] Si rinvia, sul punto, alle considerazioni del Prof. Lagarde a p. 96 della traduzione della sua relazione esplicativa predisposta dall'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, richiamata alla nota n. 3. Non semplice, per il caso di minori sfollati e non accompagnati dai loro genitori, è stabilire sulla base della legge applicabile in virtù delle norme di conflitto indicate la titolarità della responsabilità genitoriale. Sottolineando tale difficoltà S. CORNELOUP, B. HEIDERHOFF, C. HONORATI, F. JAULT-SESEKE, T. KRUGER, C. RUPP, H. VAN LOON, J. VERHELLEN, *Children on the Move: A Private International Law Perspective*, cit., p. 18.

verso le frontiere, la Convenzione dell'Aja prevede, all'art. 40, il certificato: si tratta di uno strumento a carattere facoltativo, che può essere rilasciato dallo Stato di residenza abituale del minore ovvero dallo Stato di origine della misura di protezione, al detentore della responsabilità genitoriale su un determinato minore o ad ogni persona alla quale sia affidata la protezione della persona o dei beni del minore. Il certificato indica la fonte di tale responsabilità, ma anche i relativi poteri del detentore della responsabilità genitoriale.

Nella medesima prospettiva, si colloca una recente iniziativa del Consiglio del notariato dell'Unione europea in collaborazione con il notariato ucraino. È, infatti, stato previsto una sorta di certificato finalizzato a facilitare il viaggio dei minori che lasciano l'Ucraina[38]: tale certificato, previsto in forma bilingue, ossia in lingua ucraina e, al contempo, in una lingua ufficiale dell'Unione europea, consente l'indicazione delle seguenti informazioni: (i) identità del bambino, (ii) informazioni relative ai genitori per il caso che non sia da questi accompagnato, (iii) permesso per il bambino di lasciare l'Ucraina in compagnia di un adulto di riferimento, (iv) trasferimento dell'affidamento del minore.

5. La giurisprudenza italiana sui bambini in fuga dall'Ucraina

I giudici italiani hanno affrontato con attenzione e prudenza i casi relativi allo sfollamento dei bambini ucraini in Italia a seguito del conflitto bellico.

Per un verso, perché tali minori sovente arrivano in Italia con adulti ai quali sono stati affidati per mezzo di accordi privati e tale modalità di attribuzione della responsabilità genitoriale non è contemplata dall'ordinamento italiano.

Per altro verso, per i minori in fuga dall'Ucraina sono particolarmente elevati i rischi di esposizione a tratta e adozione illegale.

Inoltre, attenzione e prudenza derivano anche dall'avvenuta pronuncia di condanna dello Stato italiano da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Darboe e Camara* c. *Italia*[39] . Il caso riguardava un cittadino straniero che, al suo arrivo in Italia, si era immediatamente dichiarato mi-

[38] Il testo del certificato è scaricabile al seguente indirizzo www.enn-rne.eu

39 Cfr. Corte EDU, sentenza del 21 luglio 2022, ric. n. 5797/1, reperibile sul sito ufficiale della Corte ovvero anche in *Famiglia e diritto,* 2023, pp. 197 ss. con nota di A. CORDIANO, *La condanna della CEDU per la violazione dei diritti dei minori stranieri non accompagnati in tema di accertamento dell'età e di condizioni umane e degradanti dei centri di accoglienza*, in *Famiglia e diritto*, 2023, p. 204 ss.

norenne, ma le autorità italiane, prima di garantire l'adozione di misure specifiche, lo hanno collocato in un centro di detenzione per adulti, dove è rimasto per quattro mesi.

La Corte di Strasburgo, su ricorso del minore, ha rilevato una (i) violazione del diritto alla vita privata e familiare (art. 8 CEDU), perché il minore non era stato in grado di esercitare il suo diritto allo sviluppo personale, instaurando relazione con altri esseri umani e con il mondo esterno. Ha altresì ravvisato una (ii) violazione dell'art. 3 sul divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti e, infine, anche una (iii) violazione dell'art. 13, ossia del diritto ad un ricorso effettivo, poiché il minore non era stato informato delle possibilità e modalità di difesa in giudizio.

Proprio nelle more della definizione della causa qui indicata, anche a fronte dei continui arrivi di minori e della difficoltà di accertarne l'età e di individuare un assetto di protezione, l'ordinamento italiano si è dotato di un nuovo quadro normativo mediante l'adozione della Legge cd. Zampa, l. 7 aprile 2017, n. 47, disciplina che la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo (par. 104) considera importante, proprio perché ha introdotto un innovativo procedimento di determinazione sanitaria della minore età e garanzie applicabili ai minori migranti, che prima non erano previsti.

Pur nel mutato quadro normativo di riferimento, si comprende la necessità per gli organi giurisdizionali di affrontare questi casi con molta prudenza, proprio in ragione della condizione di vulnerabilità nella quale versano i minori ucraini.

In linea di principio, allorché un minore straniero si venga a trovare nel nostro territorio, i giudici italiani possono innanzitutto 'qualificare' tale minore straniero non accompagnato (MNSA) con conseguente applicazione delle garanzie previste dal nostro ordinamento, tra le quali la nomina di un tutore[40].

Con la locuzione minori non accompagnati, l'art. 2 della l. 7 aprile 2017, n. 47 fa infatti riferimento a minorenni, privi della cittadinanza italiana o dell'Unione europea, che per qualsiasi causa si trovino sul territorio italiano o siano altrimenti sottoposti alla giurisdizione italiana «senza assistenza e rappresentanza da parte di genitori o altri adulti per loro legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell'ordinamento italiano».

In altri casi, si è fatto ricorso alla diversa categoria dei minori "affidati di fatto" a adulti con i quali tuttavia i minori non hanno alcun legame di paren-

40 Si tratta della l. 7 aprile 2017, n. 47, recante Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati.

tela. Invero, tale qualifica è espressamente prevista dalla legge in materia di adozione (l. 4 maggio 1983, n. 184), dove all'art. 9, comma 4, è previsto che «chiunque non essendo parente entro il quarto grado accoglie stabilmente nella propria abitazione un minore, qualora l'accoglienza si protragga per un periodo superiore a sei mesi, deve, trascorso tale periodo darne segnalazione al procuratore della Repubblica presso il tribunale dei minorenni».

Una terza ipotesi di qualificazione, che si evince dall'interpretazione *a contrario* della predetta norma, riguarda il caso dei minori affidati di fatto a parenti entro il quarto grado, rispetto ai quali non scatta alcun obbligo di segnalazione alle competenti autorità.

Nel caso dei minori sfollati dall'Ucraina il governo ha adottato un *Piano* che definisce le attività degli enti istituzionali coinvolti nell'accoglienza di tali minori e che offre una definizione di minore non accompagnato coerente con quella prevista dalla l. 7 aprile 2017, n. 47, che ulteriormente precisa come un minore straniero che sia accompagnato da una zia, una nonna o ancora un direttore dell'istituto ove si trovava il minore in Ucraina, ma che non siano in grado di dimostrare la possibilità di essere legalmente responsabile, dev'essere considerato un minore straniero non accompagnato con conseguente necessità di nomina di un tutore.

Proprio in forza della predetta precisazione, in alcune fattispecie relative a minori accompagnati da persone incaricate dalle strutture di provenienza, i giudici italiani non hanno esitato a qualificare tali minori quali minori stranieri non accompagnati e a provvedere alla nomina di un tutore.

Un recente caso deciso dalla Corte di Cassazione ha, invece, riconosciuto la nomina di un tutore internazionale avvenuta mediante provvedimento del Console ucraino in Italia e ha quindi escluso la qualificazione di tali minori come minori stranieri non accompagnati[41].

Più precisamente, il caso riguardava un gruppo di minori ucraini giunti in Italia con un accompagnatore nominato dal direttore dell'istituto nel quale si trovavano prima dello sfollamento. Tale accompagnatore era stato incaricato di accompagnare i minori in Italia, iscriverli nell'elenco del consolato e di rappresentarli fuori dal territorio ucraino.

Una volta accompagnati i minori in Italia e iscritti gli stessi nell'elenco del consolato, proprio il Console ucraino in Italia ha provveduto ad attribuire con provvedimento la qualifica di tutore ad una cittadina ucraina. Il pote-

[41] Il riferimento è alla sentenza della Corte di Cassazione del 20 giugno 2023, n. 17626, sulla quale cfr. S. MARTA, *La Cassazione sull'efficacia in Italia della nomina di tutore per minori ucraini in fuga dalla guerra*, pubblicato sul blog *Aldricus* e reperibile al seguente indirizzo: www.aldricus.giustizia.it.

re di «adottare provvedimenti per nominare i curatori o tutori di tali persone e controllare l'esercizio del loro mandato» rientra, infatti, nei poteri eccezionali previsti dall'art. 50 della Convenzione consolare tra Italia e Ucraina del 2016[42].

Poiché, in un primo momento, il Tribunale di Catania non aveva riconosciuto come valida tale nomina (con conseguente qualificazione dei minori quali minori stranieri non accompagnati e nomina di un tutore ai sensi della l. 7 aprile 2017, n. 47), il tutore nominato dal Console ha impugnato il decreto pronunciato dal Tribunale di Catania per ottenere il riconoscimento dell'avvenuta nomina.

La Corte di Cassazione, pronunciandosi su tale ricorso, ha effettivamente riconosciuto la predetta nomina di tutore internazionale, in ragione del fatto che essa integra una delle misure di protezione dei minori contemplate dalla Convenzione dell'Aja del 1996 e, pertanto, è automaticamente riconoscibile in Italia secondo quanto previsto dall'art. 23 della stessa.

6. Strumenti di cooperazione per la protezione dei bambini collocati in istituto in Ucraina

Il numero di bambini che si trovano in istituto in Ucraina è elevato: nel 2020 l'Ucraina disponeva di 718 strutture di accoglienza istituzionale in cui 102.570 bambini vivevano in assistenza residenziale[43].

Anche per questi bambini il movimento forzato a causa della guerra è un problema rilevante.

---

[42] Più precisamente, l'art. 50, rubricato «Protezione dei minori, degli inabilitati e degli incapaci» prevede quanto segue: «1. Le Autorità dello Stato di residenza informano immediatamente i funzionari consolari dello Stato d'invio di ogni situazione relativa a minori, inabilitati ed incapaci, cittadini dello Stato d'invio, e possono richiedere la designazione per tali persone di un curatore e di un tutore. 2. I funzionari consolari hanno il diritto di ricevere qualsiasi dichiarazione sulle adozioni e sulla tutela dei diritti e degli interessi dei minori e delle altre persone incapaci, cittadini dello Stato d'invio, ed a tale fine, qualora necessario, possono, conformemente alla legislazione dello Stato di' residenza e agli accordi internazionali in vigore per le Parti contraenti della presente Convenzione, adottare provvedimenti per nominare i curatori o tutori di tali persone e controllare l'esercizio del loro mandato. 3. I funzionari consolari possono anche richiedere la collaborazione dell'Autorità competente dello Stato di residenza ai fini del ritorno di tali persone nello Stato d'invio». Il testo della Convenzione è reperibile al seguente indirizzo ufficiale del Consolato Generale dell'Ucraina a Napoli: www.naples.mfa.gov.

[43] I dati sono stati diffusi dall'International Social Service, nella fact-sheet già menzionata alla nota 15 che precede, reperibile al seguente indirizzo www.assets.website-files.com. Secondo un più recente report di Human Rights Watch (reperibile al seguente indirizzo www.hrw.org), al momento dello scoppio del conflitto in Ucraina, i bambini in istituto erano 105.000.

La Convenzione dell'Aia del 1996 prevede uno specifico meccanismo di cooperazione tra gli Stati contraenti: il cosiddetto *cross-border placement* o affidamento transfrontaliero di minori *ex* art. 33[44].

L'affidamento è una misura di protezione, che viene predisposta in favore di bambini privi di una figura adulta di riferimento che possa prendersi cura di loro ovvero in caso di bambini che hanno particolari esigenze dovute a malattie fisiche o mentali e che richiede, necessariamente, l'intervento delle autorità pubbliche.

Attraverso l'istituto in esame, che si fonda sulla cooperazione tra autorità di diversi Stati parte, è possibile una soluzione di cura per un bambino in uno Stato diverso da quello nel quale abitualmente risiede.

In questo senso, l'affidamento transfrontaliero può essere utilizzato anche al fine di prevedere forme di tutela per i bambini in fuga[45], ad esempio presso persone che non costituiscono membri della famiglia di origine.

Una norma analoga all'art. 33 della Convenzione dell'Aja è prevista a livello europeo dall'art. 82 del Regolamento (UE) n. 2019/1111. Mentre a livello europeo il *cross-border placement* è uno strumento ampiamente utilizzato[46], lo stesso meccanismo previsto dall'art. 33 della Convenzione dell'Aia del 1996 non trova analoga frequente applicazione.

Tuttavia, un tale meccanismo consentirebbe di realizzare, anche in tempi rapidi, ma sotto il controllo delle autorità pubbliche, lo spostamento di minori che si trovano in istituti o, comunque, sotto le cure del personale degli istituti nel territorio ucraino in famiglie o strutture di assistenza che si trovino in uno Stato limitrofo, che sia contraente della Convenzione dell'Aia del 1996.

I minori ucraini collocati negli istituti o comunque bisognosi di assistenza e sotto la giurisdizione delle autorità pubbliche ucraine potrebbero essere collocati in uno qualsiasi dei paesi dell'Unione europea nel quale siano disponibili soluzioni di cura e affidamento per un periodo determinato, con possibilità di eventuale prolungamento della misura nel caso il conflitto si protragga.

---

[44] Sul ruolo del *cross-border placement* come strumento per individuare una soluzione duratura a protezione del minore al di fuori del suo Stato di origine, si veda S. CORNELOUP, B. HEIDERHOFF, C. HONORATI, F. JAULT-SESEKE, T. KRUGER, C. RUPP, H. VAN LOON, J. VERHELLEN, *Children on the Move: A Private International Law Perspective*, cit., p. 24 ss.

[45] In tal senso, cfr. *Ivi*, p. 28.

[46] Sia consentito, sul punto, il rinvio ad uno studio realizzato nel 2016 con riferimento all'applicazione dell'istituto in allora disciplinato all'art. 56 del Regolamento 2201/2003, L. CARPANETO, *Cross-border placement of children in the European Union*, Study PE 556.945 del maggio 2016, p. 44 ss, reperibile al seguente indirizzo www.europarl.europa.eu.

7. Il caso dei bambini nati in Ucraina in virtù di un accordo internazionale di maternità surrogata

Un altro rilevante problema è quello relativo ai bambini nati attraverso accordi di maternità surrogata in tempo di guerra. Come è noto, l'Ucraina ammette l'istituto della surrogazione di maternità e dispone di diverse strutture che consentono l'attuazione di tale tecnica di procreazione assistita[47].

Dall'inizio della guerra, comprensibilmente, l'esercizio di tale pratica è divenuto più complesso. Analogamente a quanto è accaduto durante la pandemia da COVID-19, molti genitori di intenzione si sono trovati impossibilitati a raggiungere i bambini nati mediante surrogazione. Come riporta un articolo apparso sull'*Economist* nel settembre 2022, molte madri surrogate hanno dovuto lasciare l'Ucraina, per portare avanti la loro gravidanza in paesi limitrofi, quali ad esempio la Polonia, da dove, tuttavia, in prossimità del parto si devono allontanare e rientrare in territorio ucraino, per poter beneficiare del regime giuridico ivi applicabile ed evitare eventuali restrizioni[48].

La Comunità internazionale è alla ricerca di strumenti per proteggere i diritti di tali bambini e contemperare tali diritti con gli interessi degli adulti coinvolti (genitori di intenzione e madre surrogata). Si segnalano, in proposito, diverse iniziative: (i) il progetto *parentage/surrogacy* in corso presso la Conferenza dell'Aia[49], (ii) la promozione del cd. *Verona principles* sotto l'egida del Servizio Sociale Internazionale[50]; (ii) l'attività e i *report* adottati dal Relatore speciale delle Nazioni Unite sulla vendita e lo sfruttamento dei bambini[51] e, da ultimo, (iv) la proposta di regolamento europeo adottata dal-

---

[47] Sull'argomento, con specifico riferimento ai casi di cittadini italiani che hanno fatto ricorso alla surrogazione di maternità in Ucraina, si veda il contributo di J. LONG, *Intercountry surrogacy: an Italian and Ukrainian issue,* in *Uridicnij Visnik Povitrane i Kosmicne Pravo*, 2017, pp. 98-102, reperibile al seguente indirizzo: www.law.nau.edu.ua.

[48] L'articolo, scritto da un autore anonimo, intitolato "*The war has thrown Ukraine's surrogacy industru into crisis: Thursday's children*", è apparso sull'*Economist* il 20 settembre 2022.

[49] Si tratta di un progetto che prevede l'adozione di uno strumento di diritto internazionale privato e processuale dedicato alla filiazione in generale (comprensivo delle ipotesi di filiazione derivante dal ricorso a tecniche di procreazione assistita, con l'esclusione della surrogazione di maternità) e uno strumento dedicato, invece, espressamente alla filiazione a seguito di surrogazione di maternità. Per una descrizione del progetto e per la consultazione dei documenti sino ad oggi adottati dal Gruppo di Esperti che lavora sul progetto, si rinvia alla pagina ad esso dedicata sul sito ufficiale della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato al seguente link www.hcch.net.

[50] Il testo dei cd. Verona principles è reperibile al seguente indirizzo www.iss-ssi.org.

[51] Particolarmente rilevanti, al riguardo, sono due rapporti tematici: (i) il *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse materia*l, A/HRC/37/60 del 15 gennaio 2018, reperibile al seguente indirizzo: www.documents-dds-ny.un.org e (ii) il *Report of the Special*

la Commissione dell'Unione europea[52]. Tuttavia, allo stato attuale, non sono ancora in vigore strumenti specifici di cooperazione internazionale.

Vero è che in genere gli accordi di surrogazione di maternità prevedono il coinvolgimento di centri sanitari, i quali, in virtù dei predetti accordi, sono responsabili della cura dei minori sino al momento della consegna del minore ai cd. genitori di intenzione.

Allorché – come può accadere in questo periodo in Ucraina – l'accordo non si possa perfezionare e i bambini restino sotto le cure del personale dei centri sanitari presso i quali sono nati, in linea di principio di potrebbe fare ricorso agli strumenti di coordinamento previsti dalla Convenzione dell'Aja del 1996 e, quindi, ad esempio, alla comunicazione tra Autorità Centrali ed anche allo strumento del collocamento transfrontaliero previsto dall'art. 33 della Convenzione dell'Aja.

Vero è che, da un lato, tali strumenti implicano l'intervento delle autorità pubbliche dei Paesi coinvolti e, quindi, innanzitutto delle autorità ucraine, per le quali evidentemente in questa fase è molto difficile operare e 'adempiere pienamente' alle obbligazioni derivanti dalla Convenzione del 1996.

Dall'altro lato, indispensabile è altresì la collaborazione delle autorità degli Stati di destinazione dei minori. Potrebbero, tuttavia, sorgere problemi circa il riconoscimento della legittimità della pratica della surrogazione, con la conseguenza che, sebbene verosimilmente una soluzione di protezione e cura per i neonati verrebbe senz'altro individuata, molto incerto sarebbe invece il perfezionamento degli accordi di surrogazione con i genitori di intenzione.

8. **Una proposta di virtuosa applicazione degli strumenti a disposizione**

Come si accennava[53], il *cross-border placement* è uno strumento al quale si può ricorrere per facilitare lo spostamento di quei bambini che ancora si tro-

---

Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sezual abuse material, A/74/162 del 15 luglio 2019 reperibile al seguente indirizzo: www.documents-dds-ny.un.org.

[52] Si fa riferimento alla Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, COM (2022) 695. Al seguente indirizzo www.ec.europa.eu è possibile monitorare l'andamento del relativo procedimento legislativo.

[53] Si veda *supra* par. 6

vino in Ucraina in istituto o nelle cure di centri sanitari secondo la disciplina prevista nell'art. 33 della Convenzione dell'Aja del 1996.

Il *cross-border placement* è una misura di protezione non definitiva, ma soggetta ad un termine, che può essere prolungato in funzione delle esigenze di protezione del minore, che, nel caso in esame, necessariamente dipendono dall'andamento del conflitto in essere.

Invero, il coinvolgimento delle autorità pubbliche è, al contempo, il maggior pregio e il peggior difetto di questo strumento nel caso qui considerato: se è vero, infatti, che proprio il coinvolgimento delle autorità pubbliche riduce i rischi di tratta cui i minori ucraini sono esposti soprattutto in questo momento, per altro verso, come espressamente riconosciuto dal governo[54], le autorità pubbliche ucraine non sono verosimilmente in grado di porre in essere gli adempimenti che la procedura prevista dall'art. 33 impone loro (primo fra essi il dettagliato *report* sulla condizione di ciascun minore).

Secondo quanto previsto dall'art. 39 della Convenzione dell'Aja del 1996, ogni Stato contraente può stipulare accordi volti a migliorare l'applicazione delle norme sulla cooperazione previste dalla Convenzione stessa e, tra esse, quindi, anche dell'art. 33[55].

Invero, l'Unione europea non potrebbe essere parte di un accordo ai sensi dell'art. 39 della Convenzione dell'Aja: tale norma consente, infatti, la stipulazione degli accordi ai soli Stati contraenti.

Tuttavia, vantando una competenza esterna esclusiva sulla materia del *cross-border placement*, l'Unione potrebbe avviare autonomamente la negoziazione di un accordo bilaterale con l'Ucraina sull'argomento, nell'esercizio delle sue competenze verso l'esterno.

Per il caso che, invece, risulti preferibile ricorrere allo strumento degli accordi ai sensi dell'art. 39 della Convenzione dell'Aja, l'Unione non resterebbe comunque estranea alla negoziazione: ai sensi del Regolamento (CE) n. 664/2009, infatti, la Commissione è tenuta ad autorizzare la stipulazione da parte degli Stati membri di accordi con Paesi terzi su «questioni specifiche di giustizia civile»[56] e, in tale veste, potrebbe comunque esercitare una

---

[54] Si veda *supra* par. 1, nota n. 9.

[55] Più precisamente, la relazione del Prof. Lagarde sul punto (par. 153) precisa l'art. 39 – che ha un equivalente nella Convenzione dell'Aja del 1993 in materia di adozione internazionale – consente la stipulazione di accordi che rafforzano la collaborazione (ad esempio, rendendo obbligatorie alcune disposizioni).

[56] Si veda il considerando n. 8 del Regolamento (CE) 664/2009 del Consiglio, del 7 luglio 2009, che istituisce una procedura per la negoziazione e la conclusione di accordi tra Stati membri e paesi terzi riguardanti la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisio-

funzione di coordinamento dell'azione degli stessi[57].

In questa prospettiva, si potrebbe ragionare sulla stipulazione di uno o più accordi *ex* art. 39 della Convenzione dell'Aja del 1996 con uno o più Stati membri dell'Unione europea, finalizzati a facilitare la realizzazione di un immediato allontanamento e di un primo *placement* nel territorio degli Stati confinanti con l'Ucraina, anche per fronteggiare eventuali emergenze (ad esempio in caso di danneggiamento o distruzione di istituti o strutture in territorio ucraino dove si trovino collocati minori)[58].

Vero è che il sistema "Bruxelles II" ha dato origine ad una stabile rete di cooperazione non soltanto tra le competenti autorità amministrative degli Stati membri dell'Unione europea, ma anche tra le autorità giurisdizionali[59].

Anche grazie al buon funzionamento di tale rete, l'istituto del *cross-border placement* è stato negli anni utilizzato all'interno dello spazio giudiziario europeo, tanto che si sono instaurati veri e propri canali di comunicazione tra Stati "di origine" (come la Germania) che fanno frequente ricorso a soluzioni di cura dei minori in altri Stati "di destinazione" (come Italia e Spagna)[60].

Non sono mancati anche problemi in fase applicativa (come, ad esempio, il protrarsi a tempo indeterminato di un affidamento o ancora il *placement* del minore anche senza consenso delle autorità dello Stato di destinazione)[61],

---

ni in materia matrimoniale, in materia di responsabilità genitoriale e di obbligazioni alimentari, e la legge applicabile in materia di obbligazioni alimentari.

[57] Ai sensi dell'art. 5 del Regolamento n. 664/2009, se necessario, la Commissione può proporre direttive di negoziato e chiedere che, nell'accordo previsto, siano inserite clausole particolari e, ai sensi dell'art. 7, può altresì partecipare alla negoziazione in qualità di osservatore o, comunque, essere tenuta al corrente dei progressi e dei risultati.

[58] Per facilitare la cooperazione umanitaria tra gli attori che si occupano dei problemi derivanti dallo sfollamento dei bambini dall'Ucraina, è stato istituito un ente denominato *Ukraine Children's Care Group*. Sotto l'egida di tale ente, si è tenuta una giornata di studio sul tema dell'affidamento dei bambini ucraini e delle soluzioni approntate da tre Paesi limitrofi (Polonia, Moldavia e Romania). All'esito di tale giornata è stato pubblicato un documento che consente di comprendere l'entità del fenomeno e le principali difficoltà emerse. Si veda: Better Care Network, *Briefing: Addressing the need for foster care in the context of the Ukraine crisis,* reperibile al seguente indirizzo: www.bettercarenetwork.org.

[59] Autorevole dottrina non ha mancato di evidenziare che, proprio ai fini di garantire protezione ai bambini in movimento, è necessario che le autorità centrali degli Stati (parte della Convenzione dell'Aja) avviino forme di collaborazione anche con altri importanti attori nello scenario internazionale, ossia organizzazioni quali, ad esempio, il Servizio Sociale Internazionale, Terres des Hommes, The International Social Service. Sul punto, cfr. S. CORNELOUP, B. HEIDERHOFF, C. HONORATI, F. JAULT-SESEKE, T. KRUGER, C. RUPP, H. VAN LOON, J. VERHELLEN, *Children on the Move: A Private International Law Perspective*, cit., p. 30.

[60] Sul funzionamento dell'istituto nello spazio giudiziario europeo, sia consentito nuovamente il rinvio a L. CARPANETO, *Cross-border placement of children in the European Union*, cit., in particolare, alle pp. 44-50.

[61] *Ivi*, pp. 52-55.

che grazie alla nuova disciplina contenuta nell'art. 82 del Regolamento (UE) n. 2019/1111, non dovrebbero più verificarsi.

Ecco che allora, nella stipulazione degli accordi *ex* art. 39 della Convenzione dell'Aja, si potrebbe considerare la possibilità di ricorrere, una volta superata l'emergenza, a eventuali *placement* "secondari" in Stati membri dell'Unione diversi da quelli confinanti con l'Ucraina, non solo per alleggerire la pressione sui sistemi di accoglienza di questi ultimi, ma anche e soprattutto per individuare le soluzioni di cura più adeguate per i bambini, nell'ambito del "mercato" delle misure di protezione esistenti nello spazio giudiziario europeo.

Si tratterebbe di un'applicazione della rilevante disciplina orientata al rispetto dei *best interests of the child* e, sul piano dei rapporti tra Stati Membri, di un buon esempio di applicazione del principio di solidarietà.

La compatibilità con il diritto internazionale e la Costituzione italiana dell'invio di aiuti militari all'Ucraina

PIERFRANCESCO ROSSI[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'invio di aiuti militari all'Ucraina e il divieto dell'uso della forza. – 3. L'invio di aiuti militari all'Ucraina e gli obblighi internazionali di neutralità. – 4. L'invio di aiuti militari all'Ucraina e gli obblighi internazionali in materia di trasferimenti di armi. – 5. L'invio di aiuti militari all'Ucraina e la Costituzione italiana: il ruolo del diritto internazionale nell'interpretazione del «ripudio della guerra». – 6. Conclusioni.

ABSTRACT: Questo contributo esamina la questione se l'invio di aiuti militari alle forze armate ucraine sia compatibile con gli obblighi internazionali dell'Italia e con le disposizioni della sua Costituzione. Si sostiene che la risposta debba considerarsi positiva da entrambi i punti di vista. In particolare, l'assistenza militare all'Ucraina non sembra integrare alcuna violazione del diritto internazionale dal punto di vista tanto dello *jus ad bellum* quanto dello *jus in bello*. Tale assistenza non è vietata neppure dagli obblighi internazionali in materia di trasferimenti di armi, e in particolare dal Trattato sul commercio delle armi. Conclusioni analoghe, infine, possono estendersi alle disposizioni a vocazione internazionalistica della Costituzione italiana, *in primis* l'art. 11. Ciò perché il «ripudio della guerra» contenuto in questo articolo deve essere interpretato alla luce delle disposizioni di diritto internazionale che regolano l'uso della forza.

PAROLE CHIAVE: Ucraina – aiuti militari – uso della forza – neutralità – Trattato sul commercio delle armi – art. 11 Cost.

1. Introduzione

A partire dall'inizio dell'invasione russa, il 24 febbraio 2022, più di 50 Stati hanno offerto supporto e assistenza alle forze armate ucraine per un totale

[*] Ricercatore di diritto internazionale, Dipartimento di Scienze Politiche, Università degli Studi di Teramo, prossi@unite.it.

stimato di circa 50 miliardi di euro[1]. Gli Stati Uniti hanno costituito il principale fornitore di armamenti, arrivando a coprire approssimativamente tre quarti del totale[2]. Il supporto ricevuto da altri Stati occidentali non è però stato meno significativo, soprattutto se rapportato alle rispettive dimensioni ed economie[3]. Anche l'Unione europea, inoltre, attraverso lo *European Peace Facility*, ha fornito una ingente quantità di aiuti militari pari a quasi 6 miliardi di euro[4]. La tipologia degli aiuti militari forniti all'Ucraina è mutata sensibilmente nel corso del conflitto, di pari passo con l'evolversi della situazione sul terreno. Si è assistito infatti a una transizione da armi destinate a scopi eminentemente difensivi verso armamenti pesanti volti a consentire all'Ucraina di riconquistare i territori occupati. All'inizio dell'invasione, per esempio, le forniture da parte del Regno Unito consistevano soprattutto in equipaggiamenti militari, armi anticarro e missili di difesa contraerea[5]. Nei quindici mesi successivi esse si sono progressivamente estese ad artiglieria di lungo raggio (con gittata di 80 km)[6], droni[7], veicoli blindati[8] e missili da crociera (con gittata di 250 km)[9], e potrebbero presto includere anche aerei da combattimento[10].

L'Italia ha da subito affiancato i propri alleati nella fornitura di assistenza militare all'Ucraina. Con il decreto legge n. 14 del 25 febbraio 2022, il governo italiano ha autorizzato la cessione alle forze armate ucraine, «a titolo gratuito, di mezzi e materiali di equipaggiamento militari non letali di protezio-

---

[1] La stima è aggiornata a inizio maggio 2023. Si veda US Department of State, *Fact Sheet: U.S. Security Cooperation with Ukraine*, 9 maggio 2023, www.state.gov. La cifra non include aiuti di tipo non militare, per es. di natura finanziaria o umanitaria. Per una dettagliata analisi di tutti gli aiuti ricevuti dall'Ucraina si veda C. TREBESCH et al., *The Ukraine Support Tracker: Which Countries Help Ukraine and How?*, Kiel Institute for the World Economy, febbraio 2023, www.ifw-kiel.de.

[2] Per il dettaglio delle forniture militari statunitensi si veda *Immediate Release: Fact Sheet on U.S. Security Assistance to Ukraine*, 21 maggio 2023, www.media.defense.gov.

[3] Per le cifre relative a ciascun Paese si veda C. MILLS, *Military Assistance to Ukraine since the Russian Invasion*, *House of Commons Library*, 23 maggio 2023, www.parliament.uk.

[4] Decisione (PESC) 2022/338 del Consiglio del 28 febbraio 2022 relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello strumento europeo per la pace per la fornitura alle forze armate ucraine di materiale e piattaforme militari concepiti per l'uso letale della forza. Per cifre aggiornate sll'ammontare del supporto v. *EU joint procurement of ammunition and missiles for Ukraine: Council agrees €1 billion support under the European Peace Facility*, 5 maggio 2023, www.consilium.europa.eu.

[5] C. MILLS, *Military Assistance*, cit., pp. 14-15.

[6] *Ivi*, p. 16.

[7] *Ivi*, pp. 16-17.

[8] *Ivi*, pp. 18-19.

[9] *Ivi*, p. 20.

[10] *Ivi*, p. 21.

ne»[11]. Le parole «non letali» sono state omesse nel successivo decreto legge n. 16 del 28 febbraio 2022, con il quale si è autorizzata, «previo atto di indirizzo delle Camere, (…) la cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari in favore delle autorità governative dell'Ucraina»[12]. Il 1° marzo, la Camera e il Senato hanno approvato, a larghissima maggioranza, due risoluzioni gemelle che hanno impegnato il governo «ad assicurare (…) – tenendo costantemente informato il Parlamento e in modo coordinato con gli altri Paesi europei e alleati – la cessione di apparati e strumenti militari che consentano all'Ucraina di esercitare il diritto alla legittima difesa e di proteggere la sua popolazione»[13]. Anche se le forniture sono state dettagliate in documenti classificati elaborati dallo Stato maggiore della difesa, non pubblicati in Gazzetta Ufficiale[14], inizialmente esse sarebbero consistite in mortai, lanciatori Stinger, mitragliatrici pesanti *Browning*, colpi *browning*, mitragliatrici leggere, lanciatori anticarro e colpi anticarro, oltre a razioni K, radio, elmetti e giubbotti[15]. L'Italia avrebbe poi esteso le sue forniture anche a obici FH-70 e mezzi corazzati multiruolo[16], a missili a medio raggio Aspide, e – in coordinamento con la Francia – al sistema missilistico SAMP/T[17].

La politica perseguita dal governo italiano solleva la questione se l'invio di armi letali a una delle parti di un conflitto armato sia compatibile con gli obblighi internazionali dell'Italia e con le disposizioni della sua Costituzione. Questo contributo sostiene che la risposta debba considerarsi positiva da entrambi i punti di vista. Si vedrà, in particolare, come l'assistenza militare all'Ucraina non sembri integrare alcuna violazione del diritto internazionale dal punto di vista tanto dello *jus ad bellum* (par. 2) quanto dello *jus in bello*

---

[11] Art. 2. Il d.l. n. 14 è stato convertito con modificazioni dalla l. 5 aprile 2022, n. 28.

[12] Art. 1, c. 1.

[13] Per i testi integrali si vedano *Atto Camera: Risoluzione in Assemblea 6/00207*, www.aic.camera.it; e Senato della Repubblica, *Legislatura 18ª – Aula – Resoconto stenografico della seduta n. 410 del 01/03/2022*, www.senato.it.

[14] V. per es. Ministero della Difesa, decreto 2 marzo 2022, *Autorizzazione alla cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari alle Autorità governative dell'Ucraina ai sensi dell'articolo 1 del decreto-legge 28 febbraio 2022, n. 16*, pubblicato in GU, Serie generale n. 52 del 3 marzo 2022, il cui allegato, contenente il dettaglio degli equipaggiamenti, è coperto da omissis. La situazione è identica nel settimo e più recente pacchetto di aiuti militari: Ministero della Difesa, decreto 23 maggio 2023, pubblicato in GU, Serie generale n. 126 del 31 maggio 2022.

[15] *Le armi che l'Italia fornirà all'Ucraina: missili, mortai, bombe, mitragliatrici*, Corriere della Sera, 22 marzo 2022, www.corriere.it.

[16] F. BORSARI, *Italy's Unwavering Support for Ukraine*, Center for European Policy Analysis, 22 giugno 2022, www.cepa.org.

[17] *Decreto armi: dallo scudo Samp-T ai missili Aspide, cosa invierà l'Italia all'Ucraina*, Il Sole 24 Ore, 23 gennaio 2023, www.ilsole24ore.com.

(par. 3). L'invio di armi all'Ucraina non è vietato neppure dagli obblighi internazionali in materia di trasferimenti di armi, e in particolare dal Trattato sul commercio delle armi, a condizione che le procedure richieste siano rispettate (par. 4). Conclusioni analoghe, infine, possono estendersi alle disposizioni a vocazione internazionalistica della Costituzione italiana, *in primis* l'art. 11. Ciò perché il «ripudio della guerra» contenuto in questo articolo deve essere interpretato alla luce delle disposizioni di diritto internazionale che regolano l'uso della forza (par. 5).

2. L'invio di aiuti militari all'Ucraina e il divieto dell'uso della forza

La fornitura di aiuti militari all'Ucraina può essere innanzitutto analizzata in relazione al divieto dell'uso della forza armata[18].

La dottrina internazionalistica è concorde nel ritenere che, dal punto di vista dello *jus ad bellum*, tale fornitura sia lecita[19] in ragione del fatto che il diritto internazionale consuetudinario riconosce il diritto di legittima difesa non solo individuale ma anche collettiva[20]. L'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite lascia impregiudicato «il diritto naturale di autotutela individuale o collettiva, nel caso che abbia luogo un attacco armato contro un Membro delle Nazioni Unite, fintantoché il Consiglio di sicurezza non abbia preso le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale». I presupposti per l'esercizio collettivo della legittima difesa ricorrono senz'altro nella situazione ucraina[21]. Non c'è infatti alcun dubbio che le azioni della Russia costituiscano un'aggressione (come confermato anche dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite)[22], che questo attacco armato sia del tutto ingiu-

[18] Carta delle Nazioni Unite, art. 2, par. 4.

[19] *Ex multis*, A. SPAGNOLO, *The Armed Attack Against Ukraine and the Italian Reaction From a Ius ad Bellum Perspective*, in *Italian Review of International and Comparative Law*, 2022, p. 443 ss.; M.N. SCHMITT, W.C. BIGGERSTAFF, *Aid and Assistance as a "Use of Force" Under the Jus Ad Bellum*, in *International Law Studies*, 2023, p. 186 ss.

[20] CIG, sentenza del 27 giugno 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, par. 176. V. anche Commissione del diritto internazionale, *Articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati per atti internazionalmente illeciti*, 2001, art. 21.

[21] Sui quali *ivi*, par. 232. Si veda A. DE HOOGH, *The Elephant in the Room: Invoking and Exercising the Right of Collective Self-Defence in Support of Ukraine against Russian Aggression*, in *Opinio Juris*, 7 marzo 2022, www.opiniojuris.org.

[22] Assemblea generale, *Aggression against Ukraine*, UN Doc. A/ES-11/L dell'11 marzo 2022.

stificabile dal punto di vista del diritto internazionale[23] e che l'Ucraina stia agendo in legittima difesa. Alla luce delle reiterate richieste ucraine di assistenza, le quali si sono spinte fino a invocare un intervento militare diretto degli Stati occidentali mediante l'istituzione di una *no-fly zone*[24], è rispettato anche il requisito della richiesta da parte dello Stato aggredito. Considerando che la norma sulla legittima difesa collettiva giustifica l'uso diretto della forza a tutela dello Stato aggredito[25], un supporto militare di minore intensità risulta certamente ammissibile *a fortiori*[26].

Ciò detto, è interessante osservare come nessuno Stato sembra avere invocato la legittima difesa collettiva come giustificazione del proprio sostegno militare all'Ucraina[27]. La NATO ha qualificato in tal modo esclusivamente le misure di deterrenza poste in essere, all'indomani dell'invasione, nel territorio dei propri Stati membri[28]. Numerosi Stati, per contro, hanno espressamente affermato di *non* ritenere di stare agendo in legittima difesa collettiva. In seno al Consiglio di sicurezza, per esempio, la rappresentanza francese ha dichiarato che «France is providing, and will continue to provide, the Ukrainian people with all the support they need to exercise *their* right to self-defence»[29]. Un linguaggio analogo è stato utilizzato, *inter alia*, da Ucraina e

---

[23] *Ex multis*, M. IOVANE, *Il conflitto ucraino e il diritto internazionale: prime osservazioni*, in *Osservatorio costituzionale*, p. 6 ss., pp. 8-10; M. MILANOVIC, *What is Russia's Legal Justification for Using Force against Ukraine?*, in *EJIL: Talk!*, 24 febbraio 2022, www.ejiltalk.org; A. SPAGNOLO, *Prime considerazioni sul tentative della Russia di giustificare l'intervento armato in Ucraina*, in *SIDIBlog*, 25 febbraio 2022, www.sidiblog.org; R. JANIK, *Putin's War against Ukraine: Mocking International Law*, in *EJIL: Talk!*, 28 febbraio 2022, www.ejiltalk.org; A. BULTRINI, *Alcune considerazioni di un giurista internazionalista sull'invasione dell'Ucraina*, in *Questione giustizia*, 2022, p. 28 ss.

[24] *Ukraine's Zelenskiy urges West to consider no-fly zone for Russian aircraft*, Reuters, 28 febbraio 2022, www.reuters.com.

[25] Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, (IV ed.), Cambridge, 2017, p. 303.

[26] Così per es. T. HAMILTON, *Articulating Arms Control Law in the EU's Lethal Military Assistance to Ukraine*, in *Just Security*, 30 marzo 2022, www.justsecurity.org: «It follows logically that any (…) State must also be allowed to carry out lesser military actions that would assist Ukraine in its self-defense, viz. the provision of lethal military assistance».

[27] Per una prima analisi delle dichiarazioni ufficiali degli Stati in relazione alla legalità della fornitura di armi all'Ucraina v. G. BARTOLINI, *The Provision of Belligerent Materials in the Russia-Ukraine Conflict: Beyond the Law of Neutrality?*, in *Questions of International Law*, *Zoom-out* 99, 2023, p. 3 ss. Si noti che la Russia ha invocato la legittima difesa collettiva come implausibile giustificazione di un intervento «in difesa» delle repubbliche separatiste del Donbass: *Full text: Putin's declaration of war on Ukraine*, The Spectator, 24 febbraio 2022, www.spectator.co.uk.

[28] NATO, *Collective defence and Article 5*, 14 aprile 2023, www.nato.int.

[29] Consiglio di sicurezza, *Agenda: Threats to international peace and security*, UN Doc. S/PV.9256 dell'8 febbraio 2023, p. 13, corsivo aggiunto.

Regno Unito in una dichiarazione congiunta[30], dai Ministri degli esteri dei Paesi baltici[31], nonché dalle risoluzioni, citate *supra* nell'Introduzione, adottate dalla Camera e dal Senato italiani il 1° marzo 2022.

È facilmente intuibile che la reticenza occidentale a menzionare la legittima difesa collettiva rifletta una volontà di non esacerbare le tensioni e di ribadire l'intenzione di non partecipare direttamente alle ostilità[32]. Essa però non è priva di implicazioni sul piano giuridico, in particolare con riguardo alla questione se l'invio di armi all'Ucraina possa o meno essere considerato come un uso della forza internazionale. La questione, cioè, è se l'invio di armi a una parte di un conflitto interstatale possa essere considerato come un uso della forza nei confronti dell'altra parte; o, in altre parole, se uno Stato che ne supporti un altro che sta usando la forza stia esso stesso utilizzando la forza, seppure in via mediata. Poiché la legittima difesa costituisce una causa di giustificazione dell'uso della forza internazionale, l'invocazione della legittima difesa collettiva è necessaria solo nella misura in cui le azioni dello Stato terzo costituiscano uso della forza nei confronti dello Stato aggressore. Un supporto che non si qualificasse come uso della forza potrebbe, naturalmente, costituire una violazione di norme di diritto internazionale diverse dal divieto dell'uso della forza[33], ma non richiederebbe giustificazioni ai sensi dello *jus ad bellum*.

La questione è oggetto di dibattito in dottrina. Alcuni autori hanno sostenuto che la fornitura di armamenti andrebbe considerata come un «uso indiretto della forza» nei confronti dell'altra parte del conflitto[34]. Questa posizione si fonda principalmente sulla sentenza nel caso *Nicaragua c. Stati Uniti*, in cui la Corte internazionale di giustizia ha affermato che la fornitura di armi e addestramento ai c.d. *contras* da parte degli Stati Uniti, pur non integrando i requisiti di un attacco armato, poteva implicare una violazione del divieto di minaccia o uso della forza nei confronti del Nicaragua[35]. La Corte

---

[30] *Declaration between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the government of Ukraine*, 8 febbraio 2023, www.gov.uk.

[31] *Joint statement by Latvian, Estonian, Lithuanian foreign ministers in support of Ukraine*, 24 febbraio 2022, www.wm.ee.

[32] Si consideri per es. il rifiuto di istituire una *no-fly zone* sull'Ucraina: *U.S., UK resist calls for no-fly zone over Ukraine's pleas: 'Our goal is to end the war, not to expand it'*, CNBC, 9 marzo 2022, www.cnbc.com

[33] Sul punto si vedano i parr. 3 e 4 *infra*.

[34] Da ultimo, M.N. SCHMITT, W.C. BIGGERSTAFF, *Aid and Assistance*, cit. Per un'ampia disamina del concetto di «attacco armato indiretto» si veda P. GARGIULO, *Uso della forza (Diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, vol. V, p. 1367 ss., pp. 1394-1398.

[35] *Nicaragua*, cit., par. 228.

ha sottolineato la differenza intercorrente tra questa condotta e il mero supporto finanziario, il quale, «while undoubtedly an act of intervention in the internal affairs of Nicaragua, (…) does not in itself amount to a use of force»[36]. E va anche notato come la Corte non abbia espressamente ricollegato questo passaggio della sua decisione al profilo dell'*attribuzione* agli Stati Uniti degli atti dei *contras*, il che fa ritenere che a costituire potenziale minaccia o uso della forza possa essere il mero invio di armi a prescindere dalle modalità del loro utilizzo[37]. Pur riconoscendo che tali principi sono stati espressi dalla Corte con riguardo al supporto prestato a truppe irregolari nel contesto di un conflitto armato non internazionale, è stato affermato che non vi sarebbero ragioni per non applicare gli stessi criteri al supporto militare offerto a truppe statali nell'ambito di un conflitto interstatale[38]. La soglia da integrare perché l'assistenza militare costituisca uso della forza indiretto sarebbe però, per questi autori, «relatively high»[39], dipendendo da una molteplicità di fattori quali l'intento degli Stati che forniscono armi; il nesso temporale tra la fornitura di armi e le conseguenze del suo utilizzo sul campo; il nesso causale tra la fornitura e l'utilizzo da parte dello Stato direttamente coinvolto nel conflitto; la natura delle forniture; l'impatto delle forniture sulle capacità di combattimento della parte che le riceve; e perfino il contesto geopolitico[40].

Il parallelo con *Nicaragua*, tuttavia, è problematico. Esiste un'ovvia differenza di fatto tra armare un gruppo di privati che operano in un altro Stato per rovesciarne il governo e armare un esercito regolare, tanto più laddove quest'ultimo operi esclusivamente all'interno dei confini internazionalmente riconosciuti del proprio stesso Stato. Il paragone con le attività dei *contras* è dunque tutt'altro che intuitivo. Inoltre, la posizione appena descritta non sembra trovare sostegno nella prassi. In *Nicaragua*, la Corte ha motivato le proprie affermazioni relative all'uso indiretto della forza menzionando la Dichiarazione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite sulle relazioni amichevoli tra Stati del 1970, la quale, nella parte relativa al divieto di minaccia o

---

[36] *Ibidem*.

[37] C. KREß, *The International Court of Justice and the 'Principle of Non-Use of Force'*, in M. WELLER (a cura di), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, 2015, p. 561 ss., p. 574: «It is (…) the arming, the training, and the toleration as such that, according to the Court, constitute instances of a use of force by the state concerned».

[38] M.N. SCHMITT, W.C. BIGGERSTAFF, *Aid and Assistance*, cit., pp. 203-204. Negli stessi termini anche K.J. HELLER, L. TRABUCCO, *The Legality of Weapons Transfers to Ukraine Under International Law*, in *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 2022, p. 251 ss., p. 254.

[39] M.N. SCHMITT, W.C. BIGGERSTAFF, *Aid and Assistance*, cit., p. 204.

[40] *Ivi*, p. 206 ss.

uso della forza, condanna il supporto militare offerto a gruppi non statali[41]. Ma è significativo che né questa né successive risoluzioni dell'Assemblea generale contengano alcuna disposizione analoga relativa all'assistenza militare tra Stati[42]. La prassi più recente in merito all'assistenza militare all'Ucraina, e in particolare la mancata invocazione della legittima difesa collettiva, non fa che confermare che gli Stati *non* ritengono che l'assistenza militare fornita a truppe regolari si qualifichi come uso della forza. È perciò preferibile aderire all'opinione, condivisa dalla maggioranza della dottrina, secondo cui l'invio di armi alle forze armate ucraine costituisce una (legittima) forma di assistenza all'esercizio della legittima difesa *individuale* da parte dell'Ucraina[43]. La rilevanza pratica della questione è comunque limitata, considerando che anche anche gli autori che qualificano tale supporto come un uso indiretto della forza sono concordi nel ritenerlo conforme allo *jus ad bellum*[44].

Questione diversa è se il supporto offerto all'Ucraina si sia mantenuto entro i limiti necessari a ritenerlo compatibile con lo *jus ad bellum*. A tale proposito, un autore ha sostenuto che il sostegno avrebbe travalicato i limiti del diritto di legittima difesa collettiva non avendo mantenuto finalità strettamente difensive. Facendo riferimento a dichiarazioni, rese dal Segretario statunitense alla difesa Lloyd Austin, secondo le quali il sostegno occidentale

---

[41] *Dichiarazione relativa ai principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione fra gli Stati in conformità con la Carta delle Nazioni Unite*, ris. 2625 (XXV) del 24 ottobre 1970, Principio 1, parr. 8 e 9: «Every State has the duty to refrain from organizing or encouraging the organization of irregular forces or armed bands including mercenaries, for incursion into the territory of another State. Every State has the duty to refrain from organizing, instigating, assisting or participating in acts of civil strife (…) when the acts referred to in the present paragraph involve a threat or use of force». Estratti di questi passaggi sono citati in *Nicaragua*, cit., par. 228.

[42] C. KREß, *The Ukraine War and the Prohibition of the Use of Force in International Law*, Occasional Paper Series No. 13, 2022, www.toaep.org, p. 16. Cf. la ris. dell'Assemblea generale 3314 (XXIX) del 14 dicembre 1974 (*Definizione di aggressione*), che ricomprende, all'art. 3(g), «The sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to the acts listed above, *or its substantial involvement therein*» (corsivo aggiunto).

[43] In questo senso si vedano M. PEDRAZZI, *L'aggressione russa all'Ucraina, l'Europa e la comunità internazionale*, in *Eurojus*, 14 marzo 2022, www.rivista.eurojus.it, secondo cui «la fornitura di armi (…), per quanto non configuri una forma di legittima difesa collettiva ai sensi dell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite (…), mancando una partecipazione diretta alle ostilità, va ritenuta pienamente conforme ai principi e agli obiettivi della Carta»; E. CASTELLARIN, *La fourniture d'armes à l'Ukraine: quel cadre en droit international?*, in *Le club des juristes*, 5 marzo 2022, www.blog.leclubdesjuristes.com; KREß, *The Ukraine War*, cit., p. 16; P. CLANCY, *Neutral Arms Transfers and the Russian Invasion of Ukraine*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2023, p. 527 ss., p. 535. In senso dubitativo J. UPCHER, *Neutrality in Contemporary International Law*, Oxford, 2020, pp. 23-24 (che definisce la questione «radically unclear»).

[44] K.J. HELLER, L. TRABUCCO, *The Legality*, cit., pp. 254-255.

all'Ucraina avrebbe la finalità di indebolire le capacità militari della Russia[45], si è affermato che la strategia occidentale «è finalizzata non solo a difendere l'Ucraina, ma anche a prevenire altre possibili aggressioni da parte della Russia ad altri Stati. Ma così l'azione di legittima difesa tende a trasformarsi in azione preventiva, in contrasto col diritto internazionale»[46]. Anche questa posizione, però, non appare condivisibile. Anche ammettendo che la legittima difesa collettiva fornisca il quadro giuridico per soppesare la legalità del supporto militare all'Ucraina – cosa che, come appena visto, è discutibile – l'opinione dottrinale appena descritta va valutata alla luce dei canoni richiesti dal diritto internazionale affinché la difesa armata sia legittima, ovvero la necessità e la proporzionalità[47]. Il parametro di più immediata rilevanza è quello della proporzionalità, che determina *quanta* forza armata sia impiegabile in legittima difesa[48]. È noto come siano state proposte diverse letture di questo requisito[49]: l'interpretazione più stringente richiede che le azioni militari difensive siano commisurate all'entità dell'attacco[50]; una lettura più flessibile considera sufficiente che la misura difensiva persegua il legittimo obiettivo di interrompere e respingere l'attacco[51]; mentre la lettura più ampia ritiene che

---

[45] *U.S. wants Russian military 'weakened' from Ukraine invasion, Austin says*, Washington Post, 25 aprile 2022, www.washingtonpost.com.

[46] P. DE SENA, citato in *Guerra in Ucraina: "Gli Usa non vogliono più la pace, tocca alla Cina"*, il Sussidiario.net, 28 aprile 2022, www.ilsussidiario.net. Lo stesso Autore aggiunge: «Agire a titolo di protezione preventiva di altri Stati finisce per assomigliare parecchio – paradossalmente – proprio all'azione "preventiva", invocata in modo insostenibile da Putin (insieme ad altri motivi), per giustificare la sua "operazione militare speciale"».

[47] Su questi requisiti v. *Nicaragua*, cit., par. 194; CIG, parere consultivo dell'8 luglio 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, par. 41; CIG, sentenza del 6 novembre 2003, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, parr. 74-77.

[48] C. O'MEARA, *Necessity and Proportionality and the Right of Self-Defence in International Law*, Oxford, 2021, p. 98: «Necessity determines whether force may be used to respond to an actual or imminent armed attack and where it must be directed, proportionality governs how much force is permissible».

[49] Per un'analisi di carattere generale si veda T. CHRISTODOULIDOU, K. CHAINOGLOU, *The Principle of Proportionality from a* Jus Ad Bellum *Perspective*, in *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, cit., p. 1187 ss.

[50] Cf. *Nicaragua*, cit., par. 176: «self-defence would warrant only *measures which are proportional to the armed attack* and necessary to respond to it, a rule well established in customary international law» (corsivo aggiunto); *Oil Platforms*, cit., par. 51.

[51] V. per es. R. AGO, *Addendum to the eighth report on State responsibility*, UN Doc. A/CN.4/318/ADD.5-7, 1980, p. 69: «It would be mistaken (…) to think that there must be proportionality between the conduct constituting the armed attack and the opposing conduct. The action needed to halt and repulse the attack may well have to assume dimensions disproportionate to those of the attack suffered. What matters in this respect is the result to be achieved by the "defensive" action, and not the forms, substance and strength of the action itself». In favore di questa interpretazione cf. l'opinione dissenziente della Giudice Higgins nel caso *Nuclear Weapons*, cit., par. 5.

lo Stato vittima di un'aggressione sia titolato a combattere, anche dopo aver respinto l'attacco, fino alla vittoria finale[52]. La reazione dell'Ucraina e dei suoi alleati si è finora mantenuta ben all'interno dei limiti della proporzionalità anche laddove si aderisca all'interpretazione più restrittiva, considerata la portata dell'invasione russa in termini di estensione geografica, forze coinvolte e armi utilizzate[53]. Inoltre, quali che siano le motivazioni soggettive dichiarate dagli Stati Uniti (i quali, va ricordato, sono il principale ma non certo l'unico sostenitore dell'Ucraina), in realtà «the United States has been at pains to limit the foreseeable consequences of its support, as in the case of altering weapon systems to limit their effective range to within Ukrainian territory»[54]. In definitiva, il fatto che il sostegno all'Ucraina possa avere anche un effetto dissuasivo di future eventuali incursioni militari russe nulla toglie al suo carattere obiettivamente difensivo.

3. L'invio di aiuti militari all'Ucraina e gli obblighi internazionali di neutralità

Problemi più complessi sono sollevati dalla disciplina della neutralità, ovvero quelle norme di diritto internazionale classico che, nel corso di un conflitto armato internazionale, regolano i rapporti tra Stati belligeranti e Stati non coinvolti nel conflitto[55]. Si ritiene tradizionalmente che dallo *status* di neutralità – che deriva automaticamente dalla non belligeranza e non necessita di alcuna dichiarazione formale[56] – discendano obblighi di astensione, ovvero di non partecipare al conflitto armato, e di imparzialità, ovvero di trattare in modo uguale le parti del conflitto[57]. A ciò corrispondono vari obblighi in capo agli Stati belligeranti, *in primis* quello di non violare il territorio, le navi e i

---

[52] J.L. KUNZ, *Individual and Collective Self-Defense in Article 51 of the Charter of the United Nations, in American Journal of International Law*, 1947, p. 872 ss., pp. 876-7. In termini analoghi, con riguardo alla Guerra tra Iraq e Iran iniziata nel 1980, Y. DINSTEIN, *War*, cit., p. 284.

[53] K.J. HELLER, L. TRABUCCO, *The Legality*, cit., p. 255.

[54] M.N. SCHMITT, W.C. BIGGERSTAFF, *Aid and Assistance*, cit., p. 207.

[55] Sull'evoluzione storica di questo regime normativo v. S. NEFF, *The Rights and Duties of Neutrals: A General History*, Manchester, 2022.

[56] Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Cambridge, 2013, p. 381.

[57] A.S. HERSHEY, *Neutrality and International Law*, in *International Journal of Ethics*, 1916, p. 168 ss.; P. SEGER, *The Law of Neutrality*, in A. CLAPHAM, P. GAETA (a cura di), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, 2014, p. 248 ss. Y. DINSTEIN, *War*, cit., p. 27, parla di obblighi di «non-participation» e «non-discrimination».

soggetti degli Stati neutrali[58]. Queste norme rispondono a una duplice *ratio*. Da un lato, esse evidentemente tutelano gli interessi degli Stati non belligeranti, limitando gli effetti pregiudizievoli da essi subiti a causa del conflitto e consentendogli, per esempio, di continuare a commerciare con tutti i belligeranti. Ma dall'altro lato esse rispondono anche agli interessi delle parti belligeranti, nella misura in cui mirano a impedire che Stati terzi offrano sostegno alla parte nemica[59].

Alla neutralità sono dedicate la V e la XIII Convenzione dell'Aia del 1907, relative ai diritti e doveri delle Potenze e delle persone neutrali nel corso rispettivamente della guerra terrestre e marittima. Sia la Russia che l'Ucraina sono parti di entrambe le Convenzioni[60], così come lo sono anche la Bielorussia e numerosi Stati che offrono supporto all'Ucraina, tra cui Francia, Germania e Stati Uniti[61]. L'Italia e il Regno Unito, per contro, non ne sono parti, avendole solo firmate. Ad ogni modo, vari autori ritengono che tali Convenzioni codifichino in larga parte il diritto internazionale consuetudinario[62]. Questa posizione ha trovato conferma nel parere consultivo nel caso *Nuclear Weapons*, in cui la Corte internazionale di giustizia ha affermato che «international law leaves no doubt that the principle of neutrality, whatever its content, (…) is applicable (subject to the relevant provisions of the United Nations Charter), to all international armed conflict»[63]. Va notato però che si tratta di una posizione tutt'altro che pacifica e che vi è chi dubita che la disciplina della neutralità continui ad avere rilevanza nel diritto internazionale contemporaneo[64]. Sul punto si tornerà più avanti.

Ammettendo per il momento, per semplicità, che gli obblighi di neutralità siano rilevanti nel contesto della guerra in Ucraina in quanto parte del di-

---

[58] *HPCR Manual*, cit., p. 394 ss.

[59] *Ivi*, pp. 381-382; Y. DINSTEIN, *War*, cit., p. 27.

[60] Mentre la Russia è sempre stata parte delle Convenzioni, l'accessione dell'Ucraina risale al 2015. Si noti in proposito che entrambe le Convenzioni contengono una clausola *si omnes*. Cfr. l'art. 20 della V Convenzione e l'art. 28 della XIII Convenzione: «The provisions of the present Convention do not apply except between Contracting Powers, and then only if all the belligerents are Parties to the Convention».

[61] Tra gli Stati che stanno inviando aiuti militari all'Ucraina, sono parti della V Convenzione Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Ungheria, Giappone, Lussemburgo, Paesi Bassi, Norvegia, Polonia, Portogallo, Romania, Spagna, Svezia e Stati Uniti d'America: www.ihl-databases.icrc.org. La situazione è la medesima per la XIII Convenzione, tranne che Polonia e Spagna non ne sono parti: www.ihl-databases.icrc.org.

[62] V. per es. J. UPCHER, *Neutrality*, cit., pp. 71-73, insieme con la dottrina ivi citata.

[63] *Nuclear Weapons*, cit., par. 89.

[64] M. GAVOUNELI, *Neutrality – A Survivor?*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 267 ss.

ritto internazionale generale, numerose azioni poste in essere da Stati non belligeranti si pongono in più o meno evidente contrasto con tali obblighi. Ciò vale, ad esempio, per l'addestramento di militari ucraini in Paesi della NATO[65]; per il presunto invio, da parte di alcuni di questi ultimi, di consulenti militari in Ucraina[66]; e per la fornitura di intelligence in merito a obiettivi militari russi da colpire[67]. Sono evidenti violazioni della neutralità anche l'utilizzo, da parte della Russia, del territorio bielorusso per lanciare attacchi contro il nord dell'Ucraina[68], così come il fatto che la Bielorussia abbia tollerato il passaggio di truppe russe nel proprio territorio[69]. Infine, il divieto di fornitura di materiale bellico alle parti belligeranti è anch'esso considerato un corollario della neutralità. Sebbene la V Convenzione curiosamente non lo preveda espressamente, esso è stabilito, con riferimento alla guerra marittima, dall'art. 6 della XIII Convenzione[70] e molti autori concordano nel ritenere che esso sia parte della neutralità come prevista dal diritto internazionale consuetudinario[71].

Tuttavia, anche ammettendo che la fornitura di armi all'Ucraina si ponga in violazione delle regole in materia di neutralità, ciò non significa necessariamente che tale fornitura sia incompatibile con il diritto internazionale. La questione è infatti resa notevolmente più intricata dalla possibile interazione tra la neutralità e le norme in materia di *jus ad bellum*. Si tratta di un problema sconosciuto al diritto internazionale classico: le norme sulla neutralità

---

[65] Cfr. art. 4 della V Convenzione: «Corps of combatants cannot be formed nor recruiting agencies opened on the territory of a neutral Power to assist the belligerents». Secondo l'art. 6, non costituisce invece una violazione il fatto che uno Stato neutrale tolleri che privati cittadini si rechino volontariamente nel territorio di una delle parti belligeranti per arruolarsi.

[66] Sul divieto di fornire consulenti militari v. Y. DINSTEIN, *War*, cit., p. 29. È incerto se consulenti militari stranieri, certamente presenti in Ucraina prima dell'inizio dell'invasione russa, siano ancora nel Paese: K.J. HELLER, L. TRABUCCO, *The Legality*, cit., p. 258.

[67] *Ivi*, p. 257.

[68] Cfr. l'art. 2 della V Convenzione: «Belligerents are forbidden to move troops or convoys of either munitions of war or supplies across the territory of a neutral Power».

[69] Art. 5 della V Convenzione: «A neutral Power must not allow any of the acts referred to in Articles 2 to 4 to occur on its territory».

[70] «The supply, in any manner, directly or indirectly, by a neutral Power to a belligerent Power, of war-ships, ammunition, or war material of any kind whatever, is forbidden».

[71] V. per es. C. ANTONOPOULOS, *Non-Participation in Armed Conflict: Continuity and Modern Challenges to the Law of Neutrality*, Cambridge, 2022, pp. 91-94; J.K. DAVIS, *Bilateral Defense-Related Treaties and the Dilemma Posed by the Law of Neutrality*, in *Harvard National Security Journal*, 2020, p. 455 ss., pp. 466-467; Y. SANDOZ, *Rights, Powers, and Obligations of Neutral Powers under the Conventions*, in A. CLAPHAM, P. GAETA, M. SASSÒLI (a cura di), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Oxford, 2015, p. 85 ss., p. 89. Cfr. anche, per una dettagliata analisi, J. UPCHER, *Neutrality*, cit., pp. 77-87, il quale però nota come la prassi non sia del tutto univoca.

si sono sviluppate in un'epoca storica in cui il ricorso alla guerra non era vietato[72]. Ma una volta che il divieto di uso della forza è assurto a principio fondamentale del diritto internazionale, sorge inevitabilmente la domanda se la neutralità debba continuare ad applicarsi senza modifiche oppure debba adeguarsi in qualche modo al nuovo regime normativo. In particolare, ci si può chiedere se le parti non belligeranti siano tenute a mantenersi imparziali anche rispetto a un conflitto in cui uno Stato abbia violato il divieto di uso della forza e un altro Stato, per converso, la stia usando legalmente, o perché autorizzato dal Consiglio di sicurezza o perché in legittima difesa.

È utile sottolineare che l'emersione del divieto di uso della forza ha prodotto certamente effetti in merito alle possibili *conseguenze* di violazioni della neutralità, nel senso che non sarebbe in alcun caso possibile reagire con la forza armata a violazioni della neutralità che non integrino esse stesse l'uso della forza[73]. Ma la questione continua a porsi con riguardo a possibili reazioni pacifiche a violazioni della neutralità. Laddove la neutralità continuasse ad applicarsi invariata anche in caso di inosservanza dello *jus ad bellum*, tutti gli Stati belligeranti che subissero violazioni della neutralità – si noti: *anche lo Stato aggressore* – sarebbero titolati ad adottare contromisure pacifiche e a chiedere una riparazione per l'illecito subito[74].

La questione se uno Stato non belligerante possa adottare comportamenti non neutrali nei confronti di Stati che abbiano fatto ricorso illegalmente alla forza armata, senza però rinunciare ai *benefici* derivanti dal regime della neutralità, si è posta per la prima volta ben prima dell'attuale conflitto in Ucraina. L'attuale prassi dei Paesi occidentali può infatti ricordare il comportamento degli Stati Uniti che, prima del loro ingresso nella Seconda guerra mondiale, fornirono aiuti militari al Regno Unito e, in misura minore, ad

---

[72] L. OPPENHEIM, *International Law: A Treatise. Vol. II: War and Neutrality*, Londra, 1906, p. 60: «war is not inconsistent with, but a condition regulated by, International Law. The latter at present cannot and does not object to States which are in conflict waging war upon each other instead of peaceably settling their difference. But if they choose to go to war they have to comply with the rules laid down by International Law regarding the conduct of war and the relations between belligerents and neutral States».

[73] Il punto è assolutamente incontroverso. Si vedano per tutti M. MANCINI, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, Torino, 2009, p. 243; M. BOTHE, *Neutrality, Concept and General Rules*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2015, opil.ouplaw.com, par. 28.

[74] Questa posizione è sostenuta da K.J. HELLER, L. TRABUCCO, *The Legality*, cit., p. 261; M. BOTHE, *Neutrality*, cit., par. 5: «Violations of the law of neutrality occur even where support is given to the victim of aggression, and even when it does not amount to participation in the conflict. It may, thus, be answered by countermeasures».

Unione Sovietica, Francia e Cina[75]. Gli Stati Uniti articolarono la posizione secondo cui la violazione degli obblighi di imparzialità nei confronti della Germania si giustificasse alla luce della violazione tedesca del Patto Briand-Kellogg[76], ma che allo stesso tempo ciò non rendesse gli Stati Uniti una parte belligerante e non impedisse loro di continuare a godere dei diritti spettanti agli Stati neutrali[77].

Nel contesto attuale, la discussione sul tema va ovviamente rapportata alle norme sullo *jus ad bellum* contenute nella Carta delle Nazioni Unite. A questo proposito, è pacifico che la neutralità non trovi applicazione laddove ci sia un intervento del Consiglio di sicurezza[78]. La Carta attribuisce al Consiglio il potere di indicare misure sia non implicanti l'uso della forza (*ex* art. 41), come sanzioni economiche, sia implicanti l'uso della forza (*ex* art. 42). L'art. 25 prevede un obbligo per tutti i membri di dare effetto alle decisioni del Consiglio. L'art. 2, par. 5, inoltre, stabilisce che i membri «shall give the United Nations every assistance in any action it takes in accordance with the present Charter, and shall refrain from giving assistance to any state against which the United Nations is taking preventive or enforcement action». È evidente come queste disposizioni non lascino alcuno spazio alla disciplina sulla neutralità[79], come del resto è abbondantemente confermato dalla prassi[80]. Il punto però resta controverso nei casi in cui non ci sia stata alcuna determinazione del Consiglio

---

[75] Si veda il *Lend-Lease Act* dell'11 marzo 1941, www.archives.gov. La legislazione statunitense del 2022 che ha autorizzato la consegna di forniture militari all'Ucraina richiama espressamente l'atto del 1941, essendo denominata *Ukraine Democracy Defense Lend-Lease Act*: si veda www.govinfo.gov.

[76] *Address of Robert H. Jackson, Attorney General of the United States, Inter-American Bar Association, Havana, Cuba, March 27, 1941*, in *American Journal of International Law*, 1941, p. 348 ss.

[77] Una posizione sostenuta già da Q. WRIGHT, *Neutrality and Neutral Rights Following the Pact of Paris for the Renunciation of War*, in *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, 1930, p. 79 ss., p. 84: «under the Pact, (…) partiality is permissible. The Pact breaker would have no claim against any other signatory of the Pact for failure to observe the impartiality traditionally required by the law of neutrality». Similmente anche H. LAUTERPACHT, *Memorandum on the Principles of International Law Governing the Question of Aid to the Allies by the United States, 15 January 1941*, in E. LAUTERPACHT (a cura di), *International Law Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. V, Cambridge, 2004, p. 645 ss., p. 650; e, più recentemente, J. UPCHER, *Neutrality*, cit., p. 20.

[78] *HPCR Manual*, cit., p. 382; P. HOSTETTLER, O. DANAI, *Neutrality in Land Warfare*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2015, opil.ouplaw.com, par. 2.

[79] P. SEGER, *The Law*, cit., p. 251.

[80] M.N. SCHMITT, *"Strict" versus "Qualified" Neutrality*, in *Articles of War*, 22 marzo 2022, www.lieber.westpoint.edu.

di sicurezza[81] – il che, a causa del veto russo, è ovviamente quanto è avvenuto nel contesto della guerra in Ucraina.

Alcuni autori ritengono che in tali casi il regime tradizionale della neutralità debba continuare ad applicarsi senza modifiche sostanziali. Essi sostengono cioè che la disciplina della neutralità non sia in alcun modo intaccata dalle norme in materia di legittima difesa e che resti quindi vietata qualsiasi discriminazione contro lo Stato aggressore: una violazione degli obblighi di neutralità in supporto allo Stato aggredito non si giustificherebbe mai, neppure sulla base del diritto di legittima difesa collettiva[82]. Il principale argomento invocato a sostegno di questa posizione è la necessità di operare una rigida distinzione tra lo *jus ad bellum*, in cui rientra il diritto di legittima difesa, e lo *jus in bello*, in cui rientrano le norme sulla neutralità[83]. Confondere i due piani violerebbe, nelle parole di Bothe,

> «a general principle of the law of war, namely the principle of equality of the parties regardless of the justification of the conflict. Like international humanitarian law, the law of neutrality can effectively fulfil its function of restraining conflicts only if the question of which party is the aggressor and which the victim remains irrelevant for the evaluation of certain acts in the light of the law of neutrality»[84].

Non si tratta, però, di un argomento decisivo. Non è qui in discussione la stretta separazione tra *jus ad bellum* e diritto umanitario, in base alla quale quest'ultimo vincola senza differenze tutte le parti di un conflitto armato indipendentemente dal fatto che esse avessero o meno titolo legale per ricorrere alla forza armata[85]. Le norme sulla neutralità costituiscono una parte *sui generis* dello *jus in bello* perché non si fondano su considerazioni umanitarie. Come visto in precedenza, la loro *ratio* è quella di tutelare interessi (militari ed economici) tanto degli Stati non belligeranti che di quelli belligeranti. Su questa base, è quantomeno discutibile che il principio di distinzione tra *jus*

---

[81] W. HEINTSCHEL VON HEINEGG, *Benevolent Third States in International Armed Conflicts: the Myth of the Irrelevance of the Law of Neutrality*, in M.N. SCHMITT, J. PEJIC (a cura di), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines. Essays in Honour of Yoram Dinstein*, Leiden, 2007, p. 543 ss.

[82] M. BOTHE, *Neutrality*, cit., par. 29; P. HOSTETTLER, O. DANAI, *Neutrality*, cit., par. 4.

[83] Così C. ANTONOPOULOS, *Non-Participation*, cit., p. 147.

[84] M. BOTHE, *Neutrality*, cit., par. 29.

[85] Su questo basilare principio si vedano J.K. KLEFFNER, *Scope of Application of International Humanitarian Law*, in D. FLECK (a cura di), *The Handbook of International Humanitarian Law*, (IV ed.), Oxford, 2021, p. 50 ss., pp. 56-57; M. SASSÒLI, *Ius ad Bellum and Ius in Bello – The Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to be Respected in Warfare: Crucial or Outdated?*, in *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines. Essays in Honour of Yoram Dinstein*, cit., p. 241 ss.

ad bellum e *jus in bello* si estenda anche alle norme sulla neutralità[86]. È ragionevole sostenere che «an aggressor State [should not] take advantage of (…) parts of the laws of war, such as the law of neutrality, the rationale of which is not based upon humanitarian considerations»[87]. Ciò non è altro che un'applicazione del principio *ex iniuria jus non oritur*[88].

Sempre Bothe ha sostenuto che un'altra ragione per cui la disciplina della legittima difesa non avrebbe alcun impatto sulle norme sulla neutralità è che, secondo la Carta delle Nazioni Unite, gli Stati hanno un diritto ma non un dovere di agire in legittima difesa collettiva. Per questo motivo, «it is by no means unlawful if a state abstains from supporting a victim of aggression, that is remains impartial and neutral. The situation is different only if and to the extent that the Security Council uses its powers under Chapter VII»[89]. Anche questa argomentazione, tuttavia, appare piuttosto debole, e ciò per almeno due ragioni. Per prima cosa, com'è stato notato, la fornitura di armi a uno Stato aggredito è «pienamente conforme ai principi e agli obiettivi della Carta, in una situazione di paralisi della sicurezza collettiva»[90]. Inoltre, la questione coinvolge non solo la disciplina della neutralità e le disposizioni della Carta delle Nazioni Unite ma anche il diritto internazionale *nel suo complesso*. Il fatto, cioè, che la Carta non *obblighi* gli Stati a non rispettare le norme sulla neutralità, in situazioni che ricadono nell'art. 51 e in assenza di interventi del Consiglio di sicurezza, non esclude di certo l'eventualità che altre norme di diritto internazionale possano *permettere* agli Stati di farlo. Ed è in particolare la disciplina dell'illecito internazionale, codificata negli Articoli del 2001 sulla responsabilità internazionale degli Stati[91], a fornire vari possibili argomenti per ritenere lecita la violazione delle norme sulla neutralità in favore di uno Stato aggredito. Sulla base dell'uno o dell'altro argomento – o, in alcuni casi, di tutti cumulativamente[92] – la grande maggioranza della

---

[86] J. MOUSSA, *Can* Jus ad Bellum *Override* Jus in Bello*? Reaffirming the Separation of the Two Bodies of Law*, in *International Review of the Red Cross*, 2008, p. 963 ss., p. 968, nota 26.
[87] C. GREENWOOD, *The Concept of War in Modern International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1987, p. 283 ss., p. 289.
[88] S. TALMON, *The Provision of Arms to the Victim of Armed Aggression: the Case of Ukraine*, *Bonn Research Papers on Public International Law*, 6 aprile 2022, www.papers.ssrn.com, p. 8.
[89] M. BOTHE, *Neutrality*, cit., par. 10.
[90] M. PEDRAZZI, *L'aggressione*, cit.
[91] Commissione del diritto internazionale, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. 1, parte I, p. 31 ss.
[92] Per es. A. CLAPHAM, *On War*, in *Articles of War*, 5 marzo 2022, www.lieber.westpoint.edu.

dottrina si è condivisibilmente pronunciata in questo senso con riferimento all'attuale conflitto in Ucraina[93].

Una prima causa di giustificazione potenzialmente rilevante è quella prevista dall'art. 21 degli Articoli, secondo il quale «The wrongfulness of an act of a State is precluded if the act constitutes a lawful measure of self-defence taken in conformity with the Charter of the United Nations». Questa disposizione chiaramente riveste importanza centrale qualora si ritenga che la fornitura di armi costituisca «uso indiretto della forza» nei confronti della Russia[94]. La sua rilevanza può apparire più incerta qualora si aderisca all'opinione (che, come visto nel par. 2, appare preferibile) secondo cui la fornitura di armi a uno Stato non raggiunge la soglia dell'uso della forza. Autori che sono di quest'ultimo avviso hanno in effetti affermato che l'art. 21 sarebbe del tutto irrilevante in questo contesto, sul presupposto che esso sia destinato a giustificare esclusivamente condotte che ammontino a uso della forza[95]. Tuttavia, l'art. 21 può mantenere rilevanza se si aderisce alla (piuttosto ragionevole) opinione secondo cui, se tale disposizione giustifica l'uso della forza in via diretta, allora *a fortiori* essa giustifica anche atti al di sotto di tale soglia[96]. Ciò non significa che l'invio di armi costituisca un uso della forza; vuol dire, semplicemente, che la legittima difesa come causa di giustificazione dell'illecito è atta a giustificare anche condotte che non costituiscano legittima difesa, sulla base di un classico argomento *a maiore ad minus*[97].

Altri hanno affermato che la violazione degli obblighi di neutralità sia giustificabile a titolo di contromisura collettiva in risposta a una violazione di una norma cogente del diritto internazionale[98]. L'ammissibilità di contromi-

---

[93] Si vedano per es. M. PEDRAZZI, *L'aggressione*, cit.; W. HEINTSCHEL VON HEINEGG, *Neutrality in the War against Ukraine*, in *Articles of War*, 1° marzo 2022, lieber.westpoint.edu/neutrality-in-the-war-against-ukraine/ (che ha espressamente modificato il proprio orientamento in precedenza contrario a qualsiasi idea di neutralità «qualificata»: cfr. W. HEINTSCHEL VON HEINEGG, *Benevolent Third States*, cit.); K. AMBOS, *Will a State Supplying Weapons to Ukraine Become a Party to the Conflict and thus Be Exposed to Countermeasures?*, in *EJIL: Talk!*, 2 marzo 2022, www.ejiltalk.org).

[94] V. per es. M.N. SCHMITT, *"Strict"*, cit.

[95] P. CLANCY, *Neutral Arms Transfers*, cit., p. 535: « the mere supplying of arms to Ukraine does not constitute the use of force in collective self-defence (…). Accordingly, collective self-defence cannot be used as a justification for neutral arms transfers to Ukraine». In termini analoghi anche S. TALMON, *The Provision*, cit., pp. 5-6.

[96] In questo senso K. AMBOS, *Will a State*, cit. *Contra*, G. BARTOLINI, *The Provision*, cit., p. 10.

[97] Questo argomento è esaustivamente sviluppato in R. BUCHAN, *Non-Forcible Measures and the Law of Self-Defence*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2023, p. 1 ss.

[98] P. CLANCY, *Neutral Arms Transfers*, cit., p. 14; R. PEDROZO, *Ukraine Symposium – Is the Law of Neutrality Dead?*, in *Articles of War*, 31 maggio 2022, www.lieber.westpoint.edu. *Contra*, S. TALMON, *The Provision*, cit., pp. 6-8. In senso critico v. anche G. BARTOLINI, *The Provision*, cit., p. 12.

sura collettive è notoriamente controversa. La Commissione del diritto internazionale, negli Articoli del 2001, non ha preso posizione sul punto e ha formulato una disposizione (l'art. 54[99]) destinata a lasciare «the resolution of the matter to further development of international law»[100]. Vari autori hanno sostenuto, con una varietà di argomenti, che l'adozione di contromisure da parte di tutti gli Stati in risposta a una violazione di obblighi *erga omnes* sia da ammettere[101]. Ma anche laddove si dubiti della possibilità per qualsiasi Stato non direttamente leso di adottare *unilateralmente* una contromisura in reazione a violazioni di obblighi *erga omnes*, deve comunque ritenersi che tali contromisure siano legittime quando sono espressione di reazioni *collettive* rappresentative dell'intera comunità internazionale[102]. La prassi (nella quale rientra anche l'imposizione di sanzioni[103]) delle reazioni all'aggressione all'Ucraina, che è stata oggetto di condanna da parte di una larghissima maggioranza dei membri della comunità internazionale[104], è pienamente riconducibile a questa impostazione e la conferma.

Infine, in aggiunta alle argomentazioni basate sul diritto della responsabilità internazionale – che presuppongono comunque che il regime della neutralità *sia* in astratto applicabile alla situazione ucraina – è stato anche affermato, in termini ancor più radicali, che la neutralità non si applicherebbe affatto in situazioni dove uno Stato abbia compiuto un atto di aggressione in

---

[99] «This chapter does not prejudice the right of any State, entitled under article 48, paragraph 1, to invoke the responsibility of another State, to take lawful measures against that State (…)».

[100] *Commentaries*, cit., p. 139.

[101] Si vedano tra gli altri P. PICONE, *Obblighi «erga omnes» e uso della forza*, Napoli, 2017; M. KOSKENNIEMI, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Report of the Study Group of the International Law Commission*, UN Doc. A/CN.4/L.682 del 13 aprile 2006, p. 200, par. 396; M. DAWIDOWICZ, *Third-Party Countermeasures in International* Law, Cambridge, 2017; G. GAJA, *Obligations* Erga Omnes*, International Crimes and* Jus Cogens*: A Tentative Analysis of Three Related Concepts*, in J.H.H. WEILER, A. CASSESE, M. SPINEDI (a cura di), *International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Berlino, 1989, p. 151 ss. In questo senso anche la risoluzione dell'Institut de droit international *Obligations Erga Omnes in International Law*, 2005, art. 5.

[102] M. IOVANE, *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, Napoli, 2000. Più recentemente v. anche M. IOVANE, P. ROSSI, *International Fundamental Values and Obligations Erga Omnes*, in M. IOVANE et al. (a cura di), *The Protection of General Interests in Contemporary International Law: A Theoretical and Empirical Inquiry*, Oxford, 2021, p. 46 ss.

[103] Su cui v. *ex multis* D. PAUCIULO, *Considerazioni sulle misure coercitive adottate nei confronti della Federazione russa e della Bielorussia alla luce del diritto del commercio internazionale*, in *SIDIBlog*, 19 marzo 2022, www.sidiblog.org; S. POLI, *La portata e i limiti delle misure restrittive dell'Unione europea nel conflitto tra Russia e Ucraina*, in *SIDIBlog*, 22 marzo 2022, www.sidiblog.org.

[104] Assemblea generale, *Aggression against Ukraine*, cit.

palese violazione della Carta delle Nazioni Unite[105]. In effetti, la stessa prassi degli Stati relativa alla guerra in Ucraina fa sorgere seri dubbi in merito alla sopravvivenza della norma sulla neutralità in simili circostanze. Riferimenti alla neutralità come norma di diritto internazionale risultano assenti, almeno per il momento, nelle dichiarazioni degli Stati che stanno offrendo supporto all'Ucraina[106]. Il fatto che tali Stati abbiano anche evitato di giustificare la fornitura di aiuti militari nel linguaggio delle cause di esclusione dell'illecito (né, come visto nel par. 2, menzionando la legittima difesa collettiva, né riferendosi all'adozione di contromisure[107]) potrebbe essere indice del fatto che essi non ritengano che ci sia alcun illecito da giustificare – o, in altri termini, che la fornitura di armi sia lecita *ab initio*. L'attenzione con cui Stati quali la Corea del Nord e l'Iran hanno (implausibilmente) negato di aver fornito armi alla Russia[108] non necessita, per essere spiegata giuridicamente, degli obblighi di neutralità, in quanto fornire assistenza a uno Stato che violi norme cogenti risulta comunque vietato da altre norme internazionali[109]. Riferimenti alla neutralità sono assenti anche dalle dichiarazioni ufficiali della Russia[110], che pure avrebbe tutto l'interesse ad invocarla, e della Cina[111], che, pur avendone invocato l'interruzione[112], non ha mai espressamente qualificato l'invio di armi all'Ucraina come una violazione del diritto internazionale (a differenza, si noti, delle sanzioni economiche[113]). Sebbene sia forse ancora troppo presto per esprimere una valutazione definitiva sul punto, i comportamenti attuali degli Stati sembrano non integrare le soglie di *diuturnitas* e *opinio juris* necessarie alla sopravvivenza della neutralità come norma di diritto consuetudinario. Ciò non fa che confermare i sospetti, da tempo avan-

---

[105] S. TALMON, *The Provision*, cit., pp. 18-20.
[106] V. diffusamente G. BARTOLINI, *The Provision*, cit.
[107] *Ivi*, p. 12.
[108] V. per es. *North Korea denies supplying weapons to Russia*, BBC News, 22 settembre 2022, www.bbc.com.
[109] Per es. l'art. 16 degli Articoli del 2001, che estende la responsabilità internazionale anche a uno Stato «which aids or assists another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter»; e l'art. 41, par. 2, secondo il quale «No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation».
[110] G. BARTOLINI, *The Provision*, cit., pp. 16-18.
[111] *China's Position on the Political Settlement of the Ukraine Crisis*, 24 febbraio 2023, www.fmprc.gov.. Il documento menziona i principi di neutralità e imparzialità solo con riferimento alla conduzione di operazioni umanitarie.
[112] *China's Ukraine envoy urges countries to "stop sending weapons to the battlefield," negotiate peace*, NBC News, 2 giugno 2023, www.nbcnews.com.
[113] V. per es. *China says it will monitor EU talks on Russia sanctions, defend Chinese firms*, Reuters, 1 giugno 2023.

zati in dottrina, che la futura prassi degli Stati possa portare la norma sulla neutralità «to vanish entirely through obsolescence»[114].

4. L'invio di aiuti militari all'Ucraina e gli obblighi internazionali in materia di trasferimenti di armi

Una volta stabilito che l'invio di aiuti militari all'Ucraina non costituisce, in linea generale, una violazione né dello *jus ad bellum* né degli obblighi in materia di neutralità, è necessario evidenziare come ciò non significhi che il diritto internazionale consenta qualunque tipo di fornitura di armi a un Paese vittima di aggressione. La legalità di tali forniture è infatti condizionata al rispetto di altri obblighi internazionali che regolano specificamente la materia del trasferimento di armi[115]. Il principale strumento internazionale in questo ambito è il Trattato sul commercio delle armi, concluso nel 2013 ed entrato in vigore l'anno seguente[116]. Ad eccezione degli Stati Uniti, che lo hanno solo firmato, questo trattato vincola la gran parte degli Stati che stanno offrendo supporto militare all'Ucraina, Italia inclusa[117]. Il trattato si applica, a dispetto del nome, a qualsiasi trasferimento di armi anche di natura non commerciale[118] e le forniture occidentali rientrano pressoché interamente nel suo ambito di applicazione. Quest'ultimo include carri armati, veicoli corazzati, sistemi di artiglieria di grosso calibro, aerei ed elicotteri da combattimento, navi da guerra, missili, lanciamissili e armi leggere e di piccolo calibro[119], nonché le munizioni utilizzabili da ciascuna di queste armi[120].

Per questi armamenti, l'art. 6 del trattato prevede innanzitutto dei casi di divieto assoluto di esportazione. Di particolare rilevanza è quello previsto al

---

[114] P. PALCHETTI, *Consequences for Third States as a Result of an Unlawful Use of Force*, in M. WELLER, *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, 2015, p. 1224 ss., p. 1230.

[115] Su questo settore del diritto internazionale si veda L. SAMMARTINO, *La ricerca di regole applicabili al "commercio" internazionale di armi convenzionali*, Roma, 2021.

[116] A. CLAPHAM, S. CASEY-MASLEN, G. GIACCA, S. PARKER, *The Arms Trade Treaty: A Commentary*, Oxford, 2016.

[117] Per lo *status* del trattato v. www.treaties.un.org. Si noti che né la Russia né l'Ucraina sono parti del trattato.

[118] L. LUSTGARTEN, *The Arms Trade Treaty: Achievements, Failings, Future*, *in International and Comparative Law Quarterly*, 2015, p. 569 ss., p. 578. Cfr. art. 2, par. 2, del trattato: «For the purposes of this Treaty, the activities of the international trade comprise export, import, transit, trans-shipment and brokering, hereafter referred to as "transfer"».

[119] Art. 2, par. 1.

[120] Art. 3.

comma 3, che vieta ogni trasferimento se lo Stato «has knowledge at the time of authorization that the arms or items would be used in the commission of genocide, crimes against humanity, grave breaches of the Geneva Conventions of 1949, attacks directed against civilian objects or civilians protected as such, or other war crimes». Al di fuori dei casi previsti dall'art. 6, l'art. 7 prevede l'obbligo di porre in essere una procedura di valutazione («export assessment»), «in an objective and non-discriminatory manner, taking into account relevant factors», per verificare se esista la possibilità che le armi destinate all'esportazione «would contribute to or undermine peace and security»[121] oppure siano usate per una serie di fini proibiti, i quali includono, tra gli altri, la commissione o facilitazione di gravi violazioni del diritto umanitario e dei diritti umani[122] o atti di violenza di genere o contro donne e bambini[123]. Lo Stato deve inoltre valutare la possibilità di adottare misure di mitigazione di tali rischi[124], e ha l'obbligo di vietare l'esportazione se dovesse determinare che, risultando inefficaci anche tali ultime misure, permarrebbe un «overriding risk» che si producano le conseguenze negative sopra descritte[125].

In dottrina si è mostrato che, nelle circostanze attuali del conflitto, i trasferimenti di armi all'Ucraina non possano ritenersi coperti dai divieti assoluti di trasferimento previsti dall'art. 6. Questa disposizione fissa una soglia molto alta, richiedendo una conoscenza, da parte degli Stati alleati, di un'eventuale intenzione ucraina di commettere crimini internazionali utilizzando specificamente le armi da essi fornite[126]. Potenzialmente più rilevante è invece l'art. 7, il quale fissa una soglia sensibilmente più bassa riferendosi alla mera *possibilità* di causare *o facilitare* serie violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario. A questo proposito, non può negarsi che la possibilità che le armi inviate in Ucraina vengano utilizzate in modo improprio non è trascurabile. È stata documentata la possibile commissione di crimini di guerra anche da parte ucraina, seppur in misura enormemente inferiore rispetto a quanto ascrivibile alle forze russe[127]. Vi è inoltre il rischio che le armi occi-

---

[121] Art. 7, par. 1, lett. (a).
[122] Art. 7, par. 1, lett. (b).
[123] Art. 7, par. 4.
[124] Art. 7, par. 2.
[125] Art. 7, par. 3.
[126] S. ZADEMACK, L. JAMES, *Western Weapons in Ukraine*, 8 febbraio 2022, www.opiniojuris.org.
[127] V. per es. Consiglio per i diritti umani, *Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine*, UN Doc. A/HRC/52/62 del 15 marzo 2023.

dentali possano essere catturate dalle forze russe e filorusse, venendo poi utilizzate da queste ultime a fini proibiti[128]. Tutto ciò evidenzia l'importanza dello svolgimento della procedura di valutazione *ex* art. 7 e dell'adozione di eventuali misure di mitigazione[129]. Ma va pure sottolineato, allo stesso tempo, che l'accertamento del rischio di usi vietati e di una eventuale insufficienza delle misure di mitigazione non comporterebbe necessariamente e in modo automatico un divieto di esportazione. Affinché il divieto in oggetto operi è richiesto, come visto, che il rischio sia giudicato «overriding». Questo termine, oggetto di notevole controversia nel corso dei negoziati, lascia intendere che lo Stato esportatore debba operare un bilanciamento dei pro e dei contro del trasferimento di armi e possa ugualmente autorizzarlo qualora le conseguenze negative fossero giudicate inferiori rispetto a «any contribution (…) the exported arms and items would make to peace and security»[130]. Ciò lascerebbe comunque un certo margine di valutazione agli Stati che inviano aiuti all'Ucraina.

Con specifico riguardo all'Italia, non può non rilevarsi che i decreti governativi sull'invio di armi all'Ucraina non contengono alcuna menzione del Trattato sul commercio delle armi (neppure nel Preambolo, che, tra le fonti internazionali, nomina esclusivamente gli articoli 3 e 4 del Trattato Nord Atlantico) e non è dato sapere se siano state effettuate le valutazioni richieste dal Trattato per assicurarsi che le armi italiane non vengano utilizzate per fini vietati[131]. La stessa omissione era stata notata nei decreti con cui, nell'agosto del 2014, il governo italiano stabilì di fornire materiali di armamento all'Iraq per sostenere le attività militari delle autorità regionali curde contro il c.d. «Stato islamico»[132]. Tale omissione era stata giustamente criticata anche se il Trattato non vincolava ancora l'Italia sul piano internazionale[133]. Ma la mancata menzione degli obblighi internazionali in materia di trasferimenti di ar-

---

[128] *Russia has been sending some US-provided weapons captured in Ukraine to Iran, sources say*, CNN, 14 marzo 2023, www.edition.cnn.com.

[129] Con riguardo agli aiuti militari forniti dall'Unione europea cfr. T. HAMILTON, *Articulating Arms Control Law in the EU's Lethal Military Assistance to Ukraine*, in Just Security, 30 marzo 2022, www.justsecurity.org.

[130] A. CLAPHAM, S. CASEY-MASLEN, G. GIACCA, S. PARKER, *The Arms*, cit., p. 275.

[131] Per i riferimenti ai primi decreti italiani sull'invio di armi all'Ucraina si veda l'Introduzione.

[132] *Iraq, l'Italia accelera per le armi ai curdi contro i jihadisti: "Fare presto". M5S e Ncd verso il no*, la Repubblica, 18 agosto 2014, www.repubblica.it.

[133] E. CIMIOTTA, *L'Italia arma le forze curde impegnate a contrastare il c.d. «Stato islamico». Brevi note di diritto internazionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2014, p. 9.

mi è oggi ancora più problematica considerando che il Trattato, nel frattempo, è entrato in vigore.

5. L'invio di aiuti militari all'Ucraina e la Costituzione italiana: il ruolo del diritto internazionale nell'interpretazione del «ripudio della guerra»

Infine, oltre a questioni di diritto internazionale, la decisione del governo italiano di fornire aiuti militari all'Ucraina solleva anche un problema di compatibilità con la Costituzione italiana e, in particolare, con le sue disposizioni a vocazione internazionalistica. Il pensiero va innanzitutto all'art. 11 Cost., prima parte, che prevede che «L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali», ma non si tratta, a ben vedere, dell'unico parametro costituzionale rilevante. Poiché la Costituzione conferisce un rango gerarchico superiore alla legge tanto al diritto internazionale generale (*ex* art. 10, c. 1) quanto ai trattati internazionali (*ex* art. 117, c. 1), entrambe queste categorie di fonti costituiscono, nel nostro ordinamento, un limite all'esercizio dei poteri esecutivo e legislativo. Anche gli obblighi in materia di neutralità, dunque, nella misura in cui vi si riconosca carattere consuetudinario, sono ugualmente recepiti nel nostro ordinamento, e considerazioni simili possono valere per gli obblighi derivanti dal Trattato sulle armi. Ci si trova insomma in un ambito nel quale la legalità costituzionale è strettamente intrecciata con il diritto internazionale[134].

Per iniziare, è importante sottolineare che il ripudio della guerra non è che una espressione del più ampio principio pacifista che ispira l'intero art. 11 Cost. L'ideale della pace è infatti alla base anche della sua seconda parte, secondo la quale l'Italia «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo». Sono oggi del tutto superate le risalenti interpretazioni riduttive che vedevano in questo articolo formulazioni «prive di con-

[134] Si noti che, nella dottrina costituzionalistica, si è discusso anche della legittimità della secretazione delle forniture di armi. Questa questione, relativa non alla legalità dell'invio di armi in sé ma esclusivamente alle modalità con cui è stato effettuato, esula dall'ambito del presente lavoro. Sul punto v. per es. M. MARAZZINI, *I poteri normativi del Governo nell'emergenza bellica in Ucraina. Alcuni spunti critici a partire dall'invio di aiuti militari e sulla loro secretazione*, in *Consulta online*, 2023, p. 157 ss.

tenuto giuridico»[135]. In realtà, è indiscusso che il principio pacifista abbia un carattere immediatamente vincolante sulle autorità dello Stato[136]. Esprimendo una direttiva generale per gli organi che gestiscono le relazioni internazionali dell'Italia, esso impone loro di «perseguire attivamente una politica pacifista»[137]. Ed è convincente la ricostruzione secondo cui il divieto del coinvolgimento dell'Italia in guerre di natura offensiva o che mirino a risolvere controversie internazionali proibisca non solo la partecipazione diretta dell'Italia a questi tipi di guerre ma anche ogni forma di assistenza a Stati che le conducano, il che comporta che il ripudio della guerra si estenda all'assistenza tecnologica, alla consulenza sulle operazioni militari e anche – venendo al punto – alla fornitura di armi[138]. È vero anche, però, che l'art. 11 non esclude in modo assoluto la partecipazione dell'Italia a conflitti armati: non si spiegherebbe altrimenti come mai l'art. 78 Cost. preveda l'istituto della deliberazione dello stato di guerra. Tra le azioni belliche consentite dall'art. 11 rientrano certamente quelle a carattere difensivo[139], il che è in linea, del resto, con il principio secondo cui «La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino»[140].

L'ovvio quesito sollevato dalla situazione ucraina è se la Costituzione consenta all'Italia di partecipare a guerre per la difesa non propria ma di altri Stati. La questione non è espressamente chiarita dall'art. 11 o da altre disposizioni costituzionali[141]. La risposta, tuttavia, è senza dubbio positiva, perché l'art. 11 Cost. deve essere interpretato alla luce delle norme del diritto internazionale che regolano l'uso della forza e, in particolare, l'esercizio della legittima difesa. Ciò per almeno due ragioni. La prima è che l'art. 11 va letto nel suo complesso. La sua seconda parte, funzionale tanto quanto la prima alla realizzazione dell'istanza pacifista, è stata redatta dai Costituenti con l'intenzione immediata di consentire la partecipazione italiana alle Nazioni Unite e al relativo sistema di sicurezza collettiva (e ciò, sia detto per inciso,

---

[135] Come sosteneva G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, (IX ed.), Milano, 1970, pp. 473-474.

[136] M. BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, Padova, 1955.

[137] A. CASSESE, *Art. 11*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione: Principi fondamentali*, Bologna, 1975, p. 565 ss., p. 565.

[138] R. BIN, S. BARTOLE, *Commentario breve alla Costituzione*, (II ed.), Padova, 2008, p. 89; L. CHIEFFI, *Il valore costituzionale della pace*, Napoli, 1990, p. 136 ss.

[139] A. CASSESE, *Art. 11*, cit., p. 565.

[140] Art. 52, c. 1, Cost.

[141] Né sembra potersi giustificare l'invio di armi all'Ucraina invocando (come fa A. CELOTTO, *L'Italia, l'art. 11 della Costituzione e la guerra. La lettura di Celotto*, in *Formiche.net*, 6 marzo 2022, www.formiche.net) l'art. 52 Cost.: la «Patria» che il cittadino italiano ha il dovere di difendere non è certo l'Ucraina.

consente la partecipazione dell'Italia anche a guerre a carattere *non difensivo*, quando ciò sia autorizzato dal Consiglio di sicurezza[142]). La lettura dell'art. 11 non può quindi non essere armonizzata con il Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. In secondo luogo, e anche indipendentemente dalla seconda parte dell'art. 11, la tecnica dell'interpretazione conforme al diritto internazionale permette di chiarire cosa si intenda per guerra «difensiva», consentita dall'art. 11, alla luce del fatto che il diritto consuetudinario riconosce il diritto di legittima difesa individuale e collettiva[143]. L'utilizzo di questa tecnica nell'interpretazione costituzionale, già normalmente giustificato dal principio internazionalistico che caratterizza la Costituzione italiana[144], è in questo caso reso irrinunciabile dal fatto che le consuetudini internazionali sono incorporate nel nostro ordinamento, acquistando rango costituzionale[145], tramite l'art. 10, c. 1, Cost. Non avrebbe perciò alcun senso leggere l'art. 11 in isolamento dal diritto internazionale generale[146].

Per queste ragioni, si può ritenere che esista – come efficacemente sintetizzato da Ronzitti – un «perfetto parallelismo tra divieto dell'uso della forza nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento interno [che] ha per oggetto anche le azioni consentite dall'ordinamento internazionale»[147]. L'art. 11, in altri termini, non vieta l'utilizzo della forza bellica per prestare assistenza a uno Stato che, come l'Ucraina, sta reagendo a un attacco armato. Questa conclusione non può che estendersi, *a fortiori*, anche a forme di sostegno diverse dalla partecipazione diretta alle ostilità, specularmente al fatto che un simile sostegno, come detto, non è ammissibile nel caso di guerre vietate dall'art. 11[148]. Si tratta di una posizione largamente maggioritaria nella

---

[142] G. DE VERGOTTINI, *Il "ripudio della guerra", il divieto dell'uso della forza e l'invio delle missioni militari all'estero*, in N. RONZITTI (a cura di), *L'articolo 11 della Costituzione. Baluardo della vocazione internazionale dell'Italia*, Napoli, 2013, p. 31 ss., pp. 35-36. *Contra*, U. ALLEGRETTI, *Stato di diritto e divisione dei poteri nell'era dei conflitti asimmetrici*, in *Diritto pubblico*, 2005, p. 93 ss., pp. 113-114.

[143] V. ampiamente *supra*, par. 2.

[144] Sul punto sia consentito rinviare alle considerazioni svolte in P. ROSSI, *Using International Law for Construing Domestic Law: A Study of Consistent Interpretation*, in *Archiv des Völkerrechts*, 2020, p. 279 ss.

[145] V. per es. Corte cost., sentenza del 15 maggio 2001, n. 7.

[146] Così anche P. ZICCHITTU, *Article 11 of the Italian Constitution and the War in Ukraine: The Constant Dialogue between Constitutional and International Law*, in *Questions of International Law*, *Zoom-out* 99, 2023, p. 23 ss., pp. 39-40. Un esempio dell'impatto del diritto internazionale nell'interpretazione dell'art. 11 è che, come sottolinea A. CASSESE, *Art. 11*, cit., pp. 575-576, anche la minaccia dell'uso della forza deve ritenersi vietata in base all'art. 11.

[147] N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, (VII ed.), Torino, p. 110.

[148] P. ZICCHITTU, *Article 11*, cit., pp. 39-40.

dottrina sia costituzionalistica[149] sia internazionalistica[150].

Va però riconosciuto che alcuni autori hanno proposto una lettura differente dell'art. 11. In particolare, le opinioni espresse da chi scrive all'indomani dell'invasione russa dell'Ucraina hanno ricevuto vigorose critiche da parte di Edoardo Caterina, Matteo Giannelli e Domenico Siciliano, i quali, rifacendosi a un'espressione di Allegretti a sua volta ispirata a Ronald Dworkin[151], le hanno accusate di non aver preso debitamente «sul serio» il ripudio della guerra contenuto nell'art. 11[152]. Secondo questi autori, le uniche guerre non «ripudiate» dall'art. 11 sarebbero quelle di difesa del territorio nazionale riconducibili all'art. 52. L'esclusione di ogni guerra che non sia in diretta ed esclusiva difesa della Patria deriverebbe sia da un'interpretazione letterale dell'art. 11 sia da una sistematica, alla luce dell'art. 52; la supposta chiarezza della disposizione renderebbe ingiustificato il ricorso interpretativo al diritto internazionale per delimitare il concetto di guerra difensiva[153]. Questa lettura troverebbe conferma nel fatto che l'art. 11 vieta la guerra non solo «come strumento di offesa» ma anche «come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali». Un'interpretazione storica,

---

[149] *Ex plurimis*, G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2022, p. 71 ss.; M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2022, p. 20 ss., p. 31; G. MARAZZITA, *"Guerra vietata, legittima e necessaria"*, in *Federalismi.it*, 2022, p. 52 ss.; S. CASSESE, *Ucraina, Costituzione e diritto di difesa*, in *Corriere della Sera*, 6 Giugno 2022, www.corriere.it; *Flick: "Un reato arruolarsi da volontari in Ucraina. Legittime le armi a Kiev"*, in *la Repubblica*, 4 marzo 2022, www.repubblica.it; M. VILLONE, *La Costituzione tra difesa legittima e ripudio della guerra*, in *il Manifesto*, 8 aprile 2022, www.ilmanifesto.it (in quest'ultimo caso, rivisitando una posizione assunta in precedenza: cfr. *Massimo Villone: "Armi, risoluzione discutibile. Adesso il Parlamento vigili"*, in *il Fatto Quotidiano*, 3 marzo 2022, www.ilfattoquotidiano.it).

[150] *Ex plurimis*, M. IOVANE, *Il conflitto*, cit., pp. 18-19; A. SPAGNOLO, *The Armed Attack*, cit., p. 445; A. TANCREDI in *Fornire armi all'Ucraina non viola la Costituzione italiana*, in *Il Sole 24 Ore*, 9 marzo 2022, www.youtube.com.

[151] U. ALLEGRETTI, *Stato di diritto*, cit., p. 106. Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Massachusetts), 1977.

[152] E. CATERINA, M. GIANNELLI, D. SICILIANO, *Il ripudio della guerra preso sul serio. Quattro tesi sull'incostituzionalità dell'invio di armi all'Ucraina*, in *SIDIBlog*, 26 aprile 2022, www.sidiblog.org. Più recentemente anche E. CATERINA, M. GIANNELLI, D. SICILIANO, *"Die Ächtung des Krieges ernst genommen". Vier Thesen zur Verfassungswidrigkeit der Sendung von Waffen an die Ukraine nach italienischem Recht*, in *Kritische Justiz*, 2022, p. 361 ss. Nel senso che l'invio di armi all'Ucraina violi l'art. 11 anche G. AZZARITI, *La mediazione in guerra non passa attraverso la NATO*, in *il Manifesto*, 6 marzo 2022, www.ilmanifesto.it.

[153] E. CATERINA, M. GIANNELLI, D. SICILIANO, *Il ripudio*, cit.: «l'art. 11 Cost., già alla luce di un'interpretazione letterale e alla luce dell'interpretazione sistematica ex art. 52 Cost. ripudia ogni forma di guerra, fatta eccezione per quella difensiva della Patria. La Costituzione sembra chiara sul punto (…) [N]on sussiste alcuna tensione, per non parlare di alcun conflitto, tra gli enunciati di cui consta l'art. 11 Cost., come invece parrebbe suggerire obliquamente chi vuole "correggere" il significato della prima parte alla luce del (supposto) rinvio alla Carta ONU operato dalla seconda parte».

basata sui dibattiti occorsi in Assemblea costituente, evidenzierebbe come quest'ultima locuzione sia stata inserita al fine di porre in essere un «ripudio della guerra tout court come "continuazione della politica con la forza delle armi", nella scia del divieto contenuto nel Patto Briand-Kellogg», così da «emancipare l'Italia tanto dall'imperialismo del blocco occidentale quanto dall'imperialismo del blocco orientale»[154]. È il caso di notare che la lettura dell'art. 11 fornita dai tre autori, pur dichiarando di ispirarsi agli scritti di Allegretti, va in realtà ben oltre quanto sostenuto da quest'ultimo autore, il quale – contestualmente al suo ammonimento a «prendere sul serio» il ripudio della guerra – riconosce tuttavia che «[n]aturalmente la legittima difesa, quando ne risultino i presupposti, è ammissibile anche da parte di altri oltre che del diretto aggredito (lo ammette esplicitamente anche l'art. 51 dello Statuto delle Nazioni Unite)»[155].

Nessuno degli argomenti proposti da Caterina, Giannelli e Siciliano risulta convincente. Partendo da quello letterale, i tre autori affermano che la lettera dell'art. 11 sarebbe assolutamente chiara e priva di ambiguità. Ciò è all'evidenza inesatto: «l'interpretazione meramente letterale delle disposizioni costituzionali nulla dice in merito a eventuali forme di partecipazione, sia pur indirette, dell'Italia a guerre difensive non della propria patria, ma di quella di altri Stati»[156]. La stessa nozione di «controversia internazionale» non ha un unico significato letterale ed è stata definita in vario modo dalla dottrina internazionalistica e dalla giurisprudenza[157]. Del resto, il fatto che gli stessi tre autori sentano il bisogno di ricorrere all'interpretazione storica per chiarire il significato della locuzione «controversia internazionale» è indice del fatto che la sola lettera della disposizione non è sufficiente nemmeno per loro.

Passando all'argomento di natura sistematica, l'interpretazione sistematica svolta dai tre autori è curiosamente limitata alla sola prima parte dell'art. 11 e all'art. 52. Essi escludono invece in partenza che la seconda parte

---

[154] *Ibidem*.

[155] U. ALLEGRETTI, *Stato di diritto*, cit., p. 117, nota 52.

[156] G. PISTORIO, *La cessione di armamenti alle Forze armate ucraine, tra interpretazioni costituzionalmente e internazionalmente conformi e (ir)regolarità costituzionali*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, aprile 2022, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

[157] Sul punto, *ex multis*, F. PALOMBINO, *Introduzione al diritto internazionale*, (II ed.), Bari-Roma, 2021, pp. 258-260. La più nota definizione di controversia internazionale è stata data dalla Corte permanente di giustizia internazionale nel caso *Mavrommatis Palestine Concessions*, sentenza del 30 agosto 1924, p. 12: «A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons». Cfr. però Y. TANAKA, *The Peaceful Settlement of International Disputes*, Cambridge, 2018, pp. 8-19, che critica tale definizione considerandola troppo ampia.

dell'art. 11 o l'art. 10 Cost. possano esercitare un qualsivoglia impatto interpretativo sulla prima parte dell'art. 11, dando per certo che queste altre disposizioni non possano contraddire la loro lettura del «ripudio della guerra». A loro dire, fare altrimenti significherebbe «arrivare allo svuotamento della [Costituzione] a favore [del diritto internazionale], con relativa *decostituzionalizzazione* e quindi *neutralizzazione* del diritto costituzionale»[158]. Ma sembra quasi che i tre autori vogliano salvare la Costituzione da se stessa. Considerando che tanto l'art. 10 quanto l'art. 11 seconda parte sono parti *della Costituzione italiana*, entrambi collocati tra i principi fondamentali, e che è *la Costituzione stessa* a fare espressamente rinvio al diritto internazionale, è davvero singolare paventare il rischio di una *decostituzionalizzazione* della Costituzione qualora, in coerenza con queste altre disposizioni, non si sposi una interpretazione massimalista del «ripudio della guerra». In realtà, non è affatto chiaro perché la prima parte dell'art. 11 dovrebbe avere una prevalenza assiologica sulla seconda parte dello stesso articolo o sull'art. 10.

Quanto poi all'argomento di natura storica, i tre autori evidenziano la volontà dei Costituenti di sottrarre l'Italia allo scontro tra blocchi contrapposti, e da ciò ricavano che la nozione di guerra «come mezzo di risoluzione di controversie internazionali» dovrebbe includere qualsiasi guerra non difensiva del territorio nazionale. Tralasciando che, nel configurare la guerra ucraina alla stregua di un conflitto tra blocchi geopolitici contrapposti, questo passaggio trascura che *uno Stato ne ha invaso un altro a scopo di conquista* ed equipara pericolosamente aggressori ed aggrediti, l'interpretazione in chiave storica che esso propone è smentita da altri, e ben più decisivi, elementi. In primo luogo, dal fatto – indiscusso e confermato anche dalla Corte costituzionale[159] – che l'art. 11 fosse chiaramente stato inteso dai Costituenti come volto a consentire all'Italia di aderire alle Nazioni Unite[160]. E in secondo luogo, che i Costituenti esclusero *espressamente* di inserire una clausola di neutralità permanente nella Costituzione. Come notato da de Vergottini,

> «Se la volontà di ripudio della guerra avesse dovuto ottenere veramente una portata assoluta, logica avrebbe voluto che non ci si fermasse a statuire un semplice ripudio, concetto ideologicamente forte ma giuridicamente del tutto vago e indeter-

---

[158] E. CATERINA, M. GIANNELLI, D. SICILIANO, *Il ripudio*, cit. (corsivo nell'originale).

[159] Corte cost., sentenza del 27 dicembre 1973, n. 183, par. 4 del *Considerato in diritto*: «Questa disposizione, che non a caso venne collocata tra i "principi fondamentali" della Costituzione, segna un chiaro e preciso indirizzo politico: il costituente si riferiva, nel porla, all'adesione dell'Italia alla Organizzazione delle Nazioni Unite (…)».

[160] Sul punto, *ex multis*, v. L. CARLASSARRE, *L'art. 11 Cost. nella visione dei Costituenti*, in *Costituzionalismo.it*, 11 febbraio 2013, www.costituzionalismo.it.

minato, bensì si inserisse in Costituzione il concetto di neutralità permanente (…) Ciò non è avvenuto e non per caso, in quanto i costituenti erano determinati a collocare l'Italia nell'ambito degli stati protagonisti della politica internazionale e, anche se in modo condizionato, accettavano il rischio di una partecipazione a situazioni conflittuali in attuazione dei principi delle Nazioni Unite»[161].

Infine, non può non notarsi come, nel difendere la loro interpretazione massimalista del «ripudio della guerra», gli stessi tre autori cadano più volte in contraddizione. Essi affermano, per esempio, che sancendo un «ripudio della guerra tout court» i Costituenti intendessero collocarsi «nella scia del divieto contenuto nel Patto Briand-Kellogg»[162]. Si tratta di una macroscopica distorsione del contenuto del Patto, che vietava sì la guerra di aggressione ma non certo la guerra difensiva o il diritto di assistere uno Stato attaccato[163]. Ugualmente singolari sono le ragioni con cui essi, pur negando che l'Italia possa agire in supporto dell'Ucraina, si dicono pronti ad accettare, al più, la costituzionalità di un eventuale intervento militare dell'Italia in difesa di un altro Stato che sia parte della NATO. I tre autori notano, innanzitutto, come una eventuale inerzia italiana dinanzi all'invasione dell'Ucraina non si porrebbe in violazione del diritto internazionale, perché la Carta delle Nazioni Unite non contiene alcun obbligo di agire in legittima difesa collettiva – il che è senz'altro vero. Ma, proseguendo il loro ragionamento, essi scrivono che

«Si potrebbe ben argomentare che la "difesa della Patria" di cui all'art. 52 Cost. non possa non passare, per come è la realtà geopolitica di oggi, da alleanze difensive tra vari Stati, con tutte le conseguenze in termini di obblighi di soccorso reciproco. Nel caso di specie non ci troviamo tuttavia in una ipotesi del genere e si può pertanto mettere in dubbio la legittimità costituzionale dell'invio di armi in Ucraina, senza, perciò, dubitare della legittimità costituzionale di ogni trattato di alleanza militare difensiva»[164].

---

[161] G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione*, cit., p. 76. Negli stessi termini anche P. ZICCHITTU, *Article 11*, cit., pp. 36-37, con ulteriori riferimenti dottrinali.

[162] E. CATERINA, M. GIANNELLI, D. SICILIANO, *Il ripudio*, cit.

[163] P.N. MURTY, *Aggression in International Law*, in *American Journal of International Law*, 1951, p. 269 ss., p. 272.

[164] E. CATERINA, M. GIANNELLI, D. SICILIANO, *Il ripudio*, cit. In modo analogo si veda anche M. VOLPI, *La guerra in Ucraina e il costituzionalismo democratico*, in Costituzionalismo.it, 2022, p. xi ss., p. xiii: «è vero che il concetto di guerra difensiva ex art. 11 può essere esteso fino a ricomprendere l'intervento a favore di Stati facenti parte di un'alleanza internazionale o di un organismo sovranazionale ai quali l'Italia partecipa. Ma nel caso concreto l'Ucraina non fa parte né della Nato né della UE e quindi è un paese terzo e non c'è nessuna risoluzione dell'ONU, come avvenne per la prima guerra del Golfo a favore del Kuwait, che giustifichi un intervento armato a suo favore».

Questo passaggio si basa su un equivoco sulla portata dell'art. 5 del Trattato nordatlantico, che non stabilisce alcun obbligo di intervenire militarmente a difesa di un membro dell'Alleanza che sia stato attaccato ma lascia ogni Stato libero di scegliere le modalità con cui rispondere[165]. L'art. 5, in altri termini, non fa altro che replicare lo stesso meccanismo previsto dall'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, a cui non a caso fa espressamente richiamo. Sfugge allora perché, da un punto di vista costituzionale, la valutazione delle due disposizioni dovrebbe essere in alcun modo differente.

6. Conclusioni

Questo articolo ha sostenuto che la fornitura di aiuti militari alle Forze armate ucraine sia pienamente compatibile con il diritto internazionale e con la Costituzione italiana.

Con riguardo allo *jus ad bellum*, si è sostenuto che l'invio di armi all'Ucraina non possa essere qualificato come una forma di legittima difesa collettiva, a meno di sposare l'opinione, minoritaria in dottrina e scarsamente avallata dalla prassi, che qualifica l'invio di armi ad un esercito regolare alla stregua di un «uso indiretto della forza». Ciononostante, esso costituisce senz'altro una forma ammissibile di assistenza all'esercizio della legittima difesa individuale. Per quanto concerne invece lo *jus in bello*, si è mostrato come la fornitura di armi possa presentarsi, al più, come una violazione dei tradizionali obblighi internazionali in materia di neutralità, ma che anche ciò non escluda la sua piena compatibilità con l'ordinamento internazionale. Questo perché violare gli obblighi di neutralità come reazione a una grave violazione del diritto internazionale risulta giustificabile alla luce del diritto internazionale generale, in particolare risultando coperta da più cause di esclusione dell'illecito. La prassi attuale – non solo degli Stati occidentali – può far persino dubitare che gli obblighi di neutralità continuino a trovare applicazione *ab initio* in presenza di atti di aggressione che violano la Carta delle Nazioni Unite. Si è poi visto anche che l'invio di forniture militari a un Paese vittima di aggressione non costituisce una violazione degli obblighi internazionali in materia di trasferimenti di armi. Il Trattato sul commercio delle armi si limita a richiedere lo svolgimento di una procedura di valutazione volta a verificare se l'invio di armi possa produrre conseguenze indesi-

[165] T. MARAUHN, *North Atlantic Treaty Organization (NATO)*, in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2016, www.opil.ouplaw.com, par. 16.

derabili, quali, ad esempio, serie violazioni del diritto umanitario, e nel caso a richiedere l'adozione di misure di mitigazione. Ma dal rischio di usi impropri delle forniture militari non consegue comunque un divieto assoluto di esportazione, la quale resta possibile se i rischi derivanti dall'invio siano giudicati inferiori ai possibili benefici per la pace e la sicurezza internazionali.

Questa analisi delle norme del diritto internazionale produce rilevanti conseguenze anche sul piano del diritto italiano, a causa del perfetto parallelismo esistente tra la Costituzione italiana e il diritto internazionale in materie collegate all'uso della forza internazionale. Si è osservato, in particolare, come il contenuto dell'art. 11 – e specialmente la portata del «ripudio della guerra» – non possa non essere chiarito alla luce delle norme rilevanti del diritto internazionale, incluso il diritto di legittima difesa individuale e collettiva. La Costituzione, in altri termini, consente all'Italia di intervenire in difesa di altri Stati che abbiano subito un attacco armato, e le consente di farlo sia con un intervento militare diretto sia con misure di intensità inferiore. È una decisione politica stabilire se e in quale misura questo sia opportuno.

«Il ripudio della guerra preso sul serio». Quattro tesi sull'incostituzionalità dell'invio di armi all'Ucraina

EDOARDO CATERINA*
MATTEO GIANNELLI**
DOMENICO SICILIANO***

SOMMARIO: 1. Quando si parla di guerra, il regime costituzionale prevale sul regime internazionale. – 2. La guerra non ripudiata è quella della difesa della Patria (art. 52). – 3. L'interpretazione storica dell'art. 11 della Costituzione esclude il soccorso difensivo a terzi stati in guerra. – 4. La secretazione delle armi inviate estromette il Parlamento dal controllo della politica estera. – 5. Conclusioni.

ABSTRACT: L'invio delle armi all'Ucraina rende necessario interrogare il testo dell'art. 11 della Costituzione, e in particolare il significato del ripudio della guerra come «strumento di risoluzione delle controversie internazionali». Cosa si intende con questa espressione? Qual era l'opinione dei nostri Costituenti al riguardo? Quale ruolo può e deve giocare il Parlamento in ragione delle sue prerogative costituzionali in materia di politica estera? Nel presente contributo si cerca di dare risposta a queste domande fornendo così degli argomenti a favore della tesi che conduce al risultato della illegittimità costituzionale della cessione di armi.

PAROLE CHIAVE: Federazione Russa – Ucraina – art. 11 Costituzione – ripudio della guerra – assistenza militare – costituzione della difesa

1. Quando si parla di guerra, il regime costituzionale prevale sul regime internazionale

Nel suo intervento dell'8 marzo 2022 su SIDIBlog Pierfrancesco Rossi ha illustrato in modo egregio i numerosi problemi giuridici sollevati dall'invio in

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Macerata, edoardo.caterina@unimc.it.
** Ricercatore a tempo determinato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Firenze, matteo.giannelli@unifi.it.
*** Professore associato di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Firenze, domenico.siciliano@unifi.it.

armi in Ucraina disposto dai decreti legge n. 14 e 16 del 2022[1]. Le sue conclusioni sono, in estrema sintesi, che l'invio delle armi non sia in violazione né del diritto internazionale, in quanto costituirebbe una «forma pienamente ammissibile di assistenza all'esercizio della legittima difesa individuale», né del diritto costituzionale, dal momento che «il concetto di guerra 'difensiva' ai fini dell'art. 11 deve essere definito alla luce delle norme del diritto internazionale che regolano l'uso della forza e, in particolare, l'esercizio della legittima difesa»[2]. Troviamo che il suo ragionamento sia pienamente convincente sul piano del diritto internazionale, nutriamo invece molte perplessità sulla sua ricostruzione in punto di diritto costituzionale interno.

Vorremmo quindi proporre qui una lettura alternativa dell'art. 11 Cost., articolandola in quattro tesi. Il pensiero di fondo che sta alla base di tutte le nostre argomentazioni è che, come ha osservato Umberto Allegretti riagganciandosi a un famoso libro di Ronald Dworkin, il ripudio della guerra (e con esso il diritto costituzionale) vada «preso sul serio»[3].

Sempre di Allegretti vorremmo richiamare un articolo del 1991 (*Guerra del Golfo e Costituzione*[4]) in cui egli si opponeva alla partecipazione italiana alla Guerra del Golfo, avvenuta in seguito a una risoluzione delle Nazioni Unite. La missione militare dell'Italia poteva quindi apparentemente poggiarsi sull'art. 11 Cost. nella misura in cui si consentono cessioni di sovranità ad una organizzazione internazionale come l'ONU. Allegretti faceva semplicemente notare che l'art. 11 non acconsente ad ogni limitazione di sovranità, ma *finalizza* la partecipazione alle organizzazioni internazionali ad uno scopo specifico: la pace e la giustizia fra le nazioni. L'art. 11 venne scritto sul presupposto che l'appartenenza, da un lato, a una organizzazione internazionale volta al perseguimento della pace e, dall'altro, il ripudio della guerra come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali non potessero mai entrare in contraddizione. Ma nel malaugurato caso in cui ciò avvenga, concludeva giustamente Allegretti, le risoluzioni «guerresche» di organizzazioni internazionali non possono essere riconosciute dall'ordinamento costituzionale, altrimenti il ripudio della guerra non è preso veramente sul serio[5].

---

[1] P. ROSSI, *La compatibilità con la Costituzione italiana e il diritto internazionale dell'invio di armi all'Ucraina*, in *SIDIBlog*, 8 marzo 2022.

[2] *Ibidem*.

[3] U. ALLEGRETTI, *Stato di diritto e divisione dei poteri nell'era dei conflitti asimmetrici*, in *Diritto pubblico*, 2005, p. 93 ss., spec. p. 106 ss.

[4] U. ALLEGRETTI, *Guerra del Golfo e Costituzione*, in *Foro italiano*, 1991, p. 382 ss.

[5] In favore di questa tesi si veda da ultimo anche A. CIERVO, *Critica delle armi. L'articolo 11 della Costituzione, la legge n. 185/1990 e l'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione*

Ora, se questo è vero per un intervento deliberato dalle Nazioni Unite, ciò è maggior ragione vero per azioni belliche prese nel contesto non di una organizzazione internazionale volta al mantenimento della pace, ma di una alleanza militare difensiva come la NATO. Qual è la ragione della prevalenza che deve essere data al *regime* del diritto costituzionale[6] in caso di conflitto con quello del diritto internazionale? La ragione principale è talmente davanti al nostro naso che non la vediamo. Il diritto internazionale è il frutto degli accordi tra i vari Leviatani, tra gli stati «armati per la guerra»[7], e delle loro prassi, mentre il diritto costituzionale di uno Stato repubblicano e democratico è davvero il 'patto costitutivo' e fondante di una comunità di uomini e donne liberi ed eguali e (sperabilmente) pure solidali, nella tradizione della Rivoluzione francese. Il che è riassunto nella troppa poco considerata formula non a caso di apertura della Costituzione italiana che sancisce da un lato che «l'Italia è una *Repubblica democratica* fondata sul lavoro» e dall'altro che «la sovranità è esercitata *dal popolo* nelle forme e nei limiti stabiliti dalla Costituzione», e *non dal Governo* quando agisce con la massima disinvoltura nell'ambito di un'opaca '*governance* globale' internazionale o transnazionale fatta di G7, NATO e riunioni del Consiglio dell'Unione europea.

L'art. 11 quindi non va letto come una 'delega in bianco' al diritto internazionale, bensì come una limitazione di sovranità della Repubblica (e al tempo stesso un impegno positivo), condizionata all'effettivo perseguimento, da parte delle organizzazioni internazionali in questione, della pace e della giustizia tra le Nazioni[8]. Non a caso, non poche voci in dottrina hanno dubitato della costituzionalità di trattati internazionali sottoscritti dall'Italia nelle parti in cui comportano l'entrata in guerra del Paese in casi diversi da quelli di una guerra difensiva del territorio nazionale. E non ci riferiamo solo

---

russa, in G. AZZARITI (a cura di), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*, Napoli, 2022, p. 222.

[6] Sul concetto di *regime giuridico* si vedano: M. KOSKENNIEMI, *The Fate of Public International Law: Between Technique and Politics*, in *The Modern Law Review*, 2007, p. 1 ss.; A. FISCHER LESCANO, G. TEUBNER, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt/M, 2006, p. 7 ss., spec. p. 57.

[7] I. KANT, *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico*, trad. N. Merker, Roma, 1985, p. 26. Su cui, di recente, D. SICILIANO, *«Defensive Aufklärung»: il* conflitto *tra filosofia, politica e giurisprudenza nell'*Articolo segreto per la Pace Perpetua *di Immanuel Kant*, Milano, 2023.

[8] Sul punto vedi per tutti G. AZZARITI, *La Costituzione rimossa*, in *Costituzionalismo*, 2022, p. I, che stigmatizza il comportamento del governo italiano, 'sbilanciato' a favore della NATO e a sfavore della Costituzione: «Nel dibattito parlamentare sulla guerra in Ucraina la Costituzione è stata rimossa. (…) In fondo può comprendersi. Non è facile coniugare lo scontro armato con il diritto, la guerra assieme al suo "ripudio". Ben presente invece la NATO, richiamata nel discorso rivolto alle Camere per ben sei volte. C'è allora da chiedersi se, in caso di guerra, i principi costituzionali debbano essere sostituiti con i vincoli internazionali».

all'art. 5 del Trattato Transatlantico[9], ma anche all'art. 51 della Carta ONU[10]. Perfino Giuseppe Dossetti, che dell'art. 11 fu il principale autore in seno alla Costituente, notava, intervistato all'indomani della Guerra del Golfo, l'incompatibilità tra l'art. 11 e un certo uso della Carta ONU[11].

Quale guerra è dunque ammissibile ai sensi della nostra Costituzione?

2. La guerra non ripudiata è quella della difesa della Patria (art. 52 Cost.)

Tre sono gli obblighi assunti dalla Repubblica Italiana in forza dell'art. 11, tra di essi strettamente concatenati, in un tutto unitario e non scindibile in due parti tra di loro contrapposte se non addirittura in «due commi». Con le parole di Lorenza Carlassare, «la cosiddetta seconda parte è funzionale alla prima, ne costituisce il seguito e al tempo stesso l'indispensabile premessa»[12]. Lo stesso veniva anche affermato da Dossetti nell'intervista già citata (in cui si legge che la seconda parte dell'articolo «non attenua ma conferma il ripudio della guerra come mezzo di soluzione delle controversie internazionali»[13]).

Con l'enunciazione del «ripudio della guerra come mezzo di offesa alla libertà degli altri popoli» si stigmatizza il cuore della guerra più terribile e odiosa, quella guerra di aggressione i cui esempi più nefandi erano ancora ben vivi davanti agli occhi dei Costituenti: innanzitutto l'aggressione dell'Italia fascista all'Etiopia e poi quella condotta dalla Germania nazista nel 1939 e seguita, purtroppo, nel 1940 ancora dall'Italia fascista.

---

[9] Si veda la ricostruzione effettuata da G. BRUNELLI, *Scelta atlantica e centralità del Parlamento nella politica costituzionale degasperiana*, in *Quaderni costituzionali,* 2020, pp. 577 ss. (ora anche in S. LA PORTA (a cura di), *NATO e Costituzione. La rinascita dell'Italia tra difesa e sviluppo economico*, Milano, 2020), che nel ripercorrere i tratti salienti della politica degasperiana della prima legislatura, volta a ricondurre la partecipazione alla NATO al mantenimento della pace e della sicurezza attraverso una valorizzazione dell'art. 2 del Trattato e a riconoscere al Parlamento un ruolo importante nelle scelte di politica internazionale, non manca di sottolineare «il problema delle notevoli limitazioni di sovranità progressivamente subìte dal nostro paese» che si sono verificate dopo quella stagione (p. 580).

[10] Sul punto si veda ancora U. ALLEGRETTI, *Stato di diritto e divisione dei poteri*, cit., p. 117, ed E. BETTINELLI, *Art. 52*, in G. BRANCA (fondato da), A. PIZZORUSSO (continuato da), *Commentario della Costituzione. Rapporti politici*, Bologna, 1992, p. 93, che ritiene «abnorme» l'art. 51 Carta ONU rispetto all'art. 11 Cost.

[11] G. DOSSETTI, *«È una guerra di bugie». Intervista con il monaco che vive in Giordania studiando e meditando in una cella* (di M. CHIERICI), in *Il Corriere della Sera*, 11 febbraio 1991.

[12] L. CARLASSARE, *L'art. 11 Cost. nella visione dei Costituenti*, in *Costituzionalismo*, 2013, p. 9.

[13] G. DOSSETTI, *«È una guerra di bugie»*, cit., p. 7.

Il divieto della guerra di aggressione è un'applicazione particolare del più generale principio rappresentato dal ripudio della guerra «come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali». Nell'autorevole e oramai classico commentario all'art. 11 della Costituzione, Antonio Cassese ricorda che per controversie internazionali si intendono tanto le controversie giuridiche quanto quelle politiche[14]. È insomma il conflitto sorto su quello che è 'il mio' e quello che è invece 'il tuo' tra i 'Leviatani' degli stati nazionali che una volta 'risolto' il problema dello stato di natura 'interno' con l'imposizione del monopolio della forza si comportano sulla scena mondiale in guerra come ubriachi che si prendono a cazzotti in un negozio che vende porcellane[15].

Cosa resta allora della guerra? La Repubblica italiana è pacifista nel senso radicale del termine, categoricamente non violento e 'gandhiano'? No, perché l'art. 52, che recita: «La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino», apre lo spazio per la guerra difensiva del territorio dello Stato[16]. L'art. 11 Cost. è espressione del radicale rigetto, appunto del ripudio, della guerra come mezzo per la continuazione della politica, con una chiara accezione morale e giuridica negativa[17]. Se la guerra come «mezzo di risoluzione delle controversie internazionali» va ripudiata, allora sarà costituzionalmente obbligatoria una politica che costruisca la pace, in una prospettiva internazionale di Stati che tramite il diritto si 'federano', ovvero si collegano tra di loro, al fine di abolire il 'diritto di fare la guerra' e di costruire assieme «un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni».

Come mai allora ci troviamo di nuovo a dover ribadire quello che sta scritto nella Costituzione e che dovrebbe essere piuttosto chiaro a tutti? Perché negli ultimi decenni, almeno a partire dalla prima Guerra in Iraq ('legittima difesa' del Kuwait aggredito, autorizzata da una risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'Onu), passando per la guerra contro l'ex Jugoslavia, la

---

[14] A. CASSESE, *Art. 11*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. I principi fondamentali*, Bologna, 1975, p. 575. Inoltre, M. BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, Padova, 1955, p. 58 e, più di recente, cfr. anche M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 2010, p. 59.

[15] D. HUME, *Essay on Public Credit*, Londra, 1817, p. 17, «I must confess, when I see princes and states fighting and quarreling, amidst their debts, funds and public mortgages, it always brings to my mind a match of cudgel-playing fought in a China shop».

[16] Sul punto cfr. G. BASCHERINI, *Il dovere di difesa nell'esperienza costituzionale italiana*, Napoli, 2017, p. 84 ss., anche per la sottolineatura della complementarità tra le due disposizioni costituzionali.

[17] Giustamente è stato scritto che il ripudio della guerra «non ammette una posizione di neutralità, ma impone una necessità di inequivoca disapprovazione» (P. CARNEVALE, *Guerra, Costituzione e legge. Qualche riflessione sul trattamento costituzionale della guerra anche alla luce della recente legge sulle missioni internazionali*, in Aa. Vv., *Il diritto della guerra e della pace*, Napoli, 2019, p. 41).

guerra contro l'Afghanistan e la seconda guerra contro l'Iraq, le 'ragioni della politica' hanno dato vita a prassi *contra constitutionem* che hanno sempre più indebolito il dettato costituzionale fino a renderlo quasi irriconoscibile.

Veniamo ora ad esaminare più nel dettaglio le argomentazioni proposte nel già citato intervento di Pierfrancesco Rossi. Rossi ribadisce, riferendosi ad Antonio Cassese, che l'art. 11 «esprime una direttiva generale per gli organi che gestiscono le relazioni internazionali dell'Italia, imponendo loro di "perseguire attivamente una politica pacifista"». Rossi aggiunge che l'art. 11 «vieta in termini assoluti sia il coinvolgimento dell'Italia in guerre di natura offensiva sia il ricorso alla guerra come mezzo per risolvere controversie internazionali»; sottolinea pure che «è convincente la ricostruzione secondo cui l'art. 11 proibisce non solo la partecipazione diretta dell'Italia a questi tipi di guerre ma anche ogni forma di assistenza a Stati che le conducano, *il che comporta che il ripudio della guerra si estenda all'assistenza tecnologica, alla consulenza sulle operazioni militari e anche – venendo al punto – alla fornitura di armi*». La tesi per cui il ripudio della guerra comprende anche il divieto di fornire armi a paesi belligeranti è del resto accolta dalla dottrina maggioritaria e non può essere posta seriamente in discussione[18].

Come fare allora? La 'parola magica' del giurista sta nel parlare non di 'guerra difensiva' e cioè di guerra che difende 'la Patria' e quindi il territorio a essa appartenente, come previsto da un'interpretazione sistematica dell'art. 11 e dell'art. 52 della Costituzione, ma di «*partecipazione* alla guerra», creando un 'concetto ponte' verso la *partecipazione* alla guerra *difensiva degli altri*, insomma al 'soccorso difensivo' per l'Ucraina. Si apre così la 'lacuna' per autorizzare anche 'la guerra difensiva degli altri'. Rossi aggiunge infatti che «l'art. 11 non chiarisce espressamente se sia consentito all'Italia di partecipare a guerre per la difesa non propria ma di altri stati», schiudendo così lo spazio all'individuazione, tramite interpretazione nel (supposto!) silenzio della Costituzione, di un'autorizzazione inespressa, implicita. Il testo dell'art. 11 insomma non sarebbe chiaro sul punto, abbisognerebbe di interpretazione. Ed ecco arrivare in soccorso del diritto costituzionale il diritto internazionale: «Ma la risposta è senza dubbio positiva, perché il concetto di guerra "difensiva" ai fini dell'art. 11 deve essere definito alla luce delle norme del diritto internazionale che regolano l'uso della forza e, in particolare, l'esercizio della legittima difesa». A tal fine Rossi fornisce «almeno due ra-

[18] Sul punto oltre a R. BIN e a L. CHIEFFI, opportunamente citati da Rossi, cui si rinvia, si può anche fare riferimento a G.F. FERRARI, *voce Guerra (stato di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, 1969, p. 831.

gioni». La prima fa valere un'interpretazione dell'art. 11 nella quale si pone l'accento sulla cd. 'seconda parte' dell'articolo: questa demanderebbe al sistema della Carta ONU l'individuazione degli strumenti per la realizzazione del «ripudio».

Il *secondo argomento* è collegato al primo e fa leva, partendo dall'art. 10, comma 1 Cost., sulla necessità di una interpretazione conforme al diritto internazionale. A tal fine Rossi fa riferimento di nuovo ad Antonio Cassese, che nel suo Commento all'art. 11 ricorda che la consuetudine internazionale «integra [l'art. 11] ampliando la portata del suo divieto includendo anche la minaccia dell'uso della forza».

Agli argomenti di Rossi va replicato quanto segue.

Per quanto riguarda il *primo argomento*: l'art. 11 Cost., già alla luce di un'interpretazione letterale e alla luce dell'interpretazione sistematica ex art. 52 Cost. ripudia ogni forma di guerra, fatta eccezione per quella difensiva della Patria. La Costituzione sembra chiara sul punto, anche se va dato atto che ben diversa è l'opinione dominante[19]. Come già argomentato, non sussiste alcuna tensione, per non parlare di alcun conflitto, tra gli enunciati di cui consta l'art. 11 Cost., come invece parrebbe suggerire obliquamente chi vuole 'correggere' il significato della 'prima parte' alla luce del (supposto) rinvio alla Carta ONU operato dalla 'seconda parte'[20].

Ma anche a voler ammettere che la Costituzione sul punto non sia chiara rimangono non poche difficoltà per poter sostenere le conclusioni cui giunge Rossi.

Innanzitutto, l'eventuale 'apertura' della Costituzione al diritto internazionale non può arrivare allo svuotamento della stessa a favore di quest'ultimo, con relativa *decostituzionalizzazione* e quindi *neutralizzazione*

---

[19] Sul punto, per tutti, M. BENVENUTI, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni*, in *Osservatorio AIC*, 2022, p. 30, che individua in tema di guerra un ambito di «costituzionalmente possibile» nel quale appunto si collocherebbe la spedizione di armi all'Ucraina; dello stesso A. si veda ancora ID., *Il principio ripudio della guerra*, cit., spec. pp. 50 ss. e 60 ss. Inoltre, G. DE VERGOTTINI, *La Costituzione e il ritorno della guerra*, in *Osservatorio AIC*, p. 71 ss., nonché, da ultimo nell'immediatezza dell'inizio del conflitto, M. VILLONE, L*a Costituzione tra difesa legittima e ripudio della guerra*, in *il Manifesto*, 8 aprile 2022. Sostiene la legittimità dell'invio di armi in Ucraina alla luce dell'interpretazione del concetto costituzionale di 'guerra': M. LUCIANI, *Dalla guerra giusta alla guerra legale?*, in *Teoria Politica. Nuova Serie, Annali*, XII, 2022, pp. 97 ss.

[20] Tantomeno sarà possibile interpretare l'art. 11 come un generico obbligo alla multilateralità nell'ambito delle operazioni belliche, e cioè come mera condizione dell'esistenza di «un consenso diffuso nell'ambito della comunità internazionale, a partire dai nostri principali alleati della UE e della NATO, in merito alla necessità di ricorrere all'uso della forza». Così invece D. CABRAS, *Il «ripudio della guerra» e l'evoluzione del diritto internazionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2006, p. 297 ss. (spec. p. 317).

del diritto costituzionale (sul punto basti richiamare la giurisprudenza costituzionale sui 'controlimiti' e, in primo luogo, la fondamentale sentenza n. 238 del 2014[21]).

In secondo luogo, come dà per scontato lo stesso Rossi, nel caso di specie non sussiste alcun obbligo pattizio. La Carta ONU riconosce a determinate condizioni il diritto naturale all'autodifesa e al soccorso difensivo, alla cd. «legittima difesa collettiva», ma certo non obbliga gli Stati membri all'autodifesa e al soccorso difensivo. Riconosce solo una facoltà, un «diritto naturale» a procedere in tal senso. Non vi sarebbe quindi affatto una violazione del diritto internazionale. E non si porrebbe per nulla il problema di eventuali 'controlimiti'[22].

Da questa semplice constatazione discendono delle conseguenze molto rilevanti che vanno rimarcate con attenzione. Si potrebbe ben argomentare che la «difesa della Patria» di cui all'art. 52 Cost. non possa non passare, per come è la realtà geopolitica di oggi, da alleanze difensive tra vari Stati, con tutte le conseguenze in termini di obblighi di soccorso reciproco. Nel caso di specie non ci troviamo tuttavia in una ipotesi del genere e si può pertanto mettere in dubbio la legittimità costituzionale dell'invio di armi in Ucraina, senza, perciò, dubitare della legittimità costituzionale di ogni trattato di alleanza militare difensiva. Questo perché non è possibile sostenere al tempo stesso che l'art. 11 obblighi lo Stato italiano a «perseguire attivamente una politica pacifista» e che l'invio di armi a un paese in guerra sia una decisione di pura discrezionalità politica, da prendere in uno 'spazio giuridicamente vuoto' di diritto costituzionale riempito solo da riferimenti al diritto internazionale.

Se poi passiamo ulteriormente a considerare l'eventuale collisione, il conflitto tra la disposizione dell'art. 11 della Costituzione e l'art. 51 della Carta ONU, allora che cosa potrà garantire la preferenza al diritto internazionale? Quale sarebbe il criterio seguito per risolvere questa 'antinomia'? C'è qualcosa di diverso dalla 'ferrea necessità' e dalle 'ragioni della politica'? L'eventuale obbligo di soccorso difensivo potrebbe venir fondato solo dal punto di vista morale, dalla solidarietà che si sente nei confronti di chi viene barbaramente aggredito, il che, stigmatizzando una 'lacuna valoriale' nella

---

[21] Sul punto cfr. P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, spec. p. 18 ss., per cui la porta dell'art. 10, comma 1 Cost., «generalmente ben aperta al diritto internazionale consuetudinario, si chiude quando a voler entrare siano norme che contrastano con i principi supremi dell'ordinamento». Da ultimo, con espressa adesione alla tesi formulata, A. CIERVO, *Critica delle armi*, cit., p. 220 ss.

[22] In questo senso adesivamente, ancora, *ivi*, pp. 217 ss.

Costituzione, dovrebbe poi far eccezionalmente arretrare il dettato costituzionale per lasciar prevalere esigenze insopprimibili e 'superiori' di giustizia, di 'diritto naturale'. Insomma, una sorta di 'formula di Radbruch'[23] applicata *in un caso eccezionale* di «*intollerabile ingiustizia* della Costituzione». In tal modo, sia chiaro, riemergerebbe quella '*giusta* guerra difensiva a favore degli altri' che la Costituzione voleva escludere.

Per quanto riguarda invece il *secondo argomento*: in primo luogo, è il caso di ricordare che la consuetudine fatta valere da Rossi facendo riferimento a Cassese è un caso di consuetudine che *amplia* il ripudio della guerra di cui all'art. 11 Cost. e non certo di una consuetudine che lo riduce o lo neutralizza, e cioè in ultima analisi, di una *consuetudo abrogans*. In secondo luogo, va ricordato che già in un caso la Corte costituzionale ha ritenuto una consuetudine internazionale incompatibile con la nostra Costituzione.

3. L'interpretazione storica dell'art. 11 della Costituzione esclude il soccorso difensivo a terzi stati in guerra

Quanto finora sostenuto si trae anche da una lettura dei dibattiti costituenti, di cui non sarà quindi fuori luogo riportare qualche passaggio particolarmente significativo. Abbiamo già menzionato Giuseppe Dossetti: la prima versione di quello che sarebbe diventato l'art. 11 della Costituzione proveniva dalla sua penna (egli era infatti il relatore, in seno alla Prima Sottocommissione, incaricato di formulare proposte su «Lo Stato come ordinamento giuridico e i suoi rapporti con gli altri ordinamenti»). La proposta di Dossetti si ispirava chiaramente all'art. 46 della bozza di costituzione francese del 19 aprile 1946. La Costituente francese eletta il 21 ottobre 1945 aveva a sua volta concepito l'articolo come una costituzionalizzazione del Patto Briand-Kellogg del 1928. Il 3 dicembre 1946 la Prima Sottocommissione, partendo dalla proposta Dossetti, approvava questa formulazione: «La Repubblica rinunzia alla guerra come strumento di conquista o di offesa alla libertà degli altri popoli e consente, a condizioni di reciprocità, le limitazioni di sovranità necessarie alla difesa e alla organizzazione della pace». Il dibattito fu breve e non toccò minimamente la prima parte dell'articolo; le modifiche approvate furono puramente stilistiche.

Poco più di 15 giorni dopo, il 20 dicembre 1946, la Seconda Sottocom-

[23] G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, p. 105 e ss.

missione, sotto la presidenza di Terracini, trattò quella che poi sarebbe diventata la parte finale dell'art. 87, co. 9, avente a oggetto il potere del Presidente della Repubblica di dichiarare la guerra a seguito della deliberazione parlamentare in tal senso («Il Presidente della Repubblica dichiara la guerra deliberata dall'Assemblea Nazionale»)[24]. Nel corso della discussione Ruggiero Grieco propose una formulazione che andava oltre la stigmatizzazione della guerra di aggressione deliberata pochi giorni prima dalla Prima Sottocommissione: «Il Presidente della Repubblica proclama lo stato di guerra, quando lo esiga la difesa dell'indipendenza e dell'integrità territoriale del Paese»[25]. Sul punto intervenne Vanoni osservando che «se si approvasse l'articolo proposto dall'onorevole Grieco, evidentemente si escluderebbe la possibilità di una guerra determinata da obblighi internazionali»[26].

L'obiezione di Vanoni ebbe effetto e l'emendamento di Grieco venne respinto. Alla luce di questa vicenda parte della dottrina fa valere l'argomento per cui secondo la volontà dei Costituenti sarebbe costituzionalmente legittimo il soccorso difensivo nell'ambito di una legittima difesa collettiva, e quindi tanto il caso del soccorso difensivo in forza di un precedente trattato internazionale di mutua difesa in tal senso[27], quanto quello di uno Stato a favore di un altro Stato che lo richieda ex art. 51 Carta ONU[28].

Ci sia consentito però richiamare qui l'attenzione su di un elemento decisivo. Nel giro di poco tempo l''opinione dominante' in seno alla Costituente cambiò. In Assemblea, durante gli ampi e articolati dibattiti del marzo 1947, le forze contrarie alla guerra riuscirono a farsi sentire e a imporre un ampliamento della sfera del costituzionalmente illegittimo in tema di guerra. Il 12 marzo 1947 al Congresso degli Stati Uniti il presidente Truman espose la 'dottrina del contenimento', che proponeva una nuova e 'aggressiva' strategia di confronto degli Stati Uniti con l'Unione sovietica in Grecia e in Turchia. Proprio due giorni dopo, il 14 marzo intervenne Guido Russo Perez, appartenente al Fronte dell'Uomo Qualunque, che propose di stralciare l'articolo. Quel che risulta particolarmente interessante è la motivazione addotta per questa proposta. Russo Perez osservava che non era veramente possibile distinguere, come avrebbe voluto fare l'articolo, tra guerre giuste e guerre in-

---

[24] ASSEMBLEA COSTITUENTE, *Commissione per la Costituente – Seconda Sottocommissione*, Roma, 1947, p. 21 ss.
[25] *Ibidem*.
[26] *Ivi*, p. 22.
[27] Così sul trattato NATO, M. BON VALSASSINA, *Il ripudio della guerra nella Costituzione italiana*, cit., p. 67 ss.
[28] M. BENVENUTI, *Il principio del ripudio della guerra*, cit., p. 57 ss.

giuste, e cioè tra le guerre di conquista, di aggressione contro la libertà dei popoli, e le guerre di difesa. Egli faceva poi notare che, a voler identificare la 'guerra giusta' con la 'guerra difensiva' (come si evinceva dalla formulazione allora in discussione), si cadeva nella difficoltà di stabilire con chiarezza chi nella 'nebbia della guerra' fosse l'aggressore e chi invece l'aggredito (a tal proposito forniva tutta una serie di esempi dal recente passato, e in particolare il caso della fornitura di armi da parte degli Stati Uniti neutrali all'Inghilterra già in guerra con la Germania e l'Italia)[29].

Tre giorni dopo, il 17 marzo, intervenne il socialista Treves che, raccolta la sfida lanciata da Russo Perez, propose per primo di *aggiungere il ripudio della guerra* intesa non solo come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli, ma anche come *mezzo di risoluzione dei 'conflitti internazionali'*, ossia delle controversie internazionali:

«Ma noi, onorevoli colleghi, vorremmo qualche cosa di più in questo articolo 4; vorremmo un'affermazione più decisa. Noi auspicheremmo che l'Italia desse l'esempio con questo articolo di quel futuro diritto internazionale, e ancor più direi, costume democratico internazionale, che desideriamo possa un giorno reggere un mondo migliore e più giusto. Vorremmo vedere nell'articolo 4 incorporato il principio che la Repubblica non ricorrerà alla guerra come strumento di risoluzione dei conflitti internazionali. Se l'articolo 4 ha un senso, effettivamente esso deve superare questa astratta formulazione che condanna le guerre di conquista, specialmente in questa situazione politica e generale, specialmente dopo quello che è successo in questi ultimi anni, la tragedia di cui siamo ancora tutti pervasi e di cui ancora tutti soffriamo le conseguenze»[30].

Treves chiese insomma che si andasse ben oltre la condanna della guerra di conquista. La 'guerra fredda' e la guerra atomica che oramai si stagliavano all'orizzonte tra i due blocchi spinsero l'esponente socialista a chiedere la condanna della guerra *tout court*, cioè della «guerra come risoluzione dei conflitti internazionali», fatta chiaramente eccezione per quella strettamente difensiva della Patria, e cioè del territorio dello stato. La sua posizione si saldava così alla tradizione antibellicista del suo partito, che si era chiaramente e giustamente opposto all'ingresso dell'Italia nella Prima guerra mondiale, vista appunto da Treves come una guerra tesa a «risolvere conflitti internazionali»[31]. Treves proseguiva:

«In quest'articolo noi vorremmo che fosse dalla Repubblica codificato che la guerra

[29] Assemblea Costituente, *Discussioni*, Roma, 1947.
[30] *Ivi*, pp. 2206-2207.
[31] *Ivi*, 2207.

non deve essere strumento di risoluzione dei conflitti internazionali, un principio che veramente risponde a quella che è l'essenza della nostra nuova democrazia, quella democrazia che è sorta non da spiriti imbelli, ma proprio al contrario – detesto di fare retorica – dal grande apporto della guerra partigiana.

Anche le obiezioni che potrebbero venire da alcuni internazionalisti – per il principio cioè della bilateralità – non ci spaventano troppo, *perché, oltre il diritto, a noi sembra che debba esistere anche la moralità internazionale*: *un principio che vorremmo vedere nettamente affermato nella Carta costituzionale della Repubblica italiana* [corsivo aggiunto].

(…) Nella situazione internazionale in cui viviamo, in questo urto di blocchi giganteschi, in questo scatenarsi di sfiducia e di interessi reciproci, può essere un nobile compito per noi italiani, proprio quello di parlare della ragione. E non si dica che si fa del donchisciottismo inutile; direi, se mai, signori, che così si applica il buon senso di Sancio Pancia, che è una cosa diversa»[32].

Di fronte all'«urto di blocchi giganteschi», e al tempestoso «scatenarsi di sfiducia e di interessi reciproci», la ragione si colloca quindi 'paradossalmente' non nel 'non-luogo' della follia di Don Chisciotte, del 'signore folle e visionario', ma nel luogo ben preciso, realistico e concreto del buon senso, del 'senso comune' dell'assennato servitore, Sancho Panza, al quale stano a cuore i veri interessi degli esseri umani in carne e ossa.

A dar man forte a Treves intervenne, sempre il 17 marzo, con espresso riferimento al discorso di Truman, l'azionista Leo Valiani, che propose un altro emendamento con cui si intendeva affermare, in sostanza, la neutralità del Paese nella contrapposizione tra i «blocchi imperialistici»: «L'Italia rinuncia alla guerra come strumento di politica nazionale e respinge ogni imperialismo e ogni adesione a blocchi imperialistici»[33].

Nel proporre la «rinuncia alla guerra come strumento di politica nazionale», Valiani voleva in tal modo ricollegarsi alla dizione del Patto Briand-Kellogg del 1928, a suo parere preferibile rispetto a quella proposta, anche al fine di evitare possibili guerre giustificate come necessarie per la difesa di altri popoli:

«Quando invece si dice: «L'Italia rinunzia alla guerra come strumento di conquista e di offesa alla libertà degli altri popoli», si entra veramente in quel campo in cui si finisce sempre con lo stiracchiare i fatti, per dimostrare che si salvaguarda la libertà di un Paese intervenendo con le armi, o che viceversa la si salva non intervenendo. La storia recente è piena di contraddizioni in proposito.

(…) Basti pensare soltanto all'ultimo grande fatto di politica internazionale: il messaggio di Truman, che pone le frontiere strategiche degli Stati Uniti in Grecia e in Turchia, allo scopo – come dice il Presidente americano – di difendere la libertà

[32] *Ibidem*.

[33] *Ivi*, pp. 2212 ss., spec. p. 2215.

di quei popoli. Io potrei anche pensare che la libertà di quei popoli non si difende efficacemente inviando degli istruttori militari a sostegno di Governi che non sono né democratici e neppure liberali.

(…) Il patto Briand-Kellogg aveva invece il vantaggio di fissare un principio generale, generalissimo, sul quale non ci doveva essere discussione: qualunque paese avesse dichiarato la guerra e si fosse valso della guerra come strumento di politica internazionale sarebbe stato un paese condannato dalla coscienza civile.

(…) Noi siamo incondizionatamente, e non soltanto in riferimento ad una certa interpretazione politica, per la rinunzia alla guerra. Se ci attaccheranno ci difenderemo, ma noi abbiamo il fermo proposito di non attaccare mai nessun altro popolo, sia esso un popolo retto con ordinamenti liberali o con altri ordinamenti. Non andremo più in Grecia né per battere Metaxas, né per difendere la libertà della Grecia contro il comunismo, come sostiene l'America»[34].

In seguito a queste osservazioni, il Presidente Ruini, a nome della Commissione, nella seduta del 24 marzo 1947 propose una nuova versione dell'articolo (allora art. 4) con l'inserimento del divieto della guerra come risoluzione delle controversie internazionali[35].

Si giunse così, in sostanza, alla versione definitiva che corrisponde all'odierno art. 11. È interessante notare che Valiani, unico in Assemblea ad essersi posto espressamente il problema della partecipazione a guerre non di mera difesa da aggressioni esterne, criticava la versione dell'articolo uscito dalla Sottocommissione, e poi, di fronte alla riformulazione proposta da Ruini il 24 marzo, ritirò il proprio emendamento per aderire ad un altro emendamento proposto da Zagari e che, per la verità, in poco si differenziava dalla formulazione proposta dalla Commissione[36]. Ruini intervenne nuovamente per difendere la propria versione, notando che si trattava di «questioni di formulazione tecnica». In ogni caso, proseguì Ruini, basterebbe il ripudio della guerra «come risoluzione delle controversie internazionali» perché ciò porterebbe a un chiaro, «definitivo» e categorico rigetto dell'impiego politico della guerra. E che il ripudio della guerra «come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli» è solo un caso particolare del più generale ripudio della guerra «come risoluzione delle controversie internazionali»[37]. Dopo questo chiarimento Zagari, a nome dei socialisti, dichiarò di ritirare l'emendamento, ma aggiungendo una dichiarazione di voto: «Noi riteniamo che, col ripudio della guerra, si intenda anche sotterrare un passato di ag-

---

[34] *Ivi*, p. 2216.

[35] *Ivi*, pp. 2429 ss.

[36] *Ivi*, p. 2430. Per una diversa lettura di questa vicenda si veda l'intervento di L. GRADONI, in *La guerra russo-ucraina e il diritto internazionale: una crisi epocale?*, in *«Ehi SIDI!»*, 10 marzo 2022.

[37] *Ivi*, pp. 2432-2433.

gressione che è stato il prodotto di una classe dirigente superata»[38]. L'articolo, posto in votazione, venne infine approvato.

In sintesi: una considerazione dei lavori costituenti e quindi una interpretazione soggettiva storica dell'art. 11 Cost. consente di dire che esso nel ripudiare la guerra come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali intende stigmatizzare la guerra come prosecuzione della politica. Questo risulta chiaro alla luce degli interventi e delle proposte del socialista Treves e dell'azionista Valiani, nonché della replica del Presidente Ruini. Il ripudio della guerra come «strumento di offesa alla libertà degli altri popoli» è divenuto nel corso del dibattito alla Costituente da sola forma di guerra ripudiata, da ripudio della guerra di aggressione a caso centrale del più generale «ripudio della guerra come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali», cioè a ripudio della guerra tout court come «continuazione della politica con la forza delle armi», nella scia del divieto contenuto nel Patto Briand-Kellogg e in una prospettiva improntata (Treves e soprattutto Valiani) a una logica che 'dialetticamente' vuole emancipare l'Italia tanto dall'imperialismo del blocco occidentale quanto dall'imperialismo del blocco orientale, schiudendo lo spazio per una ancora a venire *vera (non Unione europea ma)* Europa del diritto.

In questo modo all'argomento sistematico discusso sopra al punto 2 si congiunge quello 'originalista': la sola guerra autorizzata è quella a difesa della Patria ovvero dell'integrità del territorio della Repubblica italiana (in questo senso, con riguardo alla questione della cessione di armi all'Ucraina si veda la posizione espressa da Michele Ainis: «Se adottiamo il punto di vista dei costituenti del '47, non c'è dubbio che avrebbero fortemente dissentito con una co-belligeranza, anche se questa si traduce, come accade oggi, con l'invio di armi e non di eserciti. Questo è pacifico. Se andiamo a guardare i manuali di Diritto costituzionale del primo dopoguerra, è chiaro che l'unica guerra ammissibile è quella difensiva rispetto alla nostra integrità territoriale»[39]). Che Treves e Valiani avessero visto giusto e soprattutto 'nel lungo periodo'?

---

[38] *Ivi*, p. 2433.

[39] M. AINIS, *L'invio di armi all'Ucraina è contrario alla Costituzione* (intervista di S. TRUZZI), in *il Fatto Quotidiano*, 6 aprile 2022.

4. La secretazione delle armi inviate estromette il Parlamento dal controllo della politica estera

Prima di concludere vorremmo soffermarci brevemente su di un ultimo punto, che riguarda aspetti decisivi di diritto costituzionale interno.

I d.l. n. 14 e 16 hanno messo il Parlamento di fronte al fatto compiuto: quest'ultimo ha, infatti, autorizzato 'a scatola chiusa' il Governo a prendere decisioni chiave in materia di politica estera e difesa. Particolarmente rilevante, sul punto, l'art. 1 del d.l. n. 16 che consente, previo atto di indirizzo delle Camere, la cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari alle autorità governative ucraine, in deroga alla legge n. 185 del 1990, e agli artt. 310 e 311 del Codice dell'ordinamento militare, di cui al d.lgs. n. 66 del 2010.

Già il giorno successivo all'emanazione del decreto-legge, cioè il 1° marzo, la Camera e il Senato, a conclusione delle comunicazioni rese dal Presidente del Consiglio dei Ministri sugli sviluppi del conflitto tra Russia e Ucraina, hanno approvato due risoluzioni dal contenuto identico (la n. 6-00207 alla Camera e la n. 6-00208 al Senato). Inoltre, lo stesso decreto-legge prevede che con uno o più decreti del Ministro della difesa, adottati di concerto con i Ministri degli affari esteri e della cooperazione internazionale e dell'economia e delle finanze, sia definito l'elenco dei mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari oggetto della cessione. In seguito, nella Gazzetta Ufficiale del 3 marzo è stato pubblicato il DM 2 marzo 2022 recante «Autorizzazione alla cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari alle Autorità governative dell'Ucraina ai sensi dell'articolo 1 del decreto legge 28 febbraio 2022, n. 16»: i mezzi, i materiali e l'equipaggiamento sono ceduti a titolo non oneroso per la parte ricevente e sono indicati nell'allegato elaborato dallo Stato maggiore della difesa di cui si «omette la pubblicazione in quanto documento classificato».

Il tutto si è svolto secondo una serratissima scansione temporale che, sommata alla laconicità delle risoluzioni parlamentari menzionate, ha reso evidente la marginalizzazione delle funzioni di codecisione, indirizzo e controllo del Parlamento. Non solo, in sede di conversione i due decreti-legge sono confluiti in un'unica legge, comprimendo ancora di più le possibilità per i singoli parlamentari di intervenire sul testo e replicando lo schema dei cd. 'decreti a perdere' o 'decreti minotauro' stigmatizzato nel luglio 2021 anche dal Presidente della Repubblica[40]. Di certo non può essere ritenuta ido-

[40] Cfr. il messaggio del 23 luglio 2022 del Presidente della Repubblica dal titolo *Lettera ai Presidenti Casellati, Fico e Draghi in materia di decreti legge*, reperibile su www.quirinale.it.

nea a sanare tali vizi l'audizione del Ministro della Difesa da parte del Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR) del 2 marzo 2022, occasione durante la quale – come è stato reso noto nel corso della successiva riunione delle Commissioni affari esteri e difesa della Camera del 9 marzo – il Ministro della Difesa avrebbe fornito «informazioni esaustive sulla tipologia, la quantità e i costi dei materiali ceduti». L'informazione di tale organo ristrettissimo non può esser ritenuta in alcun modo sufficiente a consentire al Parlamento di esercitare un controllo attento e consapevole sulla politica estera del governo.

La fine della XVIII legislatura e l'avvio della XIX legislatura non presentano elementi di discontinuità sul tema del ruolo del Parlamento nell'invio delle armi. Analogamente a quanto già detto con il decreto-legge n. 185 del 2022, recante *Disposizioni urgenti per la proroga dell'autorizzazione alla cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari in favore delle Autorità governative dell'Ucraina* (poi convertito con la legge 27 gennaio 2023, n. 8) è stata infatti prorogata fino al 31 dicembre 2023 l'autorizzazione ad inviare, previo atto di indirizzo delle Camere, la cessione di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari in favore delle autorità governative dell'Ucraina[41].

In sostanza questa vicenda testimonia, sotto il profilo esaminato, una profonda alterazione degli equilibri costituzionali in tema di controllo democratico della politica estera e di difesa. Un'alterazione che non deriva dalla sola compressione dei tempi e dallo svilimento della funzione parlamentare ma anche, e soprattutto, dalla deroga ai principi di pubblicità e trasparenza della decisione politica. I parlamentari hanno infatti convertito in legge un decreto il cui contenuto sostanziale – l'allegato contenente le armi cedute – era a loro ignoto.

La secretazione del decreto impedisce da un lato una corretta informazione di ciascun parlamentare circa elementi fondamentali della politica estera del governo, dall'altro costringe il Parlamento a convertire in legge un decreto senza che siano note caratteristiche fondamentali dello stesso. In tal modo è impedito sia il sindacato ispettivo, sia il diritto ad esaminare i contenuti della legge posta in votazione, che sono prerogative fondamentali di ciascun parlamentare.

L'invio di armi 'secretato' rappresenta un ritorno alla diplomazia segreta tipica dei regimi non democratici ed è quindi inquadrabile come una lesione

[41] Si sono susseguiti, dopo al DM 2 marzo 2022 già citato, i decreti ministeriali 22 aprile 2022 (G.U. 28 aprile 2022); 10 maggio 2022 (G.U.13 maggio 2022); 26 luglio 2022 (G.U. 29 luglio 2022); 7 ottobre 2022 (G.U. 12 ottobre 2022); 31 gennaio 2023 (G.U. 2 febbraio 2023). Dato aggiornato al 15 maggio 2023.

dei principi dell'ordinamento costituzionale, in cui il Parlamento, organo rappresentativo del popolo, è centrale e deve essere informato sulle linee fondamentali della politica estera, specialmente se si tratta di partecipazione del Paese a conflitti armati.

5. Conclusioni

L'interpretazione letterale, sistematica e soggettiva-storica del ripudio della guerra di cui all'art. 11 della Costituzione italiana conduce al risultato della illegittimità costituzionale della cessione di armi all'Ucraina. I Costituenti desideravano tenere il popolo italiano fuori non solo da tragiche e sciagurate guerre di aggressione ma pure dalle terribili minacce di 'guerre tra blocchi' che già nel marzo 1947 divenivano sempre più concrete.

Resta la questione del rilievo del conflitto risultante tra il *dover essere* giuridico e i risultati 'empirici' in termini di 'modificazione del mondo' di tale dover essere, tra 'le ragioni del diritto' e le 'conseguenze del diritto'[42]. Il dilemma è ora il seguente: come 'prendere sul serio' il ripudio della guerra e al tempo stesso aiutare e soccorrere il popolo ucraino aggredito? Come potrebbe essere configurata l'eventuale dialettica negazione dell'antitesi appena formulata, cioè la '*non*-non costituzionalità' dell'invio delle armi all'Ucraina?[43]

Riformulato in termini kantiani: quali sono le condizioni da realizzare prima possibile per ottenere una pace perpetua, cioè stabile e duratura?

---

[42] R. WIETHÖLTER, *Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechts-gründe?*, in G. TEUBNER (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe. Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Baden-Baden, 1995, pp. 89 ss.

[43] Vedi qui P. WATZLAWICK, J.H. WEAKLAND, R. FISCH, *Change. Sulla formazione e la soluzione dei problemi*, Roma, 1974, p. 99, per il riferimento alla formula del cambiamento «"non *a* ma anche *non* non-*a*"» idonea a superare la ricerca della soluzione ad un evento indesiderabile nella «dicotomia di *a* e non-*a*» che conduce «chi cerca (…) in una *illusione di alternative*» in cui si resta impigliati quale che sia l'alternativa.

SEZIONE II

Rapporti tra ordinamento internazionale e dell'Unione europea e ordinamento interno

La giurisdizione penale extra-territoriale e la Convenzione di Palermo: analisi del nuovo orientamento assunto dalla Corte di cassazione a partire dalla sentenza *Tarek*

DANIELE MANDRIOLI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti della vicenda *Tarek* e la decisione della Corte: una nuova interpretazione dell'articolo 7, comma 1 n. 5 del codice penale – 3. Verso il consolidamento dell'orientamento giurisprudenziale ispirato dalla sentenza *Tarek*. – 4. Alcune critiche all'interpretazione sostenuta dalla Corte. – 5. Quando la Corte si sostituisce al legislatore: alcune considerazioni finali.

ABSTRACT: Il presente scritto osserva e analizza l'orientamento giurisprudenziale recentemente assunto dalla Corte di cassazione, a partire dalla sentenza *Tarek*, in tema di applicazione della giurisdizione penale in alto mare. Dopo alcune brevi considerazioni preliminari, il lavoro descrive i principali fatti della vicenda, soffermandosi sui passaggi relativi all'adattamento del diritto nazionale al diritto internazionale pattizio. L'articolo prosegue osservando il processo di consolidamento di quanto stabilito in *Tarek* per mezzo di due successive decisioni giudiziarie. Tale orientamento viene infine osservato criticamente alla luce delle considerazioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza precedenti, riservando le ultime pagine a un breve commento conclusivo, in considerazione anche delle novità legislative introdotte, in tema di contrasto all'immigrazione clandestina, dal decreto legge del 10 marzo, n. 20.

PAROLE CHIAVE: Immigrazione – Alto mare – Giurisdizione penale extraterritoriale – Adattamento – Norme pattizie non auto-applicative – Riserva di legge del diritto penale.

* Ricercatore di diritto internazionale, Università degli Studi di Milano, daniele.mandrioli@unimi.it.

1. Introduzione

Generalmente, si è soliti intendere l'esercizio della giurisdizione penale di uno Stato come un'attività dai contorni essenzialmente *territoriali*. Come noto, sia gli ordinamenti nazionali che quello internazionale individuano proprio nel territorio ove viene commesso un reato il principale elemento per attribuire, nonché per delimitare, l'applicazione della giurisdizione penale del rispettivo Stato[1]. L'ordinamento italiano non si discosta da quanto ora assunto: ai sensi dell'art. 6, comma 1 del codice penale, la legge e la giurisdizione penale si applicano all'interno, e dunque nei limiti, del territorio nazionale[2].

Ciononostante, il nostro sistema giuridico contempla delle ipotesi che eccepiscono al generale principio di territorialità. In tali circostanze, previste agli artt. 7-10 del codice penale[3], la capacità punitiva italiana si espande oltre i confini statali, sollevando, tra le varie, anche alcune questioni di rilievo internazionalistico. Più precisamente, l'art. 7, comma 1 n. 5 del codice penale prevede l'applicazione della legge e della giurisdizione penale italiana contro reati commessi all'estero nel caso in cui «(…) speciali disposizioni di legge o *convenzioni internazionali*» stabiliscano ciò[4]. La norma qui riportata, rinviando a quanto previsto dai trattati internazionali, ispira interessanti riflessioni in tema di adattamento del diritto interno al diritto internazionale pattizio. È proprio rispetto a tale tematica – e a come essa è stata recentemente affrontata dalla Corte di cassazione con riferimento alle condotte criminali commesse in alto mare – che questo lavoro intende soffermarsi.

Nel corso degli ultimi anni, l'opinione pubblica si è sovente concentrata sulla pericolosa proliferazione di traffici illeciti nel Mar Mediterraneo. Queste condotte criminali, tra le quali rilevano la tratta di esseri umani e il favo-

---

[1] Il tema è stato autorevolmente affrontato dalla CPGI, sentenza del 7 settembre 1927, *The Case of the S.S. "Lotus"* (*France* v. *Turkey).* Per una ricostruzione dottrinale della materia, v., *ex multis*, C. RYNGAERT, *Jurisdiction in International Law*, Oxford, 2008; F.A. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, in *Recueil des Cours*, 1964.

[2] Art. 6, comma 1 del codice penale: «Chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punti secondo la legge italiana».

[3] È opportuno ricordare fin da principio che, secondo un orientamento dottrinale ad oggi prevalente, gli artt. dal 6 al 10 del codice penale. assumono rilievo anche sul piano processuale, e non solamente dal punto di vista sostanziale. Per l'appunto: «una volta che sia stata riconosciuta l'ispirazione tendenzialmente universalistica dell'ordinamento penale sostanziale, rimane essenzialmente da determinare l'estensione della giurisdizione penale» (L. PRESSACCO, *Immigrazione irregolare via mare e limiti della giurisdizione penale italiana*, in *Jus-Online*, 2021, p. 78 ss., p. 79). Ad ulteriore conferma, si veda anche F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale. Studi sulle dottrine generali del processo penale*, Torino, 1956, p. 227-228).

[4] Art. 7, comma 1 n. 5 del codice penale (corsivo aggiunto).

reggiamento dell'immigrazione irregolare, hanno necessariamente impegnato i giudici nazionali nella delicata definizione dei limiti di esercizio della giurisdizione penale al di là del mare territoriale italiano. In tale contesto si inserisce una decisione della Corte di cassazione del 2021 (il caso *Tarek*)[5], il cui approccio particolarmente originale non solo ha stimolato un dibattito scientifico[6], ma ha soprattutto ispirato un successivo orientamento giurisprudenziale in materia[7].

Il presente lavoro si propone di analizzare alcune delle più interessanti pronunce della Corte di cassazione in merito alle problematiche di adattamento relative all'esercizio della giurisdizione penale in alto mare. A tal fine, le pagine che seguono sono anzitutto rivolte a descrivere la decisione giudiziaria sopra menzionata, rimarcando il cambiamento di prospettiva della Corte rispetto a quanto concluso sempre dalla medesima solamente un anno prima[8] (paragrafo 2). Di seguito, si intende espandere l'ambito di indagine, considerando due ulteriori decisioni successive alla sentenza *Tarek* (sezione 3). Il lavoro propone alcune riflessioni critiche sull'approccio adottato dalla giurisprudenza, anche alla luce di un antico dibattito dottrinale esistente in materia (sezione 4). In conclusione, lo scritto non mancherà di considerare le rilevanti novità legislative sull'esercizio della giurisdizione extra-territoriale introdotte dal decreto legge del 10 marzo, n. 20[9], considerandole all'interno

---

[5] Cass. pen., sez. I, sentenza del 2 luglio 2021, n. 31652, resa nel caso *Tarek*, testo disponibile *online* presso l'indirizzo www.canestrinilex.com. Per un commento, v. N. ZUGLIANI, *In the Matter of Criminal Proceedings against Jomaa Laamami Tarek and Others, Final Appeal Judgment, No 31652/2021*, in *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts* (in corso di pubblicazione).

[6] *Ex multis*, v. A. MANEGGIA, *Il contrasto dei traffici illegali in mare tra norme internazionali e interne: quale approccio alle "questioni di giurisdizione"?*, in A. CALIGIURI, L. SCHIANO DI PEPE, I. PAPANICOLOPULU, R. VIRZO (a cura di), *Italia e diritto del mare* (in corso di pubblicazione); L. MAGI, *The Mediterranean Sea between Legend and Crime: the Tricky Question of Jurisdiction for Mediterranean States*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2022, p. 117 ss., p. 134; C. CANTONE, *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale e il 'modello italiano' tra presente e futuro*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2022, p. 447 ss., p. 465-469; L. ACCONCIAMESSA, F. TAMMONE, *La diretta applicabilità dei trattati nell'ordinamento italiano.* Quo vadis*?*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2022, p. 91 ss.; D. MANDRIOLI, *Between the Principle of Legality and the Renvoi to International Treaties: the Italian Jurisdiction over Transnational Crimes Committed Beyond National Territory*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2022, p. 481 ss.

[7] In particolare, v. Cass. pen., sez. I, sentenza del 7 dicembre 2021, n. 15556; Cass. pen., sez. I, sentenza del 18 gennaio 2023, n. 432. Lo studio e il commento di queste decisioni, ispirate alla sentenza *Tarek*, sono contenuti nel paragrafo 3 del presente scritto.

[8] Si fa riferimento al giudizio Cass. pen., sez. I, sentenza del 17 giugno 2020, n. 19762, resa nel caso *Tartoussi*.

[9] D.l. 10 marzo 2023, n. 20, recante "Disposizioni urgenti in materia di flussi di ingresso legale dei lavoratori stranieri e di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare".

della più ampia prospettiva del rapporto, a volte conflittuale, tra il potere legislativo e giudiziario in materia (sezione 5).

2. I fatti della vicenda *Tarek* e la decisione della Corte: una nuova interpretazione dell'articolo 7, comma 1 n. 5 del codice penale

Riassumendo brevemente la vicenda giudiziaria relativa al caso *Tarek*, con la pronuncia in commento la Corte di cassazione ha rigettato il ricorso avverso la sentenza emessa dalla Corte d'Assise d'appello di Catania nei confronti degli imputati, condannati in primo e secondo grado per aver commesso i reati di omicidio volontario *ex* art. 575 del codice penale e di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12 del d. lgs. n. 286 del 1998[10]. Secondo la ricostruzione giudiziaria dei fatti, i ricorrenti, agendo a bordo di un'imbarcazione priva di bandiera, avrebbero attuato condotte integranti un traffico di migranti via mare dalla Libia verso l'Italia. Nel corso della tratta, il natante si è trovato in una condizione di grave emergenza. Venuta a conoscenza del pericolo, la nave militare italiana *Cigala Fulgosi* è intervenuta in soccorso dei viaggiatori, raggiungendoli a 135 miglia nautiche a sud dell'isola di Lampedusa. Qui, le autorità italiane, dopo aver constatato il decesso di quarantanove persone a bordo, hanno messo in salvo e fatto sbarcare nel territorio italiano gli individui superstiti – imputati compresi – e, contestualmente, avviato il procedimento penale, conclusosi, come anticipato, con la condanna degli imputati in entrambi i gradi di giudizio. Successivamente, questi ultimi hanno proposto ricorso dinnanzi alla Corte di cassazione, invocando, fra gli altri motivi, il difetto di giurisdizione italiana rispetto alle suddette condotte criminali, in quanto commesse al di là dei confini nazionali. Investita della vicenda in esame, il Giudice di legittimità ha confermato la sussistenza di tale requisito pregiudiziale, condannando in via definitiva i ricorrenti.

Le motivazioni addotte a supporto di tale conclusione si fondano a più riprese sul già menzionato art. 7, comma 1 n. 5 del codice penale[11]. Questa disposizione, «espressiva del principio di universalità temperata della giuri-

[10] D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, recante "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero".

[11] Al fine di agevolare la comprensione di quanto analizzato in questo scritto, si ritiene utile riportare per intero il testo dell'art. 7, comma 1 n.5 del codice penale: «è punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero (…) ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana».

sdizione penale italiana»[12], consente l'applicabilità extra-territoriale della legge e della giurisdizione penale laddove ciò sia espressamente previsto da un trattato internazionale. Con riferimento al caso di specie, viene dunque in rilievo la disciplina prevista dalla Convenzione di Palermo sulla criminalità organizzata del 2000[13], ratificata dall'Italia per mezzo della legge n. 146 del 2006[14] e adattata mediante ordine di esecuzione *ex* art. 2 della medesima legge[15]. Entrambe le condotte di cui sono stati accusati gli imputati rientrano, infatti, tra quelle fattispecie criminali – peraltro già previste dal diritto penale italiano – per le quali la Convenzione dispone l'obbligo di incriminazione.

Ebbene, ai sensi dell'art. 15, comma 2, lett. c) del trattato, è data facoltà agli Stati di estendere extra-territorialmente la propria giurisdizione nel caso in cui i reati siano stati commessi «with a view to the commission of a serious crime within its territory». Dal momento che i delitti qui in esame avrebbero prodotto «gravi e dirette conseguenze in Italia»[16], la Cassazione ha dunque ritenuto applicabile la giurisdizione penale italiana.

Nel corso degli ultimi anni, diversi sono stati i casi in cui la Corte ha richiamato l'art. 7, comma 1 n. 5 del codice penale in combinato disposto con l'art. 15 della Convenzione di Palermo[17]. In particolar modo, nella precedente sentenza *Tartoussi* del 2020[18], la Cassazione aveva assunto una posizione diametralmente opposta a quanto concluso in *Tarek*. In quell'occasione, concernente il reato di traffico internazionale di armi, essa aveva escluso che la giurisdizione penale italiana potesse essere giustificata «ai sensi dall'art. 7, comma 1 n.5 del codice penale e della Convenzione ONU di Palermo (…) in quanto la disposizione convenzionale relativa alla giurisdizione [in quel caso

---

[12] Cass. pen., *Tarek*, cit., p. 14.

[13] Assemblea generale, *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, UN Doc. A/RES/55/25 del 15 novembre 2000 (d'ora in avanti Convenzione di Palermo).

[14] Legge 16 marzo 2006, n. 146, recante "Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2000".

[15] Per uno studio monografico sul meccanismo di adattamento cd. "speciale", v. C. FABOZZI, *L'attuazione dei trattati internazionali mediante ordine di esecuzione*, Milano, 1961.

[16] Cass. pen., *Tarek*, cit., p. 21.

[17] *Ex multis*, v. Cass. pen., sez. V, sentenza del 27 novembre 2019, n. 48250; Cass. pen., sez I., sentenza del 18 maggio 2015, n. 20503; Cass. pen., sez. I, sentenza del 28 febbraio 2014, n. 14510, Cass. pen., sez. I, sentenza del 23 maggio 2014, n. 36052.

[18] Cass. pen., *Tartoussi*, cit. Per un'analisi della decisione della Corte, v. K. GAVRYSH, *La natura obbligatoria del criterio di giurisdizione previsto dall'art. 15, par. 2, della Convenzione di Palermo del 2000, nella sentenza del 17 giugno 2020 della Cassazione italiana*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2021, p. 717 ss..; D. MANDRIOLI, *Oltre i limiti territoriali: l'esercizio della giurisdizione penale italiana sul traffico di armi in acque straniere*, in *Il Diritto Marittimo*, 2021, p. 354 ss.; N. ZUGLIANI, *Implementing International Treaties into the Italian Legal Order: Diverging Views on the Identification of Self Executing Provisions*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2020, p. 489 ss.

l'art. 15, comma 4[19]] pur in presenza della sua ratifica, *non è di immediata applicazione* nell'ordinamento dello Stato parte»[20].

Nel caso *Tartoussi*, l'indagine si era infatti incentrata sulla *natura auto-applicativa* o meno delle disposizioni in materia di giurisdizione previste dall'art. 15, commi 2 e 4 della Convenzione di Palermo. Secondo un orientamento prevalente[21], difatti, la procedura di adattamento per mezzo dell'ordine di esecuzione determina l'automatica operatività all'interno dell'ordinamento nazionale soltanto di una norma qualificabile come "*self-executing*", ovvero «completa nel suo contenuto dispositivo o in grado di divenire tale in virtù di norme interne preesistenti»[22]. L'accertamento della completezza di una disposizione pattizia è un processo ermeneutico delicato, volto principalmente a ricostruire la volontà delle parti nel configurare situazioni giuridiche definite e non, invece, parziali o dalla natura programmatica[23]. Sotto questo profilo, norme internazionali pattizie che concedono mere facoltà agli Stati non sono solitamente ritenute "*self-executing*"[24]. Pertanto, secondo quanto affermato nella sentenza *Tartoussi*, la Convenzione di Palermo non potrebbe costituire di per sé un fondamento normativo sufficiente per giustificare l'estensione della giurisdizione penale italiana, in quanto mancherebbe una successiva disposizione di legge idonea a manifestare la specifica volontà dello Stato italiano di avvalersi di tale opportunità[25].

Come anticipato, la sentenza in commento segna un netto smarcamento da quanto affermato dalla Cassazione nel caso *Tartoussi*. Se in tale precedente la Corte aveva sottolineato come la natura facoltativa delle disposizioni

---

[19] UN Doc. A/RES/55/25, cit., art. 15, par. 4: «Each State Party may also adopt such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences covered by this Convention when the alleged offender is present in its territory and it does not extradite him or her».

[20] V. Cass. pen., *Tartoussi*, cit. (corsivo aggiunto).

[21] In dottrina, *ex multis*, v. B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, (XII ed.) Napoli, 2021, p. 348-352; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale* (V ed.), Torino, 2020; T. SCOVAZZI, *Corso di diritto internazionale*, Parte II (II ed.), Milano, 2015, p. 367-373; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale* (V ed.), Padova, 2019, pag. 280-283. Osservando invece la giurisprudenza nazionale, v. Cass. civ., sez I, sentenza del 21 luglio 1995, n. 7950; Cass. pen., sez. unite, sentenza del 29 aprile 1961, n. 1001.

[22] R. BARATTA, *L'effetto diretto delle disposizioni internazionali* self-executing, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2020, p. 4 ss., p. 8.

[23] Per uno studio generale della materia, si legga L. CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali. Gli accordi o non self-executing nell'ottica della giurisprudenza*, Padova, 1974.

[24] Si richiama a Corte Cost., sentenza del 9 maggio 1994, n. 183, resa nel caso *Di Lazzaro*.

[25] Più precisamente, tale conclusione è stata raggiunta dalla Corte con limitato riferimento all'art. 15, comma 4 della Convenzione di Palermo, mentre l'art. 15, comma 2 risulterebbe, invece, auto-applicativo, e quindi direttamente applicabile. Per una critica a tale distinguo operato dalla Corte, ci si permette di rimandare a quanto già argomentato in D. MANDRIOLI, *Oltre i limiti territoriali: l'esercizio della giurisdizione penale italiana sul traffico di armi in acque straniere*, cit., p. 358-360.

della Convenzione di Palermo rilevanti in materia precludesse l'applicazione extra-territoriale della giurisdizione penale italiana, nella più recente sentenza si afferma invece un'opposta conclusione: i giudici nazionali possono giudicare la commissione dei reati avvenuti oltre il territorio italiano proprio in virtù delle citate norme pattizie, in lettura congiunta con la «*clausola di universalità* della legge penale italiana di cui all'art. 7 [del codice penale]»[26]. Ai sensi di tale interpretazione, non sarebbe dunque necessaria una «ulteriore e pleonastica»[27] estensione della giurisdizione da parte del legislatore italiano oltre a quanto già (semplicemente) concesso dalla Convenzione di Palermo.

Per chiarire le ragioni addotte dalla Corte, occorre rimarcare come essa non si sia criticamente soffermata sulla natura *self-executing* (o meno) delle previsioni internazionali qui esaminate; anzi, riconoscendo il margine di apprezzamento conferito dal dettato pattizio allo Stato italiano, la Cassazione ha ritenuto che l'ordinamento interno avrebbe già previsto di volersi avvalere *di default* di tale facoltà proprio in virtù dell'art. 7, comma 1 n. 5 del codice penale, disposizione che manifesterebbe il massimo grado di universalità della legge e della giurisdizione penale italiana. Per questo motivo, un ulteriore intervento normativo di adattamento risulterebbe ridondante, visto che l'ordinamento interno sarebbe già strutturalmente proteso ad espandersi oltre il territorio nazionale quando tale possibilità sia prevista, *o anche semplicemente ammessa*, dal diritto internazionale particolare.

Se non si è frainteso questo decisivo passaggio della sentenza, la Cassazione sembra alludere all'esistenza all'interno del codice penale di un meccanismo di rinvio «di carattere aperto e mobile»[28] al contenuto degli articoli delle convenzioni internazionali a cui l'Italia aderisce. Tale lettura dell'art. 7, comma 1 n. 5 del codice penale consentirebbe, dunque, di oltrepassare il problema della natura *self-executing* o meno dell'art. 15 della Convenzione di Palermo, risolvendo così positivamente il quesito giurisdizionale affrontato.

3. Verso il consolidamento dell'orientamento giurisprudenziale ispirato dalla sentenza *Tarek*

A seguito della sentenza ora esaminata, la Corte di cassazione è stata nuovamente chiamata ad esprimersi in merito all'interpretazione dell'art. 7, comma 1 n. 5 del codice penale. Le pagine che seguono sono rivolte a riassumere e

[26] Cass. pen., *Tarek*, cit., p. 29 (corsivo aggiunto).
[27] *Ibidem*.
[28] Cass. pen., *Tarek*, cit., p. 14.

brevemente analizzare due sentenze[29] particolarmente esemplificative del fatto che quanto sostenuto nel caso *Tarek* si sia oramai consolidato nella successiva prassi giurisprudenziale.

Con riferimento alla prima decisione[30], la Cassazione ha rigettato il ricorso dell'indagato avverso la sentenza della Corte di Assise di appello di Palermo, che lo aveva dichiarato colpevole dei delitti di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e di omicidio. Partito dalla spiaggia libica di Zuara con un peschereccio privo di bandiera carico di oltre seicento migranti, il ricorrente si è trovato in condizione di grave difficoltà mentre si trovava all'interno della zona SAR libica[31]. Dal momento che l'imbarcazione iniziava a raccogliere acqua, egli ha lanciato un segnale di SOS, raccolto da un'unità militare irlandese. L'accostarsi dei gommoni in dotazione alla nave soccorritrice ha indotto gli occupanti del barcone a spostarsi bruscamente, con l'effetto di provocare l'inclinazione del natante, il suo successivo inabissamento e, infine, la morte di più di duecento persone. Il ricorrente è stato successivamente identificato quale comandante del peschereccio, incaricato dagli organizzatori del viaggio di condurlo fino alle coste italiane della Sicilia. Dopo essere stato condannato in primo e secondo grado, questi ha proposto ricorso dinnanzi alla Corte di cassazione, invocando, fra gli altri motivi, il difetto di giurisdizione italiana rispetto alle suddette condotte criminali, in quanto avvenute integralmente al di fuori dei confini nazionali.

Investita della questione, la Cassazione ha nuovamente considerato l'art. 7, comma 1 n. 5 del codice penale in lettura congiunta con le disposizioni internazionali contenute dalla Convenzione di Palermo, rinnovando così il dibattito giurisprudenziale qui oggetto di studio. In tale nuova occasione, il giudice di legittimità non ha esitato a confermare *in toto* il ragionamento avanzato nella sentenza *Tarek*, rigettando il ricorso dell'indagato proprio in

---

[29] Cass. pen., sentenza del 7 dicembre 2021, cit.; Cass. pen., sentenza del 18 gennaio 2023, cit.

[30] Il teso della sentenza può essere letto online all'indirizzo www.ilsole24ore.com.

[31] Con l'acronimo SAR, si intende denominare la *Search and Rescue Zone* di un rispettivo Stato parte alla Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, firmata ad Amburgo nel 1979 ed entrata in vigore nel 1985. Come noto, uno dei principali obbiettivi di tale strumento pattizio è quello di predisporre e definire una ripartizione geografica delle responsabilità degli Stati costieri rispetto alla ricerca e al soccorso dei naufraghi in mare. Per un approfondimento sul tema, si rimanda, *ex multis*, a C. DANISI, *La nozione di «place of safety» e l'applicazione di garanzie procedurali e tutela dell'individuo soccorso in mare*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2021, p. 395 ss.; F. DE VITTOR, *Il* Port State Control *sulle navi delle ONG che prestano soccorso in mare: tutela della sicurezza della navigazione o ostacolo alle attività di soccorso?*, *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2021, p. 103 ss.; I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di* search and rescue*: problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2019, p. 507 ss; S. TREVISANUT, *Search and Rescue Operations in the Mediterranean: Factor of Cooperation or Conflict*, in *International Journal of Marine and Coastal Law*, 2010, p. 523 ss.

virtù del peculiare meccanismo di applicazione delle disposizioni internazionali che sarebbe previsto dal codice penale. Ancora una volta, la Suprema Corte non ha ritenuto determinante il fatto che le facoltà previste dalla Convenzione di Palermo non siano mai state interiorizzate dal legislatore nazionale attraverso uno strumento normativo *ad hoc*; la rilevanza giuridica interna del suo contenuto sarebbe garantita proprio dall'art. 7, comma 1 n. 5 del codice penale, così come interpretato nella precedente decisione del 2021[32].

Ancor più di recente, la Corte di legittimità è tornata sul tema qui esaminato, confermando di nuovo l'orientamento assunto a partire dal caso *Tarek*. Più nel dettaglio, con la sentenza n. 430 del 2023, la Cassazione ha rigettato il ricorso avverso un'ordinanza emessa dal Tribunale di Palermo, che rifiutava la richiesta di riesame contro il provvedimento del Giudice per le indagini preliminari di Agrigento, disponente la misura di custodia cautelare carceraria. Anche in tale circostanza, l'indagato – accusato di aver commesso atti diretti all'ingresso irregolare di settanta individui di nazionalità straniera, trasportandoli clandestinamente a bordo di una nave ed esponendoli a pericolo di vita[33] – aveva lamentato il difetto della giurisdizione italiana in virtù del fatto che le condotte a lui imputate erano avvenute al di fuori del territorio nazionale.

Rigettando il ricorso, la Cassazione ha ancora una volta ribadito la «diretta applicazione della Convenzione di Palermo (…) *in virtù del rinvio* di cui all'art.[7, comma 1 n. 5 del codice penale]»[34]. Per dimostrare questa conclusione, la Corte non ha ritenuto necessario il dover giustificare o ulteriormente chiarire le ragioni ad essa sottostanti, limitandosi semplicemente a richiamare l'oramai consolidato precedente *Tarek*. Proprio il carattere conciso e l'asciuttezza di quest'ultimo giudizio sono a evidente testimonianza della posizione oramai assunta dalla Suprema Corte in merito alle questioni di adattamento ispirate dall'art 7, comma 1 n. 5 del codice penale.

---

[32] Si riporta quanto affermato dalla Corte nella sentenza ora osservata: «Nell'ambito della medesima operazione ermeneutica, il riferimento alla possibilità riconosciuta allo Stato Parte di "adottare misure necessarie per determinare la sua giurisdizione" si risolve nel richiamo all'eventuale adeguamento del proprio ordinamento interno per rendere concretamente possibile l'estensione dell'esercizio della giurisdizione agli ulteriori reati previsti dalla Convenzione, sotto la condizione, positivamente prevista dalla Convenzione, che l'autore si trovi nel suo territorio e non sia estradato per detti reati. Adeguamento che, nel caso dell'ordinamento italiano, non è necessario, stante il disposto dell'articolo 7 c.p., comma 1, n. 5, che estende la giurisdizione italiana ai reati commessi all'estero quando "specifiche disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana"».

[33] L'indagato è stato accusato di aver commesso i reati *ex* art. 110 del codice penale e art. 12, commi 3 lett. a), b), d) e 3-*ter* lett. b).

[34] V. Cass. pen., sentenza del 18 gennaio 2023, cit. (corsivo aggiunto).

4. Alcune critiche all'interpretazione sostenuta dalla Corte

La posizione adottata dalla Corte di cassazione riapre un antico (e da tempo sopito) dibattito dottrinale sull'art. 7, comma 1 n. 5 del codice penale, le cui ripercussioni acquisiscono una non trascurabile rilevanza pratica, come dimostrato, appunto, dalle recenti decisioni giudiziarie qui analizzate. Ai fini della presente ricerca, risulta dunque opportuno descrivere i tratti essenziali della questione teorica soggiacente, così da inquadrare lo studio finora condotto in un contesto di più ampio respiro.

Nel corso degli anni, alcuni studiosi hanno avuto occasione di interrogarsi sul peculiare funzionamento della clausola di rinvio alle convenzioni internazionali prevista dal codice penale. In tal riguardo, due opposte scuole di pensiero si sono man mano consolidate. Secondo una prima dottrina, composta essenzialmente da esperti di diritto internazionale[35], l'art. 7, comma 1 n. 5 del codice penale esprimerebbe un mero «rinvio narrativo» ai trattati internazionali[36], ovvero un semplice richiamo descrittivo a tali fonti, di per sé non in grado di recepire il loro contenuto all'interno dell'ordinamento italiano. Ai sensi di questa posizione, la norma in esame non svolgerebbe alcun rinvio diretto alle convenzioni internazionali; più limitatamente, essa ricoprirebbe un ruolo ricognitivo della (teorica) apertura dell'ordinamento penale agli accordi internazionali pattuiti dallo Stato, richiamando l'operatore giuridico a tenere in debita considerazione anche le norme extra-codicistiche, comprese quelle di origine internazionale, ma *soltanto se* formalmente recepite dal diritto interno mediante gli appositi strumenti normativi di adattamento.

In posizione diametralmente opposta, alcuni autori penalisti hanno invece sostenuto che l'art. 7, comma 1 n. 5 del codice penale svolgerebbe un autonomo e indipendente ruolo di "cerniera" tra il diritto penale italiano e quello internazionale pattizio[37]. Secondo questa posizione, il nostro codice penale contemplerebbe un vero e proprio rinvio di carattere aperto e mobile alle previsioni convenzionali, che avrebbe l'effetto di espandere la giurisdi-

---

[35] Questa posizione è stata autorevolmente promossa, *ex multis*, da T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973; P. ZICCARDI, *Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1950, p. 462 ss.

[36] Il termine è utilizzato da D. AMOROSO, *I rinvii al diritto comunitario ed internazionale nelle recenti codificazioni di settore*, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2008, p. 1029 ss., p. 1032.

[37] In particolare, si richiamano gli studi di N. LEVI, *Il diritto penale internazionale*, Milano, 1949; G. BATTAGLINI, *Diritto Penale. Parte generale*, Bologna, 1940, p. 63.

zione penale oltre il territorio italiano, laddove da esse previsto[38]. Più precisamente, il citato articolo farebbe «dipendere una conseguenza giuridica (punizione del reato commesso) dalla sussistenza di un fatto (che una convenzione internazionale preveda l'applicabilità della legge penale italiana)»[39]; «il divenire la convenzione diritto interno» non sarebbe, dunque, «affatto necessario»[40].

Quest'ultima posizione dottrinale si fonda su un'interpretazione storica del testo dell'art. 7 del codice penale. Consultando i lavori preparatori del Codice Rocco del 1930, si può evincere come i redattori del progetto avessero inteso tale disposizione come «una clausola di rinvio a tutte quelle disposizioni di legge interna o di convenzioni internazionali, senza specificazione del loro contenuto, attualmente esistenti, o future, a norma delle quali si debba applicare la legge italiana anche a fatti commessi all'estero»[41].

Per quanto non esplicitamente affermato dalla Corte di cassazione, la posizione da essa assunta di recente pare essere in continuità con quest'ultima, antica, tesi dottrinale. A parere di chi scrive, tuttavia, tale scelta non appare formalmente corretta per due differenti ordini di ragione.

Innanzitutto, occorre ricordare che l'adozione della Carta costituzionale, successiva al Codice Rocco, impone un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme previgenti ad essa[42]. Pur ammettendo che l'articolo in questione fosse stato ideato al fine di armonizzare automaticamente le disposizioni nazionali in caso di «future»[43] pattuizioni internazionali, non sembra sostenibile che il diritto penale odierno, fondato sui principi costituzionali di legalità e di determinatezza della legge penale, possa rinviare autonomamen-

---

[38] Se si dovesse aderire a tale tesi, un'analogia potrebbe essere avanzata tra l'art. 7, comma 1 n. 5 del codice penale e quanto previsto all'art. 10 della Costituzione italiana, il cd. «trasformatore permanente» (T. PERASSI, *La Costituzione italiana e l'ordinamento internazionale*, Milano, 1952, pp. 429 ss.). Chiaramente, forti differenze teoriche rimarrebbero tra la logica alla base dell'art. 10 della Costituzione italiana e la norma in esame. Oltre al diverso "*target*" normativo di riferimento (per la prima, le disposizioni consuetudinarie; per la seconda, le norme internazionali pattizie di rilevanza penale), l'articolo qui in esame non disporrebbe un rinvio "di diritto", «trasformando» a livello formale delle disposizioni esterne in norme di diritto interno. Al contrario, esso realizzerebbe un rinvio «fattuale», limitandosi ad estendere la giurisdizione italiana alla luce del contenuto dei trattati internazionali, indipendentemente dal loro adattamento. Ciononostante, alcune somiglianze a livello pratico emergerebbero, proprio in virtù della loro analoga natura di rinvio di carattere aperto e mobile.

[39] N. LEVI, *Il diritto penale internazionale*, cit., p. 99.

[40] *Ibidem*.

[41] M. RUFFO, G. F. PANTALEO, U. COSENTINO (a cura di) *Codice penale illustrato con i lavori preparatori*, Roma, 1930, p. 12-13.

[42] Corte Cost., sentenza del 5 giugno 1956, n. 1; Corte Cost., sentenza del 24 luglio 2007, n. 322.

[43] V. N. LEVI, *Il diritto penale internazionale*, cit., p. 99.

te al testo di una convenzione internazionale senza alcuna mediazione legislativa. In effetti, ammettere che l'esercizio della potestà punitiva italiana sia regolato attraverso un rinvio diretto a una fonte normativa esterna avrebbe l'effetto di eludere la riserva di legge delle norme penali prevista dall'art. 25, comma 2 Cost. (sul piano sostanziale) e dall'art. 111, comma 1 Cost. (sul versante processuale). Per quanto il limite posto dalla Costituzione non abbia un carattere assoluto, ammettendo dunque che, per limitati aspetti, le norme penali possano «implicare (…) un richiamo di altre disposizioni (…) di ordinamenti stranieri»[44], si soliti concludere che la definizione dei margini estensivi del diritto penale rimanga di esclusivo appannaggio del legislatore nazionale. Come osservato da una attenta dottrina, infatti: «criminal law provisions cannot be laid down in acts different from parliamentary legislation which, in the Italian legal order, is subordinate the Constitution»[45].

Coerentemente con quanto previsto dal dettato costituzionale, dunque, l'applicazione extra-territoriale della potestà punitiva nazionale descritta dall'art. 7, comma 1 n. 5 del codice penale richiede che gli obblighi di incriminazione e di estensione della giurisdizione penale previsti dalle norme convenzionali siano formalmente interiorizzati nell'ordinamento italiano mediante gli appositi strumenti normativi; una volta avvenuto ciò, saranno le stesse norme di adattamento a determinare il proprio ambito di applicazione. In altre parole, «le norme convenzionali che comportano l'applicabilità della legge penale non sfuggono ai meccanismi normali di adattamento»[46]. Per questo motivo, è opinione di chi scrive che l'art. 7, comma 1 n. 5 del codice penale non svolga alcun compito di rinvio automatico al contenuto delle convenzioni internazionali[47]; più limitatamente, esso ricopre un ruolo meramente «narrativo», così come inteso dalla dottrina internazionalistica richiamata pocanzi[48].

Per di più, pur accogliendo per ipotesi tale impostazione "storica", non verrebbe comunque risolto il problema dato dalla natura non autoapplicativa delle disposizioni in tema di giurisdizione della Convenzione di Palermo. Infatti, una lettura testuale dell'art. 7, comma 1 n. 5 del codice penale evidenzia come esso rinvii esclusivamente al contenuto di quelle disposizioni internazionali che «*stabiliscono* l'applicabilità della legge penale ita-

---

[44] Corte Cost., sentenza del 26 gennaio 2009, n. 21, punto 4. In dottrina, *ex multis*, v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale* (XI ed.), Milano, 2022, p. 59.
[45] B. BONAFÈ, *Constitutional Judicial Review and International Obligations of Criminalization*, in *International Criminal Law Review*, 2021, p. 660 ss., p. 669.
[46] T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, cit., p. 99.
[47] P. ZICCARDI, *Intorno ai limiti della legge e della giurisdizione penale italiana*, cit., p. 463.
[48] V. nota 36 del presente lavoro.

liana»[49]. Di conseguenza, tale clausola di rinvio non potrebbe comunque "attivarsi" con riferimento a disposizioni internazionali dalla natura meramente facoltativa e programmatica. Come osservato in precedenza, la Convenzione di Palermo non estende, di per sé, l'ambito di applicazione della legge italiana; più limitatamente, essa pone obblighi di incriminazione rispetto a specifiche condotte criminali, consentendo agli Stati la possibilità di estendere la propria giurisdizione oltre i confini territoriali per reprimere più efficacemente tali condotte[50]. In aggiunta alle critiche già avanzate in precedenza, l'orientamento della Corte di cassazione qui commentato non risulta, dunque, convincente, in quanto non tiene in debita considerazione la natura facoltativa degli articoli previsti dalla convenzione internazionale richiamata.

5. Quando la Corte si sostituisce al legislatore: alcune considerazioni finali

Il contrasto ai traffici illeciti nel Mar Mediterraneo è una sfida a cui lo Stato italiano è chiamato a far fronte servendosi di tutti gli strumenti giuridici di cui a disposizione: in questo scenario, la Corte di cassazione non si è certamente sottratta alle sue responsabilità, esercitando con vigore la propria funzione nomofilattica. L'analisi giurisprudenziale ora condotta ha descritto il tentativo operato dal Giudice di legittimità nel dare una risposta positiva ai quesiti giurisdizionali sollevati dai ricorrenti, avvallando un'interpretazione dell'art. 7, comma 1 n. 5 del codice penale in grado di espandere la capacità punitiva italiana oltre il territorio nazionale. Tale soluzione, animata dallo scopo di «colmare lo iato creato dalla necessità di una progressiva estensione dei poteri di enforcement nelle acque internazionali, rispetto alla conformazione tradizionale dei criteri di radicamento della giurisdizione penale»[51], è tuttavia passibile di valide critiche.

In tutta evidenza, la scelta della Cassazione di percorrere tale intricato

[49] Art. 7, comma 1 n. 5 del codice penale (corsivo aggiunto).

[50] A conferma di tale interpretazione del contenuto di quanto previsto all'art. 15 della Convenzione di Palermo, si legga quanto espresso dalla *UN Legislative Guide For The Implementation Of The United Nations Convention Against Transnational Organized Crime*, secondo cui secondo cui le disposizioni ai commi 2 e 4 dispongono: «(…) additional non-mandatory basis for jurisdiction that States parties may wish to consider» (documento ufficiale consultabile al sito www.unodc.org, par. 268). In dottrina, v. A. GALLAGHER, F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge, 2014, p. 39: «States Parties are also permitted but not required to establish jurisdiction over offences covered by the Convention (…) when the alleged (non national) offender is present in their territory and extradition is refused on any ground».

[51] L. PRESSACCO, *Immigrazione irregolare via mare e limiti della giurisdizione penale italiana*, cit., p. 101.

percorso è dovuta all'inerzia del legislatore nazionale nel recepire con prontezza le facoltà concesse dal diritto internazionale pattizio. Se, infatti, le disposizioni della Convenzione di Palermo fossero state adeguatamente implementate nell'ordinamento interno, il dibattito sulla natura «narrativa» o meno del rinvio previsto dal codice penale non si sarebbe nemmeno posto nei casi qui analizzati, agevolando così notevolmente il lavoro dei giudici interni nel dirimere (e risolvere positivamente) le relative controversie.

In assenza di tale opportunità, la Corte ha dovuto fare "di necessità virtù", confermando un orientamento a tratti ultroneo del potere giudiziario. Per l'appunto, sia le procedure di adattamento al diritto internazionale sia la definizione della capacità punitiva statale sono materie di esclusivo appannaggio del potere legislativo: l'interpretazione promossa dalla Cassazione non convince proprio in quei passaggi in cui non vengono pienamente rispettate le riserve legislative previste dalla Carta costituzionale.

Ciononostante, va segnalato che nel prossimo futuro l'intricata relazione tra il potere giudiziario e quello legislativo in tema di traffici illeciti in alto mare potrebbe conoscere un nuovo e distensivo capitolo[52]. È noto infatti che, a seguito dell'ennesima strage di migranti avvenuta in prossimità delle coste di Cutro[53], il Governo italiano abbia emanato un decreto legge, in data 10 marzo 2023, disponente urgenti interventi in materia di prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare[54]. Tale riforma dispone alcune modifiche al dettato *ex* d.lgs. 286 del 1998, testo recante norme penali in tema di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nel territorio italiano. Tra le varie novità previste dal decreto legge, l'art. 8, comma 6 dispone che: «[f]ermo quanto disposto dall'articolo 6 del codice penale (principio di territorialità), se la condotta è diretta a procurare l'ingresso illegale nel territorio dello Stato, il reato è punito secondo la legge italiana *anche quando la morte o le lesioni si verificano al di fuori di tale territorio*»[55].

Se tale modifica dovesse essere confermata per mezzo dell'oramai prossima legge di conversione, si potrebbe garantire una più agevole risoluzione dei quesiti giurisdizionali posti dalle condotte criminali transnazionali che avvengono nel Mar Mediterraneo. In effetti, l'espansione della giurisdizione penale oltre il territorio sarebbe agevolmente dimostrata senza dover ricorre-

---

[52] Questa intuizione è stata avanzata da A. MANEGGIA, *Il contrasto dei traffici illegali in mare tra norme internazionali e interne: quale approccio alle "questioni di giurisdizione"?*, cit.

[53] Secondo quanto finora ricostruito, ben novantaquattro persone, di cui 35 minori, hanno perso la vita nel naufragio avvenuto in prossimità delle coste della Calabria tra il 25 e 26 febbraio 2023.

[54] D.l. 10 marzo 2023, n. 20, cit.

[55] *Ivi*, art. 8, comma 6 (corsivo e parentesi aggiunti).

re alla Convenzione di Palermo; più semplicemente, una disposizione interna extra-codicistica (il d.lgs 286 del 2006, così emendato) risolverebbe positivamente la questione. In tal caso, verrebbe dunque scongiurata l'annosa questione di adattamento del diritto interno al diritto internazionale pattizio qui esaminata (per lo meno con riferimento alle conseguenze mortali legate al fenomeno migratorio).

Ponendo lo sguardo oltre tale limitato intervento normativo, è tuttavia auspicabile sperare che il legislatore continui nell'opera di contrasto alle condotte criminali in alto mare esercitando le facoltà concesse in tal senso dalla Convenzione di Palermo. Soltanto così, lo Stato italiano potrebbe fronteggiare le condotte criminali transnazionali in alto mare con estrema efficacia e nel pieno rispetto del diritto internazionale nel, senza dover ricorrere al qui descritto – nonché criticato – approccio originale avanzato dalla Corte di cassazione.

L'immunità degli Stati come inammissibile 'zona d'indifferenza' in caso di violazione dei diritti umani. Riflessioni a margine della decisione *Changri-la* della Corte Suprema brasiliana

ELEONORA BRANCA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'affondamento del peschereccio *Changri-la* e le relative vicende processuali. – 3. La difficile qualificazione dell'illecito internazionale. – 4. L'immunità giurisdizionale come 'zona di indifferenza'. – 5. La sentenza nel panorama giurisprudenziale sull'evoluzione dinamica dell'immunità giurisdizionale degli Stati. – 6. Conclusioni.

ABSTRACT: Il presente contributo si propone di offrire un'analisi critica del contenuto della sentenza del *Supremo Tribunal Federal* brasiliano nel caso *Changri la,* mettendo in luce alcuni aspetti peculiari di questa decisione. In particolare, si farà riferimento alla difficoltà dei giudici nell'operare la precisa qualificazione del fatto illecito attribuito alla Germania. Inoltre, ci si soffermerà sull'originale interpretazione, costituzionalmente orientata, del rapporto giuridico esistente tra i diritti umani e l'immunità, come delineata dai giudici brasiliani. Da ultimo, si tenterà di collocare questo precedente giurisprudenziale nell'attuale dibattito sull'evoluzione dinamica della regola sull'immunità degli Stati, con particolare riguardo alle criticità ed al potenziale innovativo della decisione in commento.

PAROLE CHIAVE: immunità giurisdizionale, diritti umani, riparazione, diritto costituzionale, crimini internazionali, Seconda guerra mondiale.

1. Introduzione

Il 24 settembre 2021 è stata pubblicata l'attesa sentenza del *Supremo Tribunal Federal* (STF) brasiliano nel caso *Changri-la*, dal nome del peschereccio affondato da un sottomarino tedesco, nel corso della Seconda guerra mondiale, al largo delle coste di Rio de Janeiro. Il lungo iter giudiziario, che ha

* Assegnista di ricerca in diritto internazionale, Università degli Studi Roma Tre, eleonora.branca@uniroma3.it.

trovato la sua conclusione nella sentenza in commento, trae origine dalla causa per risarcimento danni intentata da cinque eredi di una delle vittime del naufragio nei confronti della Germania.[1]

Con una risicata maggioranza di sei voti contro cinque, i giudici brasiliani hanno affermato di poter esercitare la propria giurisdizione sulle condotte dello Stato tedesco, enunciando il principio di diritto per cui «gli atti illeciti commessi dagli Stati stranieri in violazione dei diritti umani non godono dell'immunità dalla giurisdizione».[2] I giudici di ultima istanza hanno radicato la propria innovativa argomentazione nella Costituzione brasiliana, il cui art. 4, II comma, prevede espressamente la prevalenza dei diritti umani come principio fondamentale sul quale si reggono le relazioni internazionali dello Stato brasiliano.[3]

Successivamente, nel maggio 2022, in parziale accoglimento dell'istanza dell'Ufficio Federale del Pubblico Ministero (*Ministério Público Federal*), il STF ha emendato il principio di diritto in questione, specificando che «gli atti illeciti commessi dagli Stati stranieri in violazione dei diritti umani, all'interno del territorio nazionale, non godono dell'immunità dalla giurisdizione».[4] Come osservato in dottrina, si tratta di una chiara enunciazione della cosiddetta «*territorial tort exception*».[5]

La sentenza in questione riaccende dunque il dibattito sul carattere assoluto della regola consuetudinaria sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera e sulle sue possibili eccezioni, nonché sulle tensioni tra dualismo

---

[1] *Supremo Tribunal Federal*, *Karla Christina Azeredo Venancio da Costa e Outro v República Federal da Alemanha*, caso n. ARE 954858/RJ, sentenza del 23 agosto 2021, pubblicata il 24 settembre 2021. Il testo della sentenza è disponibile, in portoghese, sul sito ufficiale del Tribunale Federale alla pagina www.portal.stf.jus.br. Si vedano L. C. LIMA, A. SALIBA, *The Immunity Saga Reaches Latin America. The Changri-la Case*, in *EJIL:Talk!*, 2 dicembre 2021; ID., *The Law of State Immunity before the Brazilian Supreme Court: What Is at Stake with the "Changri-La" Case?*, in *Revista de Direito Internacional*, 2021, p. 52 ss; E. CAVALCANTI DE MELLO FILHO, *Karla Christina Azeredo Venâncio da Costa and Others v. Federal Republic of Germany*, in *American Journal of International Law*, 2023, p. 309 ss.

[2] *Karla Christina Azeredo*, cit., p. 30, tema 944, traduzione dell'autrice.

[3] Si veda anche il comunicato stampa del STF del 30 agosto 2021, disponibile alla pagina www.portal.stf.jus.br.

[4] *Karla Christina Azeredo Venancio da Costa e Outro v República Federal da Alemanha*, caso n. ARE 954858/RJ, decisione del 23 maggio 2022, Il testo è disponibile, in portoghese alla pagina www.portal.stf.jus.br. L'istanza di chiarimento della Procura Generale richiedeva che il STF specificasse il principio di diritto nel senso di prevedere che l'immunità dalla giurisdizione non trovasse applicazione per i crimini internazionali che implicassero una grave violazione dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario, verificatisi sul territorio nazionale. Come si vede, il STF ha accolto la mozione limitatamente all'aspetto territoriale, lasciando invariato l'ampio riferimento alle violazioni dei diritti umani.

[5] R. PAVONI, *Germany versus Italy Reloaded: Whither a Human Rights Limitation to State Immunity?*, in *Questions of International Law*, 2022, p. 19 ss., in particolare p. 35.

costituzionalista e monismo internazionalista.[6] Il presente contributo si propone di offrire un'analisi critica del contenuto della sentenza del STF, mettendo in luce alcuni aspetti peculiari di questa decisione. In particolare, si farà riferimento alla difficoltà dei giudici nell'operare la precisa qualificazione del fatto illecito attribuito alla Germania. Inoltre, ci si soffermerà sull'originale interpretazione, costituzionalmente orientata, del rapporto giuridico esistente tra i diritti umani e l'immunità, come delineata dai giudici brasiliani. Da ultimo, si tenterà di collocare questo precedente giurisprudenziale nell'attuale dibattito sull'evoluzione dinamica della regola sull'immunità degli Stati, con particolare riguardo alle criticità ed al potenziale innovativo della decisione in commento.

2. L'affondamento del peschereccio *Changri-la* e le relative vicende processuali

Prima di procedere all'analisi della sentenza, pare opportuno ripercorrere brevemente la vicenda che ha condotto alla decisione in commento. Nel giugno 1943, un peschereccio denominato *Changri-la* fu affondato nelle acque territoriali brasiliane, al largo di Rio de Janeiro, dal sottomarino tedesco U-199. Le dieci persone a bordo dell'imbarcazione non furono soccorse dalle forze tedesche e morirono nell'attacco. Poco dopo, il sottomarino in questione fu identificato e silurato da una nave militare statunitense, che trasse poi in salvo, come prigionieri di guerra, i componenti dell'equipaggio tedesco.[7]

Solo nel 2001, sulla base delle informazioni militari rese pubbliche dagli Stati Uniti a seguito di un procedimento di desecretazione, il Tribunale Marittimo (*Tribunal Marìtimo*) brasiliano fu in grado di condurre compiutamente un accertamento di fatto sull'accaduto.[8] Infatti, ai sensi della Legge n. 2.180/54, al Tribunale Marittimo è riconosciuta la competenza ad accertare i fatti in merito ad incidenti di navigazione che riguardino imbarcazioni della

---

[6] *Ex pluribus*, A. PETERS, *Immune against Constitutionalisation?*, in A. PETERS et al. (a cura di), *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, Leiden, 2014, p. 1 ss.; H. FOX, P. WEBB, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2015; F. SALERNO, *Constitutional Justice versus International Justice in the Application of «Generally Accepted» International Law*, in *Quaderni Costituzionali*, 2015, p. 33 ss.; F. M. PALOMBINO (a cura di), *Duelling for Supremacy. International Law vs. National Fundamental Principles*, Cambridge-New York, 2019.

[7] A. SOUZA ASSIS, *A Saga dos Pescadores do Changri-lá*, in *Navigator*, 2005, p. 87 ss.

[8] Si noti che una prima indagine era stata archiviata nel 1944, per mancanza di prove. *Tribunal Maritimo*, caso n. 812/1943, 31 giugno 2001, il testo della decisione, in portoghese, è disponibile alla pagina www.tm-jurisprudencia.marinha.mil.br.

marina mercantile, ivi inclusi i pescherecci.[9] Inoltre, il Tribunale può suggerire al governo l'adozione di misure riparatorie di carattere pecuniario o simbolico, a conclusione del proprio accertamento.[10] In forza di tali competenze e poteri, il Tribunale Marittimo decretò che l'affondamento del *Changri-la* fosse qualificabile come atto intenzionale di guerra da parte della Germania e propose al governo brasiliano di concedere «una ricompensa onorifica e pecuniaria» ai familiari delle vittime. Accogliendo parzialmente la proposta del Tribunale Marittimo, il governo brasiliano dispose che i nomi dei dieci membri dell'equipaggio del peschereccio venissero inseriti nel memoriale della Seconda guerra mondiale a Rio de Janeiro, noto come *Panteão dos Heróis de Guerra*, a seguito di una cerimonia pubblica tenutasi nel 2004.[11]

Successivamente, nel 2007, cinque eredi di una delle vittime dell'affondamento, *Vieira de Aguiar*, intentarono una causa risarcitoria nei confronti della Germania dinnanzi alla 28° Corte federale di Rio de Janeiro.[12] Con una nota diplomatica del 23 marzo 2007, la Germania invocava la propria immunità giurisdizionale, specificando che le condotte in questione dovevano qualificarsi come *acta iure imperii* e pertanto la citazione in giudizio costituiva una violazione dell'art. 21 della Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche da parte del Brasile.[13]

Dopo una lunga serie di istanze, pronunce interlocutorie e rigetti, la posizione dei ricorrenti è stata infine accolta dal STF con la sentenza in commento. Il STF ha dunque cassato con rinvio la decisione di secondo grado che aveva riconosciuto l'immunità assoluta della Germania, rimettendo alla Corte d'appello la liquidazione del danno subito dalle vittime.

3. La difficile qualificazione dell'illecito internazionale

La sentenza, redatta dal Giudice estensore Ministro Edson Fachin, si articola attorno a quattro principali questioni, così riassumibili: i) l'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri nel diritto brasiliano; ii) l'analisi del caso di specie: illiceità della condotta e violazione dei diritti umani; iii) l'immunità

[9] *Dispõe sôbre o Tribunal Marítimo*, Legge n. 2.180 del 5 febbraio de 1954, art. 16 lett. a.
[10] *Ivi*, art. 16, lett. g.
[11] Tribunal Marítimo, *80 anos do Tribunal Marítimo*, Rio de Janeiro, 2014, p. 35-36.
[12] A. SALIBA, T. MAIA, *Apúlio Aguiar Coutinho and ors (on behalf of Vieira de Aguiar) v Germany*, *Reparation proceedings, ordinary appeal judgment, No 2008/0042275-3*, in *Oxford Reports on International Law*, 15 aprile 2008, paragrafo F5.
[13] La nota diplomatica DJ/ CGPI/61/JUST/BRAS/RFA del 23 marzo 2007 è citata nel commento di SALIBA, MAIA, cit., par. 12.

dalla giurisdizione degli Stati in virtù di atti illeciti che violano i diritti umani; iv) l'esclusione dell'immunità degli Stati per violazione dei diritti umani. Il testo della decisione è corredato dalle tre opinioni separate e dissenzienti (denominate *voto-vogal*) dei Giudici Mendes, Marco Aurelio e De Moraes, che affermano la natura assoluta dell'immunità giurisdizionale degli Stati per gli atti *iure imperii*, tra i quali devono farsi rientrare gli atti di guerra.[14]

La sentenza non risulta di facile lettura poiché l'argomentazione del SFT procede in maniera erratica ed è sovente caratterizzata da forti affermazioni di principio, non sempre sostenute tuttavia da altrettanto solide argomentazioni giuridiche. Inoltre, come emergerà più avanti, le categorie del diritto internazionale sono talvolta utilizzate in maniera poco rigorosa ed i precedenti giurisprudenziali citati non appaiono del tutto coerenti con le conclusioni alle quali giunge il collegio giudicante. Pertanto, l'analisi che qui si propone seguirà un approccio tematico rispetto alle principali questioni affrontate nella pronuncia in commento.

A parere di chi scrive, uno degli aspetti più controversi concerne la qualificazione dell'affondamento del peschereccio *Changri-la* come illecito internazionale. Infatti, i giudici brasiliani hanno ritenuto che tale condotta integrasse una violazione di diverse norme internazionali, peraltro significativamente eterogenee tra loro. Secondo il STF, l'attacco al peschereccio da parte delle forze armate tedesche costituisce una violazione del diritto dei conflitti armati e in particolare del principio di distinzione tra combattenti e civili.[15] In maniera piuttosto convoluta, i giudici brasiliani hanno analizzato alcune fonti di diritto internazionale dei conflitti armati che codificherebbero tale principio.

Questa selezione, tuttavia, non appare del tutto pertinente al caso di specie, poiché il SFT ha fatto riferimento all'art. 46 del Regolamento dell'Aia del 1907, che impone il rispetto dell'onore e dei diritti della famiglia, della vita delle persone e della proprietà privata.[16] Si deve ricordare, infatti, che tale fonte concerne la regolamentazione della guerra terrestre in casi di occupazione militare ed è quindi contestabile che essa possa applicarsi all'episodio di guerra marittima oggetto del presente giudizio. Sarebbe stato, invece, maggiormente rilevante un riferimento all'XI Convenzione dell'Aia del 1907 relativa ad alcune restrizioni del diritto di cattura nella guerra navale, il cui

---

[14] *Karla Christina Azeredo*, cit., p. 41 ss.

[15] *Ivi*, p. 16-17.

[16] *Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its Annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land* del 1907.

art. 3 protegge effettivamente le imbarcazioni da pesca dalla cattura e comunque dall'utilizzo per fini militari.[17]

A questo punto, il SFT avrebbe potuto approfondire il proprio ragionamento sull'esistenza di una più ampia norma di natura consuetudinaria sul divieto di uccisione di civili in mare, nonché sulla sua validità della stessa al tempo dei fatti. Invece, i giudici brasiliani si sono spostati nell'ambito del diritto internazionale penale e sono passati ad esaminare l'art. 6.b dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga del 1945, che qualifica come crimini di guerra l'uccisione di «persons at sea». Tuttavia, non appare trascurabile che la norma in questione sia entrata in vigore successivamente ai fatti contestati; ciò soprattutto in considerazione del fatto che i giudici brasiliani tralasciano del tutto di argomentare sulla validità intertemporale dei principi di Norimberga.[18]

Inoltre, il STF ha qualificato la condotta tedesca anche come violazione dei diritti umani ed in particolare dell'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966. Infine, la sentenza si sofferma anche sulla violazione del diritto umano alla verità e alla famiglia, come codificati nel diritto brasiliano, con riferimento al Decreto n. 849/1993. Sul punto, si può osservare che il STF ha fatto riferimento ad una serie violazioni dei diritti umani, in particolare alla vita, alla verità e all'accesso alla giustizia, ma non è dato comprendere se tali violazioni si sono prodotte a seguito della condotta tedesca o si produrrebbero nel caso in cui venisse riconosciuta l'immunità dalla giurisdizione della Germania. Infine, anche in questo caso, le questioni di diritto intertemporale sono evidentemente ritenute irrilevanti dal Tribunale supremo.

Emerge dunque come i giudici sudamericani abbiano operato una singolare commistione tra l'ambito delle violazioni del diritto dei conflitti armati, dei crimini di guerra e delle violazioni dei diritti umani. Tale sovrapposizione pervade l'intera sentenza e rende particolarmente complesso comprenderne a pieno l'argomentazione logico-giuridica. Infatti, il SFT ha affermato ripetutamente che la condotta in questione è da qualificarsi come crimine, tuttavia

---

[17] *Convention (XI) Relative to Certain Restrictions with Regard to the Exercise of the Right of Capture in Naval War* del 1907; si veda N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2021, p. 315.

[18] Si veda ad esempio E. BORGWARDT, *Constitutionalizing Human Rights: The Rise and Rise of the Nuremberg Principles*, in A. IRIYE et al. (a cura di) *The Human Rights Revolution: An International History*, New York, 2012. Sulla critica inerente l'applicazione intertemporale del diritto internazionale operata dai giudici brasiliani nel caso in esame cf. P. VILLELA SOUTO LOPES RODRIGUES, L. F. GUERREIRO COUTO, *Imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros no Supremo Tribunal Federal*, in *Direito Internacional e Globalização Econômica*, 2023, p. 21 ss.

i giudici brasiliani hanno statuito anche che gli atti dello Stato straniero costituiscono delle violazioni dei diritti umani, rispetto alle quali l'immunità della Germania deve cedere.

4. L'immunità giurisdizionale come 'zona di indifferenza'

Passiamo ora ad esaminare l'interpretazione offerta dal STF della regola consuetudinaria dell'immunità giurisdizionale delle Germania, che trova, come si dirà, le sue principali ragioni nella filosofia e nel diritto costituzionale brasiliano.

Con un'argomentazione piuttosto affascinante, il collegio giudicante ha osservato che il riconoscere l'immunità alla Germania nel caso di specie avrebbe determinato una «zona di indifferenza del diritto dentro il proprio diritto», ovvero «uno stato di eccezione».[19] L'origine di questo spunto argomentativo va identificata nel pensiero del filosofo Giorgio Agamben, che viene ampiamente citato nella sentenza: «[i]n verità lo stato d'eccezione non è esterno né interno all'ordinamento giuridico e il problema della sua definizione concerne appunto una soglia, o una zona di indifferenza in cui dentro e fuori non si escludono, ma si indeterminano. La sospensione della norma non significa la sua abolizione e la zona di anomia che essa instaura non è (o, almeno non pretende di essere) senza relazione con l'ordine giuridico».[20] In sostanza, procede il STF, la 'zona di indifferenza', determinata dalla mancanza di giurisdizione a causa dell'immunità degli Stati, non sarebbe ammissibile nell'ordinamento brasiliano quando vengano in gioco violazioni dei diritti umani commessi sul territorio dello Stato.

Sul pensiero filosofico che vede l'immunità come uno stato di eccezione, si innesta poi l'argomentazione dualista e costituzionalmente orientata proposta dal STF. Secondo i giudici brasiliani, i diritti umani alla vita, alla verità, ed il diritto di accesso alla giustizia devono prevalere sulla regola dell'immunità statale in forza dell'art. 4, II comma, della Costituzione brasiliana. Tale articolo prevede che la Repubblica federale brasiliana governi le proprie relazioni internazionali in base ad una serie di principi, tra quali – al secondo posto – si colloca «la prevalenza dei diritti umani».[21] Pertanto, poiché il diritto costituzionale brasiliano riconosce espressamente la prevalenza

---

[19] *Karla Christina Azeredo*, cit., p. 33-34.

[20] La citazione corrisponde a quella contenuta nella sentenza ma è tratta dal testo dell'autore in lingua originale: G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, 2003, Torino, p. 33-34.

[21] Costituzione della Repubblica Federale Brasiliana del 1988.

dei diritti umani, come principio generale che regola le relazioni internazionali, l'immunità giurisdizionale deve cedere dinnanzi ad una condotta statale in violazione degli stessi.

Sul punto, il SFT ha affermato altresì che la Costituzione brasiliana codifica una «esplicita opzione normativa» a favore di un nuovo paradigma delle relazioni internazionali nel quale «sono predominanti, non più la sovranità degli Stati, ma gli esseri umani».[22] Nell'effettuare questa importante statuizione di principio, i giudici hanno fatto espresso riferimento al pensiero giuridico di Cançado Trindade, dei cui scritti citano ampi passi.

In definitiva, i giudici brasiliani hanno affermato che la regola sull'immunità giurisdizionale trova un'amplissima eccezione in caso di atti illeciti commessi dagli Stati in violazione dei diritti umani nel territorio nazionale, e non più solo in caso di gravi violazioni di tali diritti o di violazioni del diritto cogente. Come si vedrà, tale ricostruzione si pone all'avanguardia rispetto agli esistenti precedenti giurisprudenziali nazionali in materia di possibili limitazioni alla regola sull'immunità degli Stati.

5. La sentenza nel panorama giurisprudenziale sull'evoluzione dinamica dell'immunità giurisdizionale degli Stati

Dopo aver evidenziato alcuni dei principali profili di criticità delle argomentazioni dei giudici brasiliani, ci si concentrerà ora su come la sentenza in commento possa collocarsi nel più vasto panorama dell'evoluzione dinamica della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati.

Il STF parte dal presupposto che l'immunità giurisdizione non sia una regola assoluta, tanto è vero che la precisa delimitazione dei suoi limiti «si trova ancora all'ordine del giorno del diritto internazionale».[23] La pronuncia in oggetto si inserisce così nel solco di quella prassi giurisdizionale nazionale che afferma siano emerse nuove eccezioni all'immunità giurisdizionale degli Stati, in forza della necessità di garantire la protezione dei valori costituzionali dello Stato del foro, in casi di gravi violazioni del diritto internazionale.

Si pensi in particolare alla giurisprudenza italiana della Corte di Cassazione nel caso *Ferrini* e alla sentenza n. 238/2014 della Corte Costituziona-

[22] *Karla Christina Azeredo*, cit., p. 36-37.
[23] *Ivi*, p. 26.

le.[24] Come noto, la Corte Costituzionale italiana, applicando la discussa teoria dei contro-limiti, non ha dato ingresso nell'ordinamento italiano alla norma consuetudinaria sull'immunità dalla giurisdizione civile per *acta iure imperii* che consistano in violazioni del diritto cogente, perciò lesivi di diritti inviolabili della persona. Secondo la Consulta, se in tali casi non è prevista alcuna altra forma di riparazione giudiziaria dei diritti fondamentali violati, la regola consuetudinaria si pone in contrasto con il principio della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali assicurata dalla Costituzione italiana agli artt. 2 e 24.[25]

Inoltre, si può fare riferimento alla sentenza del gennaio 2021 – citata dai giudici brasiliani – con cui la Corte Distrettuale di Seoul ha condannato il Giappone a un cospicuo risarcimento in favore delle vittime di schiavitù sessuale da parte dell'esercito nipponico durante la Seconda guerra mondiale, note con l'inaccettabile epiteto di 'confort women'.[26] Secondo i giudici coreani, «the doctrine of state immunity is not permanent nor static».[27] Anche in questo caso, il limite all'applicazione della regola sull'immunità degli Stati è stato identificato dai giudici di Seoul in una previsione costituzionale, ossia nel diritto di accesso alla giustizia ai sensi dell'art. 27 della Costituzione coreana.

Si deve però notare che la pronuncia dei giudici brasiliani ha la peculiarità di porsi nel punto più avanzato dell'interpretazione dualista sinora proposta da queste corti nazionali, poiché ha esteso l'applicabilità di una 'eccezione costituzionale' all'immunità ben oltre il ristretto caso di atti *iure imperii* che costituiscano violazioni di norme cogenti, per le quali non sia stata previ-

---

[24] Sul punto, sorprende tuttavia constatare che il STF citi solo la pronuncia della Cassazione, omettendo qualsiasi riferimento alla sentenza della Consulta, *ivi*, p. 21.

[25] Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238. Sulla sentenza e le sue implicazioni *ex pluribus* V. VOLPE, A. PETERS, S. BATTINI (a cura di), *Remedies against Immunity? Reconciling International and Domestic Law after the Italian Constitutional Court's Sentenza 238/2014*, Heidelberger, 2021; E. CANNIZZARO, *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: The Decision of the Italian Constitutional Court no. 238 of 2014*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 126 ss.; R. PAVONI, *Simoncioni v. Germany*, in *American Journal of International Law*, 2014, p. 400 ss.; A. PETERS, *Let Not Triepel Triumph. How To Make the Best Out of Sentenza No. 238 of the Italian Constitutional Court for a Global Legal Order*, in *EJIL:Talk!*, 22 dicembre 2014.

[26] Corte Distrettuale Centrale di Seoul, sentenza dell'8 gennaio 2021, caso n. 2016 Ga-Hap 505092, traduzione non ufficiale in inglese disponibile alla pagina www.womenandwar.net. Per alcuni commenti si vedano E. BRANCA, *'Yet, it moves…': The Dynamic Evolution of State immunity in the 'Comfort Women' case*, in *EJIL:Talk!*, 7 aprile 2021e M. GERVASI, *Immunità giurisdizionale degli Stati ed eccezione umanitaria: in margine alla recente giurisprudenza sudcoreana sul sistema delle 'donne di conforto'*, in *Rivista di diritto internazionale,* 2022, p. 167 ss.

[27] Corte Distrettuale Centrale di Seoul, cit., sezione 3, lett. C, n. 3.3.

sta alcuna forma di accesso alla giustizia per le vittime. Infatti, i giudici supremi hanno affermato che la Costituzione brasiliana, in forza del citato art. 4, II comma, codifica una «esplicita opzione normativa» a favore di un nuovo paradigma delle relazioni internazionali. Nel caso di specie, quindi, la norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera deve trovare un limite, non soltanto in caso di violazioni di norme di diritto cogente, ma anche a fronte delle violazioni dei diritti umani, più in generale.

Pertanto, il ragionamento svolto dal STF sembra voler spingere la suddetta prassi nazionale, già isolata e da molti criticata, verso un approdo ancora più avanguardista. In altre parole, i giudici brasiliani sembrano voler trovare il fondamento delle proprie ragioni nelle tesi già espresse da altri tribunali, come ad esempio nei casi *Ferrini*, *Distomo*, *Comfort Women*. Tuttavia, il STF finisce invece per proporre un'argomentazione nuova per il diritto internazionale, in forza della quale la norma consuetudinaria sull'immunità giurisdizionale degli Stati dovrebbe cedere in tutti i casi di violazioni dei diritti umani commessi nel territorio dello Stato del foro. Si deve perciò concludere sul punto che, attualmente, l'ipotesi giuridica proposta dai giudici brasiliani trova fondamento solo nel diritto costituzionale brasiliano, e non invece in una (reale o presunta) evoluzione dinamica del diritto internazionale in materia.

Infine, è necessario spendere qualche parola sul modo in cui il STF si è confrontato con la sentenza della Corte internazionale di giustizia (CIG) nel noto caso *Germania c. Italia*.[28] Anzitutto, il STF ha richiamato le argomentazioni del Procuratore generale che, a sua volta, aveva fatto ampio riferimento agli scritti di quella parte della dottrina internazionalistica che aveva espresso una voce critica nei confronti dell'interpretazione della norma consuetudinaria sull'immunità giurisdizionale offerta dalla GIG nel 2012.[29] Secondo il Procuratore generale, l'impostazione «conservatrice e formalista» seguita dalla CIG nella nota sentenza non aveva tenuto nella debita considerazione le conseguenze della sua decisione sui diritti delle vittime e, soprattutto, aveva ignorato il «declino progressivo della [regola sulla] immunità che deriva dalla limitazione della sovranità statale a fronte dell'emergere della soggettività internazionale dell'individuo».[30]

Quanto alla forza autoritativa del precedente CIG, il STF ha risolto il

---

[28] CIG, sentenza del 3 febbraio 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*.
[29] *Karla Christina Azeredo*, cit., p. 30-31.
[30] *Ivi*, p. 31.

problema secondo un'interpretazione strettamente letterale dello Statuto della Corte, secondo cui, ai sensi dell'art. 59, le sentenze hanno efficacia vincolante solo tra gli Stati parte del giudizio e limitatamente alla questione sottoposta alla giurisdizione della Corte.[31] Come è evidente, tale lettura non tiene conto dell'autorevolezza *erga omnes* delle decisioni della CIG.

Inoltre, per sottolineare la differenza tra la questione posta all'attenzione delle CIG nel caso *Germania c. Italia* ed il caso di specie, i giudici hanno fatto leva sulla questione della riparazione offerta alle vittime. Secondo l'argomentazione proposta dal STF, la vertenza Germania/Italia si distinguerebbe da quella dei ricorrenti brasiliani poiché, nel primo caso, l'Italia aveva ricevuto dalla Germania un indennizzo «a titolo di soluzione globale», derivante dall'Accordo bilaterale del 1963; per contro, nessuna forma di riparazione è stata offerta dalla Germania per gli illeciti commessi nel mare territoriale del Brasile.[32]

Questa osservazione non sembra cogliere nel segno poiché tralascia alcuni aspetti cruciali della complessa relazione tra riparazione ed immunità giurisdizionale degli Stati in caso di gravi violazioni del diritto internazionale. Ad esempio, il STF non prende in considerazione né la rilevanza dell'esistenza di rimedi alternativi a disposizione delle vittime.[33] Inoltre, i giudici brasiliani omettono di analizzare l'argomentazione proposta dai ricorrenti circa la loro impossibilità di proporre la medesima azione risarcitoria contro la Germania dinnanzi ai giudici tedeschi a causa della loro precaria situazione economica.

Da ultimo, si deve sottolineare che il confronto con il caso italiano appare impreciso anche in punto di fatto, poiché i ricorrenti italiani di molte cause risarcitorie proposte contro la Germania sono vittime (o eredi delle stesse) appartenenti a quella peculiare categoria di soggetti nota con il nome di 'internati militari', ai quali non è mai stata offerta alcuna forma di riparazione da parte della Germania.

Ed infatti, il fondo recentemente istituito dal Governo italiano mira ad offrire una forma di riparazione proprio a tale categoria di soggetti ed ai loro eredi; oltre ad aver assolto all'utile funzione di evitare la pronuncia della CIG sulla richiesta di misure provvisorie, avanzata dalla Germania nel corso della seconda causa istituita contro l'Italia per violazione della norma

---

[31] *Ibidem*.

[32] *Ivi*, p. 32.

[33] Sul tema si veda l'ampio studio curato da F. FRANCIONI, *Access to Justice as a Human Right*, 2007, New York.

sull'immunità giurisdizionale.[34] In conclusione, il Tribunale supremo ha trattato solo *incidenter tantum* la questione dell'inesistenza di accordi postbellici tra il Brasile e la Germania, privando così il proprio ragionamento di una maggiore forza argomentativa.

6. Conclusioni

Stante le criticità sin qui rilevate, non appare semplice operare una valutazione dell'impatto che tale sentenza potrà avere in termini di sviluppo progressivo del diritto internazionale ed in particolare sulla possibile affermazione di alcune eccezioni o limitazioni alla natura assoluta della regola sull'immunità dalla giurisdizione. L'anelito dei giudici brasiliani verso l'affermazione di nuovo paradigma normativo delle relazioni internazionali, fondato sul rispetto dei diritti umani, appare in definitiva sprovvisto del sostegno che un uso maggiormente rigoroso degli strumenti del diritto internazionale avrebbe potuto fornire.

Inoltre, i rischi di una simile 'fuga in avanti' appaiono alquanto evidenti se si pensa alle potenziali conseguenze negative di questa pronuncia, sia in termini di ricaduta diretta sulle relazioni diplomatiche tra Brasile e Germania, sia per la tenuta dell'ordine internazionale. Inoltre, non appare improbabile che la Germania possa determinarsi a portare la questione dinnanzi alla CIG, specialmente se alla pronuncia di merito seguiranno delle azioni esecutive nei confronti dei beni tedeschi nel territorio brasiliano. Ciò potrebbe fornire alla CIG l'occasione di pronunciarsi nuovamente sulla questione della natura della regola sull'immunità. Non si può dimenticare, però, che l'eventualità che la CIG si pronunci nuovamente sull'interpretazione della regola dell'immunità giurisdizionale degli Stati è divenuta assai concreta,

[34] Sulla causa pendente dinnanzi alla CIG, cfr. *Application Instituting Proceedings Containing a Request for Provisional Measures (Germany v Italy)* del 29 aprile 2022. Quanto al Fondo italiano per le vittime dei crimini del Nazismo, si veda il Decreto Legge 36 del 30 aprile 2022, convertito con la Legge 79 del 29 giugno 2022. Sulla compatibilità della Legge in questione con i principi costituzionali si è recentemente pronunciata in senso positivo la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 159 del 4 luglio 2023. Si vedano G. BERRINO, *La decisione che ci aspettavamo (o quasi): sulla sentenza della Corte Costituzionale del 4 luglio 2023, n. 159, tra condanne al risarcimento dei danni per crimini nazisti, preclusione dell'esecuzione forzata e fondo ristori*, in *SIDIBlog*, 7 agosto 2023; R. PAVONI, *Germany versus Italy Reloaded*, cit.; P. CAROLI, *German Crimes and Italian Money? Observations on the Sad Saga of Compensation to the Victims of Nazi Atrocities in Italy*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2023, p. 211 ss.; A. BUFALINI, *The Italian Fund for the Victims of Nazi Crimes and the International Court of Justice: Between Compliance and Dispute Settlement*, in *SIDIBlog*, 16 maggio 2023.

indipendentemente dalla pronuncia del STF, successivamente all'istituzione del secondo giudizio nella vertenza *Germania c. Italia*, già evocato poc'anzi.

In conclusione, la valutazione dell'impatto della sentenza in oggetto, in termini di evoluzione dinamica della regola sull'immunità, dipenderà in gran parte dalla reazione degli Stati e dal dibattito dottrinale sul tema. In ogni caso, a parere di chi scrive, l'aspirazione dei giudici brasiliani verso l'affermazione di un nuovo paradigma normativo delle relazioni internazionali basato sulla prevalenza dell'essere umano e non sul potere di imperio degli Stati non dovrebbe essere letto con eccessivo formalismo o conservatorismo. Infatti, ciò che è certo è che tutte le norme, anche quelle internazionali, sono soggette al cambiamento, al mutare della società. In questo lento – ma inesorabile – processo, le corti nazionali hanno spesso dimostrato di essere uno dei principali vettori del mutamento delle regole consuetudinarie, in particolare nell'ambito dell'immunità giurisdizionale degli Stati.[35] Si pensi, ad esempio, al ruolo svolto dalla giurisprudenza italiana e belga nell'affermare i primi limiti all'immunità giurisdizionale degli Stati legati alla distinzione tra *acta iure imperii* e *iure gestionis*.[36] In definitiva, ciò che oggi può apparire come un'interpretazione peregrina di una norma dall'apparenza consolidata, potrebbe invece rivelarsi, un domani, l'incipit del cambiamento della stessa. Per il momento, sembra opportuno porsi in modalità di osservazione – con uno sguardo vigile, ma aperto – rispetto al possibile contributo che la sentenza del *Supremo Tribunal Federal* possa offrire ad una evoluzione dinamica della norma consuetudinaria sull'immunità giurisdizionale degli Stati.

---

[35] B. CONFORTI, *The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: A Missed Opportunity*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2011, p. 133 ss.

[36] A. REINISCH, *The International Relations of National Courts: A Discourse on International Law Norms on Jurisdictional and Enforcement Immunity*, in A. REINISCH, U. KRIEBAUM (a cura di), *The Law of International Relations. Liber Amicorum Hanspeter Neuhold*, 2007, p. 289 ss.; A. TANZI, *A Concise Introduction to International Law*, Torino, 2022, in particolare p. 265.

La sentenza *Dobbs* della Corte suprema statunitense: riflessioni nella prospettiva del diritto internazionale dei diritti umani

SARA DE VIDO[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione al caso *Dobbs* deciso dalla Corte suprema statunitense. – 2. I precedenti *Roe* e *Casey*. – 3. Alcuni profili del merito della sentenza *Dobbs*. – 4. L'impatto della sentenza *Dobbs* sui diritti delle donne negli Stati Uniti. – 5. Diritto all'accesso all'aborto e obblighi in capo agli Stati: una questione aperta. – 5.1. Sul diritto delle donne all'aborto. – 5.2. […] e sugli obblighi in capo agli Stati. – 6. Accesso all'aborto nel sistema interamericano: *Manuela y familia c. El Salvador* […] – 6.1. […] e la situazione negli Stati Uniti. – 7. L'accesso all'aborto: una questione non solo «biologicamente» femminile. - 8. Conclusioni.

ABSTRACT: Il contributo si propone di analizzare, dal punto di vista del diritto internazionale dei diritti umani, la sentenza della Corte suprema statunitense nel caso *Dobbs State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.* (2022). Dopo un necessario inquadramento delle precedenti *Roe* e *Casey* e una sintesi del merito di *Dobbs*, il contributo affronterà tre profili: il primo, l'impatto della decisione sui diritti delle donne negli Stati Uniti; il secondo, l'inesistenza del diritto all'aborto quale diritto umano fondamentale *per se*, ma l'esistenza di obblighi in capo agli Stati in materia di accesso all'interruzione di gravidanza discendenti da strumenti internazionali di tutela dei diritti umani; il terzo, l'accesso all'aborto quale questione di genere. L'analisi include anche una riflessione sulla recente sentenza della Corte interamericana dei diritti umani nel caso *Manuela y familia c. El Salvador.*

PAROLE CHIAVE: *Dobbs* - Corte suprema USA - accesso all'aborto - Corte interamericana - diritti delle donne - salute riproduttiva.

---

[*] Sara De Vido, Professoressa associata di diritto internazionale, Università Ca' Foscari di Venezia, sara.devido@unive.it.

1. Introduzione al caso Dobbs deciso dalla Corte suprema statunitense

La Corte suprema degli Stati Uniti si è pronunciata (con sei giudici a favore, tre contro) il 24 giugno 2022 nel caso *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*[1], operando il temuto *overruling* della sentenza *Roe v. Wade* del 1973, la quale garantiva copertura costituzionale sul piano federale del diritto ad accedere a procedure di interruzione della gravidanza. In duecento pagine, incluse opinioni concorrenti e dissenzienti, la Corte suprema, che al momento presenta una composizione particolarmente conservatrice[2], ha negato che la Costituzione federale statunitense garantisca il diritto delle donne di avere accesso all'interruzione di gravidanza e ha «restituito l'autorità [di decidere in materia] al popolo e ai suoi rappresentanti eletti»[3]. L'oggetto del ricorso era il *Gestational Age Act* del Mississippi, secondo il quale, ad eccezione di situazioni di emergenza medica o in caso di serie malformazioni fetali, una persona non può «intentionally or knowingly» praticare o indurre un aborto di un «unborn human being» (la scelta delle parole è particolarmente significativa nella legislazione di taluni stati federati) se è stato determinato che l'età gestazionale probabile dell'essere umano non ancora nato sia superiore a 15 settimane[4]. Una clinica abortiva, la *Jackson Women's Health Organization*, impugnava l'atto ritenendolo in violazione dei precedenti giurisprudenziali che avevano stabilito il diritto costituzionale all'aborto, in particolare *Roe v. Wade*[5] (1973, da qui in poi *Roe*) e *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*[6] (1992, da qui in poi *Casey*). La Corte distrettuale e la Corte del *Fifth Circuit* confermavano la richiesta dei ricorrenti, invocando appunto i

---

[1] Corte suprema USA, sentenza del 24 giugno 2022, n. 19–1392, *Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health et al. v. Jackson Women's Health Organization et al.*

[2] I *Justices* in carica sono indicati al sito www.supremecourt.gov.

[3] Corte Suprema USA, *Dobbs*, cit., p. 69. Tra i primi commenti, si veda, *inter alia*, E. D. BERNICK, *Vindicating Cassandra: A Comment on Dobbs v. Jackson Women's Health Organisation*, in *Cato Supreme Court Review*, 2022, p. 227 ss.; E. STRADELLA, *La decostituzionalizzazione del diritto all'aborto negli Stati Uniti: riflessioni a partire daDobbs v. Jackson Women's Health Organization*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2022, www.forumcostituzionale.it; S. PENASA, *People have the power! E i corpi e le biografie delle donne? I diversi livelli di rilievo della sentenza Dobbs della Corte Suprema USA*, in *DPCE online*, 2022, p. 1609 ss.

[4] *Gestational Age Act of the Mississippi Code, Title 41 – Public Health, Chapter 41 – Surgical or Medical Procedures,* disponibile online qui www.law.justia.com.

[5] Corte Suprema USA, sentenza del 22 gennaio 1973, n. 70-18, *Jane Roe, et al., Appellants, v. Henry Wade.*

[6] Corte Suprema USA, sentenza del 29 giugno 1992, 505 U.S. 833, *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania, et al., Petitioners, v. Robert P. Casey et al., etc. Robert P. Casey, et al., etc., Petitioners, v. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al.*

precedenti giurisprudenziali già citati. La Corte suprema degli Stati Uniti accettava quindi di concedere il riesame del caso tramite il *certiorari*.

L'analisi della sentenza che si propone in questo contributo non si concentrerà sul diritto costituzionale americano[7], questione che non compete al giurista internazionalista, ma, dopo un necessario inquadramento delle precedenti *Roe* e *Casey* e una sintesi del merito di *Dobbs*, affronterà tre profili: il primo, l'impatto della decisione sui diritti delle donne negli Stati Uniti; il secondo, l'inesistenza del diritto all'aborto quale diritto umano fondamentale *per se*, ma l'esistenza di obblighi in capo agli Stati in materia di accesso all'interruzione di gravidanza discendenti da strumenti internazionali di tutela dei diritti umani; il terzo, l'accesso all'aborto quale questione di genere. L'analisi include altresì una riflessione sulla recente sentenza della Corte interamericana dei diritti umani nel caso *Manuela y familia c. El Salvador.* In questa sede non saranno trattate le questioni morali e giuridiche relative all'interesse alla vita potenziale del feto[8].

2. I precedenti *Roe* e *Casey*

Senza pretesa di esaurire la complessità dei casi, qui presentati solo ai fini di fornire un'utile contestualizzazione, la Corte suprema statunitense, nella sentenza relativa al caso *Roe*, aveva sostenuto che il diritto all'aborto, ancorché non esplicitamente protetto dalla Costituzione americana, si ricavasse dal diritto alla *privacy*, anch'esso peraltro non espressamente incluso nella Costituzione ma ricavabile tanto dal Quattordicesimo emendamento quanto, come argomentato dalla Corte di prima istanza pronunciatasi sul caso, dal Nono emendamento: «This right of privacy, whether it be founded in the Fourteenth Amendment's concept of personal liberty and restrictions upon state

[7] Sugli effetti della sentenza negli Stati Uniti, si veda ampiamente D. S. COHEN, G. DONLEY, R. REBOUCHÉ, *The New Abortion Battleground,* in *Columbia Law Review*, 2022, p. 1 ss.; ID, *Rethinking Strategy After Dobbs,* in *Stanford Law Review online*, 2022, p. 1 ss. Si veda altresì il numero speciale dedicato alla sentenza *Dobbs* in *BioLaw Journal*, 1/2023, in particolare sulla sentenza A. BARAGGIA, *La sentenza Dobbs v. Jackson: un approdo non del tutto imprevedibile del contenzioso in materia di aborto negli Stati Uniti*, in *BioLaw,* 2023, p. 63 ss.; M. DANI, *Le aporie del caso Dobbs ed il ruolo della giustizia costituzionale in questioni moralmente controverse,* in *BioLaw, 2023,* p. 73 ss.; P. INSOLERA, *Sentenza Dobbs e dintorni. Appunti pessimisti sulla problematica "direzione" dell'attuale maggioranza della Corte Suprema americana*, in *BioLaw,* 2023, p. 115 ss.; G. ROMEO, *Dobbs v. Jackson: l'ultima trasformazione dell'originalismo passa dal corpo delle donne*, in *BioLaw,* 2023, p. 165 ss.

[8] Si veda a riguardo l'analisi completa di K. GREASLEY, *Arguments about Abortion: Personhood, Morality, and Law*, Oxford, 2017.

action, as we feel it is, or, as the District Court determined, in the Ninth Amendment's reservation of rights to the people, is broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy»[9]. La Corte suprema aveva riconosciuto l'interesse legittimo dello Stato nella vita potenziale al momento della c.d. *viability*, quando il feto ha presumibilmente la capacità di vivere al di fuori del ventre materno (28 settimane, ha riferito la Corte, ma potrebbe avvenire anche prima grazie alle conquiste della scienza), e identificato tre momenti della gestazione: il primo trimestre, quando uno Stato non può regolare l'aborto, pur potendo richiedere che l'aborto sia praticato da uno specialista provvisto di licenza e in condizioni mediche sicure; il secondo trimestre, quando lo Stato può regolare l'interruzione di gravidanza se ciò è ragionevolmente correlato alla salute della donna; il terzo trimestre dove l'interesse dello Stato prevale sul diritto alla *privacy* del singolo. La successiva sentenza *Casey* aveva confermato la tesi principale di *Roe* in base alla regola dello *stare decisis*, pur rigettando la rigida suddivisione in tre trimestri operata dai giudici. In *Casey*, piuttosto, la Corte suprema degli Stati Uniti ha sostenuto che le misure adottate dallo Stato per proteggere la vita potenziale durante la gravidanza non devono costituire un *undue burden* per la donna. In base a questo standard, hanno sottolineato i giudici, gli Stati non possono impedire ad una donna di decidere di interrompere la gravidanza prima della *viability*.

3. Alcuni profili del merito della sentenza *Dobbs*

La sentenza oggetto di analisi opera l'*overruling* su sollecitazione di Thomas E. Dobbs, *State Health Officer* del dipartimento della salute del Mississippi, secondo cui *Roe* e *Casey* «were wrongly decided». La Corte suprema avrebbe potuto limitarsi certo a pronunciarsi sull'atto del Mississippi – come del resto aveva sostenuto il presidente Roberts[10] – ma si è spinta oltre, fino a revocare una sentenza che dal 1973 protegge le donne dai tentativi degli stati federati più conservatori di limitare, in modo più o meno diretto, colpendo talvolta anche i fornitori del servizio[11], l'interruzione di gravidanza.

Senza pretesa di esaurire la complessità del ragionamento, si propongono

[9] Corte Suprema USA, *Roe v. Wade*, cit., par. 77.
[10] Corte Suprema USA, *Dobbs,* cit., opinione concorrente del Presidente C. J. Roberts, p. 2.
[11] Si veda in tal senso *Whole Woman's Health et al. v. Jackson,* sentenza del 10 dicembre 2021, No. 21–463, che per certi aspetti ha anticipato l'evoluzione della giurisprudenza in *Dobbs*.

qui alcuni punti salienti della sentenza. Il giudice Alito, che ha presentato la posizione della maggioranza, ha esordito parlando della profonda questione morale che solleva l'interruzione di gravidanza, sottolineando come per 185 anni dall'adozione della Costituzione fino alla sentenza *Roe*, ogni Stato aveva potuto trattare la questione «in accordance with the views of its citizens»[12]. La tesi della maggioranza consisteva nell'affermazione che l'*overruling* di *Roe* e *Casey* era necessario in quanto la Costituzione non fa riferimento al diritto all'aborto, che non è protetto implicitamente da alcuna disposizione costituzionale, neppure dalla *due process clause* del Quattordicesimo emendamento. Tale disposizione serve a garantire diritti che non sono menzionati nella Costituzione, ma che sono «profondamente radicati nella storia e nella tradizione di questa nazione» e «impliciti nel concetto di *ordered liberty*»[13]. Secondo la maggioranza dei giudici, il diritto all'aborto non rientra in questa categoria. Per sostenere questa argomentazione giuridica, la maggioranza ha fatto riferimento alla storia americana e all'assenza del diritto all'aborto nel ventesimo secolo per giungere a sfidare lo *stare decisis*, che non può costringere – si sostiene nella pronuncia – ad aderire a tesi completamente errate, espressione di abuso di autorità giudiziale, e a ragionamenti eccezionalmente deboli[14]. I *Justices* di maggioranza, andando indietro nel tempo, fino al tredicesimo secolo, hanno citato vari autori per avvalorare la tesi secondo cui l'interruzione di gravidanza non è radicata nella storia e nelle tradizioni della Nazione. Così, ad esempio, è stato menzionato Henry de Bracton e il suo trattato che considerava qualsiasi aborto un omicidio, o William Blackstone, noto anche per aver negato l'esistenza dello stupro in una relazione tra moglie e marito[15], che considerava l'aborto se non un omicidio «at least a very heinous misdemeanor»[16]. Inoltre, i giudici hanno ricordato che le leggi di molti stati federati che criminalizzano l'aborto confermano «a sincere belief that abortion kills a human being»[17]. Nell'affrontare il concetto dell'*ordered liberty*, che definisce i confini tra interessi concorrenti, la Corte suprema ha riconosciuto che *Roe* e *Casey* hanno cercato di stabilire un bilanciamento, ma

---

[12] Corte Suprema USA, *Dobbs,* cit., p. 1.

[13] Sul punto si veda L. POLI, *La sentenza della Corte Suprema statunitense in Dobbs v. Jackson: un judicial restraint che viola i diritti fondamentali delle donne*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 659 ss.

[14] Corte Suprema USA, *Dobbs,* cit., p. 6.

[15] S. DE VIDO, *Donne, violenza e diritto internazionale. La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Milano, 2016, p. 34.

[16] Corte Suprema USA, *Dobbs,* cit., p. 17.

[17] *Ivi,* p. 29.

il popolo dei vari stati federati potrebbe valutare tali interessi in modo diverso[18]. Inoltre, la maggioranza dei giudici non ha accolto le analogie con altre sentenze della Corte suprema (sentenze relative all'accesso alla contraccezione e ai matrimoni tra persone dello stesso sesso), invocando in queste ultime l'assenza dell'interesse essenziale alla tutela della vita potenziale presente in *Dobbs* come in *Roe* e *Casey*. La maggioranza ha criticato l'opposizione e la sua volontà di imporre una particolare teoria sul momento in cui la *personhood* inizia[19].

Sullo *stare decisis* non ci si soffermerà in questa sede se non per evidenziare che la maggioranza dei giudici in *Dobbs* ha considerato le sentenze *Roe* e *Casey* basate su una errata interpretazione della Costituzione. Roe «was egregiously wrong and deeply damaging»[20], in particolare con riferimento al concetto di *viability*[21], e *Casey* non ha rimediato alle mancanze della giurisprudenza precedente, introducendo un test di *undue burden* che è pieno di ambiguità e difficile da applicare[22]. La Corte, dunque, ha «ripristinato», per così dire, l'autorità in capo al popolo e ai suoi rappresentanti eletti per decidere se e in che termine regolare l'accesso all'interruzione di gravidanza.

4. L'impatto della sentenza Dobbs sui diritti delle donne negli Stati Uniti

Dopo aver esaminato i tratti salienti della sentenza, è opportuno soffermarsi sul primo profilo di interesse sul piano del rispetto dei diritti umani, ovvero l'impatto della sentenza sui diritti delle donne negli Stati Uniti. I giudici di maggioranza hanno più volte sottolineato la «neutralità» della decisione con riguardo ad una questione che la Costituzione americana non risolve espressamente. Tuttavia, dell'asserita «neutralità» della posizione dei giudici di maggioranza si può ragionevolmente dubitare, perché come osservano opportunamente i giudici dissenzienti (Breyer, Sotomayor, Kagan), con l'*overruling* di *Roe v. Wade*, gli stati federati saranno liberi di adottare tutte le restrizioni possibili e «when Roe and Casey disappear, the loss of power, control, and dignity [della donna] will be immense»[23]. La maggioranza dei giudici ha asserito che la decisione sull'accesso all'interruzione di gravidanza

[18] *Ivi,* p. 31.
[19] *Ivi,* p. 38.
[20] *Ivi,* p. 44.
[21] *Ivi,* p. 53.
[22] *Ivi,* p. 56.
[23] *Ivi,* p. 52.

non spetta alla Corte ma agli organi legislativi e che le donne «are not without electoral or political power»[24], ignorando completamente che l'accesso di fatto delle donne al potere decisionale è ostacolato non certo perché queste siano prive del diritto di voto, ma per schemi di oppressione all'interno del sistema di potere dello Stato[25].

La Corte concede dunque di fatto carta bianca agli stati federati per mettere in atto politiche che costituiscono violazioni dei diritti umani delle donne[26]. Se la legge del Mississippi oggetto del ricorso fissava il termine per l'interruzione della gravidanza a 15 settimane, altre leggi potrebbero determinare il limite temporale per ottenere un aborto a dieci, tre settimane o anche al momento del concepimento[27]. A fine giugno 2022, l'interruzione di gravidanza era già gravemente limitata o proibita in 9 stati[28]. L'*American Medical Association* ha parlato di violazione dei diritti della paziente a servizi di salute riproduttiva e l'*American Medical Colleges* ha sostenuto che la decisione metterà in pericolo la vita delle donne[29]. Qualche giorno dopo la sentenza *Dobbs*, la Corte suprema del Texas ha consentito l'applicazione di una legge del 1925 che vietava l'aborto punendo coloro che lo eseguivano (e lo eseguiranno) con il carcere[30]. La sua applicazione era stata bloccata dopo *Roe* da una corte di prima istanza, ma la legge era rimasta comunque in vigore. Sempre in Texas, hanno riportato i giudizi dissenzienti[31], lo stato può mettere un vicino di casa contro l'altro, denunciando concittadini nel tentativo di stanare coloro che cercano di ottenere un aborto o aiutano una donna ad ottenerlo. Si tratta di scenari realistici, in parte già attuati, che certamente ri-

---

[24] *Ivi,* p. 65.

[25] Si veda, tra i molti studi giusfemministi sul punto, C. CHINKIN E H. CHARLESWORTH, *The Boundaries of International Law. A Feminist Analysis, with a New Introduction*, Manchester, 2022.

[26] Anche con la sentenza *Roe*, *di fatto* l'accesso all'aborto era ostacolato da dubbie leggi di stati federati, che cercavano di limitare indirettamente il diritto all'aborto costituzionalmente garantito, v. D. S. COHEN E C. JOFFE, *Obstacole Course. The Everyday Struggle to Get an Abortion in America*, Oakland, 2021.

[27] Così in Alabama con una legge del 2019 in vigore, che peraltro compara – in modo inaccettabile ad avviso di chi scrive – l'Olocausto al numero di aborti praticati negli Stati Uniti, la cui applicazione era stata bloccata da *Roe* v. *Alabama House Bill 314*, 2019.

[28] L. M. PALTROW, L. H. HARRIS, M. F. MARSHALL, *Beyond Abortion: The Consequences of Overturning Roe*, in *The American Journal of Bioethics*, 2022, p. 2.

[29] *Nature*, Vol. 606 – *The International Journal of Science*, 30 June 2022, www.media.nature.com.

[30] www.courthousenews.com

[31] Corte Suprema USA, *Dobbs*, cit., opinione dissenziente, p. 3.

mandano a scene di romanzi distopici, ma che hanno un evidente radicamento nella realtà[32].

Quello che accadrà, con il moltiplicarsi di leggi particolarmente restrittive sull'accesso all'interruzione di gravidanza, è che le donne cercheranno di spostarsi da uno stato federato ad un altro per ottenere quanto viene proibito nel proprio stato di residenza. In una sentenza meno nota della Corte suprema statunitense, del 1975, nel caso *Bigelow c. Virginia*[33], riflettendo sulla legislazione della Virginia che vietava ogni forma di pubblicazione sull'accesso all'aborto – nel caso di specie si trattava della pubblicità di un servizio fornito a New York distribuita al campus dell'Università della Virginia – i giudici avevano chiaramente affermato che la Virginia non poteva impedire ai propri residenti di spostarsi a New York per ottenere l'interruzione di gravidanza o perseguire coloro che intendevano farlo[34]. Tuttavia, tale giurisprudenza non ridurrà i conflitti «intergiurisdizionali» tra gli stati, in quello che è stato definito da tre autori statunitensi un «new abortion battleground»[35]. Così, ad esempio, un atto del Missouri applica le restrizioni all'accesso all'aborto anche al di fuori dei confini dello stato, quando l'aborto è praticato su una cittadina residente del Missouri o quando l'*unborn child* è residente in Missouri al momento del concepimento o l'individuo ha avuto un rapporto sessuale in Missouri che può aver condotto alla gravidanza. Come è stato osservato, la sentenza *Bigelow* non impedirà l'adozione di leggi come quella del Missouri: servono anni prima che la *litigation* arrivi alla Corte Suprema, «and in the meantime, States will proceed as if they have the power, waiting for the courts to call their bluff»[36]. La possibilità di spostamento «fisico» potrebbe essere sostituita dall'accesso ai farmaci abortivi con il supporto della telemedicina, con la conseguenza che molte delle considera-

---

[32] Il riferimento è alla scrittrice Margaret Atwood. «Blessed be the fruit» è il saluto che si rivolgono le persone, soprattutto le ancelle, nel romanzo «Il racconto dell'ancella» di Atwood (in italiano, Firenze, 2017). Il mondo di Gilead in questo romanzo distopico vede le donne come strumento per la riproduzione, quasi che il loro ventre appartenesse alla società, tanto che le donne che non hanno questo «dono» o sono mogli dei comandanti o – essendo inutili perché non fertili – vengono condannate ai lavori forzati. Quindi, benedetto sia il frutto, in questa espressione evangelica che ricorda alle donne il loro posto nella società. Il rischio di sentenze come la *Dobbs* è quello di continuare a riprodurre stereotipi sul ruolo della donna, al punto che la donna scompare nella narrazione della sentenza, lasciata sullo sfondo dei diritti tutelati dagli emendamenti alla Costituzione statunitense, mai direttamente chiamata in causa, un oggetto – appunto – riproduttivo.

[33] Corte Suprema USA, sentenza del 16 giugno 1975, No. 73-1309, *Bigelow v. Virginia*.

[34] D. COHEN et. al., *The New Abortion*, cit., p. 19.

[35] Ibid.

[36] Ivi., p. 21.

zioni che si svolgono «offline», anche in termini di *jurisdiction*, andrebbero rivalutate alla luce della complessità del mondo «online»[37].

5. Diritto all'accesso all'aborto e obblighi in capo agli Stati: una questione aperta

Il secondo profilo di interesse sul piano del diritto internazionale dei diritti umani è duplice: da un lato, il consolidamento o meno del diritto all'aborto quale diritto umano e, dall'altro lato, l'identificazione di obblighi in capo agli Stati.

5.1. Sul diritto delle donne all'aborto

Senza pretesa di esaurire il complesso argomento in poche battute, si deve osservare che il diritto all'aborto, ad eccezione di una menzione espressa nel Protocollo alla Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli sui diritti delle donne in Africa (Protocollo di Maputo), non trova spazio nel diritto internazionale convenzionale. Tuttavia – e questo è il punto di maggiore interesse – il mancato accesso all'aborto comporta una violazione dei diritti umani della donna, incluso il divieto di tortura, trattamento inumano o degradante[38]. In altri termini, nell'assenza di espliciti riferimenti in altri strumenti giuridici a carattere regionale o universale, il diritto delle donne ad avere accesso all'aborto può ritenersi protetto dal diritto internazionale dei diritti umani nella misura in cui il suo diniego possa causare gravi violazioni dei diritti delle donne, incluso il diritto alla vita privata e famigliare e il divieto di tortura o trattamento inumano o degradante. Osserva a riguardo Rebecca Cook:

> When a state criminalizes induced abortion […], it is constructing its social

[37] Si rimanda a questo punto all'analisi di S. DE VIDO, *«Under His Eye»: riflessioni sul ruolo della tecnologia sul corpo delle donne a seguito della sentenza Dobbs della Corte Suprema degli Stati Uniti,* in *BioLaw Journal*, 2023, p. 343 ss.

[38] Sul punto si vedano R. SIFRIS, *Reproductive Freedom, Torture and International Human Rights. Challenging the Masculinisation of Torture*, London and New York, 2014 e S. De Vido, *Violence against Women's Health in International Law*, Manchester, 2020. Si veda, tra gli altri, R.J. COOK, D.M. DICKENS, *Human rights and abortion laws*, in *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 65, 1999, p. 81 ss.; R.J. COOK, *Abortion laws*, in L. BRESLOW, *Encyclopedia of public health,* New Yorkd Detroit, 2002; C. ZAMPAS, J.M.GHER, *Abortion as a human right – international and regional standards*, in *Oxford Human Rights Law Review*, 8, 2008, p. 249 ss.; R. SIFRIS, *Restrictive regulation of abortion and the right to health*, in *Medical Law Review*, 18, 2010, p. 185; R. SIFRIS, *Reproductive freedom, torture and international human rights*, London, 2014; R. SIFRIS, S. BELTON, *Australia: Abortion and human rights*, in *Health and Human Rights Journal* 19 (2017), p. 210.

> meaning as inherently wrong and harmful to society. Through criminal prohibition, a state is signaling conditions in which abortion is criminally wrong, reflecting the historical origin of crime in sin that can and should be punished. In contrast, the legal framing of abortion as a health issue constructs meanings of preservation and promotion of health. A state is signaling that abortion is a public health concern, and should be addressed as a harm reduction initiative[39].

Il *Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice* ha definito il controllo esercitato dallo Stato sulle decisioni assunte dalle donne quale forma di «strumentalizzazione del corpo delle donne»: «patriarchal negation of women's autonomy in decision-making leads to violation of women's rights to health, privacy, reproductive and sexual self-determination, physical integrity and even to life»[40].

5.2. [...] e sugli obblighi in capo agli Stati

Nonostante il mancato consolidamento di un diritto umano all'aborto, gli Stati, inclusi gli Stati Uniti, che hanno ratificato il Patto internazionale sui diritti civili e politici, hanno obblighi discendenti dagli strumenti internazionali e regionali di tutela dei diritti umani. Ad esempio, decisioni di corti regionali sui diritti umani e di *treaty-based bodies* delle Nazioni Unite hanno confermato che gli Stati devono decriminalizzare l'aborto *almeno* se è conseguenza di uno stupro, di violenza sessuale o di incesto, in caso di serie malformazioni o di rischi alla vita o alla salute, anche mentale, della donna. Il diniego di aborto provoca quella che ho definito altrove «violenza contro la salute delle donne»[41], riconducibile a politiche dello Stato che causano o rischiano di produrre violenza contro le donne, in termini di «intenso stigma» e «perdita di dignità», nonché «alti livelli di angoscia»[42]. Il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, nel Commento generale sul diritto alla vita, n. 36, ha ricostruito un dovere per gli Stati di assicurare che le donne e le ragazze non debbano sottoporsi ad aborti non sicuri e ha riconosciuto che gli Stati parte del Patto sui diritti civili e politici devono assicurare disponibilità e accesso effettivo a servizi sanitari di qualità, sia pre-natali sia post-aborto, in tutte le

---

[39] R.J. COOK, *Stigmatized Meanings of Criminal Abortion Law*, in R.J. COOK et al. (eds), *Abortion Law*, cit., p. 347.
[40] A/HRC/32/44, para. 63.
[41] S. DE VIDO, *Violence against Women's Health*, cit.
[42] In tal senso, v. le constatazioni del Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Siobhán Whelan c. Irlanda*, comunicazione n. 2425/2014, 17 marzo 2017, CCPR/C/116/D/2324/2013, par. 7.3, 7.7.

circostanze[43]. Vi sono poi obblighi per gli Stati, meno scontati forse, ma che discendono sempre dagli strumenti di diritto internazionale dei diritti umani, di dovuta diligenza in casi specifici e a realizzazione progressiva. Così, ad esempio, nelle constatazioni sul caso *L.C. c. Perù*, il Comitato istituito dalla Convenzione delle Nazioni Unite per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (Comitato CEDAW) ha raccomandato allo Stato di adottare programmi educativi e di *training* per incoraggiare i fornitori di servizi sanitari a cambiare atteggiamento e comportamento verso donne – nel caso di specie si trattava di una adolescente – che cercano di avere accesso all'aborto e di rispondere agli specifici bisogni sanitari, incluso appunto l'accesso ai servizi di salute riproduttiva, relativi a casi di violenza sessuale[44].

6. Accesso all'aborto nel sistema interamericano: *Manuela y familia c. El Salvador* [...]

Pur non rinnegando gli interessanti sviluppi nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani[45], queste pagine si concentrano sul sistema interamericano per la semplice ragione per cui gli Stati Uniti ne sono parte – pur non avendo ratificato la Convenzione americana per i diritti umani[46]. In questo sistema, oltre naturalmente alla Convenzione americana del 1969, va ricordata la Convenzione di Belém do Pará sul contrasto alla violenza nei confronti delle donne (da qui in poi Convenzione di Belém do Pará)[47], mai firmata né ratificata dagli Stati Uniti.

In un recente caso, *Manuela y Familia c. El Salvador,* la Corte interameri-

---

[43] Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *General comment no. 36 on article 6: right to life*, Commento generale sul diritto alla vita, n. 36, 3 settembre 2019, CCPR/C/GC/36, par. 8.

[44] Comitato istituito dalla Convenzione ONU per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (CEDAW), *L.C. c. Perù*, comunicazione n. 22/2009, 17 ottobre 2011, CEDAW/C/50/D/22/2009,.

[45] Sul ragionamento della Corte di Strasburgo, si veda, ad esempio, L. POLI, *Aborto e diritti umani fondamentali: Corte europea dei diritti umani e "treaty bodies" a confronto*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, p. 189 ss.; S. DE VIDO, *Violence against Women's Health*, cit.

[46] Organizzazione degli Stati Americani, *Convenzione americana sui diritti umani – Patto di San Jose, Costa Rica* del 22 novembre 1969.

[47] Organizzazione degli Stati Americani – Commissione interamericana delle donne, *Convenzione interamericana per prevenire, sanzionare e sradicare la violenza contro la donna – Convenzione di Belem do Parà* del 9 giugno 1994.

cana si è occupata delle restrizioni all'accesso all'interruzione di gravidanza in El Salvador, Stato dove le donne rischiano fino a 30 anni di carcere, anche nell'ipotesi di aborto spontaneo[48]. I fatti si svolgono nel 2008. La ricorrente, Manuela, incinta del terzo figlio, di povere condizioni, subiva una caduta che le provocava gravi perdite di sangue e l'aborto spontaneo. Trasportata in ospedale, veniva denunciata immediatamente al procuratore dal personale medico, prima di ricevere assistenza, per sospetto aborto. Il giorno successivo, in condizioni di salute precarie (si scoprirà che era altresì affetta da linfoma di Hodgkin, un tumore che probabilmente aveva contribuito all'interruzione di gravidanza), la donna veniva ammanettata al letto in ospedale, interrogata dalla polizia senza che potesse ricevere l'assistenza di un avvocato. I genitori della donna venivano interrogati e il padre indotto a firmare un documento che accusava la figlia di essersi procurata un aborto, senza che questi potesse capirne il contenuto. Il documento veniva utilizzato per confermare la custodia preventiva in carcere della donna per sei mesi. Assistita da un avvocato difensore per nulla competente, la donna veniva condannata a trent'anni di carcere. Nonostante le fosse stato diagnosticato pochi mesi dopo il tumore, Manuela non riceveva alcuna cura medica in detenzione. Manuela moriva quindi nell'aprile 2010, dopo due anni di sofferenze. Il ricorso alla Commissione inter-americana veniva presentato da tre organizzazioni non governative nel 2012. Nel 2018, la Commissione ha riconosciuto nel suo rapporto che vi era stata violazione dei diritti umani fondamentali della donna, tra cui i diritti alla vita, alla libertà personale, ad un equo processo, alla privacy, alla salute, come previsti dalla Convenzione americana, in combinato disposto con il principio di non discriminazione. La Commissione si è quindi spogliata del caso, nel 2019, affinché venisse esaminato dalla Corte, la quale ha pronunciato la sua sentenza nel novembre 2021. In una lunga ed articolata sentenza, che non esaminiamo in questa sede nella sua completezza, la Corte interamericana ha affrontato tre profili: la custodia cautelare cui la donna era stata sottoposta; il diritto ad un equo processo; il trattamento ricevuto durante la detenzione. I giudici hanno rilevato la violazione da parte di El Salvador: dei diritti alla libertà personale e alla presunzione di innocenza (artt. 7(1), 7(3) e 8(2) della Convenzione americana); del diritto della ricorrente alla difesa; dell'obbligo in capo allo Stato di non applicare le leggi in modo discriminatorio (art. 1 della Convenzione americana); del diritto a non essere sottoposto a trattamento inumano o degradante (artt. 5 e 8

[48] Corte interamericana dei diritti umani, sentenza del 2 novembre 2021, *Manuela et al. c. El Salvador.*

della Convenzione americana); del diritto alla vita, all'integrità personale, alla privacy, all'uguaglianza dinnanzi alla legge e alla salute (artt. 4, 5, 11, 24 e 26 della Convenzione americana); dell'obbligo in capo allo Stato discendente dall'art. 7(a) della Convenzione di Belém do Pará. La Corte ha ritenuto che vi fosse stata violazione da parte dello Stato del diritto alla libertà personale di cui all'art. 5(1) della Convenzione americana, letto in combinato disposto con l'art. 1(1), anche nei confronti della madre, del padre e dei due figli della donna.

Sono numerosi i profili di interesse nella sentenza. Ne evidenziamo qui tre. Il primo: gli stereotipi di genere[49]. Come ha ricordato bene la Corte, gli stereotipi di genere si riferiscono a «attributes, conducts or characteristics possessed by, or the roles that are or should be performed by, men and women, respectively», che possono essere associati ad una condizione di «subordination» delle donne[50]. La loro creazione e il loro uso sono causa e conseguenza di violenza di genere contro le donne, specialmente «when they are reflected, implicitly or explicitly, in policies and practices, particularly in the reasoning and language of state authorities»[51]. La Corte interamericana ha ricordato come il procuratore e il giudice di prima istanza avessero dato per scontato che la donna fosse colpevole di omicidio del proprio figlio, che quello della ricorrente fosse un crimine compiuto intenzionalmente nella consapevolezza di violare la legge, che il suo comportamento andasse contro i «naturali» (osservavano i giudici interni) istinti materni, e che Manuela avrebbe dovuto sacrificare la propria salute per proteggere il suo bambino. Tutti questi elementi dimostrano – ha correttamente concluso la Corte interamericana – gli stereotipi di genere alla base di queste assunzioni, tutte basate su radicati «miti» legati al ruolo della donna nella società, ad esempio, il fatto che respingere la maternità sia deviante e che le donne debbano mettere al primo posto la salute dei loro figli. Dal punto di vista giuridico, gli stereotipi hanno impedito alle autorità di indagare o mettere in discussione le prove, non opportunamente documentate, contro Manuela, causando la violazione del suo diritto ad un equo processo.

Il secondo profilo di interesse riguarda il riconoscimento da parte della Corte interamericana che la criminalizzazione assoluta dell'interruzione di gravidanza costituisca violenza di genere contro le donne, ai sensi della Con-

---

[49] E. BREMS, A. TIMMER, *Stereotypes and Human Rights Law,* Cambridge, 2016.
[50] Corte interamericana dei diritti umani, *Manuela et al. c. El Salvador*, cit., par. 133.
[51] Ibid.

venzione di Belém do Pará. In un passaggio chiave della sentenza, la Corte ha invero osservato:

> Based on the foregoing, the Court notes that, owing to the ambiguity of the laws on professional secrecy and the reporting obligation, if Manuela had recourse to the medical services to treat the obstetric emergency that jeopardized her health she could be reported, and this is what happened. Subjecting Manuela to this situation, which ended by totally ruining her life, in addition to discriminatory, constituted an act of violence against women. Consequently, the Court concludes that the State failed to comply with its obligation to refrain from any act or practice of violence against women and ensure that its authorities, officials, agents and institutions act in conformity with this obligation, contravening Article 7(a) of the Convention of Belém do Pará[52].

Questa affermazione conferma la tesi secondo cui politiche dello Stato, anche tramite la loro attuazione mediante personale medico qui inteso come agente dello Stato nella fornitura di servizi legati al bene pubblico salute, costituiscono, o contribuiscono a provocare, violenza contro la salute delle donne, intesa come una violazione dei diritti umani, una forma di discriminazione nei confronti delle donne, nonché una lesione della loro autodeterminazione in termini di salute riproduttiva[53].

Il terzo elemento è il focus che la Corte interamericana pone sulla situazione delle donne in carcere. La donna riceveva, molto tardi, inadeguate cure mediche per la sua patologia. Secondo i giudici di maggioranza, «prison health services should have the same level of quality as the services for people who are not deprived of liberty» e, là dove necessario, questi servizi devono essere forniti in centri sanitari specializzati[54].

La sentenza ha dato voce alle tante donne incarcerate in violazione dei loro diritti umani fondamentali in El Salvador e ha previsto che lo Stato fornisca adeguate riparazioni, incluso alla famiglia della donna. Nel ragionamento giuridico, l'elemento di novità consiste nell'applicazione della Convenzione di Belém do Pará ai casi di criminalizzazione dell'aborto senza eccezioni. Come è stato osservato da una studiosa, la Corte interamericana avrebbe tuttavia potuto arrivare al punto di criticare apertamente la legge restrittiva in vigore nel paese e richiedere a El Salvador di modificarla[55], cosa che non ha fatto. La richiesta allo Stato, in termini di riparazione, di emenda-

---

[52] *Ivi,* p. 259.
[53] S. DE VIDO, *Violence against Women's Health*, cit.
[54] Corte interamericana dei diritti umani, *Manuela*, cit., par. 236.
[55] R. SMITH, *Abortion in International Human Rights Law: Missed Opportunities in Manuela v El Salvador*, in *Feminist Legal Studies*, 2023.

re la legge in materia di interruzione di gravidanza, poteva invero ricavarsi dall'uso della *lente* di lettura dell'intersezionalità. La Corte ha certo indicato la condizione di vulnerabilità della donna, povera, illetterata, residente in un'area rurale, e che siffatto status «era proprio della maggior parte delle donne che sono state accusate e condannate per omicidio aggravato in El Salvador»[56]. È stato tuttavia il giudice Manrique, nella sua opinione concorrente, a considerare l'intersezionalità non solo quale elemento di lettura e comprensione dei fatti oggetto del ricorso, ma anche come «necessary perspective for establishing reparations that include, *inter alia*, appropriate measures of non-repetition that impose on the States lines of action aimed at overcoming discrimination and the violation of rights»[57]. Le sofferenze subite dalle tante Manuela che vivono in El Salvador costituiscono a «cascading violation of rights», creano uno «schema di discriminazione» che si fonda sull'intersezione di molteplici caratteristiche, e, infine, richiede, una attenzione speciale per prevenire e impedire in futuro la ripetizione di queste situazioni[58]. Rompere lo schema di discriminazioni persistenti e resilienti nelle società necessita di un'azione anche legislativa, come quella che la Corte avrebbe potuto richiedere a El Salvador. A questa conclusione è giunto Philip Alston, già *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite sulla povertà estrema e i diritti umani, che in un documento *amicus curiae*, evidenziando le discriminazioni intersezionali subite dalle donne in povertà estrema in El Salvador, ha concluso che un divieto assoluto di abortire è «incompatibile con il rispetto dei diritti dei propri cittadini, sia in teoria sia in pratica[59].

6.1. [...] e la situazione negli Stati Uniti

Ci si deve dunque chiedere che effetti potrebbe avere la sentenza nel caso *Manuela y Familia c. El Salvador* nel contesto della tutela del diritto alla salute riproduttiva delle donne negli Stati Uniti dopo *Dobbs*.

Gli Stati Uniti, pur non avendo ratificato, *inter alia*, la Convenzione americana sui diritti umani, la Convenzione di Belém do Pará, la CEDAW[60], sono parti del Patto sui diritti civili e politici e hanno firmato la Dichiarazione

---

[56] Corte interamericana dei diritti umani, *Manuela*, cit., par. 253.
[57] Opinione concorrente in *Manuela y familia*, par. 11.
[58] *Ivi*, par. 19.
[59] *Application before the Inter-American Court of Human Rights*, 5 marzo 2021, www.chrgj.org.
[60] Assemblea Generale ONU, *Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne*, 18 dicembre 1979.

americana dei diritti e dei doveri dell'uomo del 1948[61]. In base alla Dichiarazione, ogni essere umano ha diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona (art. I); diritto alla *privacy* (art. V); tutte le donne hanno diritto ad una speciale attenzione durante la gravidanza (art. VII); ogni persona ha diritto alla salute (art. XI). La tutela disponibile sul piano regionale per le donne statunitensi è limitata, ma non impossibile, potendo operarsi una petizione individuale alla Commissione interamericana dei diritti umani contro gli Stati Uniti, laddove ricorrano le condizioni di ammissibilità previste, per violazione della Dichiarazione americana dei diritti umani[62]. Invero, benché la Dichiarazione sia un atto di *soft law*, la Commissione interamericana ha riconosciuto che questa «constitutes a source of international obligation for the United States and other OAS Member States that are not parties to the American Convention on Human Rights» e che obblighi in capo agli Satti discendono «from the human rights commitments of Member States under the OAS Charter». La Commissione ha dunque competenza, in base agli artt. 18 e 20 del suo statuto, di ricevere e valutare ricorsi sul mancato rispetto di questi obblighi[63].

In particolare, alla luce dei recenti sviluppi in alcuni stati federati, ci si potrebbe ragionevolmente chiedere se un ricorso per violazione, tra gli altri, del diritto alla salute e del diritto alla privacy, garantiti dalla Dichiarazione americana, possa essere presentato alla Commissione interamericana, esauriti i ricorsi interni, da parte di una donna che in uno stato federato degli Stati Uniti si veda negato l'accesso ad un aborto sicuro per il tramite, ad esempio, di interferenze di terzi nel suo diritto alla *privacy* non giustificate alla luce degli *standard* di tutela dei diritti umani fondamentali. Alcune argomentazioni giuridiche della Corte interamericana nel caso qui esposto di *Manuela y Familia* ben potrebbero trovare spazio in ricorsi contro gli Stati Uniti: nello specifico, il fatto che stereotipi di genere condizionino l'atteggiamento dei poteri pubblici determinando schemi di discriminazione persistenti e resilienti contro le donne (stereotipi presenti anche nel merito della sentenza della Corte Suprema statunitense in *Dobbs*) e la considerazione di intersezionali elementi di discriminazione.

---

[61] Organizzazione degli Stati Americani, *Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo* del 2 maggio 1948.

[62] Così avvenne in un caso di violenza domestica: Commissione interamericana dei diritti umani, n. 12.626, *Jessica Lenahan (Gonzales) et al. c. Stati Uniti*, report n. 80/11, 21 luglio 2011.

[63] Commissione interamericana dei diritti umani, report sull'ammissibilità, n. 57/06, 20 luglio 2006, *Hugo Armendáriz c. Stati Uniti,* par. 30. Come è noto, l'esito della procedura non è una sentenza, ma un rapporto della Commissione.

7. L'accesso all'aborto: una questione non solo «biologicamente» femminile

Il terzo profilo di interesse sul piano del rispetto dei diritti umani consiste nell'esaminare l'aborto non tanto quale questione «biologicamente» femminile – quale è inevitabilmente, senza considerare in questa sede gli sviluppi della tecnologia (uteri artificiali ad esempio) – quanto quale questione «di genere», poiché basata sugli stereotipi persistenti e resilienti sul ruolo delle donne nella società. Se il ruolo della donna è quello riproduttivo, allora è chiaro che l'interruzione di gravidanza non può che essere limitata, a prescindere dalla volontà della gestante.

La dimensione di genere è stata bene evidenziata nelle già citate constatazioni CEDAW sul caso *L.C. c. Perù*. Un'adolescente tentava il suicidio dopo essere rimasta incinta a seguito di violenza sessuale. Sopravvissuta, richiedeva accesso all'aborto terapeutico, che le veniva negato in quanto la sua vita non era a rischio. Nel frattempo, abortiva spontaneamente, ma le cure riabilitative e la terapia erano impossibili da sostenere per la famiglia. Il Comitato ha chiaramente affermato, riconoscendo la violazione dei diritti umani della ricorrente, che «the decision to postpone the surgery due to the pregnancy was influenced by the stereotype that protection of the fetus should prevail over the health of the mother»[64]. Nelle constatazioni dei casi *Mellet c. Irlanda*[65] e *Whelan c. Irlanda*[66], il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite ha riscontrato, con riguardo alle ricorrenti alle quali era stato impedito l'accesso all'aborto dall'allora molto restrittiva legislazione irlandese, una discriminazione *all'interno* dello stesso genere, ovvero tra chi subisce un aborto spontaneo e chi decide di abortire, e non *tra* i generi. Alcuni componenti del Comitato hanno argomentato diversamente, evidenziando la questione di genere, o meglio, *tra* i generi. Così, Sarah Cleveland, nell'opinione concorrente in *Mellet*, ha osservato che «the near-comprehensive criminalisation of abortion services denies access to reproductive medical services that only women need, and imposes no equivalent burden on men's access to reproductive health care»[67]. Sul piano regionale, anche il giudice Pérez Manrique, nella opinione concorrente annessa alla sentenza riguardante il caso *Manuela y Familia*, già citata, ha riconosciuto che Manuela è stata resa invisibile, sia durante il procedimento penale, in quanto non è stata sentita la sua testimo-

---

[64] Comitato CEDAW, *L.C. c. Perù*, cit., par. 8.15.

[65] Comitato per i diritti umani ONU, *Amanda Jane Mellet c. Irlanda*, comunicazione n. 2324/2013, 31 marzo 2016, CCPR/C/116/D/2324/2013.

[66] Comitato per i diritti umani ONU, *Whelan c. Irlanda*, cit.

[67] S. Cleveland, opinione concorrente, *Mellet*, cit., par. 13.

nianza, sia dai giudici che si sono basati su dannosi pregiudizi di genere senza rispondere alle sue particolari necessità, sia dal sistema carcerario che non le ha fornito l'assistenza medica necessaria[68].

Leggendo la sentenza della Corte suprema statunitense in quest'ottica, emergono forti i pregiudizi nei confronti delle donne. Nel merito non si parla di dignità della donna e non si fa menzione alcuna del diritto all'autodeterminazione, citato dai giudici dissenzienti Breyer, Kagan e Sotomayor. Il giudice di maggioranza Kavanaugh ha accentuato più volte gli effetti negativi di *Roe* sull'interesse dello Stato a proteggere la vita del feto, senza evidentemente pensare alla vita della donna. Invero, se la narrazione fosse a favore di un asserito diritto alla vita del feto[69], come sostenuto da molti stati federati, allora ci sarebbero forme per garantire la possibilità per una donna di diventare madre e sostenere la genitorialità ma, come dicono bene i giudici dissenzienti, negli Stati Uniti molte donne continuano a non avere copertura sanitaria adeguata e anche dove disponibile, non è facile da ottenere; incontrano discriminazioni che interferiscono con la loro capacità di provvedere al proprio sostentamento; non riescono ad avere accesso a congedi parentali retribuiti[70].

8. Conclusioni

Al termine dell'analisi, che necessariamente copre solo alcuni dei possibili profili di interesse della sentenza *Dobbs*, ci si dovrebbe davvero chiedere se la questione sia: diritto all'autodeterminazione delle donne contro diritto alla vita potenziale del feto («irriconciliabili» interessi secondo il giudice Kavanaugh). È chiaro che un bilanciamento debba essere operato. Se leggiamo però con attenzione e consideriamo con occhio critico sensibile al genere le argomentazioni dei giudici di maggioranza in *Dobbs*, ci si dovrebbe chiedere se non si tratti piuttosto di utilizzare il diritto alla vita – potenziale – del feto quale giustificazione per restringere i diritti umani delle donne, incluso il loro diritto alla vita[71]. Parliamo di donne che dovranno viaggiare per centinaia

[68] Pérez Manrique, opinione concorrente, *Manuela y Familia*, cit.

[69] Si legga a riguardo A. MADRAZO, *Narratives of Parental Pernsonhood in Abortion Law*, in R. J. COOK, J. N. ERDMAN, B. M. DICKENS (eds), *Abortion Law in Transnational Perspective*, Philadelphia, 2014, p. 327 ss., e R. SIFRIS, *op. cit.*

[70] R. SIFRIS, *Reproductive Freedom,* cit., p. 41.

[71] Sull'approccio «graduale» relativo agli interessi del feto man mano che la gestazione procede, si veda M. O. LITTLE, *Abortion and the Margins of Personhood*, in *Rutgers Law Journal*, 2008, p. 331 ss.

di chilometri per spostarsi da uno stato federato ad un altro per avere accesso all'interruzione di gravidanza, donne che non potranno viaggiare – senza mezzi finanziari, con già un ampio carico di cura, con un lavoro precario (discriminazione che si intende intersezionale) – donne che verranno per questo spiate in base a *app* che geolocalizzeranno coloro che si avvicinano a una clinica abortiva, donne che forse riusciranno ad avere accesso alla telemedicina, ma solo se avranno la capacità di cercare queste informazioni sul *web*, donne che moriranno per le conseguenze di aborti non sicuri. Oggi è il diritto all'aborto, domani potrebbe essere il diritto ad avere accesso ai contraccettivi[72], neppure questo parte della tradizione americana[73].

[72] Corte Suprema USA, sentenza del 7 giugno 1965, No. 496, 381 U.S. 479, *Griswold v. Connecticut*.

[73] Si veda a riguarda l'opinione dei giudici dissenzienti e un commento di M. R. MARELLA, *Dobbs v. Roe. L'autodeterminazione femminile espulsa dall'agenda politica statunitense*, in *EuroNomade*, 5 luglio 2022.

Reati contro il patrimonio culturale, criminalità transnazionale e ordinamento italiano: l'adeguamento agli standard della Convenzione di Nicosia

ANNA ORIOLO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Criminalità transnazionale e traffico illecito di beni culturali. – 3. La legge 9 marzo 2022, n. 22. – 4. Conclusioni.

ABSTRACT: Il 23 marzo 2023 è entrata in vigore la legge 9 marzo 2022, n. 22 recante «Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale» che intende allinearsi alle misure volte a prevenire e combattere il traffico illecito e la distruzione di beni culturali adottate dalla Convenzione di Nicosia del 2017. Muovendo dall'esame della "portata" della Convenzione, l'analisi si sofferma sulle disposizioni del provvedimento italiano di riforma, al fine di evidenziare la dimensione globale degli illeciti contro i beni culturali e la priorità assunta dal contrasto a questa nuova forma di criminalità transnazionale.

PAROLE CHIAVE: beni culturali, Convenzione di Nicosia, crimini transnazionali, *Eurocrimes*; UNESCO, UNTOC.

1. Introduzione

Il 23 marzo 2023 è entrata in vigore la legge 9 marzo 2022, n. 22 recante «Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale», che riorganizza sistematicamente la disciplina esistente nell'ottica di un tendenziale inasprimento del trattamento sanzionatorio. In particolare, il provvedimento intende allinearsi alle misure volte a prevenire e combattere il traffico illecito e la distruzione di beni culturali adottate dalla *Convention on Offences relating to Cultural Property* del Consiglio d'Europa – altresì nota come Convenzione di

* Anna Oriolo, Professoressa associata di Diritto internazionale, Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza), Università degli Studi di Salerno, aoriolo@unisa.it. L'A. ringrazia il Dott. Stefano Busillo per il prezioso supporto nell'aggiornamento bibliografico e giurisprudenziale.

Nicosia – conclusa il 19 maggio 2017, ratificata dall'Italia con la legge n. 6 del 2022 ed entrata in vigore il 1° aprile 2022[1].

A tal fine, la riforma italiana ricorre anche ad alcuni degli strumenti di contrasto al crimine organizzato transnazionale previsti dalla *United Nations Convention against Transnational Organized Crime* (UNTOC) adottata a Palermo nel 2000 e ratificata dall'Italia con la legge n. 146 del 2006[2].

Muovendo dall'esame della "portata" della Convenzione Nicosia, il contributo si sofferma sulle disposizioni del provvedimento italiano di riforma, al fine di evidenziare la dimensione globale degli illeciti contro i beni culturali e la priorità assunta dal contrasto a questa nuova forma di criminalità transnazionale.

2. Criminalità transnazionale e traffico illecito di beni culturali

Pur esistendo la Convenzione UNESCO del 1970 per fronteggiare la circolazione illecita di beni culturali e altre iniziative promosse dall'ONU per adottare un *Model Treaty for the prevention of crimes that infringe on the cultural heritage of peoples in the form of movable property*[3], la disciplina della prevenzione e repressione della criminalità transazionale in materia di beni culturali, in ambito universale, ha continuato ad essere ricavata per molto tempo prevalentemente dalle disposizioni dell'UNTOC. Lo stesso Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine (UNODC) ha raccomandato l'utilizzo dell'UNTOC per il contrasto ai fenomeni criminosi correlati ai beni culturali[4].

Nel quadro dell'Unione europea, ancorché gli illeciti in esame attengano certamente a «sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una

---

[1] Consiglio d'Europa, *Convention on Offences relating to Cultural Property* (CETS No. 221) del 19 maggio 2017. A riguardo si rimanda a A. ORIOLO, *The Nicosia Convention: A Global Treaty to Fight Cultural Property Crimes*, in *American Society of International Law Insights*, vol. 26, n. 3, 27 giugno 2022.

[2] Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 12 dicembre 2000.

[3] *Report of the Committee on Crime Prevention and Control on its 11th session*, 5-16 Feb February1990, E/1990/31-E/AC.57/1990/8 (Apr. 10, 1990) at 153-158, E/AC.57/DEC/11/119.

[4] V. United Nations Office on Drugs and Crime, *The United Nations Convention against Transnational Organized Crime: a vehicle for effective law enforcement and international cooperation to combat trafficking in cultural property?*, presso il meeting aperto al pubblico del Gruppo intergovernativo contro il traffico di beni culturali, Vienna, 24-26 novembre 2009, www.unodc.org/unodc/en/treaties/intergovernmental-meeting-on-trafficking-in-culturalproperty.html.

dimensione transnazionale» (art. 83 par. 1, TFUE)[5], essi sono esclusi tanto dall'elenco degli *Eurocrimes* per i quali l'Unione potrebbe dettare «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni» (*ibid.*), quanto dall'ambito delle violazioni che rientrano nella competenza materiale della Procura europea, limitata ai reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, a meno di non integrare tali categorie con decisione unanime del Consiglio (art. 83 par. 1 TFUE), o del Consiglio europeo (art. 86 par. 4 TFUE); e tale parrebbe l'intenzione in un prossimo futuro[6].

Sicché, pur essendo un trattato di portata regionale, ad oggi ratificato soltanto da 6 Stati[7], la Convenzione di Nicosia – aperta anche alla adesione di Stati non membri del Consiglio d'Europa (art 28. Conv. Nicosia) – rappresenta il principale strumento internazionale vincolante dedicato espressamente alla tutela penale del patrimonio culturale ed esprime una intensa attività di collaborazione tra numerose istituzioni internazionali quali l'UE, l'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT), l'UNESCO e l'UNODC a conferma della portata globale assunta dai crimini in danno del patrimonio culturale e della esigenza di contrastarli attraverso attività di collaborazione interna ed internazionale che siano al passo con il continuo evolversi della criminalità organizzata (art. 1, par. 1, lett. c, Conv. Nicosia).

La Convenzione è stata, quindi, redatta per integrare l'attuale regime di protezione globale del patrimonio culturale, operando in armonia con gli strumenti internazionali esistenti e basandosi su di essi. Ne rappresentano illustre esempio, *inter alia*, la Convenzione per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato (Convenzione de l'Aja, 1954) e protocolli addi-

---

[5] L'art. 83 TFUE è anche supportato dall'art. 81, par. 1 dello stesso trattato, che stabilisce che l'Unione sviluppi la cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transfrontaliere mediante il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari in materia civile.

[6] Nel *Piano d'azione dell'UE contro il traffico di beni culturali*, tale prospettiva è chiara in quanto «[l]a Procura europea (EPPO) potrebbe indagare e perseguire i reati specifici connessi al traffico illecito di beni culturali che rientrano nelle sue competenze. La Commissione è impegnata a garantire che l'EPPO possa svolgere efficacemente i compiti ad essa conferiti dal regolamento (UE) 2017/1939, anche rafforzando la cooperazione con i paesi terzi» (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 13 dicembre 2022, sul piano d'azione dell'UE contro il traffico di beni culturali, COM(2022) 800 final, par. 3.2.

[7] Segnatamente 5 stati membri del Consiglio d'Europa (Cipro; Grecia, con riserva; Italia; Lettonia, con riserva; Ungheria, con riserva) e uno Stato terzo (Messico). Gli Stati che, diversamente, hanno sottoscritto la Convenzione, ma che non ne hanno ancora disposto la ratifica, sono: Armenia, Montenegro, Portogallo, San Marino, Slovenia, Ucraina. Si osservi che la Federazione Russa aveva provveduto alla sottoscrizione del trattato ma che, per i noti fatti bellici occorsi dall'aggressione all'Ucraina, tale sottoscrizione è andata incontro ad una sospensione decorrente dal 16 marzo 2022.

zionali, la citata Convenzione UNESCO del 1970[8], la Convenzione UNESCO sulla protezione del patrimonio culturale e naturale mondiale (1972) e la Convenzione UNIDROIT sui beni culturali rubati o illecitamente esportati (1995)[9].

Questo approccio di basarsi su precedenti accordi è stato consapevolmente adottato dai redattori per sottolineare l'importanza di un'azione internazionale concertata in materia di crimini contro i beni culturali e per facilitare ulteriormente la più ampia cooperazione possibile tra tutti gli stati per preservare preziose opere d'arte e antichità per le generazioni presenti e future[10].

Certamente, molti degli obblighi convenzionali rischiano di essere vanificati dall'ampia concessione agli Stati Parti della facoltà di apporre riserve (artt. 4, 5, 10, 11, 12). Siffatta possibilità di optare per la non applicazione di talune disposizioni specifiche va, però, letta anch'essa nell'ottica di facilitare la più ampia cooperazione possibile ampliando la attrattività", della Convenzione[11].

---

[8] Qualificata come «*a diplomatic rather than legal instrument*» in accordo con N. BRODIE, J. DOOLE, P. WATSON, *Stealing History: The Illicit Trade in Cultural Material*, 2000, p. 36, la Convenzione del 1970 è accusata di possedere «*serious gaps*» da parte di A. KOUSH, *Fight Against the Illegal Antiquities' Traic in the EU: Bridging the Legislative Gaps*, in *Bruges Political Research Papers*, n. 21, 2011, p. 8-9, quali ad es. la non retroattività; un eccessivo margine di apprezzamento in favore delle Parti, che comporta una risposta statale sfilacciata e scarsamente armonizzata; l'esistenza di un divieto di importazione limitato ai musei ed istituzioni affini ma non anche ai privati; un ambito applicativo limitato ai beni culturali registrati.

[9] Documenti, *inter alia*, richiamati nel Preambolo del trattato in analisi. Si dia il caso che la nozione di patrimonio dell'umanità, quale bene culturale o un insieme di beni culturali, ha trovato espressione anche all'interno del Diritto del mare (Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, 1982, Parte IX, artt. 136-145 e 311), oltre che nel settore della protezione dell'ambiente e della diversità biologica (Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992 e Convenzione delle Nazioni Unite sulla diversità biologica del 1992).

[10] *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Offences relating to Cultural Property*, par. 13.

[11] Sebbene l'art. 30 vieti, in via generale, qualsiasi riserva non espressamente prevista, in plurime ipotesi agli Stati viene concessa la possibilità di non applicare alcune disposizioni convenzionali, mitigando pertanto la temuta erosione di sovranità. Infatti, un documento così dettagliato sotto aspetti sostanziali e procedurali può paradossalmente essere "menomato" da tale precisione – ovvero un ridotto margine d'apprezzamento – risultando meno appetibile ai potenziali Stati aderenti. (*Explanatory Report*, cit., par. 155). Ciononostante, ad oggi è verificata l'esistenza di tre Stati ratificanti su sei (Grecia, Lettonia ed Ungheria.) che hanno deciso di apporre riserva. Dunque, con il trattato entrato regolarmente in vigore, è possibile affermare che l'iniziale incertezza da parte di alcuni autori circa la probabilità che gli Stati si astenessero dall'aderire alla Convenzione di Nicosia in presenza di disposizioni così tanto pregnanti deve considerarsi dipanata anche grazie all'istituto in questione. E. MOTTESE, *Preventive Measures in the Council of Europe Convention on Offences relating to Cultural Property: An Overview*, in *Santander Art and Culture Law Review*, vol. 4, n. 2, 2018, p. 140; M.M. BIECZYŃSKI, *op. cit.*, p.

La portata "globale" della Convenzione emerge, del resto, anche dal suo ampio ambito di applicazione ovvero dall'art. 2 contenente le definizioni di beni culturali mobili e immobili «*largely accepted at the global level*»[12] e dalla citata "apertura" anche a Stati non membri del Consiglio d'Europa, a confermare che essa è stata concepita come *unicum*, «*an open, globally-oriented Convention to protect the common cultural heritage of humanity*»[13].

3. La legge 9 marzo 2022, n. 22

Nell'ordinamento italiano, prima della riforma, la disciplina dei delitti contro il patrimonio culturale era rinvenibile in parte nel Codice penale ed in parte nel Codice dei beni culturali[14]. Nel Codice penale, le fattispecie preesistenti risultavano dotate di scarsa forza deterrente[15] e di rado caratterizzate dall'individuazione diretta dei beni culturali[16]. In altre parole, il bene culturale appariva solo occasionalmente protetto, per lo più nell'ambito di condotte plurioffensive – ovvero lesive anche di altri interessi giuridici penalmente tutelati, primo fra tutti quello all'integrità del patrimonio del proprietario. Parallelamente, nel Codice dei beni culturali, che vantava ben dodici figure di reato, la tutela sembrava essere imperniata sulla repressione di condotte contrarie al funzionamento della pubblica amministrazione (es., importazione o esportazione a seguito del mancato ottenimento di autorizzazioni o esibizione di auto-certificazioni/denunce), piuttosto che a fornire concreta protezio-

264. In aggiunta, vi è chi come S. VON SCHORLEMER, *Fighting Terrorist Attacks Against World Heritage – An Integrated Approach*, in M. ALBERT, R. BERNECKER, C. CAVE, A.C. PRODAN, M. RIPP (eds), *50 Years World Heritage Convention: Shared Responsibility – Conflict and Reconciliation*, 2022, p. 210, ritiene che nel caso della Convenzione di Nicosia l'erosione di sovranità originata direttamente dal trattato sia percepita in minor misura dato che il contenuto della stessa riprende quello di pregresse risoluzioni vincolanti da parte del Consiglio di sicurezza.

[12] V. *infra*, paragrafo 2.

[13] *Explanatory Report*, cit., par. 13.

[14] D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, "Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137". Cfr. A. MANNA, *Introduzione al settore penalistico del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in A. MANNA (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio. Gli illeciti penali*, 2005, p. 1010-1017.

[15] Il richiamo è alle contravvenzioni di cui all'art. 733 c.p. («Danneggiamento al patrimonio archeologico, storico e artistico nazionale»), punito con arresto fino a un anno o con l'ammenda non inferiore a euro 2.065, e l'art. 734 c.p. («Distruzione e deturpamento di bellezze naturali»), punito con l'ammenda da euro 1.032 a euro 6.197.

[16] Infatti, l'unico *delitto* avente ad oggetto i beni culturali era il danneggiamento di cui all'art. 635 c.p., punito più gravemente quando riguardava «cose di interesse storico o artistico». In ragione della nuova disciplina in materia, il virgolettato di cui al periodo precedente è stato abrogato dall'art. 5 della legge di riforma.

ne ai beni culturali in quanto tali. Inoltre, le fattispecie afferenti ai beni culturali apparivano in entrambe le "sedi" plasmate sulla base della datata l. 1089 del 1939[17], elemento ancor più accentuato visto che i progetti di riforma del 2008 e 2011[18] rovinosamente non ebbero successo[19]. L'assenza di un impianto normativo organico, moderno, slegato dal ruolo della pubblica amministrazione e seriamente incentrato sulla tutela penale effettiva sollevava, quindi, una serie di perplessità in dottrina[20]. Può dirsi allora che la riforma del 2022 sia fortunatamente andata nella direzione auspicata.

La novella legislativa risponde anche all'esigenza di dare attuazione ai principi costituzionali in forza dei quali il patrimonio culturale e paesaggistico necessita di una tutela ulteriore rispetto a quella offerta alla proprietà privata (art. 9 e artt. 41-41 Cost.) [21]. Vero è che, in ragione di questa visione costituzionale affine anche all'ambiente, vengono mosse critiche da una pluralità di parti circa la collocazione delle nuove disposizioni introdotte dalla riforma tra delitti contro l'economia pubblica e i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume[22]. In ragione dell'affinità predetta, la collocazione all'interno dei delitti contro l'ambiente sarebbe forse stata una la scelta logica[23]. Tuttavia, va rilevato che il bene giuridico ha qui una doppia declinazione: economico-patrimoniale (*cultural property*) e, soprattutto, etnico-cul-

---

[17] Precisamente, «[l]a parte meno innovativa del Codice è quella dedicata alle sanzioni penali» secondo F. BALDI, *Sub artt. 169-171*, in G. TROTTA, G. CAIA, N. AICARDI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio,* in AA. VV., *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 1, 2006, p. 235 ss.

[18] Rispettivamente, disegno di legge delega (AC-2806) e disegno di legge delega (AS-3016), «Delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria in materia di reati contro il patrimonio culturale».

[19] Ed infatti, secondo F. CARPENTIERI, *La tutela penale dei beni culturali in Italia e le prospettive di riforma: i profili sostanziali*, in S. MANACORDA, A. VISCONTI (a cura di), *Beni culturali e sistema penale*, 2013, p. 33: «Il dato più interessante, guardando all'evoluzione normativa degli ultimi decenni, è che mentre qualcosa si è innovato nell'ambito del Codice penale, pochissimo è mutato nell'ambito della legge speciale».

[20] G.P. DEMURO, *Beni culturali e tecniche di tutela penale*, 2002, p. 41.

[21] G.P. DEMURO, *I delitti contro il patrimonio culturale nel Codice penale: prime riflessioni sul nuovo Titolo VIII-bis*, in *Sistema Penale*, n. 2, 2022, p. 3, afferma che dalla riforma costituzionale è scaturito un nuovo quadro normativo «sbilanciato, nel senso della decodificazione, rispetto al peso attribuito alla tutela dei beni culturali nella Costituzione» che richiedeva una necessaria rivisitazione del Codice penale.

[22] Cfr. A. VISCONTI, *La repressione del traffico illecito di beni culturali nell'ordinamento italiano. Rapporti con le fonti internazionali, problematiche applicative e prospettive di riforma*, in *Legislazione penale*, 2021, p. 62; C. PERINI, *Itinerari di riforma per la tutela penale del patrimonio culturale*, in *Legislazione penale*, 2018, p. 36; G.P. DEMURO, *I delitti contro il patrimonio culturale nel codice penale*, cit., p. 4.

[23] N. RECCHIA, *Una prima lettura della recente riforma della tutela penalistica dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 2, 2022, p. 92.

turale (*cultural heritage*) che consentirebbe di dispensare il legislatore da osservazioni critiche sulla collocazione codicistica.

Passando all'esame del contenuto della riforma, la novella legislativa si compone di sette articoli attraverso i quali essenzialmente: a) colloca nel Codice penale gli illeciti precedentemente ripartiti tra Codice penale e Codice dei beni culturali[24]; b) introduce nuove fattispecie di reato; c) innalza le pene edittali vigenti[25]; d) prevede aggravanti quando oggetto di reati comuni siano beni culturali.

Le nuove disposizioni a tutela del patrimonio culturale "anticipano", quindi, l'adeguamento del nostro ordinamento alla citata Convenzione di Nicosia del 2017 che sostituisce la precedente Convenzione di Delfi sullo stesso tema[26] e si propone di prevenire e combattere la distruzione intenzionale, il danno e il traffico dei beni culturali, nonché di rafforzare la capacità di prevenzione della criminalità e di risposta della giustizia penale a tutti i

---

[24] Risultano abrogati, *ex* art. 5 della legge di riforma, gli artt. 170, 173, 174, 176, 177, 178 e 179 del Codice dei beni culturali. Tuttavia, per alcuni il ricorso al Codice Penale può portare ad «accenni di ipercodificazione» – collocandosi in esso fattispecie che, per la ponderatezza sanzionatoria o per il "tema", sarebbero meglio state collocate nel Codice dei beni culturali. Cfr. G.P. DEMURO, *I delitti contro il patrimonio culturale nel codice penale*, cit., p. 33; N. RECCHIA, *op. cit.*, p. 92.

[25] Ciò non soltanto per definire il particolare grado di offensività della condotta, ma anche per garantire un più efficace espletamento dell'attività investigativa finalizzata all'individuazione dei responsabili delle condotte medesime (ad es. soglia minima del reato prevista per le intercettazioni ex art. 266, co. 1 c.p.p.).

[26] Quest'ultimo trattato internazionale, sottoscritto da appena sei stati (tra cui l'Italia), non ha mai raggiunto il numero di tre ratifiche necessarie per la propria entrata in vigore. La motivazione di tale insuccesso è da ricondursi alla mancanza di volontà politica di vincolarsi ad uno strumento che avrebbe limitato la propria sovranità e le proprie prerogative nel campo del diritto penale. Per taluni, va anche tenuta in considerazione la specifica reticenza degli Stati ad accettare le disposizioni previste per la restituzione di beni culturali illecitamente sottratti (artt. 6-11 Convenzione di Delfi) (V. S. OÑATE, *Treaty Law and the Protection of Cultural Property: Recent Developments*, in *University of Vienna Law Review*, n. 2, 2018, p. 237; M.M. BIECZYŃSKI, *The Nicosia Convention 2017: A new international Instrument regarding criminal offences against cultural property*, in *Santander Art and Culture Law Review*, vol. 3, n. 2, 2017, p. 261. Sulle problematiche della restituzione dei beni, v. anche T. SCOVAZZI, *La dimensione internazionale della tutela. Principi etici e norme giuridiche in materia di restituzione dei beni culturali*, in S. MANACORDA, A. VISCONTI (a cura di), *Beni culturali e sistema penale*, 2013, p. 69 ss.). Per altri, a dover richiedere una sintesi di interessi era la più generica contrapposizione tra Stati di origine dei beni culturali e i cd. «*importing*» States, non pervenuta negli anni '80 ma soltanto nella seconda metà degli anni 2010 (A. CHANAKI, A. PAPATHANASSIOU, *The Council of Europe Convention on Offences relating to Cultural Property Eventually Enters into Force: A New Tool to the Arsenal of International Criminal Law Responses to the Trafficking of Cultural Property*, in *EJIL:Talk!*, 14 aprile 2022). Vi è chi altresì aggiunge che la Convenzione di Delfi sia culminata in un progetto fallito per via delle obiezioni riguardanti la propria l'applicazione pratica e perché altre organizzazioni internazionali, segnatamente UNESCO, UNODC, UNIDROIT e UE, erano considerate al tempo più efficaci nella lotta al traffico di beni culturali (M.M. BIECZYŃSKI, *op. cit.*, p. 262.)

reati in materia di beni culturali, promuovendo la cooperazione nazionale e internazionale a questo fine.

In particolare, gli Stati Parte sono chiamati dal Capo II alla criminalizzazione di quelle condotte che colpiscono in modo diretto e doloso l'integrità di beni culturali tangibili («*cultural property*»)[27]. L'art. 2 Conv. Nicosia distingue quest'ultimi in beni mobili (par. 2, lett. a) ed immobili (par. 2, lett. b).

I primi si identificano in quei beni culturali che – distinti da valore archeologico, preistorico, etnologico, storico, letterario, artistico o scientifico – siano rinvenuti presso siti terrestri o sottomarini e siano rimovibili per propria natura. Viene dunque ricalcata una definizione ampiamente accettata a livello globale[28], ovvero rispondente all'art. 1 della Convenzione UNESCO del 1970 nonché, a livello regionale, alla direttiva (UE) 2014/60[29] e al regolamento (UE) 2019/880[30].

I beni immobili invece, in accordo con quanto sancito nella citata Convenzione UNESCO del 1972 e nella Convenzione del Consiglio d'Europa per la salvaguardia del patrimonio architettonico dell'Europa (Convenzione di Granada, 1985), si identificano, alle condizioni di "interesse" previste già per i beni mobili, con qualsiasi «edificio, gruppo di edifici e sito archeologi-

---

[27] Il riferimento alla tangibilità è desunto dall'*Explanatory Report*, cit., par. II.22. Per tal motivo, tale caratteristica richiede una differenziazione rispetto ai beni culturali intangibili, ad es. una tradizione, che risultano essere tutelati ai sensi della Convenzione UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale intangibile (2003). Vi è chi ha notato che "*cultural property*" e "*cultural heritage*" non costituiscono termini sinonimi nell'indicazione di un bene culturale. Nel primo caso, diffusamente utilizzato dai redattori della Convenzione, viene accentuata la dimensione materiale e gli aspetti attinenti al titolo legale vantato sul bene. Nel secondo, invece, si articola una definizione di valori astratti che è del tutto assente nella Convenzione di Nicosia, eccezion fatta per una breve citazione nel suo Preambolo. V. M.M. BIECZYŃSKI, *op. cit.*, p. 259-260, cfr. T. SCOVAZZI, *Luci e ombre della convenzione di Nicosia*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2022, p. 141, che pure nota da parte degli Stati «un diverso atteggiamento in materia di beni culturali, a seconda che la propria legislazione intenda prevalentemente tali beni come l'espressione dello spirito e dell'identità di una nazione oppure come merci liberamente circolanti sui mercati».

[28] *Explanatory Report*, cit., par. I.24.

[29] Direttiva (UE) 2014/60 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro e che modifica il regolamento (UE) n. 1024/2012.

[30] Regolamento (UE) 2019/880 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, *relativo all'introduzione e all'importazione di beni culturali*, in GUUE L 151 del 7 giugno 2019. Il regolamento istituisce un sistema di licenze d'importazione richieste per talune categorie di beni culturali, corredate da documenti e informazioni che dimostrino che i beni culturali sono stati esportati in conformità con le leggi e i regolamenti di quel paese. Per un commento sul regolamento v. R. PETERS, *Nationalism Versus Internationalism: New Perspectives Beyond State Sovereignty and Territoriality in the Protection of Cultural Heritage*, in A.M. CARSTENS, E. VARNER (eds), *Intersections in International Cultural Heritage Law*, 2020, p. 364 ss.

co» terrestre o sottomarino che sia stato classificato, qualificato o espressamente indicato («*designated*») dagli Stati Parte. Il principio di sovranità statale, in tal senso, appare tutt'altro che minato[31]. Tuttavia, sebbene costituiscano evidentemente una solida base d'appoggio per la costruzione di una fattispecie criminale, sono sorte critiche per l'impiego di queste definizioni cristallizzate dall'UNESCO, in quanto incapaci di inglobare eventuali nuove tipologie di reperto[32] o capaci di applicarsi restrittivamente soltanto ai beni già registrati[33]. Oltre che all'idea dei redattori, tale visione si oppone al pensiero per cui il ricorso alle definizioni in questione sia invece sufficiente a tutelare nuove tipologie di bene culturale in forza della Convenzione di Nicosia «*provided they are located in designated areas*» (ovvero che i nuovi reperti emergano in siti archeologici regolarmente segnalati)[34].

Cionondimeno, dal testo licenziato dal Parlamento emerge l'assenza di una norma definitoria del "bene culturale"[35]. La sua ricostruzione potrebbe fondarsi su quanto già riferito circa l'art. 2 della Convenzione di Nicosia, ovvero indirettamente sulla Convenzione UNESCO del 1970. Oppure, la definizione di bene culturale potrebbe appoggiarsi sul diritto interno, tenendo conto che l'art. 2, co. 1 e 2 Codice dei beni culturali contiene una definizione propria ricalcante in parte quella UNESCO[36]. Essa è assai ampia siccome ri-

---

[31]Viene riproposto il meccanismo tipico della *World Heritage List* dell'UNESCO, che chiede di assicurare protezione ai beni culturali immobili sulla base dei principi di conservazione e di «*equality of all cultures and societies*». B. RINGBECK, *50 Years World Heritage Convention: Founding Idea(s) and Implementation – Refections on Important Developments Over Time*, in M. BERNECKER, R. BERNECKER, C. CAVE, A.C. PRODAN, M. RIPP (eds), *50 Years World Heritage Convention: Shared Responsibility – Conflict and Reconciliation*, 2022, p. 27.

[32] Y. GOTTLIEB, *Attacks against Cultural Heritage as a Crime against Humanity*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 52, 2020, p. 287-330.

[33] S. MACKENZIE, *Protection Against Trafficking in Cultural Property. Background Paper for the Meeting of the Expert Group on Protection Against Trafficking in Cultural Property. UN Office on Drugs and Crime*, 2009, p. 9.

[34] S. VON SCHORLEMER, *Fighting Terrorist Attacks Against World Heritage – An Integrated Approach*, in M. ALBERT, R. BERNECKER, C. CAVE, A.C. PRODAN, M. RIPP (eds), *50 Years World Heritage Convention: Shared Responsibility – Conflict and Reconciliation*, 2022, p. 206.

[35] N. RECCHIA, *op. cit.*, p. 92.

[36] Art. 2, co. 2, Codice dei beni culturali e del paesaggio: «Sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà». Si osserva che, sulla base delle norme che presiedono alla circolazione delle opere d'arte, i beni artistici appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali nonché a ogni altro ente e istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro si "presumono" essere beni culturali (cfr. art.10, co. 1, Codice dei beni culturali), sino alla conclusione del procedimento di verifica della sussistenza dell'interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico, da parte degli organi competenti del Ministero dei Beni Culturali (ossia, principalmente, dalle Soprintendenze competenti). Tale presunzione non sussiste invece per i beni appartenenti ai privati. Sulla pos-

comprende nei beni culturali anche «le cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà». Ciononostante, tale elasticità viene moderata dal fatto che uno Stato estero potrebbe non dare rilievo ad una qualificazione fondata esclusivamente sulla «legge» italiana e che, al contempo, potrebbero venire meno i principi di tassatività e determinatezza del precetto penale aldilà dell'accessibilità e prevedibilità dello stesso (art. 25, co. 2 Cost. e art. 7 CEDU). A tal riguardo, si pensi all'art. 518-*undevicies* (introdotto dal provvedimento di riforma), che prevede l'applicabilità delle disposizioni penali a tutela dei beni culturali anche ai fatti commessi all'estero in danno del patrimonio culturale nazionale. Inoltre, rispetto al dolo – in questa sede quale requisito soggettivo trasposto dal legislatore italiano dalle disposizioni della Convenzione di Nicosia e necessariamente esteso a tutti gli elementi della fattispecie – si profilerebbe una certa probabilità di errore scusabile *ex* art. 47, co., 3 c.p.[37] viste le difficoltà di un individuo a tener traccia della «legge» extrapenale o designazioni, provvedimenti e via dicendo emessi «in base alla legge» extrapenale. Pertanto, alla luce delle motivazioni espresse, ancorarsi saldamente in sede interpretativa alla definizione di bene giuridico fornita dall'UNESCO e dalla Convenzione di Nicosia (art. 2) darebbe maggiori certezze di risultato sia circa il momento applicativo che quello garantistico-processuale.

Quanto alla disciplina delle fattispecie criminose[38], la Convenzione punisce diverse condotte in danno di beni culturali, tra cui il furto, gli scavi, l'importazione e l'esportazione illegali, nonché l'acquisizione e la commercializzazione dei beni così ottenuti; essa identifica, inoltre, come reato la falsificazione di documenti e la distruzione o il danneggiamento intenzionale dei beni culturali.

---

sibile ripartizione tra categorie di beni culturali, presunti e non, v. L. PONZONI, F. DIMAGGIO, *I reati contro il patrimonio culturale e l'aggiornamento dei Modelli 231*, in *Giurisprudenza Penale*, n. 4, 2023, p. 7 ss.

[37] Art. 47, co. 3 c.p.: «L'errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità, quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce il reato»; v. C. DI LIBERTO, A. MILANI, *Reati contro il Patrimonio Culturale e d.lgs. 231/01: aspetti problematici e applicazioni pratiche*, in *Aodv231*, 12 dicembre 2022, p. 4; cfr. F. CARPENTIERI, *op. cit.*, p. 35 sull'elemento soggettivo afferma che: «Si pone, dunque, per le diverse ipotesi tipiche di reato, la questione se sia necessario che si tratti di 'beni culturali' (dichiarati o verificati) o sia sufficiente che si tratti di cose riconducibili in astratto alle tipologie di cui all'art. 10 del codice di settore. La questione è molto importante, anche alla luce della dicotomia, avallata da una parte della giurisprudenza, tra una tutela esterna e indiretta dei beni, quella apprestata dal codice penale, che prescinderebbe dalla previa dichiarazione, e una tutela diretta apprestata dal codice di settore e intermediata dalla previa dichiarazione».

[38] Frutto di un attento lavoro di monitoraggio da parte dell'*European Committee on Crime Problems* del Consiglio d'Europa circa lo status ordinamenti giuridici europei e delle lacune legislative esistenti.

In una tale prospettiva, l'art. 1 (lett. a) del provvedimento italiano di riforma provvede ad ampliare il catalogo dei delitti per i quali è consentita la c.d. «confisca allargata» ex art. 240-*bis* c.p., per includervi i reati di ricettazione di beni culturali, di impiego di beni culturali provenienti da delitto, di riciclaggio e autoriciclaggio di beni culturali, nonché di attività organizzate per il traffico illecito di beni culturali.

L'art. 1, lett. b) introduce nel Codice penale un intero nuovo Titolo VIII-*bis* – rubricato «Dei delitti contro il patrimonio culturale», composto da 17 articoli che spaziano dal 518-*bis* al 518-*duodevicies*[39]. In forza di una evidente riserva di Codice, i nuovi articoli consentono di far valere la responsabilità penale degli autori, ad es. per ipotesi di furto, distruzione, importazione ed esportazione di beni culturali (v. art. 5 Conv. Nicosia), nonché per il riciclaggio ed auto-riciclaggio relativo a questi[40]. Indubbiamente apprezzabile è lo sforzo profuso dal legislatore nel rendere condotte di per sé reprimende (es. «furto», 624 c.p., di cui all'art. 3 Conv. Nicosia) quali fattispecie autonome quando azionate su beni culturali («furto di beni culturali», 518-*bis* c.p.) – ovvero dotate di una cornice edittale propria, peraltro rigorosa.

A riguardo vi è chi nota che, seguendo un «canovaccio consolidato» delle riforme interne nel settore penale, il *leitmotiv* sia stato l'intensificazione nell'utilizzo dell'arma penalistica da parte del legislatore, «principalmente scaricata sul versante sanzionatorio»[41]. Tale scelta, da un lato, può apparire pienamente logica, seguendo l'idea che la scarsa deterrenza (e dunque efficacia) delle norme preesistenti abbia costituito uno dei principali motivi di ri-

---

[39] Segnatamente, questi ricomprendono: art. 518-*bis* relativo al furto di beni culturali; art. 518-*ter* che disciplina l'appropriazione indebita di beni culturali; art. 518-*quater* che sanziona la ricettazione di beni culturali; art. 518-*quinquies* che punisce l'impiego di beni culturali provenienti da delitto; art. 518-*sexies* relativo al riciclaggio di beni culturali; art. 518-*septies* che copre l'autoriciclaggio di beni culturali; art. 518-*octies* riguardante la fattispecie di falsificazione in scrittura privata relativa a beni culturali (ad es. al fine di farne apparire lecita la provenienza), derivata dall'art. 9 della Convenzione di Nicosia; art. 518-*novies* in merito alle violazioni in materia di alienazioni di beni culturali; art. 518-*decies* rubricato importazione illecita di beni culturali; art. 518-*undecies* in materia di uscita o esportazione illecite di beni culturali; art. 518-*duodecies* che punisce la distruzione, la dispersione, il deterioramento, il deturpamento, l'imbrattamento e l'uso illecito di beni culturali o paesaggistici.

[40] C. SOTIS, *La tutela penale dei beni culturali mobili. Osservazioni in prospettiva de jure condendo*, in AA. VV., *Circolazione dei beni culturali mobili e tutela penale: un'analisi di diritto interno, comparato e internazionale*, 2015, p. 117, nota che, in altri casi, la creazione di fattispecie autonome sarebbe giustificata dalla differenza di disvalore esistente tra una circostanza aggravante ed una fattispecie a sé. Diversamente, nel caso del riciclaggio, questa differenza è estremamente sottile. Pertanto, la scelta del legislatore non sarebbe giustificabile.

[41] N. RECCHIA, *op. cit.*, p. 90-91; v. anche C. IAGNEMMA, *I nuovi reati inerenti ai beni culturali. Sul persistere miope di una politica criminale ricondotta alla deterrenza punitiva*, in *Archivio penale*, 2022, p. 14.

forma[42]; dall'altro lato, potrebbe rappresentare una scelta non condivisibile, osservando gli sforzi profusi nel corso degli anni per la deflazione penale e la ricerca di pene alternative. Emblematico è il ripristino del delitto di falso in scrittura privata precedentemente depenalizzato (art. 485 c.p.) ed ora riproposto nel 518-*octies* c.p. nel rispetto dell'art. 9 Conv. Nicosia. Ancora, l'art. 1 della novella, introduce l'art. 707-*bis* c.p. relativo alla nuova contravvenzione in materia di possesso ingiustificato di strumenti per il sondaggio del terreno o di apparecchiature per la rilevazione dei metalli. Si tratta di un evidente reato di sospetto che anticipa la tutela penale del bene giuridico protetto in maniera netta. Dunque, il diritto internazionale avrebbe provocato una vera e propria inversione di tendenza nell'ambito diritto penale interno e lo ha fatto in forza della centralità acquisita dal bene giuridico mediato dal bene culturale a livello internazionale. Tuttavia, se è vero che l'art. 14 Conv. Nicosia espressamente richiede che le sanzioni per i reati da previsti «*shall include* (…) *penalties involving deprivation of liberty*», gli artt. 5 e 30 consentono alle parti di riservarsi il diritto di prevedere «*non-criminal instead of criminal sanctions*» per determinate condotte. L'Italia ha deciso comunque di non avvalersi del diritto apporre siffatta riserva.

In aggiunta, la riforma qualifica come autonome fattispecie penali di natura delittuosa aggravanti e mere contravvenzioni previamente previste dal Codice penale[43] e «subordina la concessione della sospensione condizionale della pena all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, ovvero, se il condannato non si oppone, alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato, comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate dal giudice nella sentenza di condanna»[44].

Menzione peculiare merita anche l'art. 518-*sexies* sulla ricettazione, in base al quale il delitto trova applicazione anche nei casi in cui l'autore

---

[42] L'eccessiva esiguità delle pene previgenti portava inoltre ad un altro effetto deleterio ove si consideri che il decorso del termine prescrizionale viene ancorato dagli articoli 157 e ss. c.p. non al momento dell'accertamento del fatto di reato, bensì a quello della sua consumazione. Questa, nei reati contro il patrimonio culturale, molte volte si colloca in un arco di tempo assai lontano da quello della commissione del fatto criminale.

[43] Ciò implica che le neonate fattispecie autonome, ormai non più mere circostanze, vengono sottratte dal giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui al 69 c.p., con evidenti ripercussioni sulla punibilità della condotta. Cfr. A. NATALINI, *Riforma ipertrofica e casistica senza una norma definitoria*, in *Guida al Diritto*, n. 13, 2022, p. 27, che boccia la riforma ritenendo più che sufficiente l'impiego, non disposto dal legislatore, di circostanze aggravate "rinforzate" (non bilanciabili) nei delitti già esistenti, senza includere nel Codice di nuove fattispecie.

[44] Dossier n° 32/2 della Camera dei deputati, *Disposizioni in materia di reati contro il patrimonio culturale A.C. 893-B*, 19 gennaio 2022.

dell'illecito da cui provengono i beni culturali non sia imputabile o punibile, ovvero quando manca una condizione di procedibilità.

L'art. 518-*quaterdecies* sanziona la contraffazione di opere d'arte. La scelta operata dal legislatore è singolare siccome esula dal dettato normativo della Convenzione di Nicosia. Per quest'ultima tale condotta è indifferente in quanto non produttiva di lesioni dirette ai beni culturali. Pertanto, il legislatore italiano ha positivizzato una fattispecie "ulteriore" nell'interesse del mercato e del patrimonio dei consociati, quasi in un (magari necessario) eccesso di zelo a fronte dell'impegno internazionale richiesto. Quale norma correlata e complementare – un vero e proprio salvagente per i produttori trasparenti – l'art. 518-*quinquiesdecies* esclude la punibilità a titolo di reato di contraffazione di opere d'arte per colui che produce, detiene, vende o diffonde opere, copie o imitazioni dichiarando espressamente la loro non autenticità. In questo senso, potrebbe affermarsi che il legislatore si sia vagamente riavvicinato alle intenzioni dei redattori della Convenzione.

L'intervento legislativo prevede, poi, all'art. 518-*sexiesdecies*, una serie di aggravanti nelle ipotesi in cui i reati contro beni culturali cagionino un danno di rilevante gravità, oppure siano commessi nell'esercizio di un'attività professionale, commerciale, bancaria o finanziaria nonché di associazione a delinquere di cui al 416 c.p.[45]. Quest'ultimo riferimento alla criminalità organizzata potrebbe essere ritenuto deludente da parte di quella parte di dottrina che salutava con favore una potenziale previsione autonoma per il crimine organizzato attivo nel traffico di beni culturali[46]. L'attuale disposizione si limita a trasporre l'art. 15, iv) Conv. Nicosia, sull'aggravante di associazione a delinquere, in quanto le rimanenti aggravanti previste dal trattato – ovvero, violazione dei doveri del pubblico ufficiale, abuso di fiducia e recidiva aggravata – risulterebbero già assorbite nelle circostanze aggravanti comuni (artt. 61, co. 9 e 11 c.p.) e nelle disposizioni codicistiche sulla recidiva (artt. 99 e 101 c.p.). Vieppiù, sulla trasposizione dell'aggravante specifica di cui all' l'art. 15, iv) Conv. Nicosia è giusto considerare che la Convenzione non fornisce una definizione di associazione a delinquere, offrendo piuttosto la possibilità di riferirsi ad altri strumenti internazionali per essa[47]. In tal senso, sic-

---

[45] Il nuovo Titolo VIII-*bis* disciplina altresì, all'art. 518-*septiesdecies*, le circostanze attenuanti in caso di tenuità dell'evento, del danno o del lucro e di ravvedimento operoso e collaborazione.

[46] D'AGOSTINO, *Dalla "vittoria di Nicosia" alla "navetta" legislativa: i nuovi orizzonti normativi nel contrasto ai traffici illeciti di beni culturali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1, 2018, p. 89.

[47] *Explanatory Report,* cit., par. II.94.

come l'art. 416 c.p. fornisce una definizione per lo più coincidente con l'art. 2 UNTOC[48], si ritiene che l'allineamento italiano alla Convenzione di Nicosia sia ancor più tangibile in tema di aggravanti.

A seguire, la nuova normativa estende – *ex* art. 518-*undevieces*, derivato dall'art. 10 Conv. Nicosia – l'applicabilità delle disposizioni penali a tutela dei beni culturali anche ai fatti commessi all'estero in danno del patrimonio culturale nazionale. La scelta del legislatore è senz'altro opportuna, qualificandosi l'Italia come un paese di "*export*".

Non sembra essere sopravvissuta al procedimento normativo l'idea di punibilità della mera "detenzione" di bene culturale (destinata all'art. 518-*sexies* inizialmente), intesa come la condotta di chi, fuori dei casi di ricettazione «detiene un bene culturale sapendo della sua provenienza illecita». Al massimo, un individuo sarà punibile per l'omessa denuncia di detenzione di un bene culturale presso le autorità competenti (art. 518-*novies*, «Violazioni in materia di alienazione di beni culturali») che appare come un reato inseribile in quello stuolo di precetti volti a tutelare sia la Pubblica amministrazione che i beni culturali.

L'art. 518-*duodevicies* dispone la confisca penale obbligatoria – anche per equivalente[49] – delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prodotto, il profitto o il prezzo, in caso di condanna o patteggiamento per uno dei delitti previsti dal nuovo Titolo.

L'art. 2 della legge 22/2022 è, invece, dedicato alla modifica della disciplina delle attività sotto copertura attualmente previste dalla citata UNTOC in relazione ad un determinato catalogo di delitti (dalla falsità in monete alla contraffazione, alterazione o uso di marchi o segni distintivi; dalla estorsione al sequestro di persona; dall'usura al riciclaggio e all'impiego di denaro di provenienza illecita, nonché gravi altri reati previsti dal Codice penale, dal T.U. immigrazione e dal T.U. stupefacenti; dalle attività organizzate per il

---

[48] Art. 2, par. 1, lett. a) UNTOC: «"*Organized criminal group" shall mean a structured group of three or more persons, existing for a period of time and acting in concert with the aim of committing one or more serious crimes or offences established in accordance with this Convention, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit*»; art. 416 c.p. «Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni. Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni».

[49] A riguardo F.E. SALAMONE, *I nuovi reati contro il patrimonio culturale: un'occasione mancata*, in *Antiquariditalia*, 12 aprile 2022, nota che il valore dei beni culturali è di notoriamente volatile, implicando evidenti difficoltà operative nella quantificazione del denaro da sequestrare. Sulla confisca si rimanda a R. VIRZO, *La confisca nell'azione internazionale di contrasto ad attività criminali*, 2020.

traffico illecito di rifiuti ai delitti con finalità di terrorismo e di eversione) e che il provvedimento legislativo estende anche alle attività di contrasto dei delitti di riciclaggio e di autoriciclaggio di beni culturali (*ex* art. 518-*sexies* e 518-*septies*) svolte da ufficiali di polizia giudiziaria degli organismi specializzati nel settore dei beni culturali.

L'art. 3 della riforma, infine, interviene sul catalogo dei reati per i quali è prevista la responsabilità amministrativa degli enti modificando il d.lgs. n. 231 del 2001[50] (in ossequio agli artt. 13 e 14 Conv. Nicosia), con l'inserimento di due nuovi articoli circa i reati presupposto della responsabilità in questione: l'art. 25-*septiesdecies*, rubricato *Delitti contro il patrimonio culturale* e l'art. 25-*duodevicies*, in materia di *Riciclaggio di beni culturali e devastazione e saccheggio di beni culturali e paesaggistici*[51]. Ed è in tal solco che si inserisce il riconoscimento di strumenti tipici della legislazione antimafia per confiscare i patrimoni illecitamente ottenuti in danno di beni culturali e colpire con sanzioni interdittive (ad es. l'esclusione da finanziamenti ed agevolazioni) le società responsabili[52]. La disposizione sembra quindi andare a sanzionare gli enti che operano nel c.d. mercato dell'arte[53] e potrebbe pertanto rappresentare un effetto collaterale dell'attenzione che la Convenzione di Nicosia riserva ai privati. Infatti, la Convenzione ben chiarisce l'esigenza di posizione apicale vantata dall'autore del reato presupposto e dell'esistenza di un interesse o vantaggio dell'ente (art. 13 Conv. Nicosia). Tuttavia, ad essere dubbia è la compatibilità logica delle singole fattispecie con il requisito dell'interesse o vantaggio dell'ente in alcune specifiche fattispecie a dispetto di altre[54]. Ne costituiscono un esempio le fattispecie che implicano dispersione del bene culturale (es. distruzione).

Pur esistendo nella Convenzione di Nicosia un'attestata irrilevanza della

---

[50] D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300».

[51] Curiosamente, il legislatore della riforma pare non abbia incluso, nel catalogo dei reati presupposto di cui al d.lgs 231 il delitto di «Impiego di beni culturali provenienti da delitto» (art. 518-*quinquies* c.p.), né il delitto di «Autoriciclaggio di beni culturali» (art. 518-*septies* c.p.), che appaiono proprio come fattispecie di possibile attuazione con riguardo al funzionamento di ente/persona giuridica.

[52] Sulla spinta delle puntuali sollecitazioni sovranazionali circa lo sviluppo di strumenti di vario tipo volti a recuperare o aggredire i patrimoni illecitamente acquisiti v. V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2015, p. 1259 ss.

[53] C. DI LIBERTO, A. MILANI, *Reati contro il Patrimonio Culturale e d.lgs. 231/01: aspetti problematici e applicazioni pratiche*, in *Aodv231*, 12 dicembre 2022, p. 6.

[54] *Ivi*, p. 20-23.

titolarità del bene distrutto[55], esclusi i casi di titolarità da parte di terzi, la dimostrazione del vantaggio ottenuto dall'ente in virtù della condotta criminosa dell'individuo appare assai complessa laddove il bene distrutto sia di proprietà dell'ente stesso. Si tratterebbe, quindi, di un caso di inoperabilità pratica della disposizione, estesa astrattamente a casi che in concreto non potranno mai comportarne l'applicazione. Infine, ai sensi dell'art. 20 Conv. Nicosia[56] è previsto – a maggior ragione specie se soggetti attivi nel mercato dell'arte – che gli enti si regolamentino assumendo nel rispetto di principi etici autoimposti. Nel contesto di tale raccomandazione per l'autoregolamentazione e nell'attuale silenzio del legislatore, è auspicabile che venga aggiornato il c.d. "Codice Etico 231"[57], richiedendo agli enti di inglobare in esso anche il riferimento alla necessità di tutelare i beni culturali e paesaggistici.

Seguono ulteriori modifiche (artt. 4-7) in materia di aree protette e abrogazione di alcune disposizioni del Codice penale e del Codice dei beni culturali, con finalità di coordinamento del nuovo quadro sanzionatorio penale con la normativa vigente.

4. Conclusioni

La riforma legislativa interviene in un momento di profonda consapevolezza, che si registra tanto in ambito internazionale che interno, della rilevanza assunta dal patrimonio culturale quale testimonianza unica e fondamentale della storia e dell'identità di popoli diversi, meritevole dei più alti standard di tutela in modo che possa essere goduto tanto dalle generazioni presenti quanto da quelle future[58].

Tali standard implicano necessariamente la criminalizzazione delle condotte offensive dei beni culturali (artt. 3-11, Conv. Nicosia), l'individuazione di sanzioni proporzionate, effettive e dissuasive (art. 14, Conv. Nicosia), nonché la cooperazione tra le autorità inquirenti al fine di facilitare la consul-

[55] Come si è riferito *supra*, la punibilità è data a prescindere dall'esistenza del diritto reale di proprietà vantato sul bene in questione (art. 10, par. 1, lett. a) Conv. Nicosia).
[56] Art. 20 Conv. Nicosia.
[57] *Ex* art. 6 d.lgs 231/2001, il Codice etico è una vera e propria Carta Costituzionale per l'ente e affianca sempre il Modello di organizzazione, Gestione e Controllo (Modello 231). Il Codice Etico può, pertanto, essere definito come una raccolta di principi etici e costituisce, assieme al Modello 231, un essenziale elemento del sistema di controllo preventivo rispetto alla commissione dei reati contenuti nel catalogo di cui agli artt. 24 ss. d.lgs 231/2001.
[58] *Explanatory Report*, cit., par. I.1.

tazione e lo scambio di informazioni relative ai beni culturali che sono stati oggetto di un reato (artt. 19 e 21, Conv. Nicosia).

La nuova disciplina dei reati contro i beni culturali tenta così, innanzitutto, di sanare la frammentazione della normativa esistente nell'ordinamento italiano in materia di tutela penale del patrimonio culturale.

Essa, però, risponde anche all'esigenza di dare attuazione ai principi costituzionali in forza dei quali il patrimonio culturale e paesaggistico necessita di una tutela ulteriore rispetto a quella offerta alla proprietà privata e, a tal fine, permette di utilizzare strumenti tipici della legislazione antimafia per confiscare i patrimoni illecitamente ottenuti in danno di beni culturali e colpire con sanzioni interdittive (ad esempio l'esclusione da finanziamenti ed agevolazioni) le società responsabili di reati contro tali beni.

Oltre che alle esigenze dettate dalla mutata "filosofia" della tutela dei beni culturali e dalla urgenza di un riordino complessivo del sistema sanzionatorio, adeguandolo ai principi costituzionali, il testo della riforma è innegabilmente ispirato anche dalle necessità legate al nuovo atteggiarsi dei fenomeni criminosi[59], ovvero alla loro interconnessione e alla dimensione transfrontaliera della maggior parte di essi[60]. Il traffico di beni culturali ad esempio è, per sua natura, un fenomeno transnazionale che, dopo il commercio di armi e droga, rappresenta una delle forme più redditizie di criminalità organizzata e può finire per finanziare corruzione, terrorismo, violenza e altri crimini[61] . Non a caso, la Convenzione di Nicosia è volta a prevenire e combattere il traffico illecito e la distruzione di beni culturali nel più ampio quadro dell'azione per la lotta contro il terrorismo e la criminalità organizzata (Preambolo, Conv. Nicosia)[62].

La recente, deliberata distruzione dei siti Patrimonio dell'umanità in Mali, Iraq e Siria da parte di gruppi terroristici, l'evoluzione e la conseguente espansione del mercato illegale dell'arte, sottolineano l'urgenza di un'azione concertata della intera comunità internazionale per proteggere e preservare il *common heritage of mankind*. L'entrata in vigore della Convenzione di Nicosia, destinata ad essere applicata anche al di fuori del Consiglio d'Europa, è

---

[59] Disegno di legge recante: "Delega al governo per la riforma della disciplina sanzionatoria penale in materia di reati contro il patrimonio culturale", approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 23 maggio 2007.

[60] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 14 aprile 2021, Strategia dell'UE per la lotta alla criminalità organizzata 2021-2025, COM/2021/170 final, par. 2.2.

[61] V. SC Res 2199/2015 parr. 15, 16 e 17; SC Res. 2253/2015 parr. 14 e 15; SC Res. 2322/2016 par. 12; SC Res. 2347/2017.

[62] V. anche *Explanatory Report*, cit., par. II.15.

quindi un passo cruciale per porre fine all'impunità di coloro che intenzionalmente distruggono, rubano, scavano o commerciano illegalmente beni culturali.

In linea con gli obiettivi fissati dal Consiglio d' Europa, la recente legge italiana di riforma si propone, quindi, di predisporre strumenti preventivi, di indagine e repressivi che consentano alle forze di contrasto e all'autorità giudiziaria di intraprendere le azioni necessarie per rispondere efficacemente alle mutevoli sfide poste dai gruppi criminali coinvolti in reati in danno di beni culturali, in grado di adattarsi e sfruttare i cambiamenti nell'ambiente in cui operano, come dimostra, peraltro, l'allontanamento del mercato nero dai tradizionali mezzi di scambio e l'intensificarsi del commercio di antichità online attraverso i social media e il *Deep Web*[63].

[63] V. *Explanatory Report*, cit., par. I.15.

Diritto UE, poteri ufficiosi del giudice nazionale e giudicato interno alla luce della prassi recente

GIANPAOLO MARIA RUOTOLO*

SOMMARIO: 1. Le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea del maggio 2022 e alcuni dei meccanismi di influenza del diritto dell'Unione europea sul diritto processuale nazionale: poteri esercitabili d'ufficio dal Giudice interno e ampiezza del giudicato. – 2. *Res judicata* e diritto "europeo": alcuni cenni sulla CEDU. – 3. *Segue*: il principio di autonomia procedurale e il rapporto tra giudicato interno e diritto UE. – 4. Una lettura *EU-oriented* di autonomia procedurale e ordine pubblico processuale.

ABSTRACT: Il lavoro, prendendo le mosse da alcune recenti sentenze della Corte di giustizia, prova a comprendere quale sia l'impatto prodotto dal diritto dell'Unione Europea e, in alcuni casi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sul concetto interno di giudicato in materia civile, in particolare con riguardo ad alcune forme di tutela dei consumatori dall'esecuzione forzata.

PAROLE CHIAVE: cosa giudicata, diritto dell'Unione Europea, diritto internazionale, *res iudicata*, consumatori, esecuzione.

1. Le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea del maggio 2022 e alcuni dei meccanismi di influenza del diritto dell'Unione europea sul diritto processuale nazionale: poteri esercitabili d'ufficio dal Giudice interno e ampiezza del giudicato

Attraverso un blocco di quattro decisioni pronunciate in sede di rinvio pregiudiziale il 18 maggio 2022[1] relative alla tutela del consumatore/debitore

* Gianpaolo Maria Ruotolo, Professore ordinario di diritto internazionale, Università di Foggia, Dipartimento di giurisprudenza, gianpaolo.ruotolo@unifg.it.

[1] Si tratta delle sentenze del 17 maggio 2022, C-600/19, *Ibercaja Banco*; C-693/19, *SPV Project 1503* e C-831/19 *Banco di Desio e della Brianza e a.*; C-725/19, *Impuls Leasing România*; C-869/19, *Unicaja Banco*. Per alcuni commenti a prima lettura si vedano S. CAPORUSSO, E. D'ALESSANDRO (a cura di), *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2022, p. 485 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio*

esecutato in applicazione di clausole contrattuali da ritenersi abusive ai sensi della direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993[2], la Corte di giustizia è tornata ad affrontare il delicato tema dell'influenza prodotta dal diritto dell'Unione europea sul diritto processuale nazionale e, in particolare, tanto sul rapporto che esiste tra le eccezioni sollevabili dalla parte e quelle rilevabili d'ufficio, quanto su quello tra giudicato interno e diritto derivato, qualora dal primo consegua una violazione del secondo o, comunque, qualora il primo non consenta (più) la rimozione di siffatta violazione.

Con la sentenza relativa al caso *Ibercaja*, infatti, la Corte ha chiarito che la tutela approntata dal diritto dell'Unione europea in favore dei consumatori nei confronti di clausole abusive è incompatibile con norme nazionali che «a causa degli effetti dell'autorità di cosa giudicata», nonché dell'applicazione dell'istituto della decadenza, impediscano, nel corso di un procedimento di esecuzione ipotecaria, tanto al debitore/consumatore di far valere il carattere abusivo di tali clausole dopo la scadenza del termine per proporre opposizione, quanto al giudice di esaminare d'ufficio tale carattere abusivo.

E lo stesso vale per quanto concerne le norme interne che, analogamente, non consentano neppure di procedere a siffatta contestazione attraverso un successivo procedimento autonomo, e ciò anche qualora, sebbene siffatte clausole siano già state oggetto di un esame d'ufficio da parte del giudice quanto al loro eventuale carattere abusivo, la decisione che conclude il relativo procedimento giurisdizionale non contenga alcun passaggio che si occupi del punto, né faccia espressa menzione del fatto che la questione non potrà essere rimessa in discussione in assenza di opposizione.

Nella sentenza concernente il procedimento *SPV/Banco di Desio*, poi, la Corte ha chiarito pure, con specifico riguardo al procedimento ingiuntivo previsto dal codice di rito italiano, che il diritto UE è incompatibile con una normativa nazionale che preveda che, qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione da parte del debitore, il giudice dell'esecuzione, per effetto del giudicato c.d. implicito[3], non possa procedere al controllo dell'eventuale carattere

---

2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite, in *Judicium*, 2 novembre 2022; G. PARISI, *Brevi note sui rapporti tra "esecuzione" e "accertamento" alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2022, p. 686 ss.

[2] Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

[3] Sull'istituito, peraltro parecchio criticato in dottrina, si vedano, da ultimo, M. ARANCI, *Tutela del consumatore e giudicato implicito: una coesistenza (davvero) impossibile? Note a prima lettura di Corte di giustizia 17 maggio 2022*, in *Eurojus*, 2022, 3, p. 29 ss.; E. BORSELLI, *Il criterio della ragione più liquida nel rapporto rito-merito: 'giudicato implicito' e giudizio di impugna-*

abusivo di tali clausole. Va detto da subito come parte autorevole della dottrina processualcivilistica italiana abbia contestato la correttezza della ricostruzione della questione di cui ci stiamo occupando in termini di giudicato implicito, ritenendo che «il recepimento delle indicazioni della Corte UE non riguarda la stabilità del giudicato, ma la struttura del processo esecutivo»; la stessa, tuttavia, ammette che «la risposta alla Corte UE potrebbe essere resa senza stravolgere i principi ed i valori dell'ordinamento positivo vigente. (…). Per consentire al debitore esecutato di contestare la natura vessatoria delle clausole del contratto di finanziamento in base al quale è stato pronunciato il decreto ingiuntivo, appare sufficiente negare che il giudicato implicito assista anche il decreto ingiuntivo non opposto»[4].

Nella sentenza relativa al procedimento *Impuls Leasing*, poi, la Corte ha chiarito che le norme UE sono pure incompatibili con una normativa nazionale che vieti, sempre al giudice dell'esecuzione di un credito, investito di un'opposizione a tale esecuzione, di valutare, d'ufficio o su domanda del consumatore, il carattere abusivo delle clausole di un contratto stipulato tra un consumatore e un professionista, chiarendo pure, nel procedimento *Unicaja Banco*, che le stesse sono pure incompatibili con tutti i principi del procedimento giurisdizionale interno in forza dei quali il giudice adito in appello avverso una sentenza che limita nel tempo la restituzione di somme indebi-

---

zione, in *Il giusto processo civile*, 2021, p. 447 ss.; A. D'ADDAZIO, *Significative implicazioni della teoria del giudicato implicito nel decreto ingiuntivo non opposto*, Nota a Cass. sez. III civ. 28 novembre 2017, n. 28318, in *giustiziacivile.com*, 2018, 9, p. 9 ss.; L. DE PROPRIS, *Il Mugnaio di Roma, il giudicato implicito e il giudice di Karlsruhe*, in *Judicium*, 2019, 2, p. 289 ss.; G. FANELLI, *Minime note sulle decisioni inespresse a carattere processuale, a margine di un interessante dibattito*, in *Judicium*, 2019, 2, p. 189-201 ss.; G. FANELLI, *Progressione logico-giuridica tra i presupposti processuali, poteri delle parti e distorsioni del giudicato implicito*. Nota a ord. Cass. civ. sez. VI 25 ottobre 2017 n. 25254, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, p. 1569 ss.; L. GALANTI, *Nullità contrattuale tra giudicato esterno e giudicato implicito*. Nota a Cass. sez. III 28 luglio 2014, n. 17069, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, p. 135 ss.; P. LAGHEZZA, *Declaratoria ufficiosa della nullità del contratto e Sezioni Unite 2.0: il giudicato implicito*. Nota a Cass. sez. un. 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Danno e responsabilità*, 2015, p. 599 ss.; F. LUISO, *Contro il giudicato implicito*, in *Judicium*, 2019, p. 181 ss.; F. LUISO, *I guasti del giudicato implicito.* Nota a Cass. sez. VI civ. 25 ottobre 2017, n. 25254, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 876 ss.; S. PAGLIANTINI, *"Parigi val bene una messa"? Le Sezioni unite su rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito* (nota a Cass. s.u. 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243), in *Il giusto processo civile*, 2015, p. 137 ss.; A. PANZAROLA, *Contro il cosiddetto giudicato implicito*, in *Judicium*, 2019, 3, p. 307 ss.; M. RAGNI, *Il giudicato implicito ed il principio della ragione più liquida: i confini mobili del giudicato nella giurisprudenza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, p. 647 ss.; S. RECCHIONI, *Rapporto giuridico fondamentale, pregiudizialità di merito c.d. logica e giudicato implicito*. Nota a Cass. sez. II civ. 9 novembre 2017, n. 26557, in *Rivista di diritto processuale*, 2018, p. 1598 ss.

[4] Così G. COSTANTINO, *Cassazione attesa: «Certezza» del diritto risultante dal titolo esecutivo, «accertamento con prevalente funzione esecutiva», «normativa senza giudizio», «preclusione pro judicato» e clausole vessatorie*, in *in executivis*, 12 febbraio 2023.

tamente corrisposte dal consumatore in base a una clausola dichiarata abusiva, non possa sollevare d'ufficio un motivo relativo alla violazione della disposizione in parola e disporre la restituzione integrale di dette somme, a condizione che la mancata contestazione di tale limitazione nel tempo da parte del consumatore non possa essere imputata alla completa passività di quest'ultimo.

In questo lavoro, tralasciando le questioni di merito, cercheremo di inquadrare nel contesto della giurisprudenza e della prassi pregresse le sentenze appena riassunte, al fine di comprendere se e fino a che punto esse costituiscano effettivamente elementi del tutto innovativi – e di rottura – e se, "relativizzando" il giudicato interno, possano rappresentare un pericolo per l'integrità degli ordinamenti nazionali, oppure se, al contrario, le stesse siano invece, e più limitatamente, una conferma della necessità di un'interpretazione *EU-oriented* del medesimo concetto di giudicato domestico.

2. *Res judicata* e diritto "europeo": alcuni cenni sulla CEDU

Dobbiamo ricordare che il concetto di *res judicata*, già ben prima delle decisioni della Corte di giustizia, non era certo rimasto indenne dall'influenza del diritto "europeo", facendo riferimento con questa espressione, nella consapevolezza delle differenze che le contraddistinguono, non solo alle norme adottate dall'Unione europea (UE), ma anche al contesto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla prassi della relativa Corte.

Con riguardo al processo penale, ad esempio, del tutto nota, infatti, è la giurisprudenza con la quale la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) ha chiarito che grava sugli Stati membri l'obbligo di revisione del giudicato nel caso in cui la stessa Corte abbia accertato che nello svolgimento del processo che ha portato alla formazione della cosa giudicata si sia verificata la violazione di un diritto CEDU spettante alla parte che al giudicato è sottoposta[5] e che, in Italia, ha condotto la Corte costituzionale, con la sen-

[5] Si vedano, *ex multis*, le decisioni relative ai casi *Somogyi*, *Drassich*, *Scoppola*, *Dorigo*, tutte reperibili all'indirizzo hudoc.echr.coe.int. Sul punto, nella letteratura internazionalistica, si veda di recente D. MAURI, *Il "mito" del giudicato civile e amministrativo alla prova degli obblighi internazionali di "*restitutio in integrum*"*. Intervento alla Tavola rotonda "Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti umani sul giudicato nazionale", Roma, 4 giugno 2019, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 487 ss. nonché G. CALAFIORE, *Obbligo di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo "versus" giudicato penale: il "discrimen" fra violazioni procedurali e sostanziali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 715 ss. e M. GRASSI, *Revocazione della sentenza civile per contrasto con la Convenzione europea per*

tenza 7 aprile 2011, n. 113, a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un caso di revisione "europea" della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1 CEDU.

Va pure detto che le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza 8544/2020, peraltro, hanno negato l'estensibilità d'ufficio degli effetti delle decisioni della Corte EDU[6] e che, da ultimo, la c.d. Riforma Cartabia[7] ha introdotto nel codice di procedura penale un nuovo Titolo III-*bis*, rubricato «Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo», il quale contiene un art. 628 *bis* che concerne proprio la «Richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli addizionali».

Impatto altrettanto innovativo la CEDU non ha invece prodotto, almeno sulle prime, con riguardo al giudicato civile, dal momento che, in materie diverse da quella penale, appunto, la giurisprudenza della Corte europea non fa emergere un obbligo *generale* di adottare misure ripristinatorie della riapertura del processo.

Una sentenza della Sezione lavoro della Cassazione, la n. 15102, depositata il 12 maggio 2022, quindi appena cinque giorni prima delle quattro sentenze della Corte di giustizia di cui abbiamo detto nel paragrafo precedente, dopo aver ricordato che, in caso di un contrasto fra legge interna e previsioni CEDU che non sia risolvibile in via ermeneutica, il giudice di merito deve sollevare la questione di legittimità costituzionale, afferma pure che l'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma interna lascerebbe comunque fermo il giudicato eventualmente formatosi, in applicazione del principio per cui la dichiarazione di incostituzionalità, pur avendo effetto retroattivo, non dovrebbe incidere sui rapporti giuridici già esauriti, e che, peraltro, il codice di procedura civile non prevede(va, come vedremo subito appresso) la possibilità che le sentenze della Corte EDU incidano sul giudicato[8].

---

la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, p. 919 ss.

[6] La sentenza è reperibile all'indirizzo www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/03/ssuu-2020-8544.pdf.

[7] D.lgs. 28 settembre 2022 per l'attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari.

[8] La motivazione è reperibile all'indirizzo www.marinacastellaneta.it.

E non a caso la Corte costituzionale, con le sentenze 123 del 26 maggio 2017 (pronunciata in seguito a rinvio dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato) e 93 del 27 aprile 2018 (su questione sollevata invece dalla Corte d'appello di Venezia), aveva già ritenuto che gli artt. 394 e 395 c.p.c., pur non contemplando un mezzo di revocazione straordinaria nel caso di incompatibilità tra una sentenza interna passata in giudicato e una successiva sentenza della Corte EDU, non fossero in contrasto con l'art. 117 Cost.

Ad ogni modo, in attuazione dell'art. 1, comma 10, della legge 26 novembre 2021, n. 206, con l'art. 3, commi 28 e 29 del d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 149, è stato aggiunto all'art. 362 c.p.c. un comma in forza del quale possono essere impugnate per revocazione, ai sensi del nuovo art. 391 *quater* c.p.c., le decisioni dei giudici ordinari, pur passate in giudicato ma il cui contenuto sia stato dichiarato dalla Corte EDU contrario, in tutto o in parte, alla Convenzione ovvero a uno dei suoi Protocolli e non sia possibile rimuovere la violazione tramite tutela per equivalente.

3. *Segue:* il principio di autonomia procedurale e il rapporto tra giudicato interno e diritto UE

Va detto che il rapporto fra diritto UE e giudicato interno rappresenta una delle forme in cui si esprime una delle dicotomie che *paiono* caratterizzare il sistema normativo del primo.

Se, per un verso, infatti il funzionamento effettivo ed efficace del diritto UE e, in particolare, delle sue norme materiali, è condizionato dalla loro applicazione uniforme o comunque armonica – e questo obiettivo viene perseguito mediante la primazia del diritto UE produttivo di effetti diretti sul diritto nazionale incompatibile e il principio di interpretazione conforme al diritto UE non idoneo alla produzione di siffatti effetti – per altro verso, il compito di garantire tale applicazione è attributo ai giudici nazionali (che, come del tutto noto, sono i giudici "naturali" del diritto dell'Unione europea) attraverso i processi interni, che, in linea di massima, sono regolati dal diritto nazionale.

Come noto, al riguardo, si parla di *principio di autonomia procedurale* degli Stati membri, secondo il quale, in assenza di misure di armonizzazione concernenti le regole di rito, le posizioni giuridiche attribuite dalle norme UE devono essere esercitate innanzi ai giudici nazionali secondo le modalità di rito, appunto, stabilite dalle norme interne[9].

[9] In dottrina, tra gli altri, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo regionale*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, p. 1175 ss.; C. FELIZIANI, *Gli effetti*

Ovviamente questo principio, se applicato in maniera rigida, potrebbe mettere in pericolo l'obiettivo dell'applicazione uniforme del diritto UE che, ove non garantita, porterebbe ad una sua violazione e, quindi, alla responsabilità dello Stato, responsabilità che, peraltro, la CGUE ha dichiarato sussistere anche qualora l'inadempimento sia commesso mediante l'esercizio del potere giurisdizionale, pure in ultima istanza[10].

Va però pure ricordato come la Corte abbia chiarito che l'autonomia procedurale deve essere esercitata nel rispetto dei principi di *effettività,* secondo il quale le modalità procedurali previste a livello nazionale non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione, ed *equivalenza*, che impone che le modalità procedurali previste a livello nazionale per l'esercizio di posizioni giuridiche di origine UE non possano essere meno favorevoli di quelle utilizzabili per esercitare posizioni giuridiche interne di natura analoga[11].

E ovviamente tra le "regole processuali" da applicare nel rispetto dei principi succitati rientra pure quella che riguarda l'autorità di cosa giudicata[12].

E la Corte di giustizia, pur ritenendo il concetto di giudicato d'importanza fondamentale non solo per gli ordinamenti degli Stati membri ma anche per il diritto dell'Unione europea, in quanto volto ad assicurare la stabilità dei rapporti giuridici e la certezza del diritto, ha anche chiarito che la primazia del diritto UE *può* spingersi fino a comportare finanche l'obbligo di disapplicazione del principio sancito, in Italia, dall'art. 2909 c.c. («l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa»).

---

della sentenza di annullamento tra legalità, effettività della tutela e principio di autonomia procedurale degli Stati membri. Il punto di vista della Corte di Giustizia, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.*, 2012, p. 3102 ss.; G.F. LICATA, *Limiti al principio dell'autonomia procedurale e rafforzamento della cooperazione amministrativa nell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, p. 905 ss.; G. VITALE, *Il principio dell'autonomia procedurale in due recenti sentenze della Corte di giustizia: i casi* Olimpiclub *e* Asturcom, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 727 ss. Da ultimo C. PERARO, *L'autonomia procedurale degli Stati membri alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in *Annali AISDUE*, Bari, 2020, p. 31 ss.

[10] V. DI COMITE, *El principio de responsabilidad del estado por violación del derecho de la ue debida a resoluciones judiciales y su difícil aplicación en el derecho italiano*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2014, enero/abril, p. 49 ss.; Paolo MENGOZZI, *La responsabilità dello Stato per atti del potere giudiziario: dalla sentenza* Köbler *alla sentenza* Ferreira da Silva e Brito, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2016, p. 401 ss.

[11] A. IERMANO, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e "limiti" alla tutela nazionale*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 525 ss.

[12] S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Diritto pubblico*, 2022, p. 1 ss.; Pieralberto MENGOZZI, *La cosa giudicata nazionale e il principio di interpretazione conforme*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 173 ss.

Tuttavia non può essere sottovalutato come le sentenze contenenti questa affermazione vertano su un regime peculiare, quale è quello relativo alle regole di concorrenza applicabili agli Stati, regime di competenza esclusiva dell'UE e il quale contempla una competenza parimenti esclusiva della Commissione a verificare la legittimità degli aiuti di Stato[13].

Questo principio è stato, infatti e non a caso, moderato dalla stessa Corte che, in altre decisioni, ha chiarito che il diritto UE, in applicazione del principio di autonomia procedurale, ponderato attraverso i principi di equivalenza ed effettività, non impone automaticamente «ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione»[14].

In buona sostanza, pare, insomma gli aiuti di Stato costituiscano in qualche maniera una situazione particolare, appunto[15]. E tale concetto è stato ribadito anche in altre sentenze successive, anche adottate dal Tribunale in primo grado[16].

4. Una lettura *EU-oriented* di autonomia procedurale e ordine pubblico processuale

È in questo contesto che le sentenze del maggio 2022, a nostro parere, vanno inserite.

Non si può tacere, infatti, come anch'esse facciano applicazione di un "regime" peculiare, come quello che riguarda (la tutela de)i consumatori,

---

[13] CGUE, sentenza del 18 luglio 2007, C-119/05, *Lucchini*. Per considerazioni sulla peculiarità di questa decisione v. U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, 6ª ed., Bari, 2020, p. 457, il quale chiarisce che si «era in presenza di una situazione del tutto particolare, dato che si trattava di materia nella quale la Commissione dispone di una competenza esclusiva a valutare la compatibilità con il mercato comune di aiuti statali a imprese».

[14] CGUE, sentenza del 3 settembre 2009, C-2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze* e *Agenzia delle entrate* c. *Fallimento Olimpiclub Srl;* CGUE, sentenza del 22 dicembre 2010, C-507/08, *Commissione* c. *Slovacchia*; CGUE, sentenza 10 luglio 2014, C-213/13, *Pizzarotti*; CGUE, sentenza del 20 marzo 2018, C-596/16 e C-597/16, *Di Puma* e *altri*; CGUE, sentenza 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC* e *altri*.

[15] C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e giudici nazionali nella bozza di nuova Comunicazione della Commissione: alcune riflessioni a prima lettura*, in *Eurojus*, 2021, 2, p. 1 ss.

[16] Tribunale, sentenza dell'11 luglio 2018, T-185/15, *Buonotourist c. Commissione*, confermata in appello dalla CGUE con la sentenza del 4 marzo 2020, C-586/18 P, *Buonotourist c. Commissione*; Tribunale, sentenza dell'11 luglio 2018, T-186/15, *CSTP Azienda della Mobilità c. Commissione*, confermata in appello dalla sentenza 4 marzo 2020, causa C-587/18 P, *CSTP Azienda della Mobilità c. Commissione*.

oggetto di un'attenzione particolarissima da parte del diritto UE[17] e che, pur essendo oggetto di competenza concorrente (*ex* art. 4, par. 2, lett. *f)* TUE) assume una certa prevalenza in forza dell'art. 12 TFUE («nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori»).

Ne sia riprova anche l'attenzione che, al riguardo, il legislatore UE ha prestato in materia di diritto internazionale privato, sia con riguardo alla giurisdizione – al punto che, ad esempio, il foro del consumatore è ritenuto talmente rilevante che la sua violazione costituisce una causa ostativa al riconoscimento; cfr. ad es. il regolamento Bruxelles I *bis*, art. 45, par. 1, lett. *e)i)*[18] – sia al diritto applicabile, sia, ancora, in materia di ADR[19].

Non a caso, anche con riferimento alle norme di rito si è parlato di un «diritto processuale dei consumatori»[20], «un diritto processuale speciale» che origina proprio dalle sentenze pronunciate in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia[21].

Insomma, non ci pare che le sentenze del maggio 2022 costituiscano un vero e proprio "stravolgimento", né tanto meno realizzino un'indebita invasione del diritto dell'Unione europea delle competenze nazionali mediante lo scardinamento del concetto di giudicato, ma che, più limitatamente, la Corte chieda che tale concetto sia letto, interpretato e applicato in maniera *orientata*, anche alla materia di cui si occupa, nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività già elaborati.

Insomma, siamo in presenza della necessità dell'interpretazione *EU-oriented* delle norme di rito, le quali, *parimenti a tutte le altre*, devono essere lette e applicate in vista dei loro obiettivi sistematici, i quali non possono non

---

[17] V. RUBINO, *L'evoluzione della nozione di consumatore nel processo di integrazione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 343 ss.

[18] Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione).

[19] Ci permettiamo di rinviare, al riguardo, a G.M. RUOTOLO, *Gli ADR online dei consumatori UE: alcune questioni di diritto internazionale privato alla luce della prassi applicativa*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2021, p. 475 ss.

[20] V. *ZENO ZENCOVICH, M.C. PAGLIETTI, Il diritto processuale dei consumatori. L'influenza del diritto dei consumi sul diritto processuale (postilla a Calais-Auloy, 20 anni dopo), in Mélanges en l'honneur de Jean Beauchard, Poitiers, 2013, p. 147 ss.*

[21] Così E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia*, cit.

esser rispettosi anche di quelli previsti dall'art. 4, par. 3, TUE, cioè del principio di leale collaborazione tra Stati membri e UE[22].

A noi pare, quindi, che l'autonomia procedurale degli Stati membri rappresenti un'altra espressione dell'autonomia lasciata agli Stati membri di scegliersi i mezzi volti a garantire l'effettività del diritto UE materiale, scelta che, è sì lasciata alla loro discrezionalità, ma che comunque deve giungere all'obiettivo imposto.

E neppure ci pare che le sentenze del maggio 2022 possano esser viste come un tentativo di mettere in dubbio o addirittura "scardinare", come pure è stato ipotizzato[23], l'ordine pubblico processuale[24] (italiano) dal momento che anch'esso non può prescindere dal rispetto degli obblighi internazionali e di diritto UE, specie in settori e materie "sensibili" e nei quali vi è stata una grossa armonizzazione.

Infine, ci pare, in punto di politica giudiziaria, che le sentenze della Corte siano dettate (anche) da un atteggiamento in qualche maniera analogo a quello che condusse al consolidarsi della giurisprudenza sulla produzione di effetti diretti delle direttive, in applicazione, quindi, di un atteggiamento *sanzionatorio* nei confronti degli Stati, i quali nel momento in cui si pongono nelle condizioni di violare il diritto dell'Unione europea (allora con la mancata esecuzione tempestiva o corretta delle direttive, oggi considerando *definitive*, e quindi immodificabili, decisioni interne che contengono o conservano una violazione del diritto UE dei consumatori), in qualche maniera accettano il rischio di una "riqualificazione" del giudicato, concepito come inidoneo a coprire le situazioni giuridiche che impediscono il raggiungimento degli obiettivi previsti dal diritto dell'Unione europea.

---

[22] Per una lettura funzionalista del principio di autonomia procedurale si veda già D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost? A Study on the "Functionalized Procedural Competence" of EU Member States*, Heidelberg/Dordrecht/London/New York, 2012.

[23] F. DE STEFANO, *La Corte di Giustizia sceglie tra tutela del consumatore e certezza del diritto. Riflessione sulle sentenze del 17 maggio 2022 della Grande Camera della CGUE*, in *giustiziainsieme.it*.

[24] In dottrina, *ex multis*, in particolare con riferimento a tale istituto come limite alla circolazione intraUE delle decisioni, si vedano M. CAPOZZOLO, *L'ordine pubblico processuale e la tutela dei diritti di difesa tra Corti europee e italiane*, in *Freedom, security & justice*, 2022, p. 40 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico 'processuale' ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale 'europeo'*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2008, p. 563 ss.; G. FABBRIZZI, *Variazioni municipali sul tema dell'ordine pubblico processuale 'europeo'*, in *Il Foro italiano*, 2021, c. 3645 ss.; S. MARINO, *Il limite dell'ordine pubblico processuale alla circolazione delle decisioni giurisdizionali nella recente prospettiva delle Corti europee*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 105 ss.; C.E. TUO, *La nozione di ordine pubblico processuale tra Bruxelles I e CEDU*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 923 ss.

Nessuna violazione dell'ordine pubblico processuale insomma, lo ribadiamo: lo stesso, infatti, non può non esser concepito come comprensivo degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'UE (e degli obblighi internazionali, peraltro).

Una lettura *orientata* in tal senso anche di quest'ultimo, quindi, ci pare poterne salvaguardare la vigenza (seppur riparametrandone i confini) e, contemporaneamente, garantire il rispetto del diritto dell'Unione europea e, in particolare, del suo primato e dell'effetto diretto, i quali, in quanto principi generali di diritto dell'Unione individuati dalla Corte di giustizia, assumono rango primario.

SEZIONE III

Verso un definitivo superamento dell'arbitrato intra-UE in materia di investimenti?

L'arbitrato in materia di investimenti intra-UE sulla base del trattato sulla carta dell'energia: alcune considerazioni sul lodo *Green Power c. Spagna*

GIULIANA LAMPO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'incompatibilità tra l'arbitrato in materia di investimenti e il diritto dell'UE: le argomentazioni degli Stati membri e dell'Unione. – 3. Le argomentazioni del Tribunale arbitrale. – 4. L'approccio del Tribunale arbitrale: brevi considerazioni critiche. – 5. Tutto è bene quel che finisce (bene?): considerazioni conclusive.

ABSTRACT: Il lavoro esamina la decisione del Tribunale arbitrale in materia di investimenti resa nel caso *Green Power c. Spagna*, nella quale per la prima volta è stata accolta la tesi dell'Unione europea e dei suoi Stati membri secondo la quale la clausola arbitrale contenuta nell'art. 26 del trattato sulla carta dell'energia (*Energy Charter Treaty* – ECT) non può operare tra un investitore di uno Stato membro dell'Unione e un altro Stato membro. L'analisi mette quindi in luce le carenze argomentative riscontrabili nella decisione evidenziando, in particolare, come la lettura fornita dal Tribunale dell'ECT come di un sistema aperto al diritto dell'Unione non appaia del tutto coerente con i canoni ermeneutici di cui alla Convenzione Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

PAROLE CHIAVE: Diritto internazionale degli investimenti – Arbitrato internazionale in materia di investimenti – Diritto dell'Unione europea – Arbitrato intra-UE – Trattato sulla carta dell'energia – Interpretazione dei trattati.

1. Introduzione

Il 16 giugno 2022, un Tribunale arbitrale in materia di investimenti costituito sotto l'egida della Camera di commercio di Stoccolma (*Stockholm Chamber of Commerce* – SCC) ha reso la propria decisione nel caso *Green Power Partners K/S e SCE Solar Don Benito APS c. Spagna*[1].

---

* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale, Università degli Studi di Napoli Federico II, giuliana.lampo@unina.it.

[1] *Green Power K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. V2016/135, Award, 16 giugno 2022.

La controversia s'inscrive in un contenzioso seriale instaurato da investitori stranieri contro diversi Stati membri dell'Unione europea (UE), e in particolare contro la Spagna[2], in ragione delle modifiche da essi apportate alla disciplina sugli incentivi alla produzione di energie rinnovabili. Nel caso di specie, infatti, gli investitori sono due società danesi che, tra il 2008 e il 2011, hanno investito nella realizzazione di diversi impianti fotovoltaici sul territorio iberico. A seguito di alcuni interventi legislativi da parte delle autorità spagnole, gli stessi hanno deciso di azionare la clausola arbitrale di cui all'art. 26 del trattato sulla carta dell'energia (*Energy Charter Treaty* – ECT), lamentando una perdita di profittabilità dei propri investimenti[3]. Lo Stato convenuto, tuttavia, supportato dalla Commissione europea in veste di *amicus curiae*, si è costituito in giudizio negando la giurisdizione del Tribunale. A suo avviso, la clausola arbitrale è inoperante nelle controversie intraeuropee, ovvero tra un investitore di nazionalità di uno Stato membro dell'UE e un altro Stato membro.

Si tratta, come è noto, di una tesi in vario modo sostenuta dagli Stati membri dell'UE convenuti dinanzi a tribunali arbitrali in materia di investimenti e dalle sue istituzioni da ormai più di un decennio, sin dall'inserimento – con il trattato di Lisbona – degli investimenti esteri diretti tra le materie di competenza esclusiva dell'Unione[4]. Il caso *Green Power*, tuttavia, è il primo nel quale l'orientamento degli Stati membri e dell'UE sia stato accolto, con la conseguenza che il Tribunale ha effettivamente concluso di non poter conoscere della controversia.

Nel giungere a una simile conclusione, il Collegio arbitrale si è discostato dal tradizionale scetticismo con il quale i tribunali in materia di investimenti hanno sinora affrontato la questione dei rapporti tra diritto internazionale degli investimenti e il quadro normativo dell'UE, interpretando l'ECT come un sistema aperto al diritto dell'Unione, attribuendo a quest'ultimo un enorme peso nel processo interpretativo del trattato, governato dagli artt. 31 ss. della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

Molteplici sono gli aspetti di interesse della decisione qui in commento, la quale non ha mancato di generare un acceso dibattito in dottrina[5]. Il pre-

---

[2] Si veda L. BÁRCENA, F. FLUES, *From Solar Dream to Legal Nightmare: How Financial Investors, Law Firms and Arbitrators are Profiting from the Investment Arbitration Boom in Spain*, Transnational Institute e PowerShift, maggio 2022.

[3] Per un *background* fattuale si veda *Green Power v. Spain*, cit., par. 59 ss.

[4] Si vedano gli artt. 207 e 3(1)(e) TFUE.

[5] Per dei commenti si vedano: L. BOHMER, *Analysis: First Investor-State Tribunal to Dismiss Case Based on Intra-EU Objection Finds that EU Law Applies to its Jurisdiction (in a Non-ICSID Case Seated in the EU) and Prevails Over the ECT*, in *Investment Arbitration Reporter*,

sente lavoro si soffermerà quindi su alcuni di tali aspetti che sembrano meritare particolare attenzione, al fine di valutare se la conclusione raggiunta dal Tribunale arbitrale appaia persuasiva e quale sia il ruolo che essa è in grado di avere nella risoluzione di futuri casi analoghi, nonché dei numerosi casi ad oggi pendenti che vedono coinvolti un investitore di uno Stato membro dell'Unione e un altro Stato membro.

2. L'incompatibilità tra l'arbitrato in materia di investimenti e il diritto dell'UE: le argomentazioni degli Stati membri e dell'Unione

Prima di procedere ad una più dettagliata analisi della decisione in commento, è opportuno esaminare brevemente le argomentazioni utilizzate dagli Stati membri e dalle istituzioni dell'UE – non soltanto nel caso *Green Power* – al fine di sostenere che l'arbitrato in materia di investimenti tra un investitore di uno Stato membro e un altro Stato membro sia incompatibile con il quadro normativo dell'Unione.

Come è noto, la più compiuta esposizione di tale posizione è rintracciabile nella sentenza resa dalla Corte di giustizia dell'UE (CGUE) nel caso *Achmea*[6]. Il caso originava da una controversia introdotta da un investitore olandese ai sensi dell'art. 8 del trattato bilaterale di investimento (*Bilateral Investment Treaty* – BIT) concluso tra i Paesi Bassi e la Slovacchia nel 1992 contro quest'ultima, per l'adozione di alcune misure relative al settore del mercato delle assicurazioni sanitarie. Lo Stato convenuto aveva eccepito la carenza di giurisdizione del Tribunale arbitrale sostenendo che, a partire dalla data della sua adesione all'UE, è il solo diritto dell'Unione a disciplinare le relazioni tra la Slovacchia e i Paesi Bassi[7]. Le argomentazioni della Slovacchia, tuttavia, erano state rigettate dal Tribunale arbitrale il quale, in una successiva decisione sul merito della controversia, aveva altresì condannato lo Stato a versare all'investitore una somma pari a circa 22 milioni di euro[8]. La Slovacchia aveva così richiesto l'annullamento del lodo alle corti tedesche, essendo in Germania la sede del procedimento arbitrale. Nell'ambito del

22 giugno 2022; N. LAVRANOS, *Lex Superior: How EU Law Trumps Investment Law*, in *Practical Law. Arbitration Blog*, 28 giugno 2022; F. I. PADDEU, C. J. TAMS, *Interpreting Away Treaty Conflicts? Green Power, ISDS and the Primacy of EU Law*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 23 agosto 2022.

[6] CGUE, sentenza del 6 marzo 2018, C-284/16, *Slovak Republic v. Achmea BV*.

[7] *Achmea B. V. v. Slovakia (formerly Eureko B.V. v. Slovakia)*, PCA Case No. 2008-13, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 ottobre 2010.

[8] *Achmea B. V. v. Slovakia (formerly Eureko B.V. v. Slovakia)*, cit., Award, 7 dicembre 2012.

procedimento di annullamento, la Corte federale di giustizia ha ritenuto di operare un rinvio pregiudiziale alla CGUE, chiedendo a quest'ultima di chiarire se e in che misura l'autonomia e il primato dell'Unione fossero compromessi da una clausola arbitrale come quella di cui all'art. 8 del BIT Paesi Bassi-Slovacchia, che concede ad un investitore di uno Stato membro la facoltà di convenire in arbitrato un altro Stato membro dell'UE.

Ebbene, come è noto, la CGUE ha concluso che le clausole arbitrali contenute nei trattati in materia di investimenti intra-UE confliggono con gli artt. 267 e 344 del trattato sul funzionamento dell'UE[9]. Il primo, infatti, disciplina la procedura di rinvio pregiudiziale alla Corte volta a salvaguardare l'autonomia e l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione; una procedura della quale i tribunali arbitrali in materia di investimenti non potrebbero avvalersi, essendo questa riservata ad una «giurisdizione di uno degli Stati membri». Con il secondo, invece, «[g]li Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal trattato stesso».

Ad ogni modo, la CGUE si è limitata a rilevare come le clausole arbitrali intra-UE nuocciano all'autonomia del diritto dell'Unione; il rapporto tra i due sistemi normativi non è stato analizzato dalla Corte alla luce delle norme di diritto internazionale che regolano un eventuale conflitto tra regimi convenzionali. Sorprendentemente, infatti, nella decisione non viene mai fatta menzione della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Così, nelle parole del Tribunale arbitrale nel caso *Eskosol c. Italia*, «[t]he CJEU's conclusions regarding the EU legal order are addressed to EU Member States and European institutions, and they accordingly may have no choice but to take steps consistent with the CJEU's ruling, including submitting arguments to international tribunals based on the EU legal order. But the CJEU's conclusions derived from EU law do not alter this Tribunal's mandate»[10].

Al fine di rendere inoperanti tra gli Stati membri dell'UE le clausole arbi-

---

[9] CGUE, *Achmea*, cit.: «Articles 267 and 344 TFEU must be interpreted as precluding a provision in an international agreement concluded between Member States, such as Article 8 of the Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federative Republic, under which an investor from one of those Member States may, in the event of a dispute concerning investments in the other Member State , bring proceedings against the latter Member State before an arbitral tribunal whose jurisdiction that Member State has undertaken to accept».

[10] *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, Decision on Italy's Request for Immediate Termination and Italy's Jurisdictional Objection Based on Inapplicability of the Energy Charter Treaty to Intra-EU Disputes, 7 maggio 2019, par. 184.

trali contenute nei trattati in materia di investimenti, quindi, questi – insieme alle istituzioni dell'Unione – hanno sviluppato diverse argomentazioni basate sulle norme di diritto internazionale disciplinanti il conflitto tra trattati e sottoposte al vaglio dei tribunali arbitrali. Nel caso in cui il trattato rilevante – nel quale, cioè, era contenuta la clausola arbitrale originante il procedimento – fosse un accordo bilaterale tra due Stati membri dell'UE, sono stati sovente invocati gli artt. 59 e 30 della Convenzione di Vienna[11]. Ai sensi del primo, «[un] trattato si considera estinto se tutte le parti concludono un trattato successivo relativo allo stesso oggetto e: *a*) dal trattato successivo risulta che o è altrimenti stabilito che le parti intendevano che la materia fosse disciplinata da tale trattato; oppure *b*) le disposizioni del trattato successivo siano talmente incompatibili con quelle del trattato precedente al punto che i trattati non possono essere applicati contemporaneamente». Così, è stato argomentato che l'entrata in vigore del trattato di Lisbona avesse determinato l'estinzione dei BIT tra Stati membri dell'Unione, in quanto con essi incompatibile.

In alternativa, è stato sostenuto che tali trattati fossero quantomeno inefficaci ai sensi dell'art. 30 della Convenzione di Vienna, in forza del quale, nel caso di trattati vertenti sulla stessa materia, «[q]uando tutte le parti del trattato anteriore sono altresì parti del trattato posteriore, senza che il trattato anteriore abbia avuto termine o la sua applicazione sia stata sospesa in base all'articolo 59, il trattato anteriore si applica nella misura in cui le sue disposizioni siano compatibili con quelle del trattato posteriore».

In ogni caso, come è noto, il 5 maggio 2020, 23 dei 27 Stati membri dell'Unione hanno concluso un accordo di estinzione dei BIT ancora in vigore tra loro[12]. Lo stesso accordo, tuttavia, rilevava come esso vertesse esclusivamente «sui trattati bilaterali di investimento interni all'Unione; (…) esso non si applica ai procedimenti tra Stati membri ai sensi dell'articolo 26 del trattato sulla Carta dell'energia. L'Unione e i suoi Stati membri tratteranno tale questione in un secondo tempo»[13].

Ciò non sorprende: essendo l'ECT un trattato multilaterale nel quale figurano come parti anche Stati terzi non membri dell'UE, la rimozione dei

---

[11] Si vedano, ad esempio, i casi citati *infra*, nota 17.

[12] Accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati membri dell'Unione europea, per un commento al quale si veda L. MAROTTI, *Aspetti problematici dell'accordo di estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati membri dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2020, p. 843 ss.

[13] Accordo sull'estinzione dei trattati bilaterali di investimento tra Stati membri dell'Unione europea, cit., Preambolo.

suoi effetti tra solo alcuni dei contraenti presenta complessità maggiori[14]. In aggiunta, l'ECT è un trattato del quale è parte – oltre ai suoi Stati membri – anche l'Unione stessa, la quale è stata altresì la principale promotrice della sua conclusione. Questo ha in effetti inizialmente spinto alcuni tribunali arbitrali a mettere in dubbio che le considerazioni svolte dalla CGUE nel caso *Achmea* potessero applicarsi al trattato[15]; simili dubbi, tuttavia, sono stati fugati dalla stessa Corte con la sua giurisprudenza successiva[16].

Ad ogni modo, è evidente come l'adesione all'ECT di Stati non membri dell'Unione renda impossibile l'invocazione dell'art. 59 della Convenzione di Vienna, per il quale – è ovvio – l'estinzione del trattato precedente è possibile solo in caso di perfetta coincidenza tra gli Stati parte di entrambi i regimi convenzionali. Quanto all'art. 30 della Convenzione di Vienna, esso risulterebbe in principio applicabile[17], nella parte in cui disciplina i rapporti tra trattati con ambiti soggettivi di applicazione parzialmente differenti (par. 4) prevedendo, come è noto, che: tra gli Stati parte di entrambi i regimi prevale,

---

[14] Si veda, in generale, L. MAROTTI, *L'Unione europea e le strategie di disconnessione dall'*Energy Charter Treaty, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, p. 155 ss.

[15] Si veda, ad esempio, *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 novembre 2012, par. 4.133. Lo stesso Avvocato della CGUE Wathelet, del resto, nella propria opinione resa nel caso *Achmea* (19 settembre 2017), ha osservato che «if no EU institution and no Member State sought an opinion from the Court on the compatibility of [the ECT] with the EU and FEU Treaties, that is because none of them had the slightest suspicion that it might be incompatible» (par. 43).

[16] CGUE, sentenza del 2 settembre 2021, C-741/19, *Republic of Moldova v. Komstroy LLC*, in particolare par. 60 ss.

[17] Purché, ovviamente, si accolga la tesi dell'UE per la quale i trattati in materia di investimenti e il trattato di Lisbona siano trattati vertenti sulla stessa materia; una posizione, questa, ad oggi sconfessata dalla maggior parte della dottrina e dalla giurisprudenza. Quanto a quest'ultima si vedano, a titolo esemplificativo: *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27 marzo 2007; *A11Y LTD. v. Czech Republic*, ICSID Case No. UNCT/15/1, Decision on Jurisdiction, 9 febbraio 2017; *Achmea B.V. v Slovakia*, cit.; *Anglia Auto Accessories Ltd. V. Czech Republic*, SCC Case No. V 2014/181, Award, 10 marzo 2017; *Ivan Peter Busta and James Peter Busta v. Czech Republic*, SCC Case No. V 2015/014, Final Award, 10 marzo 2017; *European American Investment Bank AG (EURAM) v. Slovakia*, PCA Case No. 2010-17, Award on Jurisdiction, 22 ottobre 2012; *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. Slovakia*, UNCITRAL Ad Hoc, Decision on Jurisdiction, 30 aprile 2010; *PL Holdings S.à.r.l. v. Poland*, SCC Case No. V 2014/163, Partial Award, 28 giugno 2017; *Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-03, Final Award, 11 ottobre 2017; *Theodoros Adamakopoulos and others v. Cyprus*, ICSID Case No. ARB/15/49, Decision on Jurisdiction, 7 febbraio 2020 (si veda però *contra* l'opinione dissenziente del Prof. Marcelo Kohen). Quanto alla dottrina, si veda G. ZARRA, *The Arbitrability of Disputes Arising from Intra-EU BITs*, in *American Review of International Arbitration*, 2014, p. 573 ss.; C. BINDER, *A Treaty Law Perspective on Intra-EU BITs*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2016, p. 964 ss.; A. REINISCH, *Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Action: The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitrations*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, p. 157 ss.

nel caso di incompatibilità, il successivo; tra uno Stato parte di entrambi i regimi e uno Stato parte soltanto di uno di essi, si applicherà il trattato del quale entrambi gli Stati sono parte. Senonché, per sfuggire alla responsabilità per violazione dell'ECT nei confronti di Stati parte di quest'ultimo ma non dell'UE che conseguirebbe all'applicazione di tale disciplina, l'Unione e i suoi Stati membri hanno talvolta sostenuto che il trattato di Lisbona possa essere configurato come una modifica *inter se* dell'ECT, a norma dell'art. 41 della Convenzione di Vienna[18]; una tesi, questa, sistematicamente rigettata dai tribunali arbitrali al vaglio dei quali è stata sottoposta[19].

Letto alla luce di quanto appena detto, il caso *Green Power* presenta certamente delle peculiarità. Nello stesso, infatti, lo Stato convenuto – e la Commissione in veste di *amicus curiae* – sembra aver privilegiato argomenti relativi all'applicabilità del diritto dell'UE nel contesto dell'ECT, piuttosto che relativi alla prevalenza del diritto dell'Unione *ai sensi del diritto internazionale*. In altri termini, «the Respondent observes that the ECT should be interpreted, as far as possible, in harmony with EU law. For the Respondent, several provisions within the ECT, if properly analysed, indicate that the ECT can operate in harmony with EU law as it does not apply to intra-EU investments»[20]. All'idea che il diritto dell'Unione prevalga sull'ECT ai sensi delle norme di diritto internazionale sul conflitto tra trattati vengono dedicati pochi brevi (e non del tutto chiari) passaggi, nei quali ci si limita a rilevare

[18] «1. Due o più parti di un trattato multilaterale possono concludere un accordo avente lo scopo di modificare il trattato soltanto nei loro reciproci rapporti: *a*) se la possibilità di una tale modifica è prevista dal trattato; o *b*) se la modifica in questione non è vietata dal trattato, a condizione che essa: *i*) non pregiudichi in alcun modo per le altre parti il godimento dei diritti derivanti dal trattato né l'adempimento dei loro obblighi; e *ii*) non verta su di una disposizione dalla quale non si possa derogare senza che vi sia una incompatibilità con l'effettiva realizzazione dell'oggetto e dello scopo del trattato. 2. A meno che, nel caso previsto dal sottoparagrafo *a*) del paragrafo 1, il trattato non preveda altrimenti, le parti in questione devono notificare alle altre parti la loro intenzione di concludere l'accordo e le modifiche che quest'ultimo reca al trattato».

[19] Si vedano, ad esempio, *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italy*, ICSID Case No. ARB/14/3, Award, 27 dicembre 2016; *Vattenfall AB and others v. Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue, 31 agosto 2018; *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italy*, cit.; *Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italy*, SCC Case No. V 2015/095, Final Award, 23 dicembre 2018; *Belenergia S.A. v. Italy*, ICSID Case No. ARB/15/40, Award, 28 agosto 2019; *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/16, Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 2 dicembre 2019; *SolEs Badajoz GmbH v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/38, Award, 31 luglio 2019.

[20] *Green Power v. Spain*, cit., par. 237.

che, per lo Stato convenuto, il trattato di Lisbona prevarrebbe sull'ECT anche ai sensi degli artt. 30 e 59 della Convenzione di Vienna[21].

Così, lo Stato convenuto ha per lo più tentato di «[interpret] away treaty conflicts»[22]; di trasformare, cioè, una questione di incompatibilità tra regimi convenzionali in una di interpretazione dei trattati. A tal fine, esso ha fatto leva in primo luogo sull'art. 1(3) dell'ECT, che definisce le Organizzazioni regionali di integrazione economica (*Regional Economic Integration Organisation* – REIO; l'UE è l'unica REIO ad aver ratificato l'ECT) come organizzazioni internazionali alle quali gli Stati membri hanno trasferito competenza ad assumere decisioni vincolanti per detti Stati in determinate materie coperte dall'ECT[23]. In secondo luogo, la Spagna ha invocato l'art. 25 dell'ECT, secondo cui le disposizioni dell'ECT non devono essere interpretate nel senso di obbligare una parte contraente dello stesso che sia altresì parte di un accordo di integrazione economica ad estendere, per il tramite della clausola della nazione più favorita, ad un'altra parte contraente l'ECT che non sia parte dell'accordo di integrazione economica ogni trattamento preferenziale applicabile tra le parti di quest'ultimo accordo[24]. Da ultimo, è stato preso in considerazione anche l'art. 36(7) dell'ECT, a norma del quale, nello svolgimento degli incontri della Conferenza degli Stati parte, ad una REIO spettano tanti voti quanti sono gli Stati membri parte dell'ECT, purché essa non eserciti il proprio diritto di voto qualora sia esercitato dai singoli Stati membri, e viceversa. Tale disposizione, infatti, sarebbe prova dell'esistenza di un principio «according to which the EU stands in the shoes of its Member States in areas where it has competence»[25].

In ogni caso, lo Stato convenuto ha anche richiamato l'art. 16 dell'ECT, che disciplina il rapporto tra questo e altri trattati precedenti o successivi, prevedendo la prevalenza di questi ultimi soltanto nel caso in cui contengano disposizioni più favorevoli per gli investitori di quelle contenute nell'ECT

---

[21] *Ivi*, par. 229. Come si è avuto modo di precisare, ad ogni modo, il riferimento all'art. 59 della Convenzione di Vienna appare errato, poiché affinché detta disposizione possa applicarsi è necessaria perfetta corrispondenza tra gli Stati parte di entrambi i trattati tra di loro incompatibili.

[22] F. I. PADDEU, C. J. TAMS, *Interpreting Away Treaty Conflicts?*, cit.

[23] «"Regional Economic Integration Organisation" means an organisation constituted by states to which they have transferred competence over certain matters a number of which are governed by this Treaty, including the authority to take decisions binding on them in respect of those matters». Si veda *Green Power v. Spain*, cit., par. 238.

[24] *Ivi*, par. 239.

[25] *Ivi*, par. 240.

stesso[26]. In particolare, la Spagna ha sostenuto che Il trattato di Lisbona prevarrebbe sull'ECT in quanto contenente disposizioni più favorevoli per gli investitori[27].

Da ultimo, la Spagna ha sostenuto che il Tribunale arbitrale dovesse applicare il diritto dell'Unione alla questione della sussistenza della propria giurisdizione. Questo in virtù dell'art. 26(6) dell'ECT, per il quale un tribunale costituito ai sensi di tale articolo decide la controversia dinanzi ad esso applicando l'ECT e le regole e i principi applicabili di diritto internazionale[28]. Tra le regole e i principi di diritto internazionale da applicare, secondo lo Stato convenuto, vi sarebbero anche quelli derivanti dai trattati istitutivi dell'Unione[29].

3. Le argomentazioni del Tribunale arbitrale

Come si è detto, il Tribunale nel caso *Green Power*, discostandosi dalla precedente giurisprudenza arbitrale sul punto, ha ritenuto di non poter conoscere di una controversia tra un investitore di uno Stato membro dell'UE e un altro Stato membro.

Per pervenire a una simile conclusione, il Collegio arbitrale ha interpretato l'art. 26 dell'ECT sulla base dei consueti canoni ermeneutici codificati agli artt. 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. Su tale base, ha innanzitutto riconosciuto che il significato ordinario dei termini dell'art. 26 è inequivocabilmente quello di un'offerta ad arbitrare incondizionata; lo ha fatto, in particolare, richiamando l'art. 26(3)(a), in forza del quale «each Contracting Party hereby gives its unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration»[30]. Esso ha tuttavia concordato con lo Stato convenuto nel ritenere che altre norme dell'ECT, in

---

[26] «Where two or more Contracting Parties have entered into a prior international agreement, or enter into a subsequent international agreement, whose terms in either case concern the subject matter of Part III or V of this Treaty, (1) nothing in Part III or V of this Treaty shall be construed to derogate from any provision of such terms of the other agreement or from any right to dispute resolution with respect thereto under that agreement; and (2) nothing in such terms of the other agreement shall be construed to derogate from any provision of Part III or V of this Treaty or from any right to dispute resolution with respect thereto under this Treaty, where any such provision is more favourable to the Investor or Investment».

[27] *Green Power v. Spain*, cit., par. 241.

[28] «A tribunal established under [this article] shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law».

[29] *Green Power v. Spain*, cit., par. 242 ss.

[30] *Ivi*, parr. 339-342.

particolare quelle sul regime delle REIO, così come altri atti normativi adottati dall'Unione e dai suoi Stati membri – presi in considerazione come contesto, accordi successivi, prassi successiva nell'applicazione dell'ECT e «altre norme pertinenti di diritto internazionale applicabili alle relazioni fra le parti», *ex* artt. 31(2)-(3) della Convenzione di Vienna – contribuiscano a delineare un quadro significativamente differente, contenente «several prior indications (…) of the shared understanding conveyed by Spain and Denmark, as well as 20 other EU Member States, of the relations between EU law and the ECT on the specific issue of investment arbitration»[31].

Quattro, in particolare, le disposizioni dell'ECT che il Tribunale ha preso in considerazione in quanto contesto dell'art. 26 *ex* art. 31(2) della Convenzione di Vienna. In primo luogo, gli arbitri hanno fatto riferimento all'art. 1(2) dell'ECT, contenente la definizione di «parte contraente», il quale precisa che l'espressione si riferisce sia ad uno Stato che ad una REIO[32]. In aggiunta, è stato richiamato il già citato art. 1(3) dell'ECT, il quale definisce le REIO come organizzazioni internazionali alle quali gli Stati membri hanno trasferito competenza ad assumere decisioni vincolanti per detti Stati in determinate materie coperte dall'ECT. Ancora, il Tribunale ha richiamato l'art. 1(10) dell'ECT, ai sensi del quale il territorio di una parte contraente, per una REIO, consiste nel territorio degli Stati membri della stessa, conformemente agli accordi istitutivi dell'organizzazione. Da ultimo, il Tribunale ha fatto affidamento sull'art. 25 dell'ECT il quale, come si è detto, dispone che gli Stati parte del trattato che siano altresì parte di un accordo di integrazione economica non sono obbligati ad estendere, per il tramite della clausola della nazione più favorita, ad altri Stati contraenti l'ECT ogni trattamento preferenziale tra di loro risultante dall'accordo di integrazione economica[33].

Al di là del contesto rappresentato dalle disposizioni appena menzionate, il Tribunale arbitrale ha anche preso in considerazione strumenti normativi conclusi dall'Unione e dai suoi Stati membri; ciò, innanzitutto, in quanto strumenti adottati in connessione con la conclusione dell'ECT, ai sensi dell'art. 31(2)(b) della Convenzione di Vienna[34]. Così, ad esempio, il Tribunale ha fatto riferimento allo *Statement Submitted by the European Communities to the Secretariat of the Energy Charter pursuant to Article 26(3)(b)(ii) of the Energy Charter Treaty*, nel cui sesto paragrafo si legge che «[g]iven

[31] *Ivi*, par. 380.
[32] «"Contracting Party" means a state or Regional Economic Integration Organisation».
[33] *Green Power v. Spain*, cit., par. 350 ss.
[34] *Ivi*, par. 356 ss.

that the Union's legal system provides for means of such action [claims brought by an investor], the European Communities have not given their unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration or conciliation»[35]. Nel quinto paragrafo del medesimo *Statement*, poi, viene ribadito che soltanto la CGUE è competente ad esaminare ogni questione relativa all'applicazione ed interpretazione dei trattati costitutivi e degli atti derivati dell'UE[36].

Il Tribunale ha poi analizzato la prassi e gli accordi successivi alla conclusione dell'ECT, rilevanti nell'interpretazione di quest'ultimo in forza dell'art. 31(3)(a)-(b) della Convenzione di Vienna[37]. In particolare, tra le altre, sono state considerate due dichiarazioni alle quali le parti hanno fatto espresso riferimento nelle loro argomentazioni: *i*) una dichiarazione della Commissione dell'UE del 20 maggio 2015 all'atto della firma dell'*International Energy Charter* (Dichiarazione I); e *ii*) la dichiarazione sulle conseguenze della sentenza *Achmea* della CGUE, firmata da 22 Stati, tra i quali la Danimarca e la Spagna (Dichiarazione II).

Quanto alla Dichiarazione I, essa prevede che «due to the nature of the EU internal legal order, the text in Title II, Heading 4, of the International Energy Charter on dispute settlement mechanisms cannot be construed so as to mean that any such mechanism would become applicable in relations between the EU and its Member States, or between the said Member States, on the basis of that text»[38]. Il Tribunale ha ritenuto che la Dichiarazione non potesse costituire un accordo successivo o prassi successiva nell'applicazione dell'ECT. Ciò nonostante, il Tribunale ha comunque concluso che la Dichiarazione, pur non avendo valore interpretativo *ex* art. 31 VCLT, «provides factual evidence suggesting consistency in the understanding of the EU regarding the operation of investor-State arbitration in the broad (…) context of the ECT»[39].

Quanto alla Dichiarazione II, in essa si può leggere che l'art. 26 dell'ECT, se interpretato nel senso di prevedere la possibilità per un investitore di uno Stato membro dell'Unione di convenire in arbitrato un altro Stato membro, sarebbe incompatibile con i Trattati istitutivi dell'Unione e do-

---

[35] La dichiarazione non è pubblica, ma è riportata dal Tribunale, si veda *ivi*, par. 360.
[36] *Ivi*, par. 363.
[37] *Ivi*, par. 364 ff.
[38] Disponibile all'indirizzo www.energycharter.org.
[39] *Green Power v. Spain*, cit., par. 369.

vrebbe pertanto essere disapplicato[40]. Il Tribunale ha ritenuto che la Dichiarazione potesse essere considerata tanto come prassi successiva quanto come accordo successivo *ex* art. 31(3) della Convenzione di Vienna; ciò, però, soltanto per un gruppo di Stati parte dell'ECT:

> [I]ts relevance would be limited to the 22 EU Member States which signed Declaration II and it would reflect their authentic interpretation of the meaning of certain legal relations *inter se* (…). For present purposes, this means that Declaration II may only be relevant as an authentic interpretation, *i.e.* an interpretation shared by Spain and Denmark, of the instruments defining their relations as both EU Member States and the ECT Contracting Parties, with respect to the applicability of the offer of arbitration contained in Article 26 ECT[41].

In definitiva, quindi, per il Tribunale, sebbene l'art. 26 dell'ECT contenga una incondizionata offerta ad arbitrare, altre disposizioni del medesimo accordo, anche interpretate alla luce di atti normativi dell'UE, sembrerebbero riconoscere espressamente la possibilità per un gruppo di Stati di disciplinare in maniera difforme dal trattato le proprie relazioni.

Gli stessi arbitri, però, forse consci della novità di un simile approccio, hanno rafforzato la propria posizione rilevando come il diritto dell'Unione fosse applicabile alla controversia *anche* in quanto diritto domestico dello Stato della sede del procedimento, fissata dalle parti in Stoccolma. A tale riguardo, il Tribunale ha ritenuto che il già richiamato art. 26(6) dell'ECT, in forza del quale un tribunale costituito sulla base dell'ECT applica il trattato stesso nonché le regole e i principi di diritto internazionale, disciplini il solo diritto applicabile al merito di una controversia[42]. Similmente, le regole arbitrali della SCC (nella versione risalente al 2010) sono silenti sul diritto applicabile alle questioni giurisdizionali (contenendo soltanto una disposizione, l'art. 22, sul diritto applicabile al merito della controversia)[43]. Essendo Stoccolma la sede del procedimento, il Tribunale ha quindi ritenuto applicabile

---

[40] *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019, on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the EU*, disponibile all'indirizzo finance.ec.europa.eu.

[41] *Green Power v. Spain*, cit., par. 370.

[42] *Ivi*, parr. 153-172. Una conclusione, questa, condivisa dalla maggior parte della giurisprudenza arbitrale in materia di investimenti. Si vedano: *RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Spain*, ICSID Case No. ARB/14/34, Decision on Jurisdiction, Liability and Issues of Quantum, 30 dicembre 2019, par. 315; *Vattenfall AB and others v. Germany*, cit., parr. 108-122; *SolEs Badajoz GmbH v. Spain*, cit., parr. 155-159; *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/1, Award, 2 dicembre 2019, par. 137.

[43] Le regole sono disponibili all'indirizzo www.sccinstitute.com.

la legislazione svedese in materia di arbitrato[44], la quale, alla Sezione 48, dispone che, quando le parti non abbiano scelto la legge applicabile alla giurisdizione, questa sia proprio quella dello Stato della sede, di cui, nel caso di specie, il diritto dell'UE costituisce parte integrante.

Così, dinanzi a elementi tra di loro contrastanti, il Tribunale ha quindi ritenuto che

> interpreting Article 26 ECT without resorting to EU law is inconclusive in the circumstances of this case. In the context of intra-EU cases, Article 26 ECT could be interpreted as rendering the Respondent's offer to arbitrate invalid in the sense of "*to be disapplied*" (…). Therefore, (…) the Tribunal must determine whether such conclusion would be the correct one when Article 26 is interpreted in the light of the wider body of legal relations between Denmark and Spain, specifically, the relevant norms of EU law[45].

Adottando l'angolo visuale dell'UE, il Tribunale ha quindi concluso che l'art. 26 dell'ECT non potesse operare nel caso di specie[46]; una conclusione, questa, alla quale il Tribunale è potuto pervenire facilmente, richiamando la consolidata giurisprudenza della CGUE sull'incompatibilità dell'arbitrato intra-UE con l'assetto normativo dell'Unione[47].

Nel concorso dei due regimi convenzionali – l'UE e l'ECT – il Tribunale ha quindi accordato priorità al primo rilevando che «the primacy of EU law in the relations between EU Member States (…) is not a matter of *lex specialis* or of *lex posterior*, but one of *lex superior*. (…) The arguments of the Claimants in this arbitration (…) would lead to disregard the overriding character of a *lex superior* deemed as such by the relevant States: Denmark, Spain, Sweden and indeed all EU Member States»[48].

---

[44] *Swedish Arbitration Act*, del 1999, disponibile all'indirizzo www.sccinstitute.com.

[45] *Green Power v. Spain*, cit., par. 412.

[46] *Ivi*, par. 413 ss.

[47] Nello specifico, le già richiamate decisioni CGUE, *Achmea*, cit.; CGUE, *Komstroy*, cit., e CGUE, sentenza del 26 ottobre 2021, C-109/20, *Republic of Poland v. PL Holdings* sulle quali si vedano: F. MUNARI, C. CELLERINO, *EU Law is Alive and Healthy: The Achmea Case and a Happy Good-Bye to Intra-EU Bilateral Investment Treaties*, in *SIDIBlog*, 17 aprile 2018; G. ZARRA, *La decisione della Corte di giustizia UE nel caso PL Holdings: la legge del più forte e la sconfitta del diritto*, in *SIDIBlog*, 5 novembre 2021; C. CELLERINO, *To Arbitrate or not to Arbitrate Versus Member States After PL Holding? An EU Law Perspective on Intra-EU Investment Arbitration in the Post-BITs Era*, in *SIDIBlog*, 10 gennaio 2022.

[48] *Green Power v. Spain*, cit., parr. 469-470.

4. L'approccio del Tribunale arbitrale: brevi considerazioni critiche

L'approccio del Tribunale arbitrale nel caso *Green Power* appare, come più volte ricordato, particolarmente innovativo, discostandosi da una cospicua giurisprudenza di segno opposto nella quale i tribunali in materia di investimenti hanno costantemente ritenuto che l'incompatibilità delle clausole arbitrali con il diritto dell'UE non possa avere come conseguenza la carenza di giurisdizione di organi giurisdizionali istituiti sulla base di accordi in materia di investimenti; sulla base di atti normativi, cioè, estranei al contesto dell'Unione. È quindi necessario interrogarsi sulla persuasività di tale approccio, per poter valutare a pieno il ruolo che la decisione in commento è in grado di avere nella risoluzione di futuri casi analoghi, ma soprattutto dei numerosi casi ad oggi pendenti che vedono coinvolti un investitore di uno Stato membro dell'Unione e un altro Stato membro.

Ebbene, in proposito, due sono gli aspetti particolarmente degni di nota: *i*) la rilevanza della circostanza che il procedimento originante il lodo avesse sede in uno Stato membro dell'Unione; e *ii*) il peso attribuito dal Tribunale ad atti normativi dell'Unione, utilizzati a fini interpretativi ai sensi degli artt. 31 ss. della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

Quanto al primo aspetto, va senz'altro riconosciuto che la rilevanza dell'ordinamento dello Stato della sede nel contesto di procedimenti localizzati (essenzialmente, quelli non amministrati dal Centro internazionale per la risoluzione delle controversie tra Stati e investitori stranieri, ICSID) appare indiscutibile e, d'altra parte, essa è stata più volte riconosciuta dalla giurisprudenza arbitrale[49]. Ad ogni modo, non appare del tutto chiaro il peso attribuito dal Tribunale alla circostanza che il procedimento in esame fosse localizzato in uno Stato membro dell'UE. Da un lato, infatti, la decisione prudentemente ammette che «the question of whether or not EU law applies to the determination of jurisdiction and, if so, the extent to which it does so, does not arise in the same manner in the circumstances of this arbitration as

[49] *Achmea v. Slovakia*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, cit., par. 225; *PV Investors v. The Kingdom of Spain*, PCA Case No. 2012-14, Preliminary Award on Jurisdiction, 14 ottobre 2014, par. 263. Sembra infatti minoritaria la tesi secondo la quale sarebbe impossibile determinare, anche in simili procedimenti, la sussistenza della giurisdizione con riferimento a un sistema normativo diverso dall'accordo internazionale fonte della giurisdizione stessa. Si vedano, ad es., *PL Holdings S.a.r.l. v. Republic of Poland*, SCC Arbitration No. V 2014/163, Partial Award, 28 giugno 2017, par. 309; *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, 6 giugno 2016, par. 74.

in ICSID proceedings»[50]. D'altro canto, il Tribunale sembra aver esteso il proprio ragionamento ben oltre i soli arbitrati dotati di sede, attraverso l'attribuzione di rilevanza alle norme dell'UE e ad atti adottati dall'Unione e dai suoi Stati membri in quanto atti utilizzabili nei vari passaggi in cui si articola l'interpretazione dell'art. 26 dell'ECT. Nelle parole del Tribunale, infatti,

> in order to determine whether it has jurisdiction to hear the claims (…), it must take Article 26 ECT as a starting point and then consider and, if necessary, apply other rules of both international law and domestic law, as relevant for each question. Such applicable rules include the rules of EU law relevant for the determination of the jurisdictional objection *ratione voluntatis*, *whether EU law is applied as international law or as part of the law governing the agreement to arbitrate in accordance with Swedish law*[51].

Il secondo elemento di sicuro interesse che la decisione presenta è relativo proprio alla rilevanza degli atti dell'Unione e degli Stati membri di questa in quanto diritto internazionale utile ai fini dell'interpretazione dell'art. 26 dell'ECT.

In primo luogo, appare quantomeno dubbio il valore interpretativo di alcuni strumenti presi in considerazione dal Tribunale nell'ambito del processo interpretativo dell'ECT, governato dalla Convenzione di Vienna. Per alcuni di essi, è lo stesso Tribunale a riconoscere la difficoltà di inquadrarli in una delle categorie di strumenti interpretativi di cui all'art. 31 della Convenzione di Vienna: basti pensare alla già richiamata Dichiarazione I, formulata dalla Commissione dell'Unione all'atto della firma dell'International Energy Charter, che il Tribunale – pur ammettendo di non poterla considerare come rilevante *ex* art. 31 –, ritiene fornisca «factual evidence» della interpretazione dell'ECT data dagli Stati membri dell'UE. Per altri strumenti, invece, come la menzionata Dichiarazione II, il Tribunale ricorre alla categoria dell'interpretazione autentica, ritenendo che essi chiariscano il significato che all'ECT è dato dagli Stati membri dell'Unione. Tuttavia, «[u]nder this regime [art. 31(1) VCLT], there is no such thing as "authentic interpretation" with the effect of directly *changing* the treaty provisions to be applied, let alone ending an agreement. This can only be effectuated when respecting the pertinent rules of the VCLT on the modification or termination of trea-

[50] *Green Power v. Spain*, cit., par. 441.
[51] *Ivi*, parr. 413-414, corsivo nostro.

ties»[52]. Il ricorso all'interpretazione autentica, in effetti, appare quantomeno dubbio, posto che in questo caso l'interpretazione avrebbe piuttosto l'effetto di modificare il regime pattizio tra alcune delle sue parti, essendo il significato testuale della disposizione – come riconosciuto dallo stesso Tribunale – quello di una offerta ad arbitrare da parte *anche* degli Stati membri dell'Unione[53].

Ad ogni modo, al di là dell'effettivo valore interpretativo dei singoli atti delle istituzioni UE e degli Stati membri richiamati dal Tribunale, è possibile svolgere sul punto una considerazione di carattere generale.

Se appare certamente vero, come testimoniato dalla dottrina richiamata dallo stesso Tribunale[54], che la non appartenenza di alcuni degli Stati parte dell'ECT all'UE non preclude in astratto il ricorso al diritto dell'Unione a fini interpretativi, non può non notarsi come la rilevanza di questo diritto appaia fortemente ridimensionata da alcune peculiarità dello specifico trattato oggetto di interpretazione – l'ECT –, alle quali il Tribunale non sembra aver dato adeguato peso. Ci si riferisce alla circostanza che gli Stati parte dell'ECT abbiano inteso creare un regime uniforme e non modificabile nei rapporti *inter se* di alcune parti[55].

In primo luogo, nel disciplinare il rapporto tra l'accordo e altri trattati precedenti o successivi, l'art. 16 dell'ECT prevede che le norme di un altro trattato possano prevalere soltanto laddove più favorevoli per gli investitori; non sembra essere questo il caso del diritto dell'UE, mirando esso a «rimuovere» il diritto di ricorrere all'arbitrato del quale l'investitore gode ai sensi dell'ECT[56]. Inoltre, l'ECT contiene, all'art. 46, un divieto assoluto di riser-

---

[52] *Silver Ridge Power BV v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/37, Award, 26 febbraio 2021, par. 224.

[53] Sulla impossibilità di utilizzare lo strumento dell'interpretazione autentica per rendere inapplicabile l'ECT tra gli Stati membri dell'UE si veda L. MAROTTI, *L'Unione europea e le strategie di disconnessione*, cit., p. 164 ss.

[54] R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, II ed., Oxford, 2017, p. 303; si veda anche *Report of the Study Group of the International Law Commission on Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Finalized by Martti Koskenniemi*, UN Doc. A/ CN.4/L.682, 13 aprile 2006, par. 470 ss.

[55] Sulla non modificabilità *inter se* delle disposizioni in materia di risoluzione delle controversie dell'ECT ci sia consentito rinviare a G. LAMPO, *The Relationship between Intra-EU Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty and the Lisbon Treaty in Light of Article 41 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in G. PASCALE, S. TONOLO (a cura di), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. The Role of the Treaty on Treaties in Contemporary International Law*, Napoli, 2022, p. 313 ss. *Contra*, J. KLABBERS, *A Moral Holiday: Withdrawal from the Energy Charter Treaty*, in *ESIL Reflections*, 15 dicembre 2022.

[56] In tal senso si veda *Eskosol S.p.A. in liquidazione v. Italy*, cit., parr. 101-102: «In the view of the Tribunal, there is no need to opine abstractly on the comparative "favourability" of these two bodies of law, since the obvious object and purpose of Article 16 is to expand rather than

ve[57]. Infine, occorre ricordare che durante le negoziazioni dell'ECT l'UE aveva espressamente proposto di inserire nell'accordo una c.d. «clausola di disconnessione» (vale a dire, una clausola che renda inapplicabili le disposizioni di un trattato ai rapporti interni di alcune delle parti dello stesso); tale proposta, tuttavia, non fu mai accolta[58]. Come accennato, la giurisprudenza arbitrale ha sistematicamente valorizzato tali elementi per ricostruire l'oggetto e lo scopo dell'ECT, precisando come questo intenda creare un sistema quanto più possibile uniforme e impermeabile alle modifiche a detrimento dei singoli investitori. Nelle parole del Tribunale arbitrale in *BayWa R.E. c. Spagna*, «it is very doubtful whether the abrogation *inter se* of the ECT as between EU Member States is compatible "with the effective execution of the object and purpose of the [ECT] as a whole". Article 16 of the ECT suggests that it is not, since it evinces an intent (…) to preserve the rights of investors and investments, which constitute a major plank of that multilateral treaty»[59].

Quasi tutte le pronunce alle quali qui si fa riferimento, è doveroso notarlo, sono relative alla posizione dell'UE per la quale il trattato di Lisbona rappresenterebbe una modifica *inter se* dell'ECT *ex* art. 41 della Convenzione di Vienna. Esse, tuttavia, sono rilevanti, a nostro avviso, nella misura in cui ricostruiscono le norme dell'ECT appena richiamate come preclusive della possibilità di ritenere che tale trattato ammetta una diversificazione su base soggettiva degli obblighi nello stesso contenuti, al di fuori di quelle espressamente autorizzate. L'analisi del Tribunale appare quindi carente sotto questo profilo, considerando che esso ha finito per sovvertire un significato ordinario dei termini dell'art. 26 dell'ECT dallo stesso riconosciuto come chiaro nel senso di un'offerta ad arbitrare «unqualified by any carve-out for intra-EU investor-State arbitrations, and (…) "*unconditional*"»[60]. Ciò appare

---

curtail investor protections in the circumstance of multiple applicable treaties. It is therefore entirely logical to read the provision as allowing the investor itself to make the choice, in any particular circumstance, as to which treaty's dispute resolution mechanism it prefers to invoke. The bottom line is that the "favourability" of a particular mechanism, like the beauty of a particular person in the classic idiom, is very much "in the eye of the beholder"». Nello stesso senso, *SolEs Badajoz GmbH v. Spain*, cit., parr. 247-248.

[57] *Belenergia S.A. v. Italy*, cit., parr. 335-337.

[58] Si veda la bozza dell'ECT BA-15, disponibile all'indirizzo www.energycharter.org.

[59] *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Spain*, cit., par. 276; così anche *Vattenfall AB and others v. Germany*, cit., par. 198; *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24 Decision on Jurisdiction, 8 febbraio 2005, parr. 141 e 148.

[60] *Green Power v. Spain*, cit., par. 341.

ancora più vero laddove si consideri che gli elementi dell'ECT che il Tribunale ritiene di segno contrario e in grado di rendere il trattato «permeabile» al diritto dell'UE sembrano, in effetti, non del tutto idonei allo scopo. Non lo sembrano innanzitutto le disposizioni richiamate relative alla definizione di una REIO e del suo territorio, le quali si limitano, appunto, a chiarire il significato dei termini utilizzati nel trattato. Neppure appare sufficiente il richiamo operato dal Tribunale al più volte citato art. 25 dell'ECT, il quale autorizza gli Stati parte dell'ECT e di un accordo di integrazione economica a non estendere – per il tramite della clausola della nazione più favorita – ad altri contraenti il primo trattato ogni trattamento preferenziale accordato ai membri del secondo. Gli arbitri hanno ritenuto che la norma «recognises that the network of legal relations among the States that are parties to a REIO may be different from the relations between a State party to such REIO and the ECT Contracting Party which is not a party to such REIO»[61]. Sebbene tale ultima affermazione sia indubbiamente vera, la disposizione disciplina esclusivamente il rapporto tra gli Stati membri di una REIO e gli Stati terzi parte dell'ECT; nulla dice sulle norme applicabili nei rapporti reciproci tra i primi[62].

5. Tutto è bene quel che finisce (bene?): considerazioni conclusive

In conclusione, destano perplessità alcune carenze argomentative riscontrabili nella decisione che non consentono di comprendere del tutto quale possa essere il peso della stessa nei più numerosi[63] procedimenti privi di sede amministrati dall'ICSID, soprattutto alla luce del fatto che la lettura fornita dal Tribunale dell'ECT come di un sistema aperto al diritto dell'Unione non appare del tutto coerente con i canoni ermeneutici di cui alla Convenzione Vienna[64].

---

[61] *Green Power v. Spain*, cit., par. 350.

[62] *Silver Ridge v. Italy*, cit., par. 219.

[63] Si vedano i dati disponibili al sito www.energychartertreaty.org.

[64] Sembra opportuno segnalare che, ad oggi, nessuna altra decisione successiva a quella nel caso *Green Power* ha sposato le tesi dell'Unione e dei suoi Stati membri. *LSG Building Solutions GmbH and others v. Romania,* ICSID Case No. ARB/18/19, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Reparation, 11 luglio 2022; *Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/23, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Damages, 14 settembre 2022; *Eurus Energy Holdings Corporation v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/4, Award, 14 novembre 2022; *Rockhopper Exploration Plc, Rockhopper Italia S.p.A. and Rockhopper Mediterranean Ltd v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/17/14,

Ad ogni modo, le menzionate peculiarità dell'ECT che lo rendono uno dei trattati in materia di investimenti più favorevoli agli investitori e che garantiscono a questi «an almost unprecedented remedy for [their] claim against a host state»[65] sono da lungo tempo oggetto di un processo di riforma la cui necessità non è avvertita dalla sola UE ma anche dalla società civile[66] e dagli altri Stati parte dell'ECT. Nonostante il processo di modernizzazione dell'ECT sia, ad oggi, in una fase di stallo[67], questi ultimi sembrano avere ormai accettato le istanze dell'Unione: le negoziazioni hanno portato infatti all'introduzione di una disposizione specifica volta a chiarire che l'art. 26 – così come altre norme dell'ECT – non si applica nei rapporti tra parti contraenti che siano anche parti di una REIO, come reso pubblico dalla Conferenza della carta dell'energia, organo istituito dall'ECT al quale partecipano tutte le parti della stessa, con comunicazione del 24 giugno 2022[68].

Letto alla luce di tale più ampio contesto, il caso *Green Power* rappresenta quindi un fondamentale e, per certi versi, necessario punto di svolta nella vicenda che ha visto contrapporsi, per ben più di un decennio, l'UE e i tribunali arbitrali in materia di investimenti.

Final Award, 23 agosto 2022; *Mercuria Energy Group Limited v. Republic of Poland (II)*, SCC Case No. 2019/126, Final Award, 29 dicembre 2022.

[65] *Plama v. Bulgaria*, cit., par. 141.

[66] L'ECT, infatti, è considerato un trattato che garantisce eccessivamente la posizione degli investitori, in particolare nel settore dei combustibili fossili, rendendo così eccessivamente onerosa per gli Stati – di fatto, scoraggiandola – l'adozione di politiche finalizzate alla protezione dell'ambiente. Ciò al punto che, di recente, alcuni individui hanno presentato un ricorso dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti di 12 Stati parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'ECT. Si veda L. NORDLANDER, A. MONTI, *A New Variety of Rights-Based Climate Litigation: A Challenge Against the Energy Charter Treaty Before the European Court of Human Rights*, in *EJIL:Talk!*, 30 giugno 2022. Attualmente, la Corte ha deciso di differire l'esame di tale caso, in attesa che la Grande Camera si pronunci sul contenzioso climatico attualmente pendente dinanzi ad essa: si veda il comunicato stampa della Corte disponibile all'indirizzo www.hudoc.echr.coe.int.

[67] Il processo, infatti, è stato bloccato essenzialmente dall'UE. L'Unione, infatti, non ha approvato il nuovo testo dell'ECT, e l'adozione delle modifiche è stata rimossa dall'agenda della Conferenza degli Stati parte dell'ECT e riprogrammata per il 2023. Pochi giorni dopo, con una risoluzione del 24 novembre 2022 (2022/2934(RSP)), il Parlamento europeo ha dichiarato la propria insoddisfazione rispetto all'esito dei lavori di modernizzazione dell'ECT, considerato ancora un ostacolo all'adozione di misure per la protezione dell'ambiente. Nella risoluzione, si legge anche come il Parlamento abbia richiesto alla Commissione di dare indicazioni agli Stati per un'uscita coordinata dall'ECT, una posizione che la Commissione sembra aver effettivamente adottato: Euroactive, *LEAK: Exit from Energy Charter Treaty «Unavoidable», EU Commission Says*, 8 febbraio 2023, disponibile all'indirizzo www.euractiv.com.

[68] Energy Charter Conference, *Public Communication Explaining the Main Changes Contained in the Agreement in Principle*, 24 giugno 2022, disponibile all'indirizzo www.energycharter.org, par. 6.

Il lodo *Green Power and SCE v Spain* dalla prospettiva del diritto dell'Unione europea: una risposta al problema dell'effettività dell'autonomia dell'ordinamento?

NICOLA BERGAMASCHI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La saga *Achmea* e l'effettività dell'autonomia del diritto dell'UE. – 3. Il lodo *Green Power* e l'approccio del tribunale arbitrale. – 4. Una risposta parziale (e contraddittoria) alla questione dell'effettività. – 5. Epilogo.

ABSTRACT: Il lodo *Green Power* rappresenta il primo caso in cui un tribunale arbitrale investitore-Stato (ISDS) riconosce di non avere giurisdizione nell'ambito di una controversia tra un investitore di uno Stato membro ed un altro Stato membro, allineandosi alla posizione espressa dalla CGUE nella giurisprudenza *Achmea*. Il contributo analizza il lodo da un punto di vista del diritto dell'Unione, contestualizzandolo nel quadro della saga *Achmea* ed esaminando l'approccio seguito dal tribunale arbitrale con riguardo al rapporto tra diritto dell'UE e diritto internazionale. In particolare, l'indagine si sofferma sul problema dell'effettività dell'autonomia del diritto dell'UE davanti ai tribunali arbitrali. Sotto questo aspetto, il lodo *Green Power* sembra offrire una possibile risposta. Tuttavia, si tratta di una soluzione solo parziale, che presenta risvolti a tratti contraddittori per l'autonomia stessa.

PAROLE CHIAVE: Arbitrato ISDS *intra*-UE – *Achmea* – autonomia del diritto dell'UE – Trattato sulla Carta dell'Energia – rapporto tra diritto dell'UE e diritto internazionale – primato del diritto dell'UE.

1. Introduzione

Con il lodo *Green Power K/S and SCE Solar Don Benito APS v Kingdom of Spain* (*Green Power*)[1] del 16 giugno 2022, per la prima volta, un tribunale arbitrale, chiamato a dirimere una controversia sorta tra un investitore di uno

* Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Torino, nicola.bergamaschi@unito.it.

[1] *Green Power K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. V2016/135, Award del 16 giugno 2022.

Stato membro UE ed un altro Stato membro, ha dichiarato di non avere giurisdizione a conoscere della controversia, accogliendo la posizione espressa dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza a partire dalla ben nota sentenza *Achmea*[2].

Significativamente, ciò è avvenuto nel contesto del Trattato sulla Carta dell'Energia (TCE)[3]. Negli ultimi anni, infatti, tale accordo ha attirato grande attenzione da parte degli addetti ai lavori e degli studiosi, per due ordini di motivi. Da un lato, in vista del processo di rinegoziazione fortemente voluto dall'Unione[4] e – sembrerebbe – naufragato per colpa degli Stati membri[5]. Dall'altro, perché nel suo contesto sono sorte numerose controversie tra investitori e Stati membri dell'UE[6], nell'ambito delle quali i tribunali arbitrali non hanno mai dato seguito alla giurisprudenza *Achmea*. Ciò, nonostante le recenti pronunce con cui la Corte di giustizia ha confermato l'applicazione di *Achmea* al TCE, in particolare nel caso *République de Moldavie*[7] e nel parere 1/20[8]. Come si avrà modo di vedere, questo atteggiamento dei tribunali arbitrali ha comportato un forte limite all'effettività dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione rispetto al diritto internazionale[9], tutelata nella giurispru-

---

[2] CGUE, sentenza del 6 marzo 2018, C-284/16, *Achmea*.

[3] Trattato sulla Carta dell'Energia del 1994.

[4] Consiglio, *Negotiating Directives for the Modernisation of the Energy Charter Treaty – Adoption*, 2 luglio 2019, 10745/19 ADD 1, data.consilium.europa.eu.

[5] Si veda F. SIMON, *Brussels calls for pause in ECT reform talks after losing key EU vote*, in *Euractive.com*, 21 novembre 2022. Al momento, fanno parte dell'ECT sia l'UE che 26 Stati membri (tutti, eccetto l'Italia). Tuttavia, tre Stati membri (Francia, Germania e Polonia) hanno notificato la denuncia dell'accordo (si veda www.energycharter.org), mentre altri hanno annunciato la propria intenzione di fare altrettanto. A fronte di ciò, la Commissione starebbe valutando l'uscita coordinata di Unione e Stati membri dall'accordo, come emerge da un *non-paper* diffuso dalla stampa (*LEAK: Exit from Energy Charter Treaty 'unavoidable', EU Commission says*, in *Euractive.com*, 8 febbraio 2023). Per un commento, si veda J. KLABBERS, *A Moral Holiday – Withdrawal from the Energy Charter Treaty*, in *ESIL Reflection*, e L. ANKERSMIT, *The EU's Strategy for More 'Rules-Based Trade' and the EU's Withdrawal from the Energy Charter Treaty*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2023, p. 117 ss.

[6] Si veda la lista dei casi portati alla conoscenza del Segretariato TCE, disponibile al link www.energychartertreaty.org.

[7] CGUE, sentenza del 2 settembre 2021, C-741/19, *République de Moldavie*.

[8] CGUE, parere 1/20 del 16 giugno 2022.

[9] Il tema dell'autonomia del diritto dell'UE trova ampia trattazione in dottrina. *Inter alia*, si segnala R. BARENTS, *The Autonomy of Community Law*, The Hague, 2004, B. DE WITTE, *European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 2010, p. 141 ss., S. VEZZANI, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. Riflessioni all'indomani del parere 2/13 della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 68 ss., M. KLAMERT, *The autonomy of the EU (and of EU law): through the kaleidoscope*, in *European Law Review*, 2017, p. 815 ss., J. ODERMATT, *The Principle of Autonomy: An Adolescent Disease of EU External Relations Law?*, in M. CREMONA (a cura di), *Structural Principles in EU External Relations Law*, Oxford-Portland, 2018, p. 291 ss., N.N. SHUIBHNE, *What is the Autonomy of EU Law, and Why Does that Matter*, in *Nordic Journal of International Law*, 2019, p. 9 ss., P. KOUTRAKOS, *The Autonomy of EU Law and International In-*

denza della CGUE, ma ignorata nella prassi degli arbitrati ISDS, almeno fino al lodo in esame.

Su questo sfondo, il presente contributo intende approfondire la valenza del lodo *Green Power* dalla prospettiva del diritto dell'Unione[10], prestando particolare attenzione al problema dell'effettività dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione. In tal senso, dapprima si farà un breve riepilogo della sentenza *Achmea* e della successiva giurisprudenza della CGUE in tema di autonomia e meccanismi ISDS (saga *Achmea*), introducendo il tema dell'effettività dell'autonomia (Sezione 2). Successivamente, si volgerà l'attenzione al lodo *Green Power*, mettendo in luce gli elementi più significativi dell'approccio tenuto dal tribunale arbitrale secondo il punto di vista del diritto dell'Unione (Sezione 3). A seguire, si valuterà se e in che misura il lodo possa rappresentare una risposta alla questione dell'effettività dell'autonomia (Sezione 4) e, infine, si trarranno brevi considerazioni conclusive in merito a quest'ultimo aspetto (Sezione 5).

2. La saga *Achmea* e l'effettività dell'autonomia del diritto dell'UE

Nel 2018, con la già citata sentenza *Achmea*[11], la CGUE ha stabilito l'incompatibilità dell'arbitrato previsto da un accordo bilaterale di investimento (BIT) concluso tra Stati membri (*intra*-UE) con il principio di auto-

vestment Arbitration, in *Nordic Journal of International Law*, 2019, p. 41 ss., C. ECKES, *The autonomy of the EU legal order*, in *Europe and the World: A law review*, 2020, p. 1 ss., e K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, S. ADAM, *Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2021, p. 47 ss. Per una posizione critica sull'argomento, si veda in particolare V. MORENO-LAX, K.S. ZIEGLER, *Autonomy of the EU legal order a general principle? On the risks of normative functionalism and selective constitutionalisation*, in K.S. ZIEGLER, V. MORENO-LAX (a cura di), *Research Handbook on General Principles in EU Law*, Cheltenham, 2022, p. 227 ss.

[10] Per un commento dal punto di vista del diritto internazionale, si rimanda a G. LAMPO, *L'arbitrato in materia di investimenti intra-UE sulla base del trattato sulla carta dell'energia: alcune considerazioni sul lodo Green Power c. Spagna*

[11] Per un commento, si veda L. MELCHIONDA, *The European Court of Justice ruling in Achmea v. Slovak Republic: more questions than answers*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2018, p. 337 ss., L. FUMAGALLI, *Meccanismi ISDS negli intra-EU BITs: la Corte di giustizia pone fine a un lungo dibattito. E ora?*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2018, p. 896 ss., E. GAILLARD, *L'affaire Achmea ou les conflits de logiques*, in *Revue critique de droit international privé*, 2018, p. 616 ss., F. MUNARI, C. CELLERINO, *EU law is alive and healthy: The Achmea case and a happy good-bye to intra-EU bilateral investment treaties*, in *SIDIBlog*, 17 aprile 2018, S. HINDELANG, *Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law - the CJEU's judgment in Achmea put in perspective*, in *European Law Review*, 2019, p. 383 ss, e M. ANDENAS, C. CONTARTESE, *EU autonomy and investor-state dispute settlement under inter se agreements between EU Member States: Achmea*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 157 ss.

nomia del diritto dell'UE, oltre che con il principio di leale cooperazione e con quello di reciproca fiducia [12], nella misura in cui questo affidi ad un tribunale arbitrale internazionale la soluzione delle controversie tra investitore e Stato sorte nell'ambito di tale accordo. In particolare, nella sentenza si fa riferimento a due norme informate dal principio di autonomia, ossia quelle di cui agli artt. 267 e 344 TFUE. In esse, sostiene la Corte[13], viene riconosciuta la funzione nomofilattica della CGUE, alla quale spetta il ruolo di interprete ultimo del diritto dell'UE. Tale ruolo, a sua volta, è funzionale alla tutela dell'autonomia del diritto dell'UE[14], in virtù della quale quello dell'Unione può intendersi come «[…] a legal order that has the capacity to operate as a self-referential system of norms that is both coherent and complete»[15].

L'arbitrato sotto scrutinio in *Achmea* è stato giudicato in contrasto con l'autonomia sulla scorta di un ragionamento in tre passaggi, riassumibile come di seguito: il diritto dell'UE rientra nel diritto applicabile alle controversie sottoposte al tribunale arbitrale in esame (almeno astrattamente); tale tribunale arbitrale è esterno al sistema giurisdizionale previsto dai Trattati, *ergo* non può fare rinvio alla CGUE ove fosse chiamato ad esprimersi su una questione di diritto dell'UE; la decisione arbitrale emessa non è necessariamente sottoposta al controllo da parte di una giurisdizione che sia abilitata ad espletare il rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE. Pertanto, il tribunale arbitrale è suscettibile di interpretare ed applicare il diritto dell'UE, in maniera vincolante per gli Stati membri parti della controversia, senza che la CGUE possa esercitare la propria funzione nomofilattica ogniqualvolta sia in gioco l'interpretazione del diritto dell'Unione. Ciò risulta in contrasto con il principio di autonomia e, di conseguenza, tale principio osta ad una clausola arbitrale come quella in esame prevista da un BIT tra due Stati membri.

Ciò è suonato come una condanna a morte per i meccanismi ISDS previsti nei BIT *intra*-UE e, al contempo, ha aperto un periodo di incertezza quanto alla sorte dell'ISDS *tout court* all'interno del diritto dell'Unione[16],

---

[12] CGUE, *Achmea*, cit., par. 58.

[13] CGUE, *Achmea*, cit., parr. 32 e 37.

[14] *Ibidem*.

[15] K. LENAERTS, J.A. GUTIERREZ-FONS, S. ADAM, cit., p. 48. Quella citata rappresenta una delle possibili spiegazioni di cosa si intenda quando ci si riferisce all'ordinamento dell'Unione come ordinamento autonomo. Tuttavia, quello di autonomia del diritto dell'UE rappresenta un concetto molto dibattuto, rispetto al quale sono state espresse visioni anche piuttosto distanti tra loro. Per maggiori approfondimenti, si rimanda alla dottrina richiamata *supra*, nota 9.

[16] Si veda, *inter alia*, C. ECKES, *Some Reflections on Achmea's Broader Consequences for Investment Arbitration*, in *European Papers*, 2019, p. 79 ss.

tanto che la CGUE è tornata più volte a pronunciarsi sulla portata e sulle conseguenze di *Achmea*. Nel parere 1/17[17], la Corte ha applicato il test di compatibilità con l'autonomia utilizzato in *Achmea* al meccanismo ISDS contenuto in un accordo misto negoziato con un Paese terzo[18], riscontrando la compatibilità dell'accordo con il diritto dell'UE e chiarendo, in termini generali, quali sono le condizioni alle quali il suddetto test può essere superato. Schematicamente, ai fini della compatibilità con l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, il tribunale arbitrale non può applicare il diritto dell'UE alla controversia (se non come questione di fatto). In caso di applicazione, deve comunque attenersi all'interpretazione fornita dalla CGUE. Ad ogni modo, infine, l'eventuale interpretazione del diritto dell'UE fornita dal tribunale arbitrale non può avere effetti vincolanti nei confronti di Unione e Stati membri. Successivamente, con la sentenza *PL Holdings*[19], la Corte ha chiarito che la dottrina *Achmea* si applica anche a compromessi arbitrali *ad hoc intra*-UE conclusi tra Stato e investitore[20].

Inoltre, a tali questioni si aggiunge quella dell'estensione della portata di *Achmea* all'ISDS di cui all'art. 26 TCE, con riguardo alle situazioni *intra*-UE. Profilo, quest'ultimo, piuttosto spinoso, visto l'elevato tasso di litigiosità tra investitori provenienti da Stati UE ed altri Stati membri. La posizione della Corte di giustizia al riguardo è stata comunque netta. Con un *obiter dictum* nella sentenza *République de Moldavie*[21], essa ha colto l'occasione per sotto-

---

[17] CGUE, parere 1/17 del 30 aprile 2019. Per un commento, si veda L. PANTALEO, *The Autonomy of the EU Legal Order and International Dispute Settlement in the Wake of Opinion 1/17*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 775 ss., P. KOUTRAKOS, *More on autonomy - Opinion 1/17 (CETA)*, in *European Law Review*, 2019, p. 293 ss., E. KASSOTI, J. ODERMATT, *The principle of autonomy and international investment arbitration: Reflections on Opinion 1/17*, in *Questions of International Law*, 2020, p. 5 ss., C. RAPOPORT, *Balancing on a tightrope: Opinion 1/17 and the ECJ's narrow and tortuous path for compatibility of the EU's investment court system (ICS)*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 1725 ss.

[18] Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part, del 2017.

[19] CGUE, sentenza del 26 ottobre 2021, C-109/20, *PL Holdings*. Per un commento, si veda G. ZARRA, *La decisione della Corte di giustizia UE nel caso PL Holdings: la legge del più forte e la sconfitta del diritto*, in *SIDIBlog*, 5 novembre 2021, e C. CELLERINO, *To arbitrate or not to arbitrate versus member states after PL Holding? An EU law perspective on intra-EU investment arbitration in the post-BITs era*, in *SIDIBlog*, 10 gennaio 2022.

[20] Si tratta, cioè, di un compromesso arbitrale pattuito direttamente tra lo Stato ospite dell'investimento e l'investitore estero. Secondo la Corte, ciò corrisponde ad una violazione del diritto dell'UE assimilabile a quella riscontrata in *Achmea*, laddove tale compromesso abbia alle spalle una clausola arbitrale contenuta in un BIT *intra*-UE, la quale è contraria al diritto dell'Unione; *cfr.* CGUE, *PL Holdings*, cit., punti 47-54.

[21] CGUE, *République de Moldavie*, cit., punti 40-66. Per un commento, si veda J. ODERMATT, *Is EU Law International? Case c-741/19 Republic of Moldova v Komstroy LLC and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *European Papers*, 2021, p. 1255 ss., A. DASHWOOD, *Republic of Moldova v Komstroy LCC: arbitration under Article 26 ECT outlawed in intra-EU disputes by*

porre l'art. 26 TCE al test *Achmea*, concludendo per l'incompatibilità di tale clausola compromissoria nel caso in cui essa riguardi un rapporto *intra*-UE[22]. Secondo quest'ottica, l'arbitrato *intra*-UE nell'ambito del TCE viene considerato alla stregua di quello stabilito sulla base di un BIT concluso tra Stati membri.

Successivamente, la Corte è stata interrogata specificatamente sulla compatibilità di un arbitrato ex art. 26 TCE *intra*-UE, nel caso del parere 1/20, richiesto dal Belgio[23]. Pur dichiarando irricevibile la domanda, la Corte ha comunque trovato modo di ribadire quanto già affermato con la sentenza *République de Moldavie*, dalla quale «(…) risulta chiaramente che il rispetto del principio di autonomia del diritto dell'Unione, sancito dall'articolo 344 TFUE, impone di interpretare l'articolo 26, paragrafo 2, lettera c), del TCE nel senso che esso non è applicabile alle controversie tra uno Stato membro e un investitore di un altro Stato membro in merito ad un investimento realizzato da quest'ultimo nel primo Stato membro»[24]. Il punto di vista del diritto (pretorio) dell'Unione sulla questione sembra quindi essere definito e definitivo, tanto che nel caso *Greentech Energy Systems A/S, et al v. Italian Republic* il giudice svedese ha ritenuto di ritirare il quesito pregiudiziale posto alla CGUE in merito[25]: l'applicazione *intra*-UE dell'art. 26 TCE non è compatibile con l'autonomia del diritto dell'UE.

Il principio di autonomia del diritto UE, dunque, può rappresentare un ostacolo per l'arbitrato ISDS, nella misura in cui le clausole arbitrali contenute negli accordi di protezione degli investimenti risultino essere in contrasto con esso. Tuttavia, bisogna osservare che tale principio vive all'interno dei confini dell'ordinamento dell'Unione e, quindi, non è di per sé vincolante nei confronti dei soggetti esterni. Di conseguenza, l'eventuale incompatibilità con l'autonomia riscontrata dalla CGUE potrebbe non avere alcun valore agli occhi di uno di questi soggetti esterni, come per esempio un tribunale

---

obiter dictum, in *European Law Review*, 2022, p. 127 ss., e B. BÖHME, *The future of the Energy Charter Treaty after Moldova v. Komstroy*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 853 ss.

[22] La Corte è altrettanto chiara nell'escludere l'incompatibilità della clausola arbitrale nel caso delle controversie *vis-à-vis* gli investitori del altri Stati terzi parti del TCE, in CGUE, *République de Moldavie*, cit., punto 65.

[23] Per un commento, si veda C. CONTARTESE, *Opinion 1/20: A missed opportunity to shed further light on the principle of EU autonomy?*, in *EU Law Live*, 7 luglio 2022 , e A. DASHWOOD, *Komstroy and Opinion 1/20 – curious and curiouser*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 51 ss., p. 56-58.

[24] CGUE, parere 1/20, cit., punto 47.

[25] CGUE, ordinanza del presidente della Corte dell'8 dicembre 2021, C-155/21, *Athena Investments e a.*

arbitrale di diritto internazionale[26]. Ciò può comportare un problema dal punto di vista dell'effettività dell'autonomia. Un problema che, in realtà, si potrebbe definire intrinseco all'autonomia stessa. Questa, infatti, per sua natura, opera proprio in quei contesti in cui si verifica un contatto tra il diritto dell'UE e norme appartenenti ad ordinamenti esterni[27], come nel caso del diritto dell'arbitrato ISDS. Pertanto, in tali situazioni, l'effettività dell'autonomia rischia di dipendere proprio da quei soggetti per i quali potrebbe non avere alcun valore vincolante.

Alla luce di ciò, perché la tutela dell'autonomia trovi effettività nel caso di un tribunale arbitrale giudicato con essa incompatibile dalla CGUE, l'incompatibilità deve essere accettata non soltanto dai soggetti dell'ordinamento dell'Unione, come ad esempio la Corte federale di giustizia tedesca nel caso *Achmea* stesso[28], ma anche dai soggetti operanti sul piano del diritto internazionale che sono in grado di incidere giuridicamente sul diritto dell'UE. Diversamente, l'autonomia fallisce nel suo stesso compito, ossia la salvaguardia dell'ordinamento da norme ad esso esterne, ma vincolanti per gli Stati membri o per l'Unione. In definitiva, o l'autonomia esiste solo sul piano interno del diritto dell'Unione, oppure si trova un linguaggio comune che le permette di vivere anche sul piano del diritto internazionale e di trovare, così, piena effettività. Ovviamente, ciò dipende da quanto convincenti siano gli argomenti volti a "tradurre" l'autonomia del diritto UE in termini validi ai sensi del diritto internazionale. È proprio per questa ragione che il lodo *Green Power* risulta di particolare interesse. Come noto, i tribunali arbitrali (fino a *Green Power*) hanno sempre concluso per l'irrilevanza sia di *Achmea* che di *République de Moldavie* ai fini della questione della propria

[26] Esemplari in questo senso sono le osservazioni del tribunale arbitrale in *Muszynianka v. Slovak Republic*, secondo cui «[…] the CJEU appears to have assumed that the alleged incompatibility between the EU Treaties and intra-EU BITs 'must be considered through, and only through, the lens of EU law'. The Tribunal makes no observation about this, insofar as it relates to EU law; it notes, however, that the CJEU's assumption is not compatible with public international law, whether customary or conventional»; in *Spoldzielnia Pracy Muszynianka v. Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-08, Award del 7 ottobre 2020, par. 216.

[27] Come notano Klabbers e Koutrakos, infatti, quello di autonomia è un concetto di tipo relazione, poiché è possibile definirsi autonomi solo in relazione a qualcuno o qualcosa che è altro da sé; in J. KLABBERS e P. KOUTRAKOS, *Introduction: An Anatomy of Autonomy*, in *Nordic Journal of International Law*, 2019, p. 1 ss., p. 4.

[28] Corte federale di giustizia di Francoforte sul Meno, ordinanza del 31 ottobre, I ZB 2/15, BGH. Sul punto, si veda L. PANTALEO, *La mancata esecuzione del lodo arbitrale nel caso Achmea: quale futuro per le controversie in materia di investimento intra-UE?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, p. 688 ss.

giurisdizione, sia con riguardo al TCE[29], che con riguardo a TBI tra Stati membri[30].

A fronte di un simile atteggiamento di chiusura dei tribunali ISDS alle istanze del diritto dell'Unione (almeno dal punto di vista di quest'ultimo), si potrebbe essere tentati di cercare rimedi per garantire l'effettività dell'autonomia del diritto dell'UE a valle del lodo, dunque in sede esecutiva. Anche in questo caso, però, l'effettività non è garantita in tutte le situazioni. Sul versante interno, i giudici nazionali degli Stati membri hanno seguito la CGUE, non dando esecuzione ai lodi arbitrali ritenuti in contrasto con la dottrina *Achmea*[31], nel rispetto del primato del diritto dell'UE[32]. Sul versante esterno, invece, non esiste un vincolo giuridico che imponga ai giudici di Stati terzi, davanti ai quali gli investitori cercano l'esecuzione dei lodi, di adeguarsi alla giurisprudenza della CGUE, laddove gli argomenti avanzati a favore dello Stato convenuto non risultassero sufficientemente convincenti ai giudici[33]. Tutto ciò ha determinato una scollatura tra il diritto dell'UE ed il diritto internazionale e, conseguentemente, una (almeno parziale) incomunicabilità tra i due sistemi normativi. A questa scollatura il lodo *Green power* pare porre rimedio.

---

[29] I casi sono numerosissimi qui ci si limita a citare quelli richiamati nel lodo stesso, cioè *Vattenfall AB and Others v. Federal Republic of Germany (II)*, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue del 31 agosto 2018, e *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award del 16 maggio 2018, parr. 678-683. Per una pronuncia più recente si veda, ad esempio, *Sevilla Beheer B.V. and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/16/27, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Quantum del 11 febbraio 2022, parr. 655-676. Sull'estensibilità di *Achmea* all'ECT, la dottrina si è divisa. In senso favorevole si veda, ad esempio, S. HINDELANG, *Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law*, cit., p. 384. In senso contrario si veda, ad esempio, A. DASHWOOD, *Article 26 ECT and intra-EU disputes - the case against an expansive reading of Achmea*, in *European Law Review*, 2021, p. 415 ss.

[30] Ad esempio in *UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35, Award del 9 ottobre 2018, parr. 252-267. Per un'approfondita ricognizione della prassi dei tribunali arbitrali *intra*-UE che hanno confermato la propria giurisdizione in seguito ad *Achmea*, si rimanda a S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, M. USYNIN, *The Uneasy Relationship between Intra-EU Investment Tribunals and the Court of Justice's Achmea Judgment*, in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2019, p. 29 ss.

[31] Questo è il caso del giudice tedesco in *Achmea* (*supra*, nota 21).

[32] In senso critico verso questa prassi, in particolar modo nel caso dei lodi emessi da arbitrati ICSID, si veda G. ZARRA, *The Enforceability of Arbitral Awards Deriving From Intra-EU Investment Agreement. Reflections on Treaty Law Issues and on the EU's Unsustainable Position*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2018, p. 891 ss.

[33] Sul tema, si veda L. MALFERRARI, *Protection des investissements intra-UE post Achmea et post avis CETA: entre (faux) mythes et (dures) réalités*, in A. BERRAMDANE, M. TROCHU (a cura di), *Union européenne et protection des investissements*, Bruxelles, 2021, p. 43 ss., p. 74-84.

3. Il lodo *Green Power* e l'approccio del tribunale arbitrale

Il lodo è stato adottato da un tribunale arbitrale istituito secondo le regole della Camera di Commercio di Stoccolma (SCC), sulla base della già citata clausola compromissoria contenuta nel TCE, all'art. 26. La controversia vede due imprese danesi ricorrere contro la Spagna ed ha ad oggetto le misure normative spagnole che, secondo i ricorrenti, avrebbero danneggiato la posizione degli investitori in violazione degli standard di protezione degli investimenti previsti dal TCE, di cui sia Spagna che Danimarca sono parti. In particolare, il lodo affronta la questione della sussistenza o meno della propria giurisdizione a dirimere la controversia, contestata dalla Spagna sulla base di due motivi principali: *ratione personae* e *ratione voluntatis*.

In base al primo motivo, in breve, Spagna e Danimarca non rappresenterebbero due differenti "*Contracting Parties*" ex art. 26, par. 1, TCE, essendo entrambi Stati membri dell'Unione europea, anch'essa parte del Trattato. L'argomento non è nuovo, essendo stato avanzato più volte dalla Commissione in qualità di *amicus curiae* in altri procedimenti simili[34]. Come negli altri casi, anche nel procedimento in esame il tribunale non accoglie l'argomento[35]. Differentemente, e qui sta la novità del lodo, il tribunale ha invece deciso di accogliere il secondo motivo, quello *ratione voluntatis*. Per arrivare a questa conclusione, il tribunale compie una valutazione alla luce tanto del diritto internazionale quanto del diritto dell'Unione, che lo porta a stabilire che il compromesso arbitrale sia privo del consenso tra le Parti. Il compromesso, infatti, viene trovato ad essere incompatibile con il diritto dell'UE e con la sua autonomia, così come interpretata dalla Corte di giustizia. Di conseguenza, non c'è alcuna offerta unilaterale di arbitrato da parte del convenuto che il ricorrente possa accettare e, in definitiva, il tribunale non ha giurisdizione sulla controversia[36].

All'interno del ragionamento seguito dal tribunale arbitrale, il piano del diritto internazionale e quello del diritto dell'Unione si intrecciano senza escludersi a vicenda. Come afferma il tribunale stesso, infatti «(…) the law applicable to the determination of jurisdiction cannot be circumscribed on the basis of rigid categories such as EU law or public international law»[37].

---

[34] Si veda, ad esempio, l'intervento come *amicus curiae* in *Masdar Solar*, cit., Proposed brief of the European Commission on behalf of the European Union as amicus curiae in support of the Kingdom of Spain del 5 marzo 2019.
[35] *Masdar Solar*, Award del 16 maggio 2018, cit., parr. 185-195. Sul punto, si veda G. LAMPO, cit.,
[36] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., par. 477.
[37] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., par. 333.

Più nel dettaglio, il tribunale arbitrale parte dal presupposto che, non avendo le parti stabilito quale fosse il diritto applicabile per dirimere la questione della giurisdizione, tale questione avrebbe dovuto essere risolta partendo dalla clausola compromissoria di cui all'art 26 TCE e considerando, se necessario, anche altre norme di diritto internazionale, nonché le norme del diritto interno svedese, quest'ultimo in qualità di *lex loci*[38]. In vista di ciò, il diritto dell'Unione viene attratto nella sfera del diritto rilevante ai fini della determinazione della giurisdizione[39], sia in quanto diritto internazionale che in quanto diritto nazionale. Sul punto, il lodo si rifà al ragionamento del tribunale arbitrale in *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, in cui veniva riconosciuta la «multiple nature» del diritto dell'Unione[40]. Questo, infatti, forma nel suo complesso parte integrante del diritto internazionale[41] e, al contempo, è ascrivibile al diritto nazionale in vigore negli Stati membri[42]. Conseguentemente, in *Green Power*, il diritto dell'UE opera in questa sua doppia veste. Come diritto internazionale, poiché sia Spagna che Danimarca sono parti dei Trattati su cui si fonda l'Unione, in quanto Stati membri. Come diritto nazionale, in ragione del fatto che esso fa parte del diritto interno di Spagna, Danimarca e, soprattutto, Svezia, ossia la sede dell'arbitrato. Il diritto dell'UE è dunque qualificato come *lex loci*, secondo le regole SCC. A tal riguardo, degno di nota è il fatto che il tribunale arbitrale stesso[43] riconosce che ciò è in linea con quanto sostenuto anche dalla CGUE in *Achmea*[44]. Ciò, in qualche modo, avvalora a posteriori le preoccupazioni espresse dalla Corte di giustizia in quella occasione, ove l'incompatibilità dell'arbitrato in esame con l'autonomia si fondava proprio sull'ipotesi che questo potesse trovarsi ad applicare il diritto dell'UE alla controversia.

Sulla base di tali premesse, il tribunale arbitrale procede ad interpretare la clausola compromissoria. In questo contesto, la giurisprudenza della CGUE entra in gioco tramite i criteri ermeneutici della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, in particolare in qualità di prassi successiva ri-

---

[38] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., parr159-169.
[39] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., parr. 166-172.
[40] *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability del 30 novembre 2012, par. 4.118.
[41] *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability del 30 novembre 2012, cit., par. 122.
[42] *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability del 30 novembre 2012, cit., par. 127.
[43] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., par. 166.
[44] CGUE, *Achmea*, cit., par. 41.

levante[45]. Questo segna un primo passo nel senso del diniego di giurisdizione, passo che il tribunale ritiene non ancora risolutivo[46]. Di seguito, quindi, il tribunale arbitrale entra nel vivo dell'analisi, applicando direttamente il diritto dell'UE e ponendosi in netta contraddizione con i tribunali arbitrali che già si erano cimentati con la questione in altri casi analoghi. Rifacendosi direttamente alla giurisprudenza della CGUE, esso sostiene che la portata dell'art. 344 TFUE arrivi a coprire anche le controversie tra uno Stato membro ed un investitore di altro Stato membro, come chiarito in *Achmea*[47]. Inoltre, stabilisce che la giurisprudenza *Achmea* (in particolare l'incompatibilità dell'ISDS con gli art. 344 e 267 TFUE) si estende anche al TCE a prescindere dal fatto che non si tratti di un BIT tra Stati membri, ma di un accordo multilaterale. In questo modo, il lodo si allinea a quanto affermato dalla Corte di giustizia in *République de Moldavie*[48]. Conseguentemente, una volta affermata la rilevanza di *Achmea* al caso di specie, il tribunale arbitrale procede all'applicazione delle norme di diritto dell'UE pertinenti. Queste consistono negli artt. 107 e 108(2) del TFUE[49] (attinenti alla materia degli aiuti di Stato) e agli artt. 267 e 344 TFUE. Inoltre, nella propria analisi, il tribunale arbitrale fa riferimento anche ai principi di autonomia e del primato del diritto dell'Unione[50]. In realtà, l'applicazione di queste norme risulta piuttosto confusa quanto alle modalità con cui viene condotta. A ben guardare, il tribunale arbitrale non fa che richiamare quanto già stabilito dalla Commissione[51] e, soprattutto, dalla Corte di giustizia, nella sua giurisprudenza sull'autonomia[52]. In questo contesto, grande importanza viene riservata al principio del primato, sulla scorta del quale viene riconosciuta la prevalenza del diritto dell'UE sulle norme del TCE[53]. Ciò porta il tribunale arbitrale per l'insussistenza della propria giurisdizione.

Il ragionamento del tribunale arbitrale qui brevemente riportato si distingue non solo per il risultato a cui giunge, ma anche per l'approccio segui-

---

[45] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., parr. 374-379. Sul punto, più diffusamente G. LAMPO, cit.
[46] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., par. 412.
[47] CGUE, *Achmea*, cit., punto 32. Sulla portata della norma, si veda P. IANNUCCELLI, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quousque tandem?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2018, p. 281 ss., e S. HINDELANG, *Conceptualisation and application of the principle of autonomy of EU law*, cit., p. 387-389.
[48] CGUE, *République de Moldavie*, cit., punto 64.
[49] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., parr. 448 e 454.
[50] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., par. 456.
[51] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., parr. 450-451.
[52] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., parr. 462-466.
[53] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., parr. 469-476.

to. Ad emergere, anzitutto, è una spiccata deferenza nei confronti della giurisprudenza della Corte di giustizia. Mentre altri tribunali arbitrali avevano rigettato del tutto la rilevanza di quest'ultima[54], quello in esame arriva a paragonare gli effetti retroattivi delle pronunce della CGUE agli effetti di un atto di interpretazione autentica di un accordo internazionale adottato dalle parti stesse dell'accordo[55]. Ciò alla luce di una consolidata giurisprudenza della stessa Corte[56], secondo la quale le sentenze interpretative delle norme di diritto dell'UE, rese nell'ambito di una procedura di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, hanno efficacia *ex tunc*. Queste, infatti, sono volte a chiarire il significato e la portata di una norma quale deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. In questo modo, il valore proprio delle sentenze interpretative della CGUE nel diritto interno viene riconosciuto e trasferito anche sul piano del diritto internazionale. D'altro canto, bisogna osservare che questa impostazione non è affatto ovvia né scontata. Se è vero che la CGUE ha competenza a interpretare il diritto dell'Unione con efficacia retroattiva, sostenere che la CGUE possa fornire l'equivalente di quella che sarebbe l'interpretazione autentica dei Trattati da parte degli Stati membri (*alias* i "Signori dei Trattati") va oltre a quanto sostenuto da parte della CGUE stessa, almeno in termini espliciti, almeno fino ad oggi.

In secondo luogo, stupisce che il rapporto tra TCE e diritto dell'UE non venga valutato in termini di potenziale conflitto tra trattati aventi egual valore gerarchico, come invece sono soliti fare non solo gli altri tribunali arbitrali[57], ma anche la stessa Commissione europea, quando interviene come *amicus curiae* per cercare di dare effettività ad *Achmea* ed all'autonomia del diritto dell'UE[58]. In questi casi, il confronto si concentra su quelle che vengono individuate come le norme rilevanti per la soluzione di tale conflitto, cioè l'art. 16 TCE[59] da una parte ed il primato del diritto dell'UE dall'altra. Pari-

[54] Si veda, ad esempio, *Landesbank Baden-Württemberg and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/45, Decision on the "Intra-Eu" Jurisdictional Objection del 25 febbraio 2019, par. 102.
[55] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., parr. 376-379.
[56] CGUE, *PL Holdings*, cit., punto 58; *Amministrazione delle finanze dello Stato contro Denkavit italiana Srl*, punto 16.
[57] *Vattenfall*, Decision on the *Achmea* Issue del 31 agosto 2018, cit., parr. 222-229.
[58] Ad esempio, *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania,* ICSID Case No. ARB/05/20, Brief of Amicus Curiae the European Commission in Support of Romania's Rule 60(B) Motion del 17 maggio 2022, p. 17-21.
[59] In caso di un conflitto tra il TCE e un altro accordo vincolante le parti in causa (Stato convenuto e Stato dell'investitore ricorrente), tale articolo stabilisce la prevalenza del regime più favorevole all'investitore. Nel caso in esame, l'applicazione della clausola porterebbe quindi

menti, la prevalenza dei Trattati sul TCE, e viceversa, viene argomentata sulla base dei criteri di *lex specialis* e *lex posterior*[60]. In *Green Power*, invece, il tribunale arbitrale segue un ragionamento differente, fondato sulla costatazione dell'esistenza di un rapporto gerarchico tra le norme del diritto dell'UE e quelle del TCE. Su questa base, esso fonda la priorità di applicazione delle prime sulle seconde nei rapporti *intra*-UE[61]. Così, l'art. 16 TCE passa in secondo piano. Viceversa, come si è anticipato, grande importanza viene accordata al primato, il quale risulta dirimente. Tuttavia, quest'ultimo non rileva come *lex specialis*[62], ma come *lex superior*, in virtù della supremazia del diritto dell'Unione sul diritto degli Stati membri, ossia del primato stesso. In questo passaggio (non del tutto lineare), il tribunale sembra accogliere il punto di vista che adotterebbe la CGUE o un giudice di uno Stato membro[63]. Per questi, infatti, il TCE e il diritto dell'UE sono entrambi parte dell'ordinamento interno, che a sua volta è governato da un sistema di rapporti tra fonti in cui il primato comporta la prevalenza del secondo rispetto al primo, con la conseguente disapplicazione di quest'ultimo in caso di contrasto[64]. Una volta adottata questa prospettiva, il tribunale non può che concludere che «[s]een from a *lex superior* perspective, the ECT could only override EU law in *intra*-EU relations if the ECT, including its Article 16, could be considered as *lex superior* with respect to the relevant norms of EU law, including Article 267 and 344 TFEU and the principle of primacy. The

---

alla prevalenza del TCE, così da confermare la giurisdizione del tribunale ISDS. Così si è espresso, per esempio, il tribunale in *Vattenfall*, Decision on the *Achmea* Issue del 31 agosto 2018, cit., parr., 192-196.

[60] La questione era emersa già prima di *Achmea*, ad esempio in *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*, Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension del 26 ottobre 2010, parr. 231-277. In dottrina, si veda T. EILMANSBERGER, *Bilateral investment treaties and EU law*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 383 ss., p. 399-401, A. DIMOPOULOS, *The validity and applicability of international investment agreements between EU Member States under EU and international law*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 63 ss., A. REINISCH, *Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Action: The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitrations*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, p. 157 ss., e G. ZARRA, *The Arbitrability of Disputes Arising From Intra-EU BITs*, in *The American Review of International Arbitration*, 2014, p. 573 ss.

[61] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., par. 469.

[62] Diversamente, per esempio, dalla posizione della Commissione in *Masdar Solar*, Proposed brief of the European Commission on behalf of the European Union as amicus curiae in support of the Kingdom of Spain del 5 marzo 2019, cit., p. 22.

[63] Così anche N. LAVRANOS, *Lex superior: How EU law trumps investment law*, in *Practical law arbitration blog*, 28 giugno 2022.

[64] Ciò è vero anche in relazione agli accordi internazionali degli Stati membri *intra*-UE, come da risalente giurisprudenza della Corte di giustizia (CGUE, sentenza del 27 febbraio 1962, causa 10-61, *Commissione della Comunità economica europea contro Repubblica italiana*, punto 17). In generale, sull'argomento, A. ROSAS, *The Status in EU Law of International Agreements Concluded by EU Member States*, in *Fordham International Law Journal*, 2011, p. 1304 ss.

Tribunal considers that there are no grounds on which the ECT could have such an overriding character in the circumstances of this case»[65].

4. Una risposta parziale (e contraddittoria) alla questione dell'effettività

Nell'ottica dell'effettività dell'autonomia del diritto dell'UE, l'approccio argomentativo del tribunale sembrerebbe rappresentare una vittoria, almeno a prima vista. Non soltanto viene applicata la dottrina *Achmea*, ma viene addirittura stabilita (ai fini del procedimento in esame) la prevalenza del diritto dell'UE rispetto al TCE, riconoscendo rilevanza al principio del primato anche sul piano del diritto internazionale. La tutela dell'autonomia appare quindi garantita.

Tuttavia, a ben guardare, il lodo fornisce una risposta solo parziale alla questione dell'effettività dell'autonomia, poiché il grado di estensibilità del ragionamento seguito nel lodo ad altri possibili casi di arbitrato ISDS *intra*-UE risulta piuttosto limitato. Infatti, non è affatto scontato che la strada seguita dal tribunale in *Green Power* sia percorribile da un altro tribunale arbitrale, anche supponendo la "benevolenza" dello stesso nei confronti del diritto dell'Unione e delle istanze legate alla tutela della autonomia di quest'ultimo. Come si è menzionato, il diritto dell'UE viene preso in considerazione sia in quanto parte del diritto internazionale, sia in quanto diritto nazionale, in qualità di *lex loci*. Ciononostante, come osserva Lampo[66], è difficile capire quale sia l'effettiva importanza del ruolo giocato dal diritto dell'UE in questa sua seconda veste. Il ragionamento del tribunale non è cristallino nel distinguere tra i due piani. Anzi, si è visto come esso tenga a specificare che una simile distinzione non sia necessaria né opportuna. La questione, però, è dirimente per stabilire se lo stesso ragionamento possa essere riprodotto anche davanti ad un tribunale arbitrale istituito sotto la Convenzione per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini di altri Stati (ICSID)[67]. In quel caso, infatti, il tribunale non trova localizzazione in alcuna sede amministrativa. Pertanto, il diritto dell'Unione non potrebbe venire in rilievo come *lex loci*, ma solo come parte del diritto internazionale. D'altronde, il tribunale arbitrale stesso sottolinea più volte che è proprio in virtù di ciò che il caso *Green Power* deve conside-

[65] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., par. 470.
[66] G. LAMPO, cit.
[67] Convenzione per la composizione delle controversie relative agli investimenti fra Stati e cittadini di altri Stati del 1965.

rarsi differente da altri casi precedenti di arbitrati ICSID *intra*-UE[68], nei quali i tribunali arbitrali avevano confermato la propria giurisdizione. Di conseguenza, come testimonia la prassi successiva al lodo, risulta arduo far valere gli argomenti di *Green Power* davanti ai tribunali ICSID[69]. In aggiunta, bisogna notare che quanto detto vale altresì nel caso in cui la sede arbitrale non sia stabilita in uno Stato membro, ma in un Paese terzo. Anche in questa circostanza, infatti, il diritto dell'UE rischia di rimanere esterno alla valutazione del tribunale quanto alla propria giurisdizione. In vista di ciò, si può concludere che il lodo *Green Power* non è idoneo a chiudere una volta per tutte la questione dell'effettività dell'autonomia nelle controversie ISDS *intra*-UE.

Inoltre, l'analisi svolta porta ad un'ulteriore osservazione di carattere generale in tema di autonomia del diritto dell'UE. Se si prende in considerazione tanto l'approccio del Tribunale, quanto gli argomenti da questo utilizzati, si può notare come il lodo poggi su di una premessa che può risultare in contraddizione con l'affermazione dell'autonomia del diritto dell'UE, almeno se osservata attraverso la lente del diritto dell'Unione e della giurisprudenza della CGUE (quindi dal punto di vista interno dell'UE). Come si è osservato, il risultato a cui arriva il lodo va nel senso del riconoscimento dell'autonomia del diritto dell'UE e, quindi, della sua tutela. Si è visto anche che il tribunale arbitrale dirime la questione della propria giurisdizione applicando il diritto dell'Unione[70]. Dapprima, esso conferma la rilevanza delle sentenze della CGUE *Achema* e *Komstroy*, le quali lo portano ad esprimersi nel senso dell'assenza di una valida offerta unilaterale di arbitrato[71]. Dopo di che, procede ad avvalorare tale conclusione prendendo in considerazione il diritto primario e i principi del diritto dell'Unione. A tal proposito, il Tribunale arbitrale è molto netto nell'affermare che le norme rilevanti del diritto dell'UE – ossia i citati art. 267 e 344 TFUE, il primato e l'autonomia, ma anche gli art. 107 e 108 TFUE – «must be applied» per valutare la validità dell'offerta unilaterale di arbitrato[72]. In sostanza, quello su cui si vuole mettere l'accento in questa sede è che il tribunale arbitrale arriva a tutelare l'autonomia del diritto dell'UE attraverso l'applicazione di quest'ultimo.

---

[68] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., parr. 161-162, 439 e 441.
[69] *Cavalum SGPS, S.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/34, Procedural Order No. 6: Second Decision on Reconsideration del 7 settembre 2022, parr. 56-58. Così anche in *BayWa r.e. Renewable Energy GmbH and BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/16, Decision on Annulment dell'8 maggio 2023, parr. 188-189, e *Mathias Kruck and others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/23, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Damages del 14 settembre 2023, par. 22.
[70] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., par. 172.
[71] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., parr. 413-445.
[72] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., par. 447.

Ebbene, secondo la giurisprudenza della CGUE (menzionata anche nel lodo), soltanto quest'ultima sarebbe competente a fornire l'interpretazione definitiva del diritto dell'UE nel caso in cui questo venga in rilievo in una controversia tra Stati membri[73]. In effetti, si tratta esattamente di ciò che il principio di autonomia e la giurisprudenza *Achmea* sono volti a garantire[74]. Di conseguenza, l'applicazione del diritto dell'Unione da parte di un organo giurisdizionale esterno, quale è il tribunale arbitrale in *Green Power*, si pone in contraddizione con il contenuto del principio di autonomia.

Vero è che il tribunale applica il diritto dell'UE alla luce della giurisprudenza della CGUE e, in questo, il suo atteggiamento risulterebbe in linea con la con le condizioni di compatibilità espresse nel parere 1/17[75]. Tuttavia, si parla pur sempre di una lettura selettiva e personale di quella giurisprudenza, tanto che, in più di un passaggio, il tribunale arbitrale nota che l'interpretazione da lui adottata sia quella da considerare maggiormente corretta rispetto a quelle adottate da altri tribunali arbitrali, sulla base del proprio stesso intendimento della giurisprudenza della CGUE[76]. Ciò, però, implica e conferma che esistano altre possibili interpretazioni del diritto dell'Unione le quali, per quanto divergenti rispetto alle posizioni della CGUE, siano comunque percorribili (e sono state effettivamente percorse)[77]. Il fatto che in questo caso il tribunale arbitrale abbia seguito "correttamente" la giurisprudenza CGUE non può quindi garantire che lo stesso approccio, adottato da altri tribunali, sia di per sé del tutto immune da rischi per l'autonomia del diritto dell'UE[78].

Inoltre, si è osservato che, quando tratta l'argomento della prevalenza del diritto dell'UE come *lex superior*, il tribunale arbitrale sembra assumere la stessa prospettiva di un giudice facente parte del sistema giurisdizionale dell'Unione. In *Achmea*, si ricorderà, l'arbitrato sotto scrutinio è risultato incompatibile con l'autonomia proprio perché esterno a tale sistema[79]. Anche

---

[73] CGUE, sentenza del 30 maggio 2006, C-459/03, *MOX Plant*, punti 123 e 132; CGUE, parere 2/13 del 18 dicembre 2014, punto 246; CGUE, *République de Moldavie*, cit., punto 49.

[74] *Cfr. Masdar Solar*, Proposed brief of the European Commission on behalf of the European Union as amicus curiae in support of the Kingdom of Spain del 5 marzo 2019, cit., p. 18.

[75] *Supra*, Sezione 2.

[76] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., parr. 437-438. La Corte di giustizia, dal canto suo, aveva già evidenziato il rischio che una corte esterna possa determinare l'interpretazione del diritto dell'UE scegliendo tra più opzioni possibili, in CGUE, parere 2/13, cit., punto 246.

[77] *Cfr. Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., par. 429, e lodi citati in nota.

[78] Sull'incompatibilità con l'autonomia di un rischio anche solo potenziale, si veda CGUE, parere 2/13, cit., punto 208.

[79] CGUE, *Achmea*, cit., punti 43-49.

questo aspetto, dunque, suona contraddittorio. Peraltro, seguendo un simile approccio, il tribunale arbitrale in *Green Power* si trova davanti questioni di diritto dell'UE che affronta in maniera quantomeno 'originale'. Quando parla del principio del primato, in particolare, esso si mostra poco sensibile alla complessità che connota il rapporto tra diritto dell'Unione e diritto nazionale degli Stati membri. Piuttosto, esso fornisce una propria visione di tale principio, secondo la quale il diritto dell'UE prevarrebbe sul diritto nazionale in virtù di un rapporto gerarchico simile a quello che contraddistingue la relazione tra *jus cogens* e diritto pattizio[80]. In questo frangente, non approfondisce ulteriormente la triangolazione tra diritto dell'Unione, diritto nazionale e diritto internazionale, né prende in considerazione le diversità esistenti tra i punti di vista di CGUE e corti costituzionali o supreme degli Stati membri sul tema dell'incorporazione (e conseguente posizione gerarchica) del diritto dell'UE negli ordinamenti nazionali[81]. Certo, in fin dei conti, tutto questo non inficia il risultato raggiunto. Il tribunale arbitrale cede il passo ad *Achmea.* Tuttavia, il percorso seguito appare in contraddizione proprio con questo stesso risultato.

Il valore aggiunto della soluzione trovata in *Green Power* risulta, insomma, ridimensionato. Da un lato, questa è difficilmente replicabile in contesti differenti. Di conseguenza, pur garantendo una tale effettività nel caso specifico, il lodo non offre *per se* una risposta generale e definitiva al problema. Dall'altro lato, il modo di dare applicazione alla dottrina *Achmea* e di garantire effettività all'autonomia individuato, per quanto rappresenti quello più aderente alla giurisprudenza della CGUE e, di conseguenza, il più conciliante con il diritto dell'Unione, sembra porsi in contraddizione con l'autonomia stessa, almeno per come è stata intesa finora dalla CGUE.

5. Epilogo

Quale potrebbe essere, dunque, una soluzione maggiormente efficace al problema dell'effettività dell'autonomia del diritto dell'UE? Un esempio può trovarsi nel testo del TCE revisionato, che ha visto l'inserimento di una clausola che impedisca la nascita di controversie tra investitore e Stato nel conte-

[80] *Green Power,* Award del 16 giugno 2022, cit., par. 470.
[81] Per una sintesi sul tema, si veda B. DE WITTE, *Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order,* in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (a cura di), *The Evolution of EU Law, 3nd ed*, Oxford, 2021, p. 211-223.

sto *intra*-UE (*disconnection clause*)[82]. Probabilmente, il risultato negoziale ottenuto sarà inutile, visto che il destino del Trattato sembra segnato[83]. Comunque sia, tale esperienza indica la strada da seguire. Una simile soluzione sembra essere adeguata, e corrisponde a quella trovata nel caso dei BIT tra Stati membri tramite l'Accordo sulla terminazione di questi trattati[84]. In entrambi i casi, infatti, si tratta di interventi che vanno alla radice del problema (cioè il consenso delle parti all'arbitrato), agendo tramite strumenti di diritto internazionale. Per tale via, quindi, è possibile aggirare la reticenza dei tribunali arbitrali a dare seguito alla dottrina *Achmea*. Al contempo, viene evitata la contraddizione che si avrebbe per l'autonomia qualora i tribunali arbitrali applicassero effettivamente il diritto dell'UE alla controversia. In conclusione, per avere una risposta definitiva alla questione dell'effettività dell'autonomia, non è sufficiente una soluzione di diritto dell'Unione, ossia la stessa che adotterebbe un giudice interno. Piuttosto, se ne rende necessaria una che, nel ribadire la prima, la trasferisca nel diritto internazionale, mantenendo così separati (ma coordinati) i due livelli normativi[85].

---

[82] Si veda Commissione UE, *Agreement in principle reached on Modernised Energy Charter Treaty*, 24 giugno 2026, www.policy.trade.ec.europa.eu. Questo risultato è stato raggiunto inseguito ad un'iniziale fumata nera (che aveva portato il Belgio a chiedere alla CGUE un parere sulla compatibilità del progetto di accordo nel parere 1/20). Difficile pensare che una simile evoluzione nei negoziati non sia stata in qualche modo sospinta, per non dire obbligata, dalla nettezza della posizione della Corte, in *Achmea* ed in *République de Moldavie* (a prescindere dall'irricevibilità dalla domanda nel parere 1/20).

[83] *Supra*, nota 5.

[84] Accordo sull'estinzione dei trattati Bilaterali di Investimento tra Stati Membri dell'Unione Europea del 2020. Per un commento, si veda L. MALFERRARI, *La fine degli arbitrati d'investimento tra stati membri*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione Europea 2020 - I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, 2021, p. 199 ss.; C. WACKERNAGEL, *The Consensual Termination of Investment Agreements Between EU Member States*, in M. ANDENAS, L. PANTALEO, M. HAPPOLD, C. CONTARTESE (a cura di), *EU External Action in International Economic Law*, The Hague, 2020, p. 153 ss.

[85] Con riferimento all'accordo di terminazione dei BIT, Malferrari parla di «riconciliazione tra ottica europea e ottica internazionalista», in L. MALFERRARI, *La fine degli arbitrati d'investimento tra stati membri*, cit., p. 222-223.

Intra-EU Investment Arbitration After *PL Holdings*: Open Questions and Institutional Approaches

CHIARA CELLERINO*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The *PL Holdings* case. – 3. The decision of the Court of Justice in *PL Holdings*, as a follow up to *Achmea.* – 4. The synergies between *Achmea* case-law and EU state aid law: *Romatsa*. – 5. The (blurred) distinction between commercial and investment arbitration: AG Kokott's opinion in *PL Holdings*… – 6. … and the different (but ambiguous) indications of the Court in *Micula.* – 7. Concluding remarks: the approach of national courts and EU institutions.

ABSTRACT: After the decision of the Court of Justice in *PL Holdings*, the gradual dismantling of intra-EU investment arbitration initiated some years ago seem to have come to one of its last battles. The CJEU is fully legitimizing the political agenda of EU institutions and of the vast majority of Member States to definitely outlaw traditional (at least treaty-based) intra-EU investment arbitration from the European investment space. Purpose of this contribution is to analyze the rationale underpinning the decision of the Court of Justice in *PL Holdigs*, as a follow-up of *Achmea*, and try to identify its specific impact on intra-EU investment arbitration landscape, taking into account also the subsequent developments in *Micula* and *Romatsa*, with particular reference to the still blurred distinction between commercial and investment arbitration. Against this background, some concluding remarks are drawn on the institutional approach relating intra-EU investment protection tools. It is argued that the decision of the Commission to drop, at least at this stage, the idea of intra-EU binding (alternative) dispute resolution tools seems wise, and informed by the same constitutional concerns underpinning, in the reading of the Author, the *Achmea* line of cases, as further developed also in *Opinion 1/17*: namely, to ensure the capacity of the Union to continue to shape European society through the enactment of its own laws, based on its own (democratic) decision making processes, and strengthen its effective application at Member States level.

---

* Chiara Cellerino, Professore associato di diritto dell'Unione europea, Università degli studi di Genova, chiara.cellerino@unige.it.

KEYWORDS: Intra-EU investments – investment arbitration – commercial arbitration – PL Holdings – Micula – Opinion 1/17.

1. Introduction

The judgement of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in *PL Holdings v. Poland*, delivered on 26 October 2021, is just one in a series of decisions relating to the incompatibility of intra-EU investment arbitration with the principle of autonomy of EU law.[1] It finds that arts 267 and 344 TFEU preclude a national legislation which allows a Member State to conclude an *ad hoc* arbitration agreement with a foreign investor, where such agreement has the effect to continue arbitration proceedings initiated on the basis of an arbitration clause contained in a bilateral investment treaty (BIT),

[1] CJEU, judgment of 26 October 2021, C-109/20, *PL Holdings*. The issue of compatibility of investment arbitration with EU law has been long debated in the literature, well before the Court of Justice took its standing in *Achmea*, see *ex multis*, J. BASEDOW, *EU Law in International Arbitration: Referrals to the European Court of Justice Journal of International Arbitration*, in *Journal of International Arbitration*, 2015, p. 367 ff.; A. DIMOPOULOS, *The validity and applicability of International Investment Agreements between Member States under EU and International Law*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 63 ff.; ID., *The Compatibility of Future Investment Agreements with EU Law*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, p. 447 ff.; A. REINISCH, *Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties: the Decisions on Jurisdiction in Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitration*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, p. 171 ff.; ID., *The EU on the Investment Path - Quo Vadis Europe? The Future EU BITs and other Investment Agreements*, in *Santa Clara Journal of International Law*, 2014, p. 111 ff.; M. BURGSTALLER, *European Law Challenges to Investment Arbitration*, in C. BALCHIN and Others (eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration*, Alphen aan den Rijn, 2010; R. BARATTA, *La politica commerciale comune dopo il Trattato di Lisbona*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, p. 403 ff.; S. HILDELANG, *Circumventing Primacy of EU Law and the CJEU's Judicial Monopoly by Resorting to Dispute Resolution Mechanisms Provided for Inter-se Treaties? The Case of intra-EU Investment Arbitration*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, p. 180 ff.; K. VON PAPP, *Clash of Autonomous Legal Orders: Can EU Member State Courts Bridge the Jurisdictional Divide Between Investment Tribunals and the ECJ? A Plea for Direct Referral from Investment Tribunals to the ECJ*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1039 ff.; ID., *Solving Conflicts with International Investment Treaty Law from an EU Law Perspective: Article 351 TFEU Revisited?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2015, p. 325 ff.; M. BURGSTALLER, *Investor-State Arbitration in EU International Investment Agreements with Third States*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, p. 207 ff.; N. LAVRANOS, *Is an International Investor-to-State Arbitration System Under the Auspices of the ECJ Possible?*, in *SSRN Electronic Journal*, 2011; S. W. SCHILL, *Luxembourg Limits: Conditions for Investor-State Dispute Settlement Under Future EU Investment Agreements*, in M. BUNGENBERG and Others (eds.), *EU and Investment agreements*, Baden, 2013, 37; D. GALLO, F. G. NICOLA, *The External Dimension of EU Investment Law: Jurisdictional Clashes and Transformative Adjudication* in *Fordham International Law Journal*, 2016, p. 1081 ff.; C. CELLERINO, F. MUNARI, *General Principles of EU law and investment arbitration*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2015, p. 115 ff.

considered invalid as a matter of EU law.[2] As such, the finding of the Court comes as no surprise. Indeed, the ruling ensures *effet utile* to the principles stated in the precedents *Achmea*[3] (relating to the incompatibility of *intra*-EU BITs arbitration clauses with the principle of mutual trust and autonomy of EU law) and *Komstroy*[4] (where incompatibility was extended to *intra*-EU investment arbitration based on the Energy Charted Treaty). To the extent that an *ad hoc* arbitration agreement aims to remedy the invalidity of a BIT arbitration clause, it cannot survive the scrutiny of the Court. Yet, no doubts that the present judgement must be distinguished from the mentioned precedents, in that it tackles the validity of an arbitration agreement contained in a contract concluded between the investor and the Member State, and not in a BIT (*i.e.*, as part of an international undertaking between Member States). More precisely, such contract was concluded, according to Swedish law, by virtue of the fact that Poland omitted to challenge the jurisdiction of the arbitral Tribunal within the time-limit prescribed by Polish law. This aspect of the case is particularly consequential, as it is capable to blur the distinction between commercial and investment arbitration elaborated in *Achmea* and the very exception for commercial arbitration based on the criterion of «*freely expressed wishes of the parties*», as ground for commercial arbitration.[5] Purpose of this contribution is to analyze the rationale underpinning this decision, as a follow-up of *Achmea*, and try to identify its specific impact on *intra*-EU investment arbitration landscape, taking into account also the subsequent developments in *Micula*[6] and *Romatsa*[7].

2. The *PL Holdings* case

The case originates from an investment dispute between PL Holding, a company incorporated under the law of Luxemburg, and the Republic of

[2] The source of State consent to arbitration lies on the dispute settlement clause contained in inter-state BITs referring to arbitration. More precisely, such clause is qualified as a general and permanent offer to arbitrate, which is considered accepted by the investor upon filing of arbitration proceedings *vis-à-vis* the host State concerned, in accordance with BIT arbitration clause, cfr. ICSID arbitral award, 27.6.1990, *AAPL* c. *Sri Lanka*, in *ILM*, 1991, p. 577.
[3] CJEU, judgment of 6 March 2018, C-284/16, *Achmea*, on which, for all, see the comments in S. BARBOU DES PLACES, E. CIMIOTTA, J. SANTOS VARA (eds.), *Special Section – The Achmea Case Between International Law and European Union Law*, European Papers, 2019, p. 4 ff. and there further references.
[4] CJEU, judgment of 2 September 2021, C-741/19, *Komstroy.*
[5] CJEU, *Achmea*, cit., para. 55.
[6] CJEU, judgment of 25 January 2022, C-638/19, *Micula.*
[7] CJEU, order of 21 September 2022, C-333/19, *Romatsa.*

Poland. PL Holding holds shares in two Polish banks. Following the merger of these entities, in 2013 PL Holding becomes the 99.59% shareholder of the new bank resulting from the merger. Upon such an occurrence, Polish financial supervising authorities, prohibit PL Holding from exercising the voting rights attached to its shares and order to sell them. The Polish authorities' decision is based on considerations of sound and prudent management of banks as recognized also by relevant EU law.[8] PL Holding complies with the national authorities' measures, but decides to start arbitration proceedings against Poland before the Arbitration institute of the Stockholm Chamber of Commerce, under the BIT between Poland, on the one part, and Luxemburg and Belgium, on the other (hereinafter the "Luxemburg-Poland BIT"), claiming damages for expropriation. Poland objects to the jurisdiction of the Tribunal in different moments of the arbitration proceedings, also based on EU law arguments. Yet, in 2017 (before the CJEU delivers its judgement in *Achmea*), the Tribunal holds itself competent to decide the dispute under public international law and awards damages to PL Holding.[9] Poland challenges the validity of the award before Swedish courts, contending *inter alia* the invalidity of the BIT arbitration clause, pursuant to the supervened *Achmea* judgement. The Svea Court of Appeal of Stockholm upholds the validity of the award, deeming that the jurisdiction of the Tribunal is based on a valid *ad hoc* arbitration agreement meanwhile concluded between the parties, and replacing the invalid BIT clause. Poland appeals the judgement of the lower court before the Swedish Supreme Court, which refers to the CJEU the preliminary question on whether EU law, as interpreted in *Achmea*, precludes national law to give effect to such *ad hoc* arbitration agreement, which allows the continuation of arbitration proceedings initiated on the ground of an invalid arbitration clause contained in a BIT.

3. The decision of the Court of Justice in *PL Holdings*, as a follow up to *Achmea*

Indeed, the premise of the CJEU's ruling is the finding by the referring court that the arbitration clause contained in art. 9 of the Luxemburg-Poland BIT

[8] Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council, of 26 June 2013, on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC.

[9] Final Award, 28 August 2017 and Partial Award, 28 June 2017, *PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland*, SCC Case No. V 2014/163.

is invalid, on ground of *Achmea*. The Court can hence avoid assessing the compatibility of such clause, assuming its invalidity as a matter of EU law. Actually, in *Achmea*, the Court declared a similar clause contained in a BIT between Member States incompatible not only with the principle of mutual trust, but also with the principle of autonomy of EU law stemming from arts 267 and 344 TFEU. Such conclusion was based on the (well known) three pronged approach: 1) the potential application of EU law by the arbitral Tribunal; 2) the fact that the Tribunal does not belong to the judicial system of the European Union; 3) the insufficient degree of the *ex post* review of the award by national courts as regards its substantive compliance with EU law. Concerning this last issue, in principle, judicial review of the award by national courts could bring questions of EU law addressed by the Tribunal before the CJEU, through the preliminary ruling procedure *ex* art. 267 TFEU. This would insert them within the system of EU judicial protection and thus preserve the autonomous application of EU law by its own and Member States' courts.[10] It should also be recalled that the Court, in *Achmea,* drew a distinction between commercial and investment arbitration. Commercial arbitration is considered compatible with autonomy of EU law, as an expression of private parties' autonomy in shaping their contractual relationships. As per stated case law, the limited grounds of judicial review of commercial awards is legitimate, in the interest of efficient arbitration proceedings.[11] Conversely, for the Court, investment tribunals are established by Member States with the very purpose to allow private parties to escape the jurisdiction of national courts in disputes that may concern the application or interpretation of EU law. Such a circumstance, coupled with the limited (or absent, in case of ICSID arbitration) grounds of judicial review of the awards, runs counter the obligation of Member States under article 19(1) TEU[12] and breaches the duty of sincere cooperation in the fulfillment of EU law.

In the light of the foregoing, the Court considers unacceptable under EU law a tacit *ad hoc* arbitration agreement between an investor and a Member State which establishes the jurisdiction of a Tribunal with a view to replacing

---

[10] On these issues, see, for all, K. LENAERTS, *The Autonomy of European Union Law,* in *I Post di AISDUE*, I, 2019, pp. 6 e 7; P. IANNUCCELLI, *La Corte di giustizia e l'autonomia del sistema giurisdizionale dell'Unione europea: quosque tandem?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 281 ff., spec. 287; R. ADAM, *Les frontières du système jurisdictionnel de l'Union europeénne: le rôle de la Cour de justice et le recours à d'autres instances judiciaires*, in K. LEANERTS (a cura di), *Liber Amicorum* Antonio Tizzano, Torino, 2018, p. 8 ff.

[11] CJEU, *Achmea*, cit., para. 54; CJEU, judgment of 1 June 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, paras 35, 36, 40; CJEU, judgment of 26 October 2006, C-168/05, *Mostaza Claro*, paras 34-39.

[12] CJEU, *Achmea*, cit., para. 55.

a body referred to in a BIT arbitration clause, considered invalid for having the same characteristics as the one considered in *Achmea*. Such an agreement would clearly constitute a circumvention of the principles stated in that judgement.[13] In other words, borrowing language from competition law, an *ad hoc* arbitration agreement such as the one at stake breaches EU law "by effect" (if not necessarily "by object"), in that it preserves the effects of an arbitration clause incompatible with EU law.[14] The Court reinforces its reasoning relying on the additional obligation of Member States to challenge the jurisdiction of a Tribunal established on the grounds of an invalid BIT arbitration clause and set aside, annul or refrain from recognizing or enforcing its arbitral award.[15] Such obligation stems from the principle of sincere cooperation applied to *Achmea* and is today spelled out also in the Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between Member States of the European Union singed between 23 Member States out of 27, in May 2020 (hereinafter, "Termination Agreement").[16] Any Member State that (expressly or tacitly) acknowledges the jurisdiction of such a Tribunal is running counter these obligations and is thus rendering the contractual legal basis unlawful, for infringement of fundamental principles of EU law. The reasoning of the Court in this respect is hardly questionable.

4. The synergies between *Achmea* case-law and EU state aid law: *Romatsa*

The obligations stemming from the mentioned principles may sometimes create synergies with those deriving from EU state aid law. More precisely, under EU State aid law, an advantage granted to an investor by a Member State in violation of State aid law cannot be the source of legitimate expectations for the investor, a duty of diligence being imposed on the investor on the compatibility of the aid with art. 108.3 TFEU.[17] Thus, the subsequent withdrawal of the advantage by the member State, in order to comply with EU state aid law, cannot be compensated. If an investment tribunal finds that the withdrawal of the advantage breaches the obligations provided for in a BIT and awards damages, the implementation of the resulting award by the

[13] CJEU, *PL Holding*, cit., para. 47.
[14] CJEU, *PL Holding*, cit., para. 48.
[15] CJEU, *PL Holding*, cit., para. 52.
[16] Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union, OJ L 169, 29.5.2020, pp. 1–41.
[17] *Ex multis*, CJEU, judgement of 7 March 2002, C-310/99, *Italy v Commission*, para. 103; CJEU, judgment of 11 March 2010, C-1/09, *CELF II*, para. 50 ff.

member State involved would itself constitute a State aid subject to Commission's control, as confirmed by the CJEU in *Micula*.[18] Indeed, in *Romatsa*, the Court stated that also the Court of a different member state, if seized to rule on the enforcement of such an arbitral award, is required, by virtue of arts 267 and 344 TFEU, to set aside that award and, therefore, may not in any case proceed with its enforcement in order to enable its beneficiaries to obtain the payment of damages awarded them.[19]

5. The (blurred) distinction between commercial and investment arbitration: AG Kokott's opinion in *PL Holdings*…

Having clarified the above, it may be questioned if the reasoning of the Court in *PL Holdings* extends to an arbitration agreement concluded between an intra-EU investor and a Member State (whether tacitly or within an investment contract), in the absence of an invalid BIT arbitration clause which the parties (illegitimately) intend to replace. *PL Holdings* provides limited guidance, to the extent that the Court, as usual, circumscribes the scope of the ruling to the very situation under scrutiny. This is a typical way of reasoning of the Court, which thereby keeps the room of maneuver for future distinguishing in different situations. Indeed, not necessarily the holding cannot apply to different but comparable situations, such as purely contractual investment arbitration. In this case, however: (i) *Achmea* may not apply entirely and (ii) a problem clearly arises with the criterion elaborated by the Court for the distinction between commercial and investment arbitration.

With reference to point (i), as already written elsewhere,[20] our reading of *Achmea* is that the ruling was motivated not only by the need to preserve the particular nature of the law of the EU Treaties (*i.e.* autonomy of EU law), but also by another constitutional concern: mutual trust among Member

[18] CJEU, *Micula*, cit.; see also European Commission State aid SA.54155 (2021/NN) – Arbitration award to Antin – Spain, *OJ* C 450, 5.11.2021, p. 5. In principle, the violation of EU state aid law by a Member State may occur both in *intra*-EU and *extra*-EU investment situations. For example, in the *Eurus v. Spain*, the Tribunal found that a Japanese investor could not claim legitimate expectations in conflict with EU State aid law, see ICSID Case No ARB/16/4, Decision on Jurisdiction and Liability (17 March 2021), *Eurus Energy Holdings Corporation v. Kingdom of Spain*, paras 232, 236. See for further references, J. HENDRIK FAHNER, *Compensation or competitive advantage?*, in *ICSID Review, Foreign investment law journal*, 2022, p. 672 ff.

[19] CJEU, *Romatsa*, cit.

[20] C. CELLERINO, *More on the constitutional dimension of the Achmea ruling and … "less" on its impact on the ICS*, in *European Legal Forum*, 4/2019, p. 85 ff.

States courts. It is submitted that, when a Member State concludes a BIT with another Member State, choosing to defer investment disputes to the jurisdiction of an international arbitral Tribunal, it is explicitly showing its distrust towards the jurisdiction of the other Member State, as not capable to solve properly such disputes, including their EU law aspects. This, for the Court, «calls into question […] the principle of mutual trust among the Member States».[21] With this said, in case of purely *ad hoc* investment arbitration, it is unlikely that this mutual trust argument can apply. Indeed, the obligation of mutual trust on other Member States compliance with EU law binds Member States in their reciprocal relationship.[22] However, by concluding an arbitration agreement with a private investor of another Member State, a Member State does not violate the *obligation of trusting* other Member States systems. With regard to this specific profile, therefore, such arbitration agreement may not be problematic. Instead, it remains to be assessed whether an investment arbitration Tribunal established through a contract between an investor and a Member States, in absence of any BIT between the Member States involved, is in itself compatible with the principle of autonomy of EU law, as expressed in artt. 344 and 267 TFEU. More precisely, it should be questioned whether the exercise of jurisdiction by such Tribunal would preserve the fundamental role of national courts in the application of EU law and their dialogue with the Court of Justice, through the preliminary ruling procedure (*supra*, § 3). Should the answer be negative, accordingly, the choice of a Member State to conclude such an agreement would be in breach of the duty of sincere cooperation in the fulfillment of EU law, unless the commercial arbitration exception applies.

In this respect, coming to point ii), to the extent that the arbitrated dispute would relate *inter alia* to the exercise of public powers *vis-à-vis* a foreign direct investment, in absence of a BIT, the Tribunal would be *a fortiori* required to interpret EU law, as part of national law. Such Tribunal would also certainly fall outside the EU judicial system, this being a well rooted position in the CJEU case law. As regards the limited degree of judicial review of Tribunal's awards, the *Achmea* criterion justifying compatibility of commercial arbitration with EU law based on the «*freely expressed wishes of the*

[21] CJEU, *Achmea*, cit., para. 58.
[22] CJEU, opinion of 30 April 2019, *1/17 on CETA*, para. 128.

parties» (*supra*, § 3) would not allow to distinguish *ad hoc* investment arbitration from commercial arbitration.[23]

Indeed, this criterion was widely criticized in the literature, on the consideration that also private parties' choice of commercial arbitration relies on the legal orders of the Member States regulating commercial arbitration domestically. Hence, the same obligations should flow from the Treaties onto Member States as regards both commercial and investment arbitration.[24] Further weaknesses clearly arise in this case, where an investment arbitration Tribunal is likewise established through exercise of parties' autonomy. It could therefore be questioned whether arbitration clauses contained in investment contracts concluded by Member States with private parties would fall under the commercial arbitration exception (*supra*, § 3).

In this regard, it should be noted that, according to AG Kokott opinion in *PL Holdings*, it is only in relation to commercial arbitration *stricto sensu* (intended as arbitration based on contracts governing a relationship where parties are on equal footings), that the Court seems willing to tolerate a limited ground of review of the award, and, accordingly, a possible loophole in the effectiveness of EU law, based on the will of the parties.[25] Hence, the Court would not accept that a Member State removes *intra*-EU investment disputes – which by definition may imply the «sovereign application of EU law»[26] – from EU judicial system, through the conclusion of an (even isolated) arbitration agreement with the investor: if done repeatedly,[27] this would undermine autonomy of EU law as interpreted in *Achmea*, running once again afoul Member State obligations under art. 19 TEU. The different treatment of this type of arbitration *vis-à-vis* purely commercial one would thus be based on the different nature of the relationship subject to arbitration under the contract. Following this reasoning, according to AG Kokott's

---

[23] See also, G. ZARRA, *La decisione della Corte di giustizia UE nel caso PL Holdings: la legge del più forte e la sconfitta del diritto*, in *SIDIBlog*, 5 November 2021, qualifying *ad hoc* investment arbitration as "commercial", unless carried out under the ICSID framework.

[24] See, for such a critique, also on other gounds, *inter alia*, L. FUMAGALLI, *Meccanismi ISDS negli intra-EU BIT's: la Corte di giustizia pone fine a un lungo dibattito. E ora?*, in *Rivista di diritto internazionale,* 2018, p. 903; A. DIMOPOULOS, *Achmea: The principle of Autonomy and Its Implications for Intra and Extra-EU BITs*, in *EJIL:Talk!*, 27 March 2018, www.ejiltalk.org.

[25] Opinion of Advocate General Kokott of 22 April 2021, C-109/20, *PL Holdings*, paras 46 and 52. More precisely, according to AG Kokott, «*in such disputes, it is not only the arbitration agreement but also the disputed legal relationship itself that is based on the autonomous will of the parties*», a situation which does not occur in case of an investor/State relationship, where the former is subject to the sovereign powers of the State, also as regards the regulation of the investment.

[26] AG Kokott, cit., para. 55.

[27] CJEU, *PL Holdings*, cit., para. 49.

opinion, *ad hoc* investment arbitration may be compatible with autonomy of EU law only provided that full judicial review of the award by Member States courts is ensured, including the possibility of preliminary references to the Court of Justice *ex* art. 267 TFEU.[28]

6. … and the different (but ambiguous) indications of the Court in *Micula*

Although the above mentioned approach is persuasive,[29] some indications contained in the subsequent *Micula* judgment seems to move in a different direction. More precisely, in that case, the Court of Justice explained *inter alia* that State consent to arbitration expressed in a BIT is incompatible with EU law to the extent that, by virtue of such consent, Member States agree to remove, «*generally and in advance*», from the jurisdiction of their own courts, disputes which may require the application and interpretation of EU law.[30] It could be argued that, to the extent that state consent to arbitrate contained in a contract (even a contract involving a foreign investment) fails to meet the "general applicability" requirement, such agreement would possibly survive the scrutiny of the Court, at least as far as non ICSID arbitration is concerned. Indeed, only following this line of reasoning, the criterion elaborated in *Achmea* based on the «*freely expressed wish of the parties*» would hold valid in a coherent way throughout the case-law of the Court of Justice, resulting in the equal treatment of contract based arbitration, irrespective of whether or not the contract relates to a foreign investment.[31] If this reading is correct, the scope of *PL Holding* ruling would be arguably circumscribed to cases of *ad hoc* arbitration agreements aiming to elude the invalidity of an existing BIT arbitration clause. However, it is far from clear weather, in *Micula*, the Court simply re-stated the *Achmea* ruling or, instead, aimed to clarify the boundaries of its case-law, after *PL Holdings*. Until the Court does not take an express position on this issue, the question remains open, the final word probably depending also on the framing of the contractual arbitration clause.

---

[28] AG Kokott, cit., para. 65.

[29] We agreed with AG Kokott on this point in a previous writing, published before the *Micula* judgement, see C. CELLERINO, *To arbitrate or not to arbitrate versus Member States after PL Holdings? An EU law perspective on intra-EU investment arbitration in the post-BITs era*, in *SIDIBlog*, 10 January 2022.

[30] CJEU, *Micula*, cit., para. 144.

[31] On the qualification of ad hoc investment arbitration ouside the ICSID framework as commercial arbitration, see G. ZARRA, *La decisione della Corte di giustizia UE nel caso PL Holdings*, cit.

7. Concluding remarks: the approach of national courts and EU institutions

After *PL Holdings*, the gradual dismantling of *intra*-EU investment arbitration initiated some years ago seem to have come to one of its last battles. The CJEU is fully legitimizing the political agenda of EU institutions and of the vast majority of Member States to definitely outlaw traditional (at least treaty-based) *intra*-EU investment arbitration from the European investment space. While intra-EU investment arbitration tribunals still show their reluctance – and sometimes blatant refusal[32] – to apply CJEU case-law when assessing their jurisdiction under relevant BITs, Member States courts play a central role to set aside – or resist enforcement in their territory of – the awards of investment arbitration tribunals constituted on the basis of *intra*-EU BITs, considered invalid as a matter of EU law.[33] With the signature of mentioned Termination Agreement (*supra*, § 4), further debate in this respect seems destined to remain mainly academic. Apparently, some investors continue to initiate arbitration proceedings against Member States, based on existing contracts, trying to elude the application of EU law. However, the effectiveness of these *escamotages* in avoiding legal hurdles, especially in the enforcement phase in third countries, is uncertain.[34]

On the side of the EU institutions, the protection of intra-EU investments is being tackled by the European Commission, also in the context of the ongoing work for the Capital Market Union.[35] It should be recalled that in 2018, the EU Commission tried to reassure intra-EU investors that their

---

[32] So far, the *intra*-EU jurisdictional objection based on *Achmea* has been fully accepted only by one arbitral tribunal, which declined its jurisdiction in the SCC Award of 16 June 2022, *Green Power v. Spain*, available on italaw.com.

[33] Awards not based on ICSID Convention have been successfully challenged and set aside on the basis of lack of jurisdiction or breach of public order by several national Court of the Member States, while more controversial are the effects of ICSID awards, at least before German courts, see, for an updated account of domestic court's decisions on these issues and related reference, S. HINDELANG, *Achmea goes to Washington*, in *Verfassungsblog*, 19 April 2023. See also the stay of enforcement proceedings of the Micula award by Brussels Court of Appeal, 12 March 2019, *Micula v. Romania Airtraffic services administration et al.*, 2016/AR/393 and 2016/AR/394, available on italaw.com; and English Court of Appeal (Civil division), judgment of 27 July 2018, *Micula et al. v. Romania*, 2018 EWCA CIV 1801. For different views on these aspects, see A. CARLEVARIS, A. CIAMPI, *Beyond Achmea: implications for EU Member States, Arbitrators, National Courts and the European Investors*, in *Rivista dell'arb*itrato, 2020, p. 661 ff.; G. ZARRA, *The enforceability of arbitral awards deriving from intra-EU investment agreements. Reflections on Treaty law issues and on the EU's unsustainable position*, in *Diritto del Commercio internazionale*, 2018, p. 891 ff.

[34] See, on the different approaches of US Courts on the enforcement of *intra*-EU investment arbitral awards, S. HINDELANG, *Achmea goes to Washington*, cit.

[35] Communication from the Commission, A Capital Markets Union for people and businesses-new action plan, COM(2020) 590, 24 September 2020.

rights were widely protected under the far reaching nature of internal market rules, including a minimum (though not necessarily uniform) level of protection of the right to property against public expropriation, afforded by national constitutions, EU law and applicable human rights standards.[36] Hence, after *Achmea*, failures in the protection of European investors rights «*would have to be filled within th[e judicial] system [of the Member States]*»,[37] including the action for damages under the *Francovich* doctrine,[38] in case of Member States violation of EU law. However, the investment community continued to voice concerns relating to the deteriorating investment environment in the EU due to unforeseeable and sudden changes of legislation and, more importantly, to the uneven capacity of national judicial systems to provide impartial and efficient protection to the rights of EU citizens and enterprises. The Commission, apparently squeezed between a stagnation of transnational investments flows (also linked to the pandemic), and the awareness of the rule of law issues affecting the judicial systems of some Member States, did not turn a deaf ear: in 2020, it launched a public consultation on an intra-EU investment protection and facilitation initiative.[39] The text of the consultation shows that the Commission was open to several options, in order to improve the intra-EU investment environment in the post-BITs era, which also overlapped with the COVID-19 recovery phase. Besides the implementation of tools of amicable resolution and prevention of investment disputes, the possibility was not excluded to establish, if deemed necessary, a binding intra-EU investment dispute settlement mechanism on the model of the Unified Patents Court (*i.e.* compatible with the principle of autonomy of EU law). Following the end of the public consultation in September 2020, a legislative proposal was expected in December 2021. However, the proposal never came to life. Probably, issues raised by the investment community were assessed as not sufficiently material or systematic to warrant specific legal action at EU level.[40]

This suggests that, within the internal market, investors' protection will have to rely, in case of investment disputes with the host state, on existing national and EU legal standards, as applied by national courts. It is true that, in some member States, the system of judicial protection is currently undergoing close scrutiny by EU institutions as regards its conformity with rule of

[36] Communication from the Commission, Protection of intra-EU investment, COM(2018)547.
[37] CJEU, *PL Holdings*, cit., para. 68.
[38] CJEU, judgment of 19 November 1991, C-6/90 and C-9/90, *Francovich.*
[39] European Commission, *Public consultation document - An intra-EU investment protection and facilitation initiative*, www.ec.europa.eu.
[40] See, Commission official web-site, last accessed on 22 June 2023: www.finance.ec.europa.eu

law. Yet, other tools exist under EU law to face this different (though certainly connected) challenge, with a view to raise domestic rule of law standards in all the member States, pursuant to relevant Treaty provisions.[41] No doubt that the rule of law in the EU judicial space should be pursued by strengthening these mechanisms. Instead, the idea of offering *intra*-EU investors a special forum *in lieu* of local courts would bear particularly disruptive implications for the «capacity of the Union to operate autonomously within its unique constitutional framework».[42] Not only it would somehow institutionalize the distrust in the capacity of certain member States to perform their judicial functions in compliance with art. 2 TEU, with inevitable consequences on the principle of mutual trust which underpins the entire process of European integration, but a real risk exists to increase the leverage of big multinational investors *vis-à-vis* the exercise of domestic public powers (especially in case of fragile national economies) aimed at the protection of the general interest. This is even more problematical in a moment, like the present one, where important (green and digital) transitions are being imposed on the European economy, with the related need to innovate existing legal frameworks, in accordance with applicable international and EU law. In the same vein, the proposal for a coordinated withdrawal from the Energy Charter Treaty by EU and the Member States is reportedly motivated by the incompatibility of such investment treaty with current EU and climate change ambitions and international commitments under the Paris Agreement in the energy sector.[43] In this perspective, the decision of the Commission to drop, at least at this stage, the idea of intra-EU binding (alternative) dispute resolution tools seems particularly wise, and informed by the same constitutional concerns underpinning, in our reading, the *Achmea* line of cases, as further

[41] The Court of Justice has stated the importance of ensuring the independence of national courts, as a matter of EU law, and the systemic risks that the EU legal order would undergo, should the national systems of the Member States fail to meet such standard. Infringement procedure *ex* art. 258 TFEU is available, when the independence of national courts is undermined, based on a violation of Article 19(1) TEU in combination with Article 47 of the Charter of Fundamental Rights. See *ex multis* CJEU, Judgement of 27 February 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v. Tribunal de Contas*; CJEU, C-216/18 (PPU) *Minister for Justice and Equality*; CJEU, Judgment of 24 June 2019, C-619/18, *Commission v. Poland*. Furthermore, art. 47 of the European Charter of Fundamental Rights has been applied in order to ensure effective access to judicial protection within national systems, with regard to the application of EU law, also in favour of foreign investors, CJEU, judgment of 19 March 2015, C-510/13, *E.ON Földgáz Trade Zrt v. Magyar Energetikai és Közmű-szabályozási Hivatal*.

[42] CJEU, *Opinion 1/17*, cit., para. 150.

[43] Proposal from the European Commission, Proposal for a Council decision on the withdrawal from the Energy Charter Treaty, COM(2023)447, 7 July 2023.

developed also in *Opinion 1/17*:[44] namely, to ensure the capacity of the Union to continue to shape European society through the enactment of its own laws, based on its own (democratic) decision making processes, and strengthen its effective application at Member States level. Failing this, the trust of business in the proper functioning of the internal market would *a fortiori* fade. The consequences would even more severe, for us all.

[44] *Ibid.*

SEZIONE IV

Temi di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea

La nuova "strategia" della Corte europea in ordine ai criteri di trattazione dei ricorsi: un primo bilancio dei cd. "impact" *cases* nell'ottica di una selezione di "qualità"

ANNA IERMANO*

SOMMARIO: 1. Dalla *priority policy* agli *impact cases*. – 2. La politica di "prioritarizzazione" dei ricorsi dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3. Una strategia di trattazione dei ricorsi più efficace: i casi di impatto. – 4. Riflessioni conclusive a margine di una selezione dei ricorsi di "qualità".

ABSTRACT: La Corte europea è sempre più protesa verso il rafforzamento della sua politica di definizione delle priorità nella trattazione dei ricorsi. Da qui la nuova categoria degli "impact" cases, ovvero di casi non prioritari ma di elevata importanza per il ricorrente e per lo Stato convenuto o per l'evoluzione del sistema convenzionale, rispetto ai quali la Corte procede ad una rapida identificazione e classificazione e si propone di agire con maggiore celerità. La Corte europea punta così ad un salto di qualità ulteriore – non senza criticità – rispetto alla "Strategia di prioritarizzazione" con l'intento di far sì che il successo della Corte non si misuri solo sotto il profilo "quantitativo", in termini di numero di ricorsi, quanto piuttosto alla stregua di una trattazione di "qualità"; e ciò in una prospettiva dinamica ed evolutiva del diritto che, oltre a velocizzare i tempi procedural-processuali, è tesa a cogliere, altresì, le novità dell'epoca capaci di incidere sul piano interno e/o convenzionale.

PAROLE CHIAVE: *priority policy* – classificazione ricorsi – *impact cases* – ricorsi Corte di Strasburgo – categorie ricorsi – semplificazione.

1. Dalla *priority policy* agli *impact cases*

A partire dal 2021[1], la Corte europea dei diritti dell'uomo ha inaugurato una nuova strategia di trattazione dei ricorsi consistente nell'individuazione dei cd. "impact" cases, ovvero di casi non prioritari ma di elevata importanza per

* Ricercatrice in diritto internazionale, Università degli Studi di Salerno, aiermano@unisa.it.

[1] Annual Report 2021. La relazione annuale della Corte europea sull'attività del 2021, presentata il 25 gennaio 2022, a firma dell'allora Presidente della Corte europea Robert Spano dà conto, *inter alia*, della neo categoria degli "*impact*" *cases.*

il ricorrente e per lo Stato convenuto o per l'evoluzione del sistema convenzionale, rispetto ai quali la Corte procede ad una rapida identificazione e classificazione e si propone di agire con maggiore celerità[2].

Tale *modus operandi* risponde ai principi contenuti nella Dichiarazione adottata nella Conferenza di alto livello di Copenaghen del 13 aprile 2018[3] sulla riforma del sistema di garanzia della Corte europea iniziata ad Interlaken nel 2010[4] – e di cui sono significative, altresì, le Dichiarazioni adottate a Izmir nel 2011[5], Brighton nel 2012[6] e Bruxelles nel 2015[7] – nella quale gli Sta-

[2] Annual Report 2022. Relazione annuale della Corte europea sull'attività del 2022, presentata il 26 gennaio 2023, a firma della Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo Siofra O'Leary.

[3] Tale Dichiarazione muove dall'esigenza di una rinnovata discussione sull'avvenire della Corte europea dei diritti dell'uomo, evidenziando, anzitutto, la necessità di migliorare il dialogo costruttivo e continuo tra quest'ultima e gli Stati contraenti, anche sulla definizione dei rispettivi ruoli, al fine di garantire un sistema convenzionale effettivo. Tra gli aspetti innovativi, si segnala l'invito ad un più ampio ricorso all'"intervento del terzo" – inteso sia come Stato-terzo, sia come terzo-esponente della società civile – specie con riguardo ai casi rimessi alla Grande Camera. A tal proposito, Corte e Stati contraenti vengono incoraggiati a rendere questo strumento più accessibile e conosciuto; ad informare la collettività della pendenza di ricorsi su questioni di principio; a sollecitare forme di coordinamento e cooperazione sugli interventi di terzi anche con l'aiuto degli agenti governativi, evidenziando l'utilità del loro sostegno per dare risalto all'importanza della questione. Al riguardo cfr. G. RAIMONDI, "*High level Conference*" Speech, 11-13 aprile 2018, Copenaghen, il quale ha definito tale dichiarazione "*political*", "*pratical*" e "*dynamic*". Il primo aspetto è testimoniato dal numero di ministri presenti; il secondo, dall'esplicito riconoscimento che la Corte possa contare su risorse finanziarie adeguate al suo compito, invitando gli Stati ad elargizioni integrative su base volontaria; il terzo, dall'invito rivolto agli Stati a prendere parte più intensamente al sistema di protezione dei diritti umani, in termini attivi e non semplicemente reattivi rispetto alle decisioni della Corte.

[4] Dichiarazione conclusiva della Conferenza di alto livello sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo, del 17-18 febbraio 2010, www.echr.coe.int. Nel semestre di presidenza svizzera del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, si è tenuta ad Interlaken la prima conferenza politica sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo, alla quale hanno preso parte i governi europei rappresentati ad un elevato livello politico. Le origini della conferenza muovono dalla constatazione che la Corte europea non riesce più a svolgere il ruolo che intesero assegnarle gli ideatori e primi sottoscrittori della Convenzione, a causa dell'elevato numero di ricorsi. In dottrina v. S. SALINA ALCEGA, *Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme suite au processus d'Interlaken: l'évolution technique d'un mécanisme politique*, in *Revue québécoise de droit international*, 2014, n. 2, pp. 99-117.

[5] Dichiarazione conclusiva della Conferenza di alto livello sul futuro della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, 26-27 aprile 2022, in www.echr.coe.int.Tale Dichiarazione si pone nel solco del processo di riforma del meccanismo di controllo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo lanciato dalla Conferenza di Interlaken, perseguendo tre obiettivi principali che si fondano sull'esigenza di garantire a lungo termine l'efficacia di tale meccanismo: una valutazione fino ad oggi dell'impatto del Protocollo n° 14; un bilancio del processo di riforma lanciato a Interlaken; un impulso per il proseguimento della riforma a seguito di una riflessione approfondita. Al riguardo cfr. J.P. RUI, *The Interlaken, Izmir and Brighton Declarations: Towards a Paradigm Shift in the Strasbourg Court's Interpretation of the European Convention of Human Rights?*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2013, n. 1, pp. 28-54.

[6] Dichiarazione conclusiva della Conferenza di alto livello sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo, 26-27 aprile 2012, in www.echr.coe.int. Al riguardo si segnala l'enfasi posta sulle misure che dovrebbero essere adottate dagli Stati stessi, sul riconoscimento della respon-

ti hanno incoraggiato «*the approach taken by the Court in seeking to focus judicial resources on the cases raising the most important issues and having the most impact as regards identifying malfunctions in national human rights protection*» (cap. I, nota 125).

Nel periodo di tale processo di riforma[8] formalmente chiuso ad Atene nel novembre 2020[9], in occasione del 70° anniversario della Convenzione europea[10], la Corte si è proiettata verso una politica di "prioritizzazione" dei ri-

---

sabilità condivisa nei confronti del sistema che richiede alle autorità nazionali di adottare delle misure efficaci per prevenire le violazioni e per fornire delle vie di ricorso. Essa individua le diverse aree di intervento e sottolinea l'importante ruolo del Consiglio d'Europa nel fornire assistenza. R. SAPIENZA, *L'equilibrio fra ricorsi interni e ricorsi internazionali nel processo di riforma del sistema della Convenzione europea dei diritti umani dopo la Dichiarazione di Brighton*, in *La Comunità internazionale*, 2013, n. 2, pp. 309-319; A. BULTRINI, *La Conferenza di Brighton sul futuro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, n. 3, pp. 668-671; V. MACCIONI, *Il futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo nella Dichiarazione adottata a Brighton dal Consiglio d'Europa*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, n. 4, pp. 1543-1559; G. RAIMONDI, *La Dichiarazione di Brigthon sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista trimestrale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, n. 3, pp. 1-5.

[7] Dichiarazione conclusiva della Conferenza di alto livello: "*L'attuazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la nostra responsabilità condivisa*", 26-27 marzo 2015. Tale Conferenza intende infondere nuovo impulso al processo di riforma avviato nel 2010, evidenziando sia la responsabilità condivisa rispetto all'applicazione della Convenzione sia l'impegno per l'esecuzione delle sentenze della Corte europea.

[8] Il processo di Interlaken, avviato nel 2010 ha portato ad un pacchetto di misure di riforma attuate nel decennio successivo per far sì che la Corte europea potesse far fronte ad un crescente numero di ricorsi. Tale lavoro collettivo, che è stato guidato dal Comitato dei Ministri e si è basato sugli sforzi della Corte stessa, ha beneficiato del coinvolgimento degli Stati parti della Convenzione nel quadro delle loro attività all'interno del Comitato direttivo per i diritti umani (CDDH).

[9] La Dichiarazione di Atene della Presidenza del Comitato dei Ministri "*Rispondere efficacemente a una crisi di salute pubblica nel pieno rispetto dei diritti umani, della democrazia e dello Stato di diritto*", 4 novembre 2020. In una riunione in videoconferenza, i Ministri degli Esteri dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa hanno affermato "*il loro profondo impegno a sostenere, attuare e rafforzare i valori, i principi e i diritti sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*" nel 70° anniversario della Convenzione e nel contesto senza precedenti dell'attuale crisi sanitaria. Nella Dichiarazione conclusiva della Presidenza del Comitato dei ministri, essi hanno sottolineato che la Convenzione, "*definendo i diritti umani che non possono essere oggetto di deroga, stabilisce chiaramente linee rosse che non possono essere superate, anche in tempi di grave crisi sanitaria*"; inoltre, hanno evidenziato la necessità di salvaguardare il diritto alla salute per tutti e altri diritti sociali ed economici, come i diritti alla protezione sociale, all'istruzione e alle condizioni di lavoro sicure e sane, sulla base dell'inclusione, della non discriminazione e dell'uguaglianza di genere. I Ministri hanno affermato che la questione prioritaria è quella di "*essere meglio preparati per le future crisi di sanità pubblica e altre emergenze, compresi i disastri naturali e tecnologici*", tenendo "*anche presente che la vita e il benessere sul nostro pianeta dipendono dalla capacità collettiva dell'umanità di garantire sia i diritti umani che un ambiente sano alle generazioni future e riconosciamo che il ruolo del Consiglio d'Europa a tale riguardo è diventato più importante che mai*".

[10] Cfr. S. KADELBACH, R. HOFMANN (eds.), *70 years of human rights and the rule of law in Europe*, Nomos, Baden-Baden, 2021; P. DE SENA, S*ul settantesimo anniversario della Convenzione europea: fra successi e prospettive di alterazione del sistema*, in *Eurojus*, 2020; A. DI STASI,

corsi per velocizzare i tempi di trattazione e lo smaltimento dei casi più gravi ed urgenti a fronte di una consistente mole di arretrato.

Al contempo, essa ha preso atto che taluni casi camerali, pur non essendo prioritari, risultano di particolare importanza per l'evoluzione del sistema di tutela dei diritti umani e sollevano nuovi interrogativi in materia di interpretazione ed applicazione della Convenzione europea.

Tali casi, ora qualificati di "impatto", sono al centro della nuova "Strategia" della Corte, con riferimento alla quale la Cancelleria ha pubblicato un documento di sintesi[11] che ne descrive i principali aspetti.

Al riguardo, come dichiarato dall'ex Presidente della Corte europea Robert Spano nel suo discorso al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa[12] il 17 marzo 2021, muovendo dalla necessità di un cambio di paradigma ("*paradigm shift*"), la Corte è sempre più protesa verso il rafforzamento della sua politica di definizione delle priorità, concentrandosi principalmente sulla rapida identificazione dei casi cd. di "impatto". Il successo della Corte – aggiunge – non sarà più misurato sulla base del numero totale dei ricorsi decisi in un determinato periodo, quanto piuttosto alla stregua della trattazione dei casi più importanti, che sollevano questioni di fondamentale rilevanza per i ricorrenti, per ciascuno Stato membro e per il più ampio spazio giuridico europeo. In tal modo la strategia contribuirà a garantire che la Corte resti "*a Court that matters/une Cour qui compte*".

Come vedremo di qui a breve, siffatti "*impact cases*" sono e saranno individuati sulla base di alcuni criteri che, tuttavia, non mancano di destare qualche incertezza interpretativa per le ragioni che saranno poste in evidenza nelle osservazioni conclusive.

Editoriale - La Convenzione europea dei diritti umani: l'effettività di un unicum a 70 anni dalla sua firma, in *Freedom Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, n. 3, la quale definisce la Convenzione un *unicum* da custodire e preservare, ad opera della attuale "*generazione di guardiani del Consiglio d'Europa*", soprattutto rispetto a tentativi finalizzati a ridimensionarne la sua forza precettiva in nome del richiamo alla salvaguardia di presunte forme di sovranità statuali; inoltre – aggiunge l'A. – le caratteristiche che hanno fatto della Convenzione un *unicum* "*ne mantengono immutata la* vis *al servizio dell'ancora necessario rafforzamento di un "patrimonio costituzionale (pan)europeo*".

[11] "*A Court that matters/Une Cour qui compte*". A strategy for more targeted and effective case-processing, 17 marzo 2021.

[12] Discorso del Presidente Spano "*Exchange of views with the Committee of Ministers*", Strasburgo 17 marzo 2021., in www.echr.coe.int.

2. La politica di "prioritarizzazione" dei ricorsi dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo

In ordine alla trattazione dei ricorsi, già nel giugno 2009 la Corte europea ha modificato l'art. 41 del proprio Regolamento che disciplina la trattazione prioritaria dei ricorsi[13], attribuendo rilievo all'importanza e all'urgenza delle questioni sollevate, sulla base di criteri da essa stessa definiti.

Sino alla riforma del citato art. 41, i casi venivano generalmente istruiti secondo un ordine cronologico, rilevatosi inadeguato a fronte dell'elevato numero di ricorsi pendenti che impediva la trattazione, in tempi congrui, di *quaestiones* attinenti a violazioni gravi, spesso preceduta dalla trattazione di ricorsi ripetitivi.

La Corte ha così adottato una politica di "prioritariarizzazione", dando precedenza ai casi complessi più importanti, gravi ed urgenti. A tal fine, l'Assemblea plenaria dei giudici ha fissato sette categorie, elencate qui di seguito e oggetto, tra l'altro, di revisione a partire dal 22 maggio 2017: Categoria I – ricorsi urgenti, in particolare quando il ricorrente lamenta un rischio per la vita o per la sua salute; oppure qualora il ricorrente è privato della libertà quale diretta conseguenza della presunta violazione dei suoi diritti tutelati dalla Convenzione, o allorquando sussistono altre circostanze gravi legate alla situazione personale o familiare del ricorrente, come il benessere di un minore, o infine nel caso di applicazione di una misura provvisoria ai sensi dell'art. 39 del Regolamento della Corte; Categoria II – ricorsi che sollevano questioni in grado di incidere sull'efficacia del sistema della Convenzione, in particolare quando pongono l'attenzione su un problema strutturale o endemico che la Corte non ha avuto ancora l'occasione di esaminare, ad esempio attraverso una procedura pilota o ricorsi che sollevano un'importante questione di interesse generale, come ad esempio una *quaestio* suscettibile di ripercussioni rilevanti sugli ordinamenti nazionali o sul sistema europeo; Categoria III – ricorsi che lamentano la violazione degli articoli 2, 3, 4 o 5, par. 1 della Convenzione ("*core rights*"), indipendentemente dal fatto che siano ripetitivi, e che abbiano dato luogo a minacce dirette all'integrità fisica e alla dignità della persona; Categoria IV – ricorsi potenzialmente fondati nel merito relativi ad altri articoli della Convenzione; Categoria V – ricorsi che sollevano questioni già trattate in una sentenza pilota o che riguardano *leading*

[13] Regolamento della Corte 1° gennaio 2020, che contiene le modifiche adottate dalla Corte plenaria il 4 novembre 2019, in www.echr.coe.int.

cases ("casi giurisprudenziali consolidati"); Categoria VI – ricorsi con problemi di ammissibilità; Categoria VII - ricorsi manifestamente irricevibili.

Le attuali categorie sono il risultato, come anticipato, della revisione del 2017 che, in primo luogo, ha escluso dalla politica di "prioritarizzazione" i ricorsi interstatali *ex* art. 33 della Convenzione – fino ad allora rientranti nella Categoria II – ed ha esteso, altresì, la definizione dei ricorsi di cui alla Categoria I alle situazioni in cui "il ricorrente è privato della libertà come diretta conseguenza della presunta violazione dei diritti della Convenzione".

In sintesi, dunque, l'attuale politica prevede categorie che vanno dai ricorsi urgenti riguardanti ricorrenti vulnerabili (Categoria I) a casi manifestamente irricevibili rigettati di solito dal Giudice unico (Categoria VII).

Tra questi, i ricorsi ricompresi nelle Categorie I-III sono decisi dalla Corte mediante sentenze o decisioni adottate principalmente dalla Grande Camera o dalle Camere di sette giudici, mentre i ricorsi ripetitivi e manifestamente irricevibili di cui alle Categorie V-VII sono esaminati dai giudici di Strasburgo rapidamente attraverso i diversi meccanismi di filtraggio e le nuove modalità di lavoro introdotte durante il periodo di riforma di Interlaken[14]. Tutte le altre fattispecie, invece, che non sono né prioritarie, né – come meglio vedremo – "d'impatto", sono rimesse ai Comitati di tre giudici anziché alle Camere di sette.

In definitiva, alla luce di siffatta impostazione, un caso che appartenga ad una categoria di importanza elevata sarà esaminato prima di un ricorso che rientri in una categoria di importanza inferiore, anche se, invero, la Camera o il suo Presidente possono derogare a tali criteri ed esaminare con priorità un particolare ricorso, stabilendo un diverso ordine di trattazione (art. 41 citato).

Il rischio è che in un anno si giunga alla conclusione di un minor numero di ricorsi, considerato che i casi più complessi esigono, in genere, molto più tempo rispetto a quelli ad esempio ripetitivi, oggetto di una giurisprudenza consolidata, ma in compenso si intendono pur sempre risolte le questioni di maggior rilevo.

Infine – evidenzia la Corte – ci sono attualmente ricorsi potenzialmente fondati nella Categoria IV che non riguardano violazioni dei diritti fondamentali *ex* artt. 2-5, par. 1 CEDU e che in media richiedono 5-6 anni per essere decisi, i quali, pur non rappresentando casi prioritari, possono sollevare "questioni chiave" di rilevanza per lo Stato in questione e/o il sistema della

[14] Per approfondimenti si rinvia a V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, III ed, Bologna, 2022, p. 445 ss.

Convenzione nel suo insieme e giustificare, pertanto, un trattamento più rapido.

Tali casi, come anticipato, sono oggi identificati e contrassegnati come di "impatto" in una nuova Categoria IV-*High*, mentre per i restanti casi di Categoria IV "senza impatto", si propende, invece, per una trattazione maggiormente standardizzata e razionalizzata, che si avvale dei metodi di lavoro e degli strumenti informatici esistenti, sempre nell'ottica deflattiva del contenzioso.

3. Una strategia di trattazione dei ricorsi più efficace: i casi di impatto

Nel marzo 2021, nel quadro della nuova strategia denominata "*Una Corte che conta*", che si aggiunge alla già citata politica di "prioritarizzazione", la Corte ha identificato, nell'ambito della IV categoria suesposta, la tipologia dei casi di "impatto", non riguardanti i diritti garantiti dagli artt. 2 e 3 e 5, par. 1 CEDU ma purtuttavia di potenziale rilevanza per il ricorrente e per lo Stato convenuto o per l'evoluzione del sistema convenzionale.

Tali casi sono identificati sulla base di criteri guida flessibili e di un elenco di esempi, quali quelli che seguono: la conclusione della causa potrebbe comportare una modifica o un chiarimento della legislazione o della prassi internazionale o nazionale, investire questioni morali o sociali, o sollevare una questione emergente o comunque significativa in materia di diritti umani; inoltre, se uno di questi criteri è soddisfatto, la Corte può prendere in considerazione se il caso ha avuto una copertura mediatica significativa a livello nazionale e/o se sia "politicamente sensibile".

La nuova "Strategia", tra l'altro, si fonda sostanzialmente su tre principi: *in primis*, identificare rapidamente i casi in questione sulla base dei citati criteri; in secondo luogo, monitorare meticolosamente il loro andamento all'interno della Corte; infine, velocizzarne le modalità di trattazione. Al riguardo dovrebbe garantirsi la massima riduzione possibile del tempo intercorrente fra la presentazione del ricorso e la richiesta di osservazioni del Governo resistente. Successivamente, avviato il contraddittorio e ricevute le osservazioni delle parti, la Corte decide tali casi o all'interno di Camere di sette giudici o in Comitati di tre giudici.

Oltretutto, a partire dal 1° settembre 2021 e per un periodo di prova di due anni, i casi di competenza dei Comitati di tre giudici saranno trattati in modo significativamente più conciso e mirato, tramite sentenze e decisioni redatte in forma semplificata, prive di un'analisi dettagliata dei principi gene-

rali e in cui i fatti sono richiamati in maniera particolarmente succinta ("*summary-formula judgments and decisions*") al precipuo fine di ridurre l'arretrato, in linea con la politica degli *impact cases*.

Da gennaio 2021 ad oggi – come si legge nell'*Annual Report* 2022 – 551 casi sono stati ricondotti nella neo-istituita categoria[15]. Essi riguardano temi come le molestie sessuali sul posto di lavoro[16], l'accesso agli edifici pubblici con sedia a rotelle[17], le misure di de-segregazione in una scuola elementare[18], il diritto a libere elezioni e le minoranze nazionali[19] e, più ampiamente, il diritto ad un processo equo, intercettazioni telefoniche, casi relativi alla pandemia, alla discriminazione nei confronti delle minoranze sessuali, al diritto all'informazione e ai danni ambientali[20].

---

[15] Dei 551 "*impact cases*" 187 si sono conclusi con una sentenza; 41 sono stati dichiarati inammissibili o cancellati dal ruolo, e 323 sono stati notificati al Governo convenuto.

[16] Corte EDU, sentenza del 30 agosto 2022, ric. n. 47358/20, *C. c. Romania*. La sentenza origina dal ricorso di una dipendente della società D., che forniva servizi di pulizia presso una stazione ferroviaria di una compagnia delle ferrovie dello Stato, vittima di molestie sessuali da parte del direttore della stazione medesima. Le decisioni adottate nel caso hanno rilevato che l'autore non era penalmente responsabile per il presunto reato di molestie sessuali e che la ricorrente non si era sentita umiliata dagli atti, elemento richiesto dal diritto interno affinché gli atti costituissero reato di molestie sessuali. Sul punto la Corte afferma che, come la violenza domestica, i casi di molestie sessuali non sempre emergono in quanto continuano a essere significativamente sottostimati: spesso avvengono all'interno di relazioni personali e a porte chiuse, il che rende ancora più difficile per le vittime provare i fatti di causa. Nel caso di specie la Corte ritiene che l'istruttoria del caso del ricorrente presentasse vizi così significativi da costituire una violazione degli obblighi positivi degli Stati ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, avendo leso la dignità e sensibilità della donna.

[17] Corte EDU, sentenza del 31 maggio 2022, ric. n. 23077/19, *Arnar Helgi Lárusson c. Islanda*, in cui la Corte delinea il contenuto degli obblighi positivi gravanti sugli Stati per la rimozione degli ostacoli (discriminatori) all'accessibilità degli spazi pubblici per le persone disabili.

[18] Corte EDU, sentenza del 31 maggio 2022, ric. nn. 73548/17 e 45521/19, *X e altri c. Albania.*

[19] Corte EDU, sentenza 10 novembre 2022, ric. n. 49636/14, *Bakirdzi e E.C. c. Ungheria*. Nel caso di specie i due ricorrenti, membri rispettivamente della comunità armena e greca, lamentavano *ex* art. 3, Protocollo n. 1 alla CEDU, l'assenza di una effettiva possibilità per una minoranza nazionale riconosciuta di ottenere un seggio in Parlamento tramite il sistema di quote preferenziali introdotto dalla legge elettorale ungherese. La Corte ha confermato che gli Stati possono condizionare l'accesso alla rappresentanza parlamentare e che la stessa CEDU non richiede l'adozione di soglie preferenziali nei confronti delle minoranze nazionali. Tuttavia, qualora uno Stato decida di introdurre un *quorum* per i gruppi di minoranza nazionale, occorre considerare se: (i) per un candidato della minoranza, tale soglia renda il conseguimento dei voti necessari più oneroso rispetto all'ottenimento di un seggio nelle normali liste di partito; (ii) per gli elettori di una minoranza nazionale, tale soglia elettorale abbia un impatto negativo sulla partecipazione al processo elettorale su un piano di parità con gli altri membri dell'elettorato. Nel caso di specie, il legislatore ungherese poneva i membri delle minoranze nazionali in una situazione significativamente diversa rispetto agli altri candidati, di conseguenza, la Corte EDU ha riscontrato una violazione dell'art. 3 del Protocollo n. 1, in combinato disposto con l'art. 14 CEDU.

[20] Per le novità del 2021 cfr. A. DI STASI, I*ntroduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, III ed., Padova, 2022, cap. III, par. 7, p. 128 ss.

Tra questi, un caso "di impatto" degno di nota è *Żurek c. Polonia*[21], con cui la Corte EDU ha riscontrato la violazione degli artt. 6, par. 1, e 10 CEDU nei confronti del ricorrente, giudice e portavoce del Consiglio nazionale della magistratura polacco, per aver criticato, in tale veste, le riforme dell'ordinamento giudiziario poste in essere dal parlamento e dal nuovo Governo polacco in carica dal 2015. La fattispecie *de quo* concerne la rimozione del ricorrente dal Consiglio nazionale della magistratura, prima della scadenza naturale del suo mandato e, dunque, la sua denuncia relativa sia alla mancanza di rimedi legali per contestare la perdita della carica, sia alla campagna attivata per metterlo a tacere.

A tal proposito, seguendo un *iter* motivazionale analogo a quello della sentenza *Grzęda c. Polonia*[22], la Corte ha affermato che la mancanza di un rimedio giudiziario avverso la rimozione dal Consiglio nazionale della magistratura viola il diritto di accesso ad un tribunale. Inoltre, essa ha riscontrato una pluralità di misure contro il ricorrente – la cessazione da portavoce di un ufficio giudiziario regionale, la verifica delle sue dichiarazioni dei redditi, l'ispezione del suo lavoro giudiziario – adottate allo scopo di intimidirlo per le posizioni espresse in difesa dello stato di diritto e dell'indipendenza della magistratura.

In definitiva, nel ritenere sussistenti le violazioni del diritto alla tutela giurisdizionale e alla libertà di espressione, la Corte ha enfatizzato il complessivo contesto di riforme del settore giudiziario che ha portato all'indebolimento dell'indipendenza dei giudici, in una generalizzata crisi dello stato di diritto in Polonia.

In tale contesto assume altresì rilievo la sentenza *X e altri c. Albania*[23], che costituisce la prima applicazione del Protocollo n. 12 alla CEDU ad un

---

[21] Corte EDU, sentenza del 16 giugno 2022, ric. n. 39650/18, *Żurek c. Polonia*, con cui la Corte ha dichiarato, a maggioranza di sei voti contro uno, la violazione dell'art. 6 § 1 (diritto di accesso al tribunale) e, all'unanimità, la violazione dell'art. 10 (libertà di espressione).

[22] Corte EDU, sentenza del 15 marzo 2022, ric. n. 43572/18. La vicenda origina dai ricorsi presentati nell'interesse dei minori iscritti alla scuola elementare "Naim Frashëri", che lamentavano la violazione dell'art. 1, Protocollo n. 12, CEDU, a motivo della ritenuta inerzia dello Stato che si sarebbe colpevolmente astenuto dal promuovere politiche di de-segregazione scolastica, funzionali a favorire l'inclusione scolastica dei minori di etnia rom ed egiziana, che costituivano quasi il 90% del totale della componente studentesca locale. I ricorrenti si ritenevano, quindi, vittime di una discriminazione a sfondo etnico tradottasi nella loro marginalizzazione rispetto al gruppo sociale di maggioranza.

[23] Vedi nota 18.

caso di segregazione scolastica di due gruppi etnici di minoranza, di origine rom ed egiziana[24].

Nel caso di specie la Corte europea ha condannato l'Albania per la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 12 CEDU[25] per non aver impedito la sovrarappresentanza dei citati gruppi etnici all'interno di una scuola primaria, considerata causa di marginalizzazione e di esclusione. Sul punto la Corte ha dichiarato che la segregazione scolastica su base etnica costituisce una pratica lesiva del principio di eguaglianza dinanzi alla legge, poiché la coesistenza tra gli appartenenti ad una società, che si realizza nella libertà dalla segregazione razziale, costituisce un valore fondamentale delle società democratiche; e che l'intenzionalità o meno nella creazione di scuole etnicamente omogenee è irrilevante ai fini dell'integrazione di una discriminazione lesiva della Convenzione e della relativa responsabilità statale.

E ancora, un altro caso di "impatto" considerevole è *Vavřička e altri c. Repubblica Ceca*[26], concernente la vaccinazione obbligatoria di minori contro note malattie infantili. A tal proposito, la Corte ha osservato che la vaccinazione obbligatoria costituisce un'ingerenza nel diritto al rispetto della vita privata; ciononostante, ha ritenuto che la politica di vaccinazione dei bambini nella Repubblica Ceca persegua l'obiettivo legittimo di tutelare la salute ed i diritti altrui, conformemente all'interesse superiore dei minori. I giudici di Strasburgo non hanno, pertanto, riscontrato alcuna violazione della Convenzione europea e hanno concluso che le misure adottate sono necessarie in una società democratica, richiamando in particolare la nozione di solidarietà sociale a beneficio dei più vulnerabili.

Al di là della casistica appena accennata, la strategia degli "impact cases" ha consentito, tra l'altro, alla Corte di comunicare, in tempi brevissimi, diversi casi pendenti specie in tema di cambiamento climatico e tutela dell'ambiente, al fine di pronunciarsi celermente su tali questioni, il che è

---

[24] Per un commento cfr. C. NARDOCCI, *Il Protocollo n. 12 CEDU alla prova dei fatti: qualcosa di nuovo o, forse, no. In margine a X e altri c. Albania, Terza Sezione, nn. 73548/17, 45521/19, 31.05.2022*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2022, n. 3, disponibile in www.forumcostituzionale.it

[25] La vicenda nasce dai ricorsi presentati nell'interesse dei minori iscritti alla scuola elementare "Naim Frashëri", che lamentavano la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 12 alla CEDU (e non, anche, dell'art. 14, letto in combinato disposto con l'art. 2 del Protocollo n. 1 alla CEDU), a motivo della ritenuta inerzia dello Stato che si sarebbe colpevolmente astenuto dal promuovere politiche di de-segregazione scolastica, funzionali a favorire l'inclusione scolastica dei minori di etnia rom ed egiziana, che costituivano quasi il 90% del totale della componente studentesca locale. I ricorrenti si ritenevano, quindi, vittime di una discriminazione a sfondo etnico tradottasi nella loro marginalizzazione rispetto al gruppo sociale di maggioranza.

[26] Corte EDU, Grande Camera, sentenza dell'8 aprile 2021, ric. nn. 47621/13, 3867/14, 73094/14, 19298/15, 19306/15 e 43883/15.

probabilmente dettato, altresì, dall'intento della Corte (più che comprensibile) di non restare indietro rispetto ad altri organi internazionali che, ben più rapidamente, si sono già pronunciati[27].

Ciò è verificato, ad esempio, nel caso *Greenpeace Nordic e altri c. Norvegia*, relativo alla contestazione di licenze per la produzione di petrolio e alle relative conseguenze sul piano ambientale, in cui il ricorso è stato depositato il 15 giugno 2021 e comunicato al Governo norvegese il 16 dicembre 2021[28].

Analogamente, la Corte si è pronunciata in tempi assai rapidi su alcuni casi in materia di COVID. Si veda, ad esempio, la sentenza sul caso *Feilazoo c. Malta*[29], che ha riscontrato la violazione dell'art. 3 CEDU nei riguardi di un detenuto nigeriano collocato, senza motivo, insieme a nuovi immigrati posti in quarantena, ponendo ingiustamente a rischio la sua salute; o la decisione di irricevibilità del 13 aprile 2021, *Cristian-Vasile TERHEŞ c. Romania*[30], la quale ha escluso che il periodo di *lockdown* disposto dal governo rumeno per far fronte all'emergenza pandemica da Covid-19 costituisse una "*deprivation of liberty*" *ex* art. 5, par. 1, CEDU.

Invero, specie muovendo dalla risoluzione di quest'ultimo caso, verrebbe da chiedersi se la politica della "rapidità" sia sempre efficace ed opportuna o se, invece, talora sconti il limite di risultare "sbrigativa", con conseguente perdita dell'occasione di una pronuncia adeguata nel merito. Si pensi, infatti, al modo in cui la Corte ha risolto fugacemente la fattispecie appena menzionata, affermando che il *lockdown* non fosse equiparabile agli arresti domiciliari, ma che al contempo potesse rilevare alla stregua della libertà di circolazione garantita dall'art. 2 del Protocollo n. 4, non invocata tuttavia dal ricorrente e, pertanto, non oggetto di considerazione da parte della Corte medesima. In questo caso, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto non necessario pronunciarsi sul punto e sulla questione della deroga alla libertà di circolazione *ex* art. 15 CEDU, sebbene, come noto, la Corte, in virtù del principio *iura novit curia*, qualora intenda affrontare una determinata questione, ben riqualifica i fatti ai sensi della disposizione che ritiene più appropriata.

---

[27] In particolare, la Corte interamericana dei diritti umani, con la nota opinione consultiva in tema di ambiente (Advisory Opinion OC-23/d17 del 15 novembre 2017, richiesta dalla Colombia "*The environment and human rights*") e il Comitato ONU dei diritti del fanciullo, nei vari casi *Sacchi e altri* (www.tbinternet.ohchr.org).

[28] Ric. n. 34068/21, *Greenpeace Nordic e altri c. Norvegia.*

[29] Corte EDU, sentenza dell'11 marzo 2021, ric. n. 6865/19, *Feilazoo c. Malta.*

[30] Corte EDU, sentenza del 13 aprile 2021, ric. n. 49933/20, *Cristian-Vasile TERHEŞ c. Romania*.

4. Riflessioni conclusive a margine di una selezione dei ricorsi di "qualità"

In conclusione, la nuova "Strategia", attraverso l'individuazione degli *"impact cases"* tende a un "*more targeted approach*" che si basi e, al contempo, rafforzi la politica prioritaria adottata dalla Corte nel 2009 e modificata nel 2017.

La Corte di Strasburgo punta così ad un salto di qualità ulteriore rispetto alla "Strategia di prioritarizzazione" con l'obiettivo di garantire che il successo della Corte non si misuri soltanto sotto il profilo "quantitativo" del numero di ricorsi decisi, quanto piuttosto sotto il profilo "qualitativo" delle questioni esaminate.

Da qui un *favor*, nell'ordine di trattazione dei casi, con riguardo a ricorsi particolarmente significativi, che trascendono l'interesse dei singoli ricorrenti, la cui conclusione potrebbe determinare un cambiamento nell'attuale legislazione, o indurre a misurarsi con questioni emergenti che attengono ai diritti umani. Si pensi, a titolo esemplificativo, a fattispecie che riguardano le nuove tecnologie su questioni mai sollevate dinanzi ai giudici di Strasburgo.

Del resto, come asserito dalla Corte, le sue sentenze servono non solo a decidere le cause ad essa sottoposte nell'interesse dei ricorrenti ma, più in generale, a chiarire, salvaguardare e sviluppare le disposizioni previste dalla Convenzione, contribuendo così al rispetto da parte degli Stati degli impegni assunti; sebbene, infatti, "lo scopo principale del sistema della Convenzione sia quello di fornire protezione individuale, la sua missione è anche quella di determinare questioni di ordine pubblico nell'interesse comune, elevando così gli standard generali di protezione dei diritti umani ed estendendo la giurisprudenza sui diritti umani a tutta la comunità di Paesi della Convenzione" [31].

Allo stato, tuttavia, rispetto a tale categoria di ricorsi possono sorgere taluni interrogativi: ad esempio, non emerge in quale fase dell'*iter* procedimentale la Corte proceda alla distinzione tra i casi di impatto e non, e a chi effettivamente competa siffatta classificazione.

Gli stessi criteri di selezione, di natura flessibile, escludono la "prevedibilità" relativamente alla classificazione dei casi.

Circa poi il riferimento ai media si pone il problema di quando la copertura mediatica nazionale sia da ritenersi significativa e in base a quali para-

[31] Vedi, ad esempio, Corte EDU, sentenza del 24 marzo 2003, ric. n. 40016/98, *Karner c. Austria*, par. 26; Grande Camera, sentenza del 13 dicembre 2006, ricorso n. 41738/10, par. 130, *Paposhvili c. Belgio*.

metri sia definibile tale o, ancora, di quali organi di stampa occorre tener conto ai fini di tale valutazione.

Oltretutto si ricorre anche ad espressioni ambigue, di difficile accertamento, come il riferimento alla sfera del "politicamente sensibile". Sul punto è lecito chiedersi quando un caso possa definirsi tale: qualora sia descritto in questi termini dalle autorità nazionali, dai giornalisti o commentatori, dal ricorrente o dal suo difensore, o piuttosto dalla Corte medesima?

Ad ogni modo la nuova categoria esaminata, sia pure con i limiti evidenziati, ha indubbie ricadute pratiche e concorre al più ampio incremento dell'efficienza del sistema di protezione del Consiglio d'Europa unitamente a tutta una serie di espedienti deflattivi atti a decongestionare il contenzioso e a garantire la tutela di diritti che, come la Corte ripete sovente, devono essere "concreti ed effettivi" e non "teorici ed illusori"[32]. Se è vero, infatti, che l'aumento esponenziale del numero dei ricorsi è sinonimo di "successo" della Corte, questo al contempo pone gravi problemi di funzionalità e celerità, inficiando, altresì, il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva.

In tale ottica si pensi, ad esempio, alle novità introdotte dal Protocollo n. 14 alla CEDU, in vigore dal 2010, per rafforzare le capacità decisionali della Corte sia in fase di ammissibilità sia in fase di merito, come il potere del giudice unico di "dichiarare irricevibile o cancellare dal ruolo un ricorso individuale nei casi in cui tale decisione può essere presa senza ulteriore esame" (art. 27, par. 1 CEDU); o il potere dei Comitati di tre giudici di "dichiarare ricevibile e pronunciare nel contempo una sentenza sul merito, se la questione relativa all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli all'origine della causa è oggetto di una giurisprudenza consolidata della Corte" (art. 28, par. 1, lett. *b*); o ancora l'introduzione di un nuovo criterio di ricevibilità, quale l'assenza di pregiudizio significativo subito dal ricorrente "a meno che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli non esiga l'esame del merito del ricorso e purché ciò non comporti la reiezione di un ricorso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale nazionale" (art. 35, par. 3, lett. *b*).

Nonostante tali misure, come è noto, si sono poi susseguite una serie di

---

[32] Sulla Convenzione europea come "*living instrument*" v., tra gli altri, E. BJORGE, *The Convention as a living instrument rooted in the past, looking to the future*, in *Human Rights Law Journal*, 2016, n. 36, pp. 243-255; N. BRATZA, *Living Instrument or Dead Letter: The Future of the European Convention on Human Rights*, in *European human rights law review*, 2014, n. 2, pp. 116-128; D. SPIELMANN, M. TSIRLI, P. VOYATZIS (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Bruxelles, 2011; P. MAHONEY, *The European Convention on Human Rights as a Living Instrument*, in *Bulletin de la Cour européenne de droit de l'Homme*, 2005, n. 11-12, p. 106 ss.

conferenze intergovernative a partire dal 2010 per vagliare l'opportunità di riforme che hanno portato, tra l'altro, all'adozione dei Protocolli n. 15 e 16, così come alla *politique de priorisation* esaminata, di cui i cd. casi "di impatto" costituiscono una specificazione.

In definitiva, la Corte, con un approccio selettivo e come istituzione giudiziaria "*living*" al passo coi tempi, intende dare precedenza oltre ai casi rientranti nelle Categorie I-III anche agli *impact cases*, in una prospettiva dinamica ed evolutiva del diritto che, oltre a velocizzare i tempi processuali, è tesa a cogliere, altresì, le novità dell'epoca capaci di incidere sul piano interno e/o convenzionale.

The *Milanković* Case: Do Convictions Based on Rules of Customary International Law Violate Article 7 of the Convention?

NICOLE CITERONI*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introductory remarks. – 2. Background and applicant's arguments. – 3. Critical analysis of the Court's legal findings. – 4. Concluding remarks.

ABSTRACT: In the *Milanković* judgment, the First Section of the European Court of Human Rights was called upon to assess whether the applicant's criminal convictions based on the doctrine of command responsibility violated the principle of legality laid down in art. 7 of the European Convention on Human Rights. The Court answered in the negative, finding itself in line with the jurisprudence of the *ad hoc* criminal tribunals, which had repeatedly emphasised the customary nature of the doctrine of command responsibility, regardless of both the type of conflict during which the alleged crimes were committed and the military or civilian status of the superior. As a guarantor of fundamental human rights, the Court therefore concluded that criminal convictions based on the doctrine of command responsibility, and thus on a rule of customary international law, should not be considered in violation of the principle of legality, provided that this rule was accessible and foreseeable by the accused at the time of the crime, as in the *Milanković* case. The legal reasoning followed by the Court to reach this conclusion is examined in this article, which also reflects on the Court's role in harmonising and consolidating principles of international law.

KEY WORDS: Command responsibility – war crimes – customary international law – principle of legality – foreseeability – accessibility.

1. Introductory remarks

The European Court of Human Rights (ECtHR or Court) has ruled[1]: convic-

* Postdoctoral researcher, Lund University, citeroni.n@gmail.com.

[1] ECtHR, judgment of 20 January 2022, application no. 33351/20, *Milanković v Croatia.*

tions based on foreseeable norms of customary international law, such as the doctrine of command responsibility, do not violate the principle of legality enshrined in art. 7 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, also known as the European Convention on Human Rights (Convention)[2].

The Court unanimously reached this conclusion in the *Milanković v Croatia* judgment, delivered on 20 January 2022. This judgment can be regarded as the culmination of a long jurisprudential process that has shed light not only on the interpretation of the doctrine of command responsibility, but also – and more generally – on the parameters to be observed to determine the compatibility of the legal bases of criminal convictions with the principle of legality, *i.e.* with the right to be held guilty and punished in accordance with criminal norms existing when the alleged offences were committed.

At first glance, this judgment seems not to add much to what has been said so far about the doctrine of command responsibility and the compatibility of customary international law with art. 7 of the Convention[3]. However, the Court's choice to be consistent with the findings emerging from previous case law of both the Court itself and other international courts was not obvious and deserves attention.

After recalling the facts of the case and the applicant's arguments (2), this article discusses the ECtHR's legal reasoning and findings (3). Some concluding reflections on the Court's role in harmonising and consolidating international law will be followed by a few words on the legacy left by the *Milanković* case (4).

2. Background and applicant's arguments

In 2013, Mr Vladimir Milanković, a Croatian national, was charged before the *Osijek* County Court (*Županijski sud u Osijeku*) with twenty-three counts of war crimes committed against individuals of Serb ethnicity in the period

[2] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950.

[3] As will be discussed in more detail below, in the *Milanković* case the Court aligns itself with both its previous findings (see, *inter alia*, ECtHR, judgment of 17 May 2010, application no. 36376/04, *Kononov v Latvia*, para. 211) and those of the ICTY (see, *inter alia*, ICTY, decision of 12 November 2002, IT-01-47-PT, *The Prosecutor v Hadžihasanović and others*, paras 93 and 179) concerning the definition of the doctrine of command responsibility as a rule of customary international law. The Court is also in line with its previous jurisprudence on the question of the compatibility of rules of customary international law with art. 7 of the Convention (see, *inter alia*, ECtHR, *Kononov v Latvia*., cit., para. 235; ECtHR, judgment of 10 April 2012, application no. 51552/10, *Šimšić v Bosnia and Herzegovina,* para. 24).

between mid-August 1991 and mid-June 1992. Seventeen war crimes against civilians and one war crime against a prisoner of war had been allegedly committed by omission, namely by Milanković's failure to prevent the police units under his command from perpetrating those war crimes. As deputy head of the Sisak-Moslavina Police Department, he was held criminally liable for these offences based on the principle of guarantor liability (*garantna odgovornost*), *i.e.* the liability of he or she who was under duty to act but failed to do so[4]. Milanković's convictions were upheld by the Croatian Supreme Court and Constitutional Court. On 24 July 2020, he lodged an application against the Republic of Croatia with the ECtHR, claiming that his convictions for war crimes based on the doctrine of command responsibility were in breach of art. 7 of the Convention.

The applicant contested the existence of clear national and international legal bases for the application of command responsibility in non-international armed conflicts (NIACs). His argument relied on the absence of any reference to the doctrine of command responsibility in the Basic Criminal Code of Croatia (*Osnovni kривični zakon Republike Hrvatske*), whose blanket provisions generically referred to 'rules of international law'. The applicant maintained that those provisions could not be interpreted in the light of arts 86 and 87 of Protocol I to the Geneva Conventions[5]: although these articles expressly regulate the doctrine of command responsibility, they only apply to international armed conflicts (IACs). Milanković claimed that at the time when war crimes were allegedly committed, the declaration of independence of Croatia had not yet come into effect[6], meaning that the alleged crimes had been committed during a non-international armed conflict.

However, since Protocol II to the Geneva Conventions applicable to NIACs does not expressly provide for command responsibility[7], the applicant alleged that, at the time of the commission of war crimes, no conven-

---

[4] ECtHR, *Milanković v Croatia*, cit., para. 28.

[5] Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts* (Protocol I) of 1977.

[6] ECtHR, *Milanković v Croatia*, cit., para. 5. On 25 July 1991, Croatia declared its independence. However, this declaration came into effect on 8 October 1991 and the country was internationally recognised as an independent state on 15 January 1992.

[7] Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-international Armed Conflicts* (Protocol II) of 1977.

tional rule of international law envisaged the applicability of the doctrine of command responsibility to internal armed conflicts; therefore, he could not have foreseen the criminal character of his alleged conduct.

Three additional arguments were raised by the applicant before the ECtHR. First, Milanković held that he could not be convicted based on the doctrine of command responsibility as he was not a member of the military but of the local police department. Secondly, he argued that most of the direct perpetrators of the alleged war crimes had not been identified. They could have been members of other military, police, paramilitary or informal units, falling outside the scope of his responsibility. Lastly, the applicant claimed that, as 'deputy' head of the police department, he did not hold sufficient powers to be held criminally liable as a commander.

3. Critical analysis of the Court's legal findings

The First Section of the ECtHR declared Milanković's application admissible, although it unanimously rejected the applicant's arguments. In reaching this conclusion, the Strasbourg Court reaffirmed the fundamental principles established in its most recent jurisprudence on art. 7 of the Convention[8]. In view of the objective of the principle of legality to «provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment»[9], art. 7(1) of the Convention prohibits any retroactive application of criminal law and any interpretation of criminal law by analogy, while ensuring compliance with the *nullum crimen, nulla poena sine lege* principle, according to which a crime must be clearly defined and penalties must be provided by law. The term 'law' is to be interpreted as including national and international law[10], as well as written and unwritten law[11].

However, it is worth noting that the object of the application in the *Milanković* case was the compliance with the legality principle of domestic

[8] ECtHR, *Milanković v Croatia*, cit., para. 50. See also ECtHR, *Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights. No punishment without law: Principle that only law can define a crime and prescribe a penalty*, 31 August 2022.
[9] ECtHR, judgment of 21 October 2013, application no. 42750/09, *Del Río Prada v Spain*, para. 77; ECtHR, *Kononov v Latvia*, cit., para. 185; ECtHR, judgment of 20 October 2015, application no. 35343/05, *Vasiliauskas v Lithuania,* para. 153.
[10] Convention, art. 7(1); ECtHR, *Vasiliauskas v Lithuania,* cit., para. 154.
[11] ECtHR, *Vasiliauskas v Lithuania,* cit., para.154; ECtHR, judgment of 19 September 2008, application no. 9174/02, *Korbely v Hungary*, para. 70; ECtHR, *Kononov v Latvia,* cit., para. 185; ECtHR, *Del Río Prada v Spain,* cit., para. 115; ECtHR, judgment of 12 July 2007, application no. 74613/01, *Jorgic v Germany,* para. 100.

convictions for particularly serious crimes, namely war crimes. Until recently, the Court would most likely have applied art. 7(2), according to which the «trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations» cannot be prejudiced by the legality principle as defined in art. 7(1).

The second paragraph of art. 7 was included in the Convention in order to prevent Nazi criminals from claiming a violation of the legality principle before the ECtHR (hence the name Nuremberg clause)[12]. Thus, for many years, the Strasbourg Court attached no relevance either to the fact that the applicants' conduct was criminal at the material time or to their ability to foresee the criminal consequences of their conduct. The mere fact that the conduct for which they had been convicted was an international crime committed in violation to the «general principles of law recognised by civilised nations» was sufficient to apply art. 7(2)[13].

The *Korbely* and *Kononov* cases marked the beginning of a significant jurisprudential evolution in favour of a broader application of the guarantees enshrined in the principle of legality to perpetrators of international crimes, thus underscoring the exceptional nature of the Nuremberg clause. In the *Kononov* case, the Court explicitly stated that Article 7(2) «constitutes an exceptional derogation» from the *nullum crimen, nulla poena sine lege* principle, justified by the exceptional circumstances that occurred after the end of the Second World War[14].

The lack of any reference to art. 7(2) in the *Milanković* case proves the Court's willingness to endorse its latest jurisprudential interpretation of art. 7, considering that, on the one hand, there was no reason in that case to derogate from the *nullum crimen, nulla poena sine lege* principle and, on the other hand, art. 7(1) allowed the applicant to be granted more safeguards against any potential arbitrary conviction and punishment.

---

[12] T. MARINIELLO, *The 'Nuremberg Clause' and Beyond: Legality Principle and Sources of International Criminal Law in the European Court's Jurisprudence*, in *Nordic Journal of International Law*, 2013, p. 226.

[13] *Ibid.* p. 229 footnote 38 citing, *inter alia*, ECtHR, judgment of 15 November 2001, application no. 54210/00, *Papon v France* (no. 2); ECtHR, judgment of 17 January 2006, application no. 23052/04 and 24018/04, *Kolk and Kislyiy v Estonia*; ECtHR, judgment of 24 January 2006, application no. 14685/04, *Penart v Estonia*.

[14] ECtHR, judgment of 24 July 2008, application no. 36376/04, *Kononov v Latvia*, para. 115. On the relevance of the *Kononov* case – in particular the judgment of the Grand Chamber issued on 17 May 2010 – as a turning point in the interpretation of art. 7 of the Convention, see S. DARCY, *The Principle of Legality at the Crossroads of Human Rights and International Criminal Law*, in M.M. DEGUZMAN, D.M. AMANN (eds), *The Arcs of Global Justice*, Oxford, 2018, pp. 219-220.

Against this background, the Strasbourg judges based the *Milanković v Croatia* judgment essentially on two principles enunciated over the years and reaffirmed by the ECtHR in the case at hand. First, the Court held that any criminal conviction based on command responsibility has a sufficiently clear legal basis in international law, since the applicability of the doctrine of command responsibility in both international and internal armed conflicts is a well-established rule of customary international law[15] *(i)*. The second principle is related to the first and implies that convictions based on rules of customary international law do not violate the principle of legality, provided that those rules were accessible and foreseeable by the accused *tempore criminis (ii).*

(i) The doctrine of superior responsibility is applicable in NIACs and to non-military superiors

The ECtHR's reply to the applicant's argument concerning the applicability of the doctrine of command responsibility in the context of non-international armed conflicts and to non-military superiors, is grounded on two factors: on the one hand, the customary law nature of the doctrine of command responsibility, and on the other, a broad definition of the term 'commander'. With respect to the first factor, the Court's reasoning focused on the key concept of 'rules of international law', referred to in the abovementioned Croatian blanket provisions, and noted that these rules should be interpreted as encompassing both conventional and customary rules. Thus, the ECtHR endorsed the approach adopted by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) in the *Hadžihasanović and others* case, according to which the doctrine of command responsibility for war crimes perpetrated in NIACs was already a rule of customary international law in 1991[16]. The Appeals Chamber of the ICTY confirmed that command responsibility was part of customary international law even before the adoption of Protocol I to the Geneva Conventions, whose arts 86 and 87 «were (…) only declaring the existing position, and not constituting it»[17]. Thus, even art. 7(3) of the ICTY Statute[18] on command responsibility did not con-

[15] ECtHR, *Milanković v Croatia*, cit., paras 60 and 61.
[16] ICTY, *The Prosecutor v Hadžihasanović and others*, cit., paras 93 and 179.
[17] ICTY, decision of 16 July 2003, IT-01-47-AR72, *The Prosecutor v Hadžihasanović and others*, para. 29. See also G. METTRAUX, *The Law of Command Responsibility*, Oxford, 2009, p. 96.
[18] United Nations Security Council, *Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, UN Doc. S/RES/827 of 25 May 1993.

stitute new law but declared existing law under customary international law[19].

The customary international law status of command responsibility in both IACs and NIACs has crystallised over the years thanks to the jurisprudence of the *ad hoc* tribunals[20] and of hybrid courts, including the Special Court for Sierra Leone (SCSL). In *The Prosecutor v Norman* case, the SCSL addressed the question of «whether superior responsibility could serve as a proper basis for conviction in internal armed conflicts»[21]. The SCSL accepted to follow the guidance provided by the Appeals Chamber of the ICTY and the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) with respect to the issue of the application of command responsibility in internal armed conflicts[22]. Lastly, both the jurisprudence of the ECtHR[23] and a significant number of scholars[24] have confirmed the customary status of command responsibility in NIACs.

In the *Milanković* case, the judges of the First Section provided the applicant with a detailed explanation of the reasons underlying the customary international law status of command responsibility. The Court held that this status arises from the «essence of the command responsibility», which is the principle of responsible command[25]. This principle implies duties and obligations, whose breach results in command responsibility. Therefore, the *fil rouge* connecting responsible command to command responsibility is the 'guarantor obligation', *i.e.* a set of obligations and duties that are inherent in

---

[19] ICTY, *The Prosecutor v Hadžihasanović and others*, cit., para. 179.

[20] ICTY, judgment of 1 September 2004, IT-99-36-T, *The Prosecutor v Brđanin*, para. 275; ICTY, judgment of 31 January 2005, IT-01-42-T, *The Prosecutor v Strugar*, para. 357; ICTR, judgment of 2 September 1998, *The Prosecutor v Akayesu*, paras 612 and 613.

[21] H. VAN DER WILT, *Command Responsibility in the Jungle: Some Reflections on the Elements of Effective Command and Control*, in C. CHERNOR JALLOH (ed), *The Sierra Leone Special Court and its Legacy. The Impact for Africa and International Criminal Law*, Cambridge, 2014, p. 144.

[22] SCSL, decision of 15 October 2003, SCSL-03-08-PT-090, *The Prosecutor v Norman,* para. 20.

[23] ECtHR, *Kononov v Latvia,* cit., para. 211.

[24] See K. AMBOS, *Superior Responsibility*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. R. W. D. JONES (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002, pp. 823-872; C. MELONI, *Command Responsibility: Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2007, pp. 619-637; J. ALLAN WILLIAMSON, *Some Considerations on Command Responsibility and Criminal Liability*, in *International Review of the Red Cross*, 2008, pp. 303-317. See also G. METTRAUX, *The Law of Command Responsibility*, cit., p. 21, where at footnote 1, the scholar notes that although it is commonly acknowledged that the doctrine of superior responsibility has been part of customary law since before the adoption of Protocol I, the exact date when this doctrine became part of customary international law is unclear.

[25] ECtHR, *Milanković v Croatia*, cit., para. 60.

the commander's professional activity to prevent and punish crimes of the subordinates[26]. In the context of an armed conflict, those obligations derive from the relevant rules of international law «to protect the civilian population and prisoners of war from the acts prohibited by international humanitarian law and the law of war»[27].

A commander should respect the guarantor obligation inherent in his or her activity, regardless of both the character of the armed conflict and his or her civilian or military status. The irrelevance of this status is the second factor considered by the ECtHR in the *Milanković* case with respect to the issue of command responsibility, and it was repeatedly emphasised during the military trials held in the aftermath of the Second World War. Neither the Charter of the International Military Tribunal (IMT) nor the Control Council Law (CCL) no. 10 contained any reference to 'military commanders', but they generically referred to both civilian and military 'superiors'. Furthermore, the jurisprudence of the IMT and the tribunals set up based on CCL no. 10, explicitly included civilians in the notion of 'superiors'[28].

This broad interpretation of the term 'superior' was then confirmed by the jurisprudence of the *ad hoc* tribunals[29] and by the International Committee of the Red Cross' study on customary international humanitarian law[30]. Nonetheless, both the ICTY and the ICTR questioned whether the basic elements of superior responsibility should be interpreted differently depending on whether the superior is civilian or military. The tribunals' jurisprudence has been consistent in holding that, in both cases, it is necessary for the superior to have 'effective control' over the subordinates, *i.e.* the former must be materially able to prevent offences and punish the principal offenders[31], where material ability means «the power that one has to demand, ex-

[26] K. AMBOS, *Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways of Attributing International Crimes to the 'Most Responsible'*, in A. NOLLKAEMPER, H. VAN DER WILT (eds), *System Criminality in International Law*, Cambridge, 2009, p. 132.
[27] ECtHR, *Milanković v Croatia*, cit., para. 28.
[28] Among others, it is worth mentioning Flick and Roechling, who were high-ranking industrialists indicted before the Allied tribunals set up according to CCL no. 10. See Nuernberg Military Tribunal, judgment of October 1946-April 1949, *United States v Friedrich Flick and others*; see also, General Tribunal of the Military Government of the French Zone, judgment of 30 June 1948, *France v Hermann Roechling and others.*
[29] ICTY, judgment of 16 November 1998, IT-96-21-T, *The Prosecutor v Delalić and others*, para. 333; ICTR, judgment of 21 May 1999, ICTR-95-1-T, *The Prosecutor v Kayishema and Ruzindana,* para. 213.
[30] Rule 153 'Command Responsibility for Failure to Prevent, Repress or Report War Crimes' available at ihl-databases.icrc.org.
[31] ICTR, judgment of 3 July 2002, ICTR-95-1A-A, *The Prosecutor v Bagilishema*, para. 50.

pect and actually impose obedience with one's orders»[32]. In other words, the 'effective control' requirement sets the essential threshold for distinguishing a superior from any influential person[33].

The *ad hoc* tribunals also held that, although a civilian superior should exercise a similar degree of control as military commanders[34], the manner in which this control is established and exercised may differ[35]. Indeed, proving effective control by a civilian superior is likely more difficult than by a military commander[36]. The *Milanković* case provides a peculiar example in this respect. At the material time, the applicant was the deputy head of the Sisak-Moslavina Police Department and for a limited period – between 18 July and 1 October 1991 – he had also been the commander of all police forces in the broader area of Sisak and Banovina. Those police forces were not a military group, but they were definitively characterised by a certain degree of hierarchy and organisation. However, although these elements indicate the existence of some control, they are not sufficient to presume the existence of an 'effective' control by the superior, that is, a real, concrete and actual exercise of authority that must be demonstrated under the circumstances of each case[37], as the domestic courts did in the *Milanković* case[38].

The jurisprudence of the *ad hoc* tribunals on the 'effective control' element was taken into account in the elaboration of art. 28 of the Rome Statute on superior responsibility[39] and in the jurisprudence of the ICC[40]. Nonetheless, a significant divergence emerges between art. 28 and the position en-

---

[32] G. METTRAUX, *The Law of Command Responsibility*, cit., p. 157.
[33] *Ibid.* p. 183.
[34] ICTY, *The Prosecutor v Delalić and others*, cit., para. 378, cited and reiterated in ICTR, *The Prosecutor v Bagilishema*, cit., para. 51.
[35] ICTR, *The Prosecutor v Bagilishema*, cit., para. 52.
[36] G. METTRAUX, *The Law of Command Responsibility*, cit., p. 189.
[37] *Ibid.* p. 158.
[38] ECtHR*, Milanković v Croatia*, cit., para. 21 (emphasis added): "[…] the Supreme Court held that all the evidence taken together unequivocally pointed to the conclusion that the perpetrators of those war crimes had been members of the police units under the applicant's *formal and actual command*".
[39] See United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, *Rome Statute*, UN Doc. A/CONF.183/9 of 17 July 1998, art. 28. With respect to military commanders art. 28(a) states (emphasis added): "A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her *effective command and control*, or *effective authority and control* […] ». Concerning civilian superiors, art. 28(b) states (emphasis added): «a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by subordinates under his or her *effective authority and control*".
[40] ICC, decision of 15 June 2009, ICC-01/05-01/08-424*, The Prosecutor v Bemba Gombo*, para. 416.

dorsed by the *ad hoc* tribunals on the *mens rea* standard to be met, which was intentionally set the drafters of the Rome Statute at a higher level for civilian superiors. If before the *ad hoc* tribunals it was sufficient to prove that the non-military superior either knew or had reason to know, which means that had "some general information in his possession, which would put him on notice of possible unlawful acts by his subordinates"[41], before the ICC the alternative to the civilian superior's actual knowledge is a conscious disregard of information «which *clearly* indicated that the subordinates were committing or about to commit such crimes»[42]. In the *Milanković* case, domestic courts applied the 'actual and constructive knowledge' standard adopted by the *ad hoc* tribunals[43], which was reiterated in rule 153 of the International Committee of the Red Cross' study on customary international humanitarian law.

Despite these *nuances* in the interpretation of the elements underlying the responsibility of civilian or military superiors – which may be significant to the outcome of the legal assessment of the facts of a case – it can be held that international jurisprudence has long agreed that the doctrine of superior responsibility is not only applicable to military commanders. The term 'superior responsibility' has, thus, come to be preferred to 'command responsibility', as the former also includes high-ranking individuals who are not military superiors[44].

On the basis of the two factors discussed in this section, the Court rejected the applicant's arguments that the doctrine of command responsibility does not apply in the context of NIACs or to non-military superiors.

(ii) Convictions based on rules of customary international law do not violate the principle of legality

The ECtHR held that no judicial development of the doctrine of command responsibility could undermine the clarity of its legal basis, provided that

---

[41] ICTR, *The Prosecutor v Bagilishema*, cit., para. 28.

[42] Emphasis added. For a more detailed explanation of the mental thresholds set in art. 28 see O. TRIFFTERER, R. ARNOLD, *Art. 28 Responsibility of Commanders and Other Superiors*, in K. AMBOS, O. TRIFFTERER (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Munich, 2008, pp. 1099, 1102. See also G. BOAS, J. BISCHOFF, N. REID, *International Criminal Law Practitioner Library*, Cambridge, 2008, pp. 258-260; N. KARSTEN, *Distinguishing Military and Non-military Superiors: Reflections on the Bemba Case at the ICC,* in *Journal of International Criminal Justice*, 2009, p. 986.

[43] ECtHR*, Milanković v Croatia*, cit., para. 18: "he had known or had been aware of those crimes".

[44] G. METTRAUX, *The Law of Command Responsibility*, cit., p. 17. Despite the formal difference between the two expressions, sometimes they are still used interchangeably.

such a development is «consistent with the essence of the offence and could be foreseen»[45]. By relying on the well-established principle whereby «in the context of a commanding officer and the laws and customs of war, the concepts of accessibility and foreseeability must be considered together»[46], the Court did not carefully examine the accessibility element, but it simply noted – by drawing upon the ICTY jurisprudence – that even laws based on customs can be considered 'accessible'[47].

As to the foreseeability requirement, the ECtHR referred to the interpretation of this concept elaborated in the *Kononov v Latvia* case. Unlike Milanković, Kononov was a military commander accused of perpetrating war crimes against civilians in Latvia in 1944. To dismiss the applicant's claim that the criminal character of the impugned acts or omissions could not be foreseen, the Court stated that foreseeability «depends to a considerable degree on the content of the instrument in issue, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed»[48]. It also added that when it comes to professionals, the degree of diligence in carrying on a professional activity should be higher than usual and should be accompanied by a special assessment of the risks entailed by that activity[49].

Moreover, in the *Milanković v Croatia* case, the ECtHR aligned its position with the jurisprudence of the ICTY, holding that for the purpose of proving the foreseeability of a crime and of its consequences, it is necessary to consider the ability of the applicant to appreciate that, at the relevant time, the conduct was criminal «in the sense generally understood, without reference to any specific provision»[50]. If the second part of this finding – *«without reference to any specific provision»* – is clearly in line with the ECtHR's case-law stating that a crime can be defined not only by written but also by unwritten law, the meaning of the first part – *«the conduct is criminal in the sense generally understood»* – is vague. To give more meaning to the latter sentence, it must be contextualised. In the paragraph of the *Milanković* judgment from which this sentence is taken, the Court applied the definition of foreseeability elaborated by the ICTY to «cases such as the present one», which seems to refer to cases involving the perpetration of crimes of extreme

---

[45] ECtHR, *Milanković v Croatia*, cit., para. 59; see also ECtHR, *Jorgic v Germany,* cit., para. 101.
[46] ECtHR, *Milanković v Croatia*, cit., para. 62.
[47] ICTY, *The Prosecutor v Hadžihasanović and others*, cit., para. 34.
[48] ECtHR, judgment of 17 May 2010, *Kononov v Latvia,* cit., para. 235.
[49] ECtHR, judgment of 10 October 2006, application no. 40403/02, *Pessino v France*, para. 33; ECtHR, *Vasiliauskas v Lithuania,* cit., para. 157.
[50] ICTY, *The Prosecutor v Hadžihasanović and others*, cit., para. 34.

gravity, such as the war crimes committed by Milanković's subordinates. It is generally agreed that the criminal character of particularly serious offences, including war crimes, can be foreseen by their nature[51]. This is why the ECtHR inferred not only from the applicant's professional activity as deputy head of the police department, but also from the «flagrant unlawful nature of the war crimes committed by the police units» under Milanković's command, his ability to appreciate that the acts were criminal and that his failure to prevent or punish those acts would have breached his guarantor obligations and entailed his criminal liability on the basis of the doctrine of command responsibility.

The same argument had already been held in the *Šimšić* case by the Fourth Section of the ECtHR. The Court had found that, considering the professional activity of the applicant, who was a police officer, and the unlawful nature of the acts committed in the context of a widespread and systematic attack directed against the Bosnian civilian population, he should have foreseen that those acts constituted crimes against humanity for which he could have been held criminally responsible[52].

As a result of the above, the ECtHR concluded that Milanković's convictions based on the doctrine of command responsibility, *i.e.* on a rule of customary international law, fully complied with the foreseeability and accessibility requirements of the legality principle.

With respect to the last arguments raised by the applicant, which concerned questions of fact, the ECtHR restated the general rule that the factual assessment of a case is carried out by domestic courts and binds the Court, unless there exist «cogent elements to lead it to depart from the findings of fact reached by those courts»[53]. In the *Radomilja and others v Croatia* case, the ECtHR had already emphasised its subsidiary role in the assessment of factual circumstances, which should be appreciated by national courts[54].

In the case under examination, the Strasbourg Court upheld the Croatian courts' finding that the applicant, as deputy head of the police department, had sufficient 'formal' and 'actual' command authority over the police units that committed war crimes, and that he knew or had been aware of those crimes. The Court added that evidence examined by domestic courts sug-

---

[51] A. SKANDER GALAND, *UN Security Council Referrals to the International Criminal court. Legal Nature, Effects and Limits*, Leiden, 2019, p. 145.
[52] ECtHR, *Šimšić v Bosnia and Herzegovina*, cit., para. 24.
[53] ECtHR, *Milanković v Croatia*, cit., para. 68.
[54] ECtHR, judgment of 20 March 2018, application no. 37685/10 and 22768/12, *Radomilja and others v. Croatia*, para. 150.

gested that war crimes had been committed by members of the police units under the applicant's command, even though some of the direct perpetrators could not be identified. This finding reflects judicial developments on the doctrine of command responsibility. On several occasions, the ICTY held that the identification of the alleged direct perpetrators is crucial to establish the existence of a superior-subordinate relationship, although it is sufficient to identify the group to which the subordinate belonged and to prove that the superior could effectively exercise his or her authority over the group[55].

4. Concluding remarks

Unlike some previous cases where the ECtHR's findings were not consonant with those of international courts[56], in the *Milanković v Croatia* case the Court has clearly chosen to play a harmonising and consolidating role. The judges explicitly recalled their duty to interpret the Convention «not in a legal vacuum» but «*in harmony* with other rules of international law of which it forms part»[57], *i.e.* in accordance with the principles of international law, international criminal law and human rights law.

With respect to the latter, the First Section of the ECtHR endorsed an interpretation of the principle of legality that fully respects the purpose of this essential element of the rule of law and significantly ensures continuity and consistency with the Court's established case-law on art. 7(1) of the Convention[58]. Notably, the Court confirmed the relevance of customary international law as a source of law and criminal responsibility within the

[55] ICTY, judgment of 29 July 2004, IT-95-14-A, *The Prosecutor v Blaškić*, para. 217. See also E. VAN SLIEDREGT, *System criminality at the ICTY*, in A. NOLLKAEMPER, H. VAN DER WILT (eds), *System Criminality in International Law*, cit., p. 186.

[56] ECtHR, *Jorgic v Germany,* cit., para. 112, in which the Court did not align with the jurisprudence of ICTY on the definition of genocide.

[57] Emphasis added. ECtHR, *Milanković v Croatia*, cit., para. 55 citing ECtHR, judgment of 16 September 2014, application no. 29750/09, *Hassan v The United Kingdom*, para. 77.

[58] On the relevance of the principle of legality as a fundamental guarantee of the human rights of individuals accused of committing international crimes, see J. L. CORSI, *An Argument for Strict Legality in International Criminal Law*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2018, p. 1344 where the scholar elaborates on how the principle of legality supports the purposes fulfilled by (international) criminal law. See also K. S. GALLANT, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge, 2009, p. 404, where the scholar argues that the legality principle is now a well-established principle of justice at any level – national, regional and international – that bans the Nuremberg precedent of retroactive crime creation; S. DARCY, *The Principle of Legality at the Crossroads*, cit., pp. 204-207 where the scholar discusses the varying and evolving interpretation of the principle of legality in international criminal law.

meaning of art. 7(1) of the Convention. The ECtHR deliberately avoided considering the question of whether the applicant's convictions had an alternative legal basis in art. 7(2) of the Convention, as argued by the Croatian government[59]. The Court clearly established that, at the relevant material time, Milanković's convictions for war crimes were already legally justified by a rule of customary international law. However, had no national or international law providing for the criminal character of Milanković's conduct existed *tempore criminis*, the Court could have considered whether his convictions had a legal basis in the «general principles of law recognised by civilised nations». This inquiry would have certainly raised some challenging issues. On the one hand, it would probably have led to disagreements over the possibility of re-enacting the Nuremberg clause and, thus, the risk of retroactive crime creation; on the other hand, it could have been seen as a regression of the ECtHR jurisprudence towards a less favourable approach to the protection of the applicant's human rights and guarantees.

With respect to international criminal law, the Court consolidated the interpretation of the scope and applicability of the doctrine of superior responsibility, developed by international criminal law tribunals – in particular the ICTY. The ECtHR reiterated that non-military superiors, under certain conditions, can also be held liable for the acts of their subordinates. Although the Court made it clear that national courts were in charge of the assessment of the factual circumstances of the case, the Strasbourg judges considered this assessment in their analysis, by emphasising the existence of an effective control by *Milanković* over his subordinates and by referring – although briefly – to the mental threshold established for civilian superiors by the *ad hoc* tribunals' jurisprudence.

Moreover, the ECtHR confirmed that the doctrine of superior responsibility is a well-established rule of customary international law applicable in both international and non-international armed conflicts. Subsequent international jurisprudence and scholars have upheld that criminal convictions based on rules of customary international law, such as the doctrine of superior responsibility, are in line with the legality principle if the requirements of foreseeability and accessibility are satisfied[60].

Since January 2022, when the *Milanković* judgment was delivered, other applications have been addressed to the Court with respect to alleged violations of art. 7(1) of the Convention by criminal convictions issued by nation-

[59] ECtHR, *Milanković v Croatia*, cit., para. 48.
[60] Y. TAN, *The Identification of Customary Rules in International Criminal Law*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 2018, p. 94.

al courts[61]. However, none of the latest applications concerns convictions based on the doctrine of superior responsibility. The possibility of a referral of the *Milanković* case to the Grand Chamber must be ruled out, considering that none of the parties referred the case during the three months following the delivery of the judgment[62] and this became final on 20 April 2022. Thus far, then, the First Section of the ECtHR has put to rest the question of a potential violation of the principle of legality by convictions based on rules of customary international law, such as the doctrine of superior responsibility. Given the soundness of the Court's findings and the authority of the institutions that have created, reaffirmed, and refined the principles behind those findings, it is plausible that these will continue to lead the way for a long time to come.

[61] Among them is ECtHR, judgment of 24 May 2022, application no. 74536/10 and 75462/10, *Sinan Çetinkaya and Ağiar Çetinkaya v Turkey*; ECtHR, judgment of 12 July 2022, application no. 38825/16, *Kotlyar v Russia*; ECtHR, judgment of 10 November 2022, application no. 5084/18, *Kupinskyy v Ukraine*.
[62] Convention, art. 43.

Il riconoscimento del rapporto di filiazione costituitosi all'estero: la sentenza *Pancharevo* della Corte di giustizia UE tra i diritti umani e il diritto internazionale privato

FRANCESCA MAOLI*

SOMMARIO: 1. Introduzione: le 'nuove famiglie', lo spazio giudiziario europeo e l'identità nazionale. – 2. Il caso *Pancharevo*: i fatti alla base del rinvio pregiudiziale. – 3. L'obbligo di riconoscere il rapporto di filiazione ai soli fini dell'esercizio della libertà di circolazione e soggiorno nell'Unione europea. – 4. Il bilanciamento con l'identità nazionale degli Stati membri ed il rilievo attribuito ai diritti fondamentali della persona minorenne. – 5. Conclusioni: la cittadinanza europea come confine del riconoscimento funzionale. Verso il regolamento sul riconoscimento della genitorialità tra gli Stati membri?

ABSTRACT: Il contributo analizza in chiave critica la sentenza *Pancharevo* della Corte di giustizia dell'Unione europea, resa nel caso C-490/20. La pronuncia si inserisce nel quadro del più ampio dibattito relativo alla circolazione degli status familiari nello spazio giudiziario europeo e precede la proposta di regolamento COM(2022) 695 final sul riconoscimento della genitorialità tra gli Stati membri. L'obbligo di riconoscimento 'funzionale' del rapporto di filiazione costituitesi all'estero, prefigurato dalla Corte di giustizia, deriva dal rispetto dei diritti connessi alla cittadinanza europea e si oppone al riconoscimento 'pieno' previsto dalla bozza di regolamento, il cui *iter* legislativo presenta numerose incertezze. Anche se il regolamento dovesse essere definitivamente approvato dalle istituzioni europee, il limite dell'ordine pubblico internazionale potrà determinare il diniego del riconoscimento delle famiglie omogenitoriali da parte di alcuni Stati membri. Tuttavia, in tali ordinamenti continuerà ad assumere rilevanza l'obbligo di riconoscimento 'funzionale' previsto dalla sentenza *Pancharevo.*

PAROLE CHIAVE: continuità degli status familiari – Corte di giustizia UE – famiglie omoparentali – libera circolazione delle persone – superiore interesse del minore – ordine pubblico.

---

* Ricercatrice di diritto internazionale, Università di Genova, francesca.maoli@unige.it.

1. Introduzione: le 'nuove famiglie', lo spazio giudiziario europeo e l'identità nazionale

La circolazione degli status familiari all'estero costituisce un problema classico del diritto internazionale privato[1], che si è notoriamente arricchito di nuove sfide e prospettive con la diffusione delle cosiddette 'nuove famiglie'[2] e delle nuove forme di accesso alla genitorialità, come la maternità surrogata o le tecniche di procreazione medicalmente assistita (cui fanno ricorso anche, ma non solo, le coppie dello stesso sesso)[3]. In materia, i valori, i principi e le scelte di fondo dei singoli ordinamenti giuridici nazionali non sono sempre conciliabili: per tale ragione, i meccanismi e le regole del diritto internazionale privato non garantiscono, di per sé, la continuità degli status, proprio perché espressione di politiche legislative interne[4].

---

[1] F. SALERNO, *The identity and continuity of personal status in contemporary private international law*, in *Recueil des Cours*, 2019, p. 21 ss.

[2] C. KOHLER, *Unification of Private International Law in Family Matters in the European Union: Cultural Issues*, in I. VIARENGO, F.C. VILLATA (a cura di), *Planning the Future of Cross Border Families: A Path Through Coordination*, Oxford, 2020, p. 3 ss.

[3] G. BIAGIONI, *International Surrogacy and International Parentage: Hopes for a Global Solution*, in P. BEAUMONT, J. HOLLIDAY (a cura di), *A Guide to Global Private International Law*, Oxford, 2022, p. 567 ss.; S. TONOLO, *Lo* status filiationis *da maternità surrogata tra ordine pubblico e adattamento delle norme in tema di adozione*, in *GenIUS*, 2019, p. 1 ss.; C. HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalprivatistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018, p. 137 ss.; A. VETTOREL, *International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, p. 523 ss. V. inoltre i contributi in F. PESCE (a cura di), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, Napoli, 2022.

[4] Sulle difficoltà che circondano il riconoscimento del rapporto di filiazione costituito all'estero, con specifico riferimento all'ordinamento italiano e in aggiunta ai contributi già citati alla nota n. 3, v. *ex multis*, C. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 589 ss.; E. BERGAMINI, *Problemi di diritto internazionale privato collegati alla riforma dello status di figlio e questioni aperte*, *ivi*, 2015, p. 315 ss.; O. LOPES PEGNA, *Effetti in Italia della adozione coparentale pronunciata all'estero: vecchie e nuove questioni*, *ivi*, 2016, p. 725 ss.; A. DI BLASE, *Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita: problemi di diritto internazionale privato*, *ivi*, 2018, p. 839 ss.; M.C. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di cassazione italiana e di altre corti*, *ivi*, 2020, p. 290 ss.; A. DI BLASE, *Genitorialità della coppia omosessuale e riconoscimento della* status filiationis *nell'ordinamento italiano*, *ivi*, 2021, p. 821 ss.; B. BAREL, *Le nuove frontiere dell'adozione dei minori: dal sempre più ampio riconoscimento delle adozioni all'estero all'accesso all'adozione interna da parte di coppie* same-sex *e di* single, in *GenIUS*, 2020, p. 49 ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Il riconoscimento della filiazione derivante da maternità surrogata – ovvero fecondazione eterologa* sui generis *– e la riscrittura del limite dell'ordine pubblico da parte della Corte di Cassazione, o del diritto del minore ad avere due madri (e nessun padre)*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con U. Villani*, Bari, 2017, p. 1141 ss.

Si tratta di una tematica che ben illustra l'ormai indissolubile rapporto tra il diritto internazionale privato e i diritti umani[5]. La comunità internazionale ed in particolare le istituzioni europee stanno mettendo in campo diverse iniziative che sono dichiaratamente orientate a favorire la stabilità delle relazioni familiari nel momento in cui le famiglie si spostano da uno Stato all'altro[6]: in questo contesto, le principali sfide riguardano il bilanciamento dei diritti fondamentali delle persone (anche minorenni) con i principi e i valori di fondo di ciascun ordinamento giuridico nazionale. Nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, la questione è intrinsecamente correlata al godimento dei diritti connessi alla cittadinanza europea ed in particolare della libertà di circolazione delle persone (art. 21 TFUE), che costituisce uno degli obiettivi che ispirano gli strumenti normativi adottati nel settore della cooperazione giudiziaria civile[7]. La sempre maggiore transnazionalità delle relazioni familiari determina la conseguente questione di come garantire la continuità degli status in uno Stato membro diverso da quello in cui tale legame ha avuto origine[8].

Proprio nel contesto dell'Unione europea, la sentenza resa il 14 dicembre 2021 dalla Corte di giustizia (*Pancharevo*)[9] ha costituito, seppure indiretta-

---

[5] Come dimostra la risoluzione su *Human Rights and Private International Law*, adottata dalla IV Commissione dell'*Institut de droit international* il 4 settembre 2021 e reperibile online all'indirizzo www.idi-iil.org. Di particolare interesse, al riguardo, l'art. 10 (*Personal status*) e soprattutto l'art. 14 (*Parentage*), sui quali v. i commenti di G. ROSSOLILLO, *Art. 10 della risoluzione dell'*Institut de droit international *su* Human Rights and Private International Law: *la continuità degli status come garanzia del rispetto della vita privata e familiare*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 531 ss.; O. FERACI, *Art. 14 della risoluzione dell'*Institut de droit international *su* Human Rights and Private International Law: *la circolazione transfrontaliera del rapporto di filiazione*, *ivi*, p. 585 ss. Sul tema altresì F. MARONGIU BUONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti*, *ivi*, 2016, p. 49 ss.; S. TONOLO, *Equality, Conflict of Laws and Human Rights*, in D. AMOROSO, L. MAROTTI, P. ROSSI, A. SPAGNOLO, G. ZARRA (a cura di), *More Equal than Others? Perspectives on the Principle of Equality from International and EU Law*, The Hague, 2023, p. 175 ss.

[6] È ormai ben nota la dichiarazione della presidente della Commissione Europea, Ursula Von Der Leyen, in occasione del suo discorso sullo stato dell'Unione del 16 settembre 2020: «*If you are parent in one country, you are parent in every country*». Il testo integrale del discorso è reperibile online all'indirizzo www.state-of-the-union.ec.europa.eu.

[7] L. CARPANETO, F. PESCE, I. QUEIROLO, *La famiglia nell'azione della comunità e dell'Unione europea: la progressiva "erosione" della sovranità statale*, in L. CARPANETO, F. PESCE, I. QUEIROLO (a cura di), *La "famiglia in movimento" nello spazio europeo di libertà e giustizia*, Torino, 2019, p. 24 ss.

[8] R. CAFARI PANICO, *Identità nazionale e identità personale*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, cit., p. 215 ss.; L. TOMASI, *La tutela degli* status *familiari nel diritto dell'Unione europea tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Padova, 2007.

[9] CGUE, sentenza del 14 dicembre 2021, C-490/20, *Pancharevo*. Hanno commentato la sen-

mente, la prima occasione di pronunciarsi sulla questione del riconoscimento di un rapporto di filiazione derivante da tecniche di procreazione alternative. La Corte ha dovuto interrogarsi sulla capacità o meno del diritto dell'Unione di imporre ad uno Stato membro il riconoscimento di un legame di filiazione tra una bambina e i propri genitori (entrambi di sesso femminile), costituitosi in un altro Stato membro. Nella sentenza, si è stabilito che la persona minorenne avente la cittadinanza europea gode del diritto alla libera circolazione ai sensi della direttiva 2004/38/CE[10]: pertanto, proprio per garantire il godimento di tale diritto, lo Stato di cittadinanza è obbligato a rilasciare una carta di identità che rechi l'indicazione di entrambi i genitori, il cui status è già stato accertato da un altro Stato membro in cui gli interessati soggiornavano conformemente alla medesima direttiva[11].

I giudici di Lussemburgo muovono dalla prospettiva del diritto primario dell'Unione europea. Ciononostante, la decisione presta il fianco ad ulteriori riflessioni sulla capacità dei diritti derivanti dal possesso della cittadinanza europea di influire sull'atteggiamento di apertura (o di chiusura) degli ordinamenti nazionali nei confronti dei legami genitoriali di questo tipo. Inoltre, la pronuncia ben si colloca nel complessivo atteggiamento delle istituzioni europee a favore dell'interesse superiore delle persone minorenni, nonché

---

tenza A. TRYFONIDOU, *The Cross-Border Recognition of the Parent-Child Relationship in Rainbow Families under EU Law: a Critical View of the ECJ's V.M.A. Ruling*, in *European Law Blog*, 21 dicembre 2021; M.C. BARUFFI, *Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso e la libera circolazione delle persone nell'Unione Europea*, in *Famiglia e diritto*, 2022, p. 1098 ss.; O. FERACI, *Il riconoscimento «funzionalmente orientato» dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 564 ss.; M. GRASSI, *Riconoscimento del rapporto di filiazione omogenitoriale e libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, p. 591 ss.; C. DE CAPITANI, *Rainbow families and the right to freedom of movement – the V.M.A. v Stolichna obshtina, rayon 'Pancharevo' case*, in *EU Law Analysis*, 11 gennaio 2022; J. MEEUSEN, *Functional Recognition of Same-sex Parenthood for the Benefit of Mobile Union Citizens – Brief Comments on the CJEU's Pancharevo Judgment*, in *EAPIL Blog*, 3 febbraio 2022; E. GUALCO, *Habemus Pancharevo – A new chapter of the EU citizenship fairy-tale*, in *BlogDUE*, 22 marzo 2022; E. DI NAPOLI, G. BIAGIONI, O. FERACI, R. CALVIGIONI, P. PASQUALIS, *La circolazione dello status dei minori attraverso le «frontiere» d'Europa: intersezioni tra diritto dell'Unione e diritto internazionale privato alla luce della sentenza Pancharevo*, in *Papers di diritto europeo*, 2023, p. 67 ss.

[10] Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

[11] Analoghe conclusioni sono state raggiunte dalla Corte di giustizia qualche mese dopo, nell'ordinanza del 24 giugno 2022, C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*, adottata a seguito del rinvio pregiudiziale proposto dal *Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie* (Tribunale amministrativo del voivodato di Cracovia) nell'ambito di una controversia molto simile a quella del caso *Pancharevo*.

della necessità di tutelare tutte le famiglie, a prescindere dalla loro composizione[12].

La decisione della Corte di giustizia, di cui si commenteranno a breve i punti salienti, è stata adottata in un contesto dove il riconoscimento del rapporto di genitorialità all'estero risulta esclusivamente disciplinato dalle norme nazionali di diritto internazionale privato. Tra gli strumenti giuridici adottati dalle istituzioni europee nel settore della cooperazione giudiziaria civile non è, ad oggi, in vigore nessun atto normativo applicabile alla circolazione degli status familiari complessivamente intesi, compresi i rapporti che – a vario titolo – si qualificano nell'ambito della filiazione[13]. Tuttavia, vi è una proposta di regolamento sul riconoscimento reciproco della genitorialità tra gli Stati membri[14], adottata a valle dell'*Inception Impact Assessment* della Commissione europea[15], della consultazione pubblica[16] e dei lavori del gruppo di esperti[17] incaricato dalla stessa Commissione di meglio valutare la portata di un nuovo strumento legislativo nel settore.

Peraltro, l'impegno delle istituzioni europee prosegue in parallelo con i lavori della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, che nell'ambito del *Parentage/Surrogacy Project* sta valutando la fattibilità di una convenzione internazionale sugli aspetti internazionalprivatistici della filia-

---

[12] Tra le recenti iniziative, ad esempio, la *Strategia per l'uguaglianza delle persone LGBTIQ 2020-2025*, comunicata dalla Commissione il 12 novembre 2020; in argomento P. DE PASQUALE, *Cittadini LGBTIQ tra uguaglianza e discriminazioni*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, p. 493 ss.; V.L. GUTIÉRREZ CASTILLO, *Ciudadanía europea y protección de la vida familiar. Especial referencia a los nuevos modelos de familia*, in *Freedom, Security and Justice*, 2021, p. 15 ss.

[13] Invocava questa possibilità C. TOMALE, *State of play of cross-border surrogacy arrangements – is there a case for regulatory intervention by the EU?*, in *Journal of Private International Law*, 2017, p. 463 ss.

[14] Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile e al riconoscimento delle decisioni e all'accettazione degli atti pubblici in materia di filiazione e alla creazione di un certificato europeo di filiazione, COM(2022) 695 final. Commentano la proposta L. VALKOVA, *The Commission Proposal for a Regulation on the Recognition of Parenthood and Other Legislative Trends Affecting Legal Parenthood*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, p. 854 ss.; S. DE VIDO, *Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022: oltre Pancharevo verso un ordine pubblico "rafforzato" dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 2023, p. 35 ss.; D. DANIELI, *La proposta di regolamento UE sul riconoscimento della filiazione tra Stati membri: alla ricerca di un equilibrio tra obiettivi di armonizzazione e divergenze nazionali*, in *SIDIBlog*, 23 febbraio 2023. V. lo studio condotto, su richiesta del Parlamento europeo, da A. TRYFONIDOU, *Cross-Border Legal Recognition of Prenthood in the EU*, Bruxelles, 2023, reperibile online all'indirizzo www.europarl.europa.eu.

[15] ARES(2021) 2519673, 14 aprile 2021.

[16] ARES(2021) 6847413, 8 novembre 2021.

[17] I verbali delle riunioni del gruppo di esperti sono reperibili sul sito ufficiale della Commissione europea, all'indirizzo www.ec.europa.eu.

zione (che si accompagnerebbe ad un protocollo dedicato esclusivamente alla filiazione stabilita a seguito di accordi di maternità surrogata)[18]. Si tratterebbe, come è evidente, di uno strumento 'globale' a cui potrebbero potenzialmente aderire Stati provenienti da diverse aree geografiche e con tradizioni giuridiche profondamente differenti. Il primo gruppo di esperti ha presentato un rapporto nel novembre 2022[19] e la Commissione Affari Generali e Politica ha già dato mandato per la nomina di un ulteriore gruppo di lavoro che si occuperà delle questioni di diritto internazionale privato[20].

In entrambi i contesti (europeo ed internazionale) molte tematiche e questioni risultano ancora aperte, essendosi allo stesso tempo consolidata la consapevolezza che l'adozione di norme comuni risulta il mezzo per raggiungere la continuità dei legami familiari e una maggiore certezza giuridica. Questa esigenza nasce soprattutto con riferimento ai rapporti familiari che non sono riconducibili alla famiglia c.d. tradizionale, sui quali si riscontrano significative differenze di approccio tra gli ordinamenti nazionali. Imprescindibile, inoltre, l'attenzione nei confronti della tutela delle persone minorenni coinvolte: sia dai lavori della Conferenza dell'Aja, che dalla proposta di regolamento, è immediato ed evidente il riferimento al principio del superiore interesse del minore e al rispetto dei diritti fondamentali di quest'ultimo[21].

2. Il caso *Pancharevo*: i fatti alla base del rinvio pregiudiziale

La vicenda origina dalla richiesta, rivolta al Comune di Sofia (distretto di Pancharevo, Bulgaria), di rilasciare un certificato di nascita per una bambina, figlia di una cittadina bulgara e di una cittadina del Regno Unito (nata a Gibilterra). La minore era nata nel 2019 a Barcellona (Spagna), dove la famiglia

---

[18] V. il sito ufficiale della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, all'indirizzo www.hcch.net.

[19] EXPERTS' GROUP ON PARENTAGE/SURROGACY PROJECT, *Final Report: The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage*, Prel. Doc. No 1 of November 2022. Commenta i lavori del gruppo di esperti e le risultanze del *Final report* L. VALKOVA, *The Commission Proposal for a Regulation on the Recognition of Parenthood*, cit., p. 869 ss.

[20] L'informazione è riportata sul sito ufficiale della Conferenza dell'Aja, nella pagina dedicata al *Parentage/Surrogacy Project* e reperibile al già citato indirizzo www.hcch.net.

[21] Per quanto concerne il *Parentage/Surrogacy Project*, v. la Conclusione n. 1 del *Final Report* presentato dall'Experts' Group on Parentage/Surrogacy Project, cit. La proposta di regolamento COM(2022) 695 final, cit., dal canto suo, contiene nei considerando numerosi ed estesi riferimenti ai diritti fondamentali delle persone minorenni, richiamando direttamente la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, nonché la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

risiedeva in modo continuativo. Nel certificato di nascita rilasciato dalle competenti autorità spagnole risultava l'indicazione di entrambe le donne sotto la voce «madre». Secondo queste ultime, il rilascio di un ulteriore atto di nascita da parte delle autorità bulgare si rendeva necessario per procedere con la richiesta di un documento di identità per la bambina. La richiesta (corredata dalla traduzione in lingua bulgara, legalizzata e autenticata, dell'estratto del registro dello stato civile di Barcellona, relativo all'atto di nascita della minore), si fondava sulla cittadinanza bulgara della bambina, acquisita *iure sanguinis* ai sensi della legge bulgara[22]. Tuttavia, il Comune di Sofia aveva rifiutato il rilascio del documento, in quanto il modello di atto di nascita bulgaro impediva di inserire più di una persona come «madre»; allo stesso tempo, la stessa certificazione di un rapporto di maternità dipendeva, in base alla legge bulgara, dalla dimostrazione di un legame biologico, che la richiedente si era rifiutata di fornire. Da qui il ricorso all'*Administrativen sad Sofia-grad* (Tribunale amministrativo di Sofia), il quale decideva di rivolgere alla Corte di giustizia alcuni quesiti pregiudiziali.

In particolare, il giudice del rinvio ha formulato quattro articolati quesiti, chiedendo alla Corte se *i)* nell'ipotesi di un cittadino minorenne dell'Unione, il cui atto di nascita emesso dallo Stato membro ospitante designa come genitori due persone dello stesso sesso, gli artt. 20 e 21 TFUE, nonché degli artt. 7, 24 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea impongano allo Stato membro di cittadinanza del minore di rilasciare un atto di nascita che contenga la registrazione di entrambi i genitori, anche se risulta ignota l'identità del genitore biologico; *ii)* l'obbligo eventualmente imposto allo Stato membro di cittadinanza sia idoneo a pregiudicare l'ordine pubblico e l'identità nazionale, ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE e dell'art. 9 della Carta. In particolare, proprio nell'ipotesi in cui non sia possibile stabilire quale sia il genitore biologico, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di stabilire le modalità concrete per effettuare un bilanciamento di interessi tra l'identità nazionale dello Stato e il superiore interesse del minore (sancito dall'art. 24, par. 2, della Carta). Inoltre, in caso di risposta affermativa alla prima questione, ci si interrogava *iii)* sulla rilevanza dell'avvenuto recesso del Regno Unito dall'Unione europea, posto che una delle madri indicate nell'atto di nascita era cittadina di tale Stato, nonché *iv)* sulla capacità del diritto dell'Unione, in ossequio al principio di effettività, di imporre alle com-

[22] Il riferimento normativo è il ЗАКОН ЗА БЪЛГАРСКОТО ГРАЖДАНСТВО (legge sulla cittadinanza bulgara) del 20 febbraio 1999.

petenti autorità nazionali di discostarsi dal modello per la redazione di un atto di nascita previsto dal diritto interno.

3. L'obbligo di riconoscere il rapporto di filiazione ai soli fini dell'esercizio della libertà di circolazione e soggiorno nell'Unione europea

Nella sentenza *Pancharevo*, la Corte di giustizia affronta la questione del rispetto dei diritti fondamentali, dalla prospettiva del diritto primario dell'Unione che sancisce la libertà di circolazione delle persone[23]. La Corte, infatti, si occupa di valutare la compatibilità tra quest'ultimo e la prassi in vigore in Bulgaria. La pronuncia, quindi, non varca i confini delle competenze assegnate alle istituzioni europee e stabilite dai Trattati e si pone in linea di continuità con le soluzioni già proposte nel precedente caso *Coman*, che riguardava il riconoscimento di un matrimonio *same-sex* per simili esigenze di godimento del diritto alla libera circolazione e soggiorno[24]. In quell'occasione, la Corte ha ritenuto sussistente, in capo agli Stati membri, l'obbligo di riconoscere il vincolo coniugale tra un cittadino europeo ed un cittadino di uno

---

[23] Sulla libertà di circolazione delle persone nell'Unione europea e sul diritto al ricongiungimento familiare M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006; A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, cit.; I. QUEIROLO, *La famiglia nella prospettiva della libera circolazione delle persone: il diritto al ricongiungimento familiare*, in L. CARPANETO, F. PESCE, I. QUEIROLO (a cura di), *La "famiglia in movimento" nello spazio europeo di libertà e giustizia*, cit., p. 37 ss.; A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in G. STROZZI, R. MASTROIANNI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Milano, 2021, p. 52 ss.; S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2022. Sul principio del superiore interesse del minore nel contesto dei ricongiungimenti familiari, v. A. ADINOLFI, *Tutela degli interessi del minore e normativa dell'Unione europea sul ricongiungimento familiare*, in M. BIANCA (a cura di), *The best interest of the child*, Roma, 2021, p. 1261 ss.; V. DI COMITE, *Ricongiungimento familiare e diritto di soggiorno dei familiari di cittadini dell'Unione alla luce del superiore interesse del minore*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 165 ss.

[24] CGUE, sentenza del 5 giugno 2018, C-673/16, *Relu Adrian Coman*. V. F. BATTAGLIA, *La definizione di "coniuge" ai sensi della direttiva 38/2004: il caso Coman e Hamilton*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, p. 218 ss.; A. LANG, *Il mancato riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso come ostacolo alla libera circolazione delle persone nell'Unione: il caso Coman*, in *GenIUS*, 2018, p. 138 ss.; S. PENASA, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e libertà di circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari: osservazioni "a cerchi concentrici" sul caso Coman c. Romania della Corte di giustizia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2018, p. 14 ss.; I. MARCHIORO, *The Free Movement of Same-Sex Registered Partners in the Light of the Evolutive Interpretation of Directive 2004/38/EC*, in M.C. BARUFFI, M. ORTINO (a cura di), *Trending Topics in International and EU Law: Legal and Economic Perspectives*, Napoli, 2019, p. 213 ss.; A.M. SCARAVILLI, *Il diritto alla vita familiare come strumento di estensione per via giurisprudenziale dei diritti del cittadino alla persona migrante*, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2020, p. 133 ss.

Stato terzo dello stesso sesso, allo scopo di garantire il ricongiungimento familiare. Ciò anche nelle ipotesi in cui non risulti applicabile la Direttiva 2004/38/CE: infatti, la mancata qualificazione come coniuge del cittadino di uno Stato terzo comporterebbe una illegittima compressione della vita familiare, contraria all'art. 21, par. 1, TFUE. Quest'ultimo, secondo la Corte, impone che la vita familiare che un cittadino europeo abbia condotto nello Stato membro ospitante possa proseguire al suo ritorno nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza, grazie alla concessione di un diritto di soggiorno derivato al coniuge. Al riguardo, la Corte di giustizia si occupa di delimitare la portata della sua decisione, precisando che lo status di coniuge è riconosciuto unicamente ai fini del godimento dei diritti conferiti dai Trattati istitutivi[25].

Nel caso *Pancharevo*, le quattro distinte questioni pregiudiziali poste dal giudice del rinvio sono ricondotte a due principali interrogativi. In sostanza, si intendeva innanzitutto stabilire se il rifiuto di registrare la nascita di una cittadina bulgara, avvenuta in un altro Stato membro, le cui autorità competenti hanno rilasciato un atto di nascita che indica due madri, violi i diritti di libera circolazione e soggiorno conferiti a detta cittadina dagli artt. 20 e 21 TFUE e dall'art. 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché il diritto al rispetto della vita familiare ed il diritto a che sia tenuto in primaria considerazione l'interesse superiore del minore[26]. In seconda battuta, l'analisi degli obblighi derivanti dalla citata normativa UE non poteva prescindere da una valutazione di compatibilità con l'ordine pubblico e l'identità nazionale della Repubblica di Bulgaria, la cui normativa in materia di filiazione esclude la possibilità di menzionare in un atto di nascita due genitori dello stesso sesso. Per tale ragione, il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di giustizia se il rifiuto delle autorità bulgare di rilasciare il documento potesse, in questo caso, essere giustificato alla luce della clausola di identità nazionale di cui all'art. 4, par. 2, TUE[27].

Come nel caso *Coman*, la Corte di giustizia conferma innanzitutto che i diritti connessi alla cittadinanza europea, con specifico riferimento alla libera circolazione delle persone, possano essere esercitati anche nei confronti dello

---

[25] Punto 45 della sentenza *Coman*, cit.

[26] Artt. 7 e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

[27] Per i riferimenti essenziali v. M.C. BARUFFI, *Articolo 4 TUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 13 ss.; M. CARTABIA, *Commento all'art. 4 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 25 ss.; T. RUSSO, *Commento all'articolo 4 TUE*, in C. CURTI GIALDINO (diretto da), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 74 ss.

Stato membro di cittadinanza, ed anche nell'ipotesi in cui il soggetto in questione non si sia mai spostato dallo Stato membro di origine[28]. Infatti, vi sono alcune prestazioni 'prodromiche' al godimento dei diritti di circolazione e soggiorno che gli Stati membri devono necessariamente garantire, al fine di non svuotare di contenuto tali diritti: in particolare, la direttiva 2004/38/CE impone agli Stati membri di rilasciare ai loro cittadini un documento di identità[29], indispensabile per poter viaggiare. Dato che il giudice *a quo* muoveva dall'incontestato assunto per cui la minore è cittadina bulgara, lo Stato in questione risultava gravato da tale obbligo. Al riguardo, la Corte si occupa di formulare una importante precisazione: il rilascio di un documento di identità o di un passaporto da parte dello Stato di cittadinanza deve considerarsi indipendente dall'emissione di un nuovo atto di nascita, almeno secondo quanto previsto dall'art. 4 della direttiva 2004/38/CE[30]. Infatti, la disposizione da ultimo citata non consente agli Stati membri di invocare qualsiasi altra formalità sancita dal diritto nazionale per rifiutare il rilascio del documento che consente ai cittadini europei di spostarsi nel territorio dell'Unione. Pertanto, il problema che si pone è quello della incompatibilità tra il diritto nazionale – che richiede necessariamente il rilascio di un atto di nascita per procedere con le ulteriori formalità anagrafiche e che si 'inceppa' a fronte della richiesta di indicare due genitori dello stesso sesso – e la direttiva europea che impone l'emissione di un documento di identità.

Se la persona beneficiaria del documento di identità è minorenne, vi è un'ulteriore circostanza da considerare: in tal caso, il pieno esercizio del diritto alla libera circolazione implica necessariamente la possibilità di viaggiare con i propri genitori e con ciascuno di essi. Questo, anche nell'ipotesi in cui i genitori in questione appartengano allo stesso sesso: un assunto, quest'ultimo, che non risulta indicato espressamente nella decisione in esame, ma traspare dalla parte motiva del provvedimento, soprattutto nel momento in cui la Corte afferma che il documento di identità «da solo o in combinazione con altri documenti, eventualmente con un documento rilasciato dallo Stato membro ospitante del minore interessato, deve permettere ad un minore […] di esercitare il proprio diritto di circolare e di soggiornare

[28] Si tratta di posizioni già espresse dalla Corte in pronunce precedenti: v. CGUE, sentenza dell'8 marzo 2011, C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano*; CGUE, sentenza del 13 settembre 2016, C-165/14, *Alfredo Rendón Marín*; CGUE, sentenza del 2 ottobre 2019, C-93/18, *Ermira Bajratari*. V. A. LANG, *Articolo 21*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 501 ss.

[29] Art. 4, par. 3 della direttiva 2004/38/CE.

[30] Punto 45 della sentenza *Pancharevo*, cit.

liberamente nel territorio degli Stati membri, garantito all'articolo 21, paragrafo 1, TUE, con ciascuna delle sue due madri […]»[31].

Tuttavia, è proprio l'identificazione dei genitori a costituire il punto nodale della sentenza: la Corte afferma che lo *status* di genitori «è stato accertato dallo Stato membro ospitante delle medesime [la Spagna] nel corso di un soggiorno conforme alla direttiva 2004/38». Infatti, «è pacifico che le autorità spagnole hanno accertato legalmente l'esistenza di un rapporto di filiazione, biologica o giuridica, tra la bimba e i suoi due genitori»[32].

Secondo una possibile interpretazione, nello stabilire l'esistenza di un obbligo di riconoscimento – anche solo funzionale[33] – del rapporto di filiazione da parte degli Stati membri, la Corte di giustizia sembra (almeno indirettamente) affermare che lo Stato membro 'ospitante' (in cui un cittadino europeo risieda ai sensi della direttiva 2004/38/CE) sia anche lo Stato competente ad accertare lo *status* familiare, con effetti che si estenderebbero a tutti gli altri Paesi europei. In particolare, le autorità di tale Stato membro sarebbero «nella posizione migliore» per emettere un documento che contenta la menzione di entrambi i genitori come persone autorizzate a viaggiare con il minore, come ad esempio un atto di nascita[34]. Nel caso in esame, tuttavia, lo Stato ospitante coincide con il Paese in cui il minore è nato. Come precisato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, le due madri hanno acquisito lo status di genitore in forza del diritto spagnolo, applicabile in quanto le norme di diritto internazionale privato spagnole collegano la determinazione della filiazione al luogo di residenza abituale del minore[35]. L'ordinamento spagnolo, quindi, ha formalizzato l'accertamento del rapporto di filiazione in un atto di nascita rilasciato dalle competenti autorità, che gli altri Stati membri sono obbligati a riconoscere.

Se si volge lo sguardo alla già citata proposta di regolamento sul riconoscimento della genitorialità tra gli Stati membri, si rinviene la possibilità di attribuire la competenza giurisdizionale alle autorità dello Stato in cui il minore è nato: allo stesso tempo, tale criterio di giurisdizione è alternativo ad altri, come ad esempio quello dello stato di residenza abituale del minore[36].

---

[31] Punto 46 della sentenza *Pancharevo*, cit.

[32] Punto 48 della sentenza *Pancharevo*, cit.

[33] Il termine è di O. FERACI, *Il riconoscimento «funzionalmente orientato»*, cit.

[34] Punto 50 della sentenza *Pancharevo*, cit.

[35] Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 15 aprile 2021, C-490/20, *Pancharevo*, punto 61.

[36] Art. 6 della proposta di regolamento COM(2022)695 final, cit. Si noti, peraltro, che il criterio del luogo di nascita è indicato per ultimo nell'elenco dei fori alternativi: una scelta di *drafting* normativo che non ha un rilievo giuridico, ma può essere nondimeno evocativa di una

In punto di legge applicabile, la proposta si rifà allo Stato di residenza abituale della persona che partorisce al momento della nascita, mentre il criterio del luogo di nascita entra in gioco solamente in via successiva[37].

Invero, la Corte di giustizia non sembra voler proporre con sufficientemente chiarezza una regola che identifichi l'ordinamento competente ad accertare il rapporto di filiazione. Sia il criterio della residenza (con riferimento allo Stato membro 'ospitante') che il criterio del luogo di nascita sono richiamati solo in via indiretta, nell'ambito di un approccio che risulta strettamente funzionale al godimento dei diritti di circolazione e soggiorno spettanti ai minorenni che possiedono la cittadinanza europea. Un risultato che non potrebbe essere raggiunto se non si riconoscesse il rapporto di filiazione in capo ad entrambi i genitori, i quali hanno il diritto di accompagnare il figlio o la figlia di cui hanno la custodia effettiva e che pertanto devono poter disporre di un documento che le menzioni come persone autorizzate a viaggiare con lui. Al fine di raggiungere questo risultato, la Corte introduce l'obbligo, per gli Stati membri, di riconoscere l'accertamento del rapporto di filiazione già operato da un altro Stato membro: nel caso di specie, si tratta dello Stato in cui il minore è nato e risiede con la sua famiglia.

4. Il bilanciamento con l'identità nazionale degli Stati membri ed il rilievo attribuito ai diritti fondamentali della persona minorenne

Nella seconda parte della sentenza, la Corte di giustizia opera un bilanciamento tra l'obbligo di riconoscimento funzionale del rapporto di filiazione e l'art. 4, par. 2, TUE, invocato dal giudice del rinvio per giustificare il rifiuto delle autorità bulgare di emettere l'atto di nascita e il documento di identità con l'indicazione di due madri[38]. Si profilavano, infatti, chiari elementi di incompatibilità con la Costituzione ed i principi fondanti il diritto di famiglia

---

certa preferenza del legislatore europeo per i criteri indicati precedentemente.

[37] Art. 17, par. 1 della proposta di regolamento COM(2022)695 final, cit.

[38] In merito, è utile ricordare che la citata disposizione di diritto primario esprime il principio del rispetto delle prerogative degli Stati membri quali soggetti di diritto internazionale, ponendo a carico dell'Unione europea l'obbligo di rispettare la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale. La lettura in combinato disposto dell'art. 4, parr. 1 e 2 TUE esprime, inoltre, il principio di attribuzione, salvaguardando le competenze degli Stati membri non attribuite all'Unione, risultando anch'esse espressione dell'identità nazionale. V. M.C. BARUFFI, *Articolo 4 TUE*, cit., p. 14; T. RUSSO, *Commento all'articolo 4 TUE*, cit., p. 74 ss.

bulgaro, tali da pregiudicare l'ordine pubblico e l'identità nazionale della Repubblica di Bulgaria.

Nel rigettare l'argomentazione proposta dal giudice del rinvio, la Corte ricorda innanzitutto come lo status delle persone sia una materia di competenza degli Stati membri, i quali sono «liberi di prevedere o meno, nel loro diritto nazionale, il matrimonio tra persone dello stesso sesso e la genitorialità di queste ultime»[39]. Allo stesso tempo, nell'esercizio di tale competenza, gli Stati membri devono rispettare il diritto dell'Unione, ed in particolare il diritto primario ed il diritto derivato che stabiliscono e disciplinano la libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini europei. È solo ai fini del diritto dell'Unione che sussiste l'obbligo di riconoscimento dello *status* familiare e il correlativo obbligo di rilasciare un documento di identità. Ne consegue, chiarisce la Corte, che gli Stati membri non sono obbligati a prevedere nel loro diritto interno la genitorialità di persone dello stesso sesso o a riconoscere un siffatto rapporto di filiazione ai fini diversi dall'esercizio dei diritti derivanti dall'ordinamento dell'Unione[40].

Secondo la Corte di giustizia, se il riconoscimento dello *status* familiare è limitato a quanto strettamente necessario per rispettare i diritti derivanti dalla cittadinanza europea, è esclusa qualsivoglia violazione dell'identità nazionale o minaccia all'ordine pubblico degli Stati membri. Al di là delle valutazioni di fattibilità e dei correlativi problemi che potrebbero derivare da un riconoscimento 'a metà' del rapporto di filiazione, è interessante osservare l'approccio della Corte di giustizia rispetto al concetto di ordine pubblico richiamato dall'art. 4 TUE: la Corte, infatti, afferma che «la nozione di 'ordine pubblico', in quanto giustificazione di una deroga a una libertà fondamentale, dev'essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione»[41]. Pertanto, l'ordine pubblico sembra rappresentare – nel quadro del diritto primario dell'Unione europea – una deroga alle libertà fondamentali, compresa quella relativa alla circolazione delle persone. Il parametro rilevante per valutare la legittimità della deroga è

---

[39] Punto 52 della sentenza *Pancharevo*, cit.

[40] Sull'assenza di un obbligo, per gli Stati, di riconoscere gli *status* familiari validamente costituiti in base ad un ordinamento straniero v. G. BIAGIONI, *On Recognition of Foreign Same-Sex Marriages and Partnerships*, in D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (a cura di), *Same-sex Couples Before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin-Heldelberg, 2014, p. 359 ss.

[41] Punto 55 della sentenza in commento. In argomento R. CAFARI PANICO, *Identità nazionale e identità personale*, cit.; F. DEANA, *Cross-Border Continuity of Family Status and Public Policy Concerns in the European Union*, in *DPCE online*, 2019, p. 1979 ss.

la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed in particolare gli artt. 7 e 24, par. 2, che sanciscono rispettivamente il diritto al rispetto della vita privata e familiare e il diritto a che si tenga in primaria considerazione l'interesse superiore del minore.

Nel riempire di contenuto l'art. 7 della Carta, la Corte di giustizia fa correttamente riferimento alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo (d'ora innanzi, Corte EDU) sull'art. 8 CEDU[42]. Secondo la Corte EDU, infatti, l'esistenza di una vita familiare costituisce una questione di fatto, la cui protezione comprende senza dubbio la possibilità per un genitore ed il figlio di essere insieme[43]. Ciò è valido con riguardo sia alle famiglie in cui i genitori siano di sesso differente, sia alle famiglie omoparentali[44]. Con riferimento, invece, all'art. 24 della Carta, il principio del superiore interesse del minore è letto dalla Corte di giustizia con riferimento al consolidato quadro normativo di cui alla Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 sui diritti del fanciullo, cui si ispira la citata disposizione europea. La Corte precisa che, in ossequio al diritto alla non discriminazione di cui all'art. 2 della citata Convenzione, nessun bambino dovrebbe essere discriminato nell'esercizio dei suoi diritti fondamentali per la sola ragione che i propri genitori appartengono allo stesso sesso[45]. In altre parole, negare la possibilità al minore cittadino europeo di circolare liberamente nel territorio dell'Unione con uno dei due genitori, a causa del loro orientamento sessuale, comporterebbe una

---

[42] Come noto, ai sensi dell'art. 52, par. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i diritti sanciti da quest'ultima hanno lo stesso significato e la stessa portata dei corrispondenti diritti garantiti dalla CEDU, alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Sulla clausola di equivalenza, v. A. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 700 ss.; B. CONFORTI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 3 ss.

[43] Corte EDU, sentenza del 12 luglio 2001, ric. n. 25702/94, *K. e T. c. Finlandia*, parr. 150-151. La sentenza è espressamente richiamata dalla Corte di giustizia nelle motivazioni in *Pancharevo*, cit., e pone l'attenzione proprio sull'esistenza di fatto di una 'vita familiare' fondata su legami personali. V. anche Corte EDU, sentenza del 22 giugno 2017, ric. n. 37931/15, *Caldararu c. Italia*; Corte EDU, sentenza del 13 luglio 2000, ric. n. 25735/94, *Elsholz c. Germania*; Corte EDU, sentenza del 10 settembre 2019, ric. n. 37283/13, *Strand Lobben e altri c. Norvegia*.

[44] Corte EDU, sentenza del 14 dicembre 2017, ric. n. 26431/12, 26742/12, 44057/12 e 60088/12, *Orlandi e a. c. Italia*, par. 143. In argomento P. PUSTORINO, *Il diritto alla vita privata e familiare in relazione alle questioni di orientamento sessuale (artt. 8 e 14 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, Padova, 2020, p. 679.

[45] Punti 64 ss. della sentenza *Pancharevo*, cit.

ingiustificata discriminazione rispetto ad un bambino nato da una coppia di genitori di sesso diverso[46].

È proprio in questo passaggio argomentativo che si apprezza il delicato problema che caratterizza la circolazione dei rapporti di filiazione omogenitoriali e che emerge dalla sentenza *Pancharevo*. Da un lato, la decisione in commento delimita attentamente il proprio ambito di efficacia: la Corte di giustizia afferma l'esistenza di un obbligo di riconoscimento del legame di filiazione in capo agli Stati membri, ma precisando che tale obbligo è 'funzionale' e riguarda solo ed esclusivamente il godimento dei diritti che derivano dallo *status* di cittadino europeo (come il diritto alla libera circolazione, al soggiorno o al ricongiungimento familiare ed il diritto alla non discriminazione). Dall'altro lato, coerentemente, non si impone ai Paesi europei di riconoscere 'a tutto tondo' il legame di filiazione.

Del resto, l'obbligo di un riconoscimento 'pieno' non potrebbe ricavarsi in modo pacifico nemmeno dalla giurisprudenza della Corte EDU. Con specifico riferimento alle ipotesi di gestazione per altri o modalità di procreazione alternative, la Corte di Strasburgo si è concentrata sulla prospettiva della persona minorenne e non ha, per il momento, riconosciuto alla CEDU la potenzialità di imporre agli Stati membri il riconoscimento del legame genitoriale a tutti gli effetti[47]. Nelle prime pronunce dedicate al tema della maternità surrogata, rese nei casi *Menneson*[48] e *Labassee*[49] (entrambe nei confronti della Francia), è emerso un approccio incentrato sul soggetto debole del rapporto: la focalizzazione sul superiore interesse del minore ha fatto sì che la Corte EDU – pur non riconoscendo una violazione dell'art. 8 CEDU rispetto al genitore d'intenzione per effetto del diniego di trascrizione nei regi-

---

[46] Sul punto v. A. TRYFONIDOU, *EU Free Movement Law and the Children of Rainbow Families: Children of a Lesser God?*, in *Yearbook of European Law*, 2019, p. 220 ss.

[47] Per ragioni di sintesi, non vi è la possibilità di procedere in questa sede ad un'analisi approfondita della giurisprudenza della Corte EDU sulla questione che qui interessa. In argomento, oltre ai contributi già citati alla nota n. 4, si rinvia a P. FRANZINA, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 of the ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 609; R. BARATTA, *Recognition of foreign personal and family status: a rights based perspective*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 413 ss.; F. PESCE, I. QUEIROLO, *La surrogazione di maternità tra diritto internazionale, dell'Unione europea e ordinamento interno (Panorama): parte I: la surrogazione di maternità innanzi alla Corte di Strasburgo*, in *La Cittadinanza Europea*, 2021, p. 223; F. PESCE, *Gestazione per altri e discrezionalità nazionale "depotenziata" nella prospettiva della CEDU*, in F. PESCE (a cura di), *La surrogazione di maternità nel prisma del diritto*, cit., p. 155 ss. Analizza la giurisprudenza della Corte EDU anche O. FERACI, *Art. 14 della risoluzione dell'*Institut de Droit International, cit.

[48] Corte EDU, sentenza del 26 giugno 2014, ric. n. 65192/11, *Menneson c. Francia*.

[49] Corte EDU, sentenza del 26 giugno 2014, ric. n. 65941/11, *Labassee c. Francia*.

stri di stato civile di un atto di nascita straniero – ha nondimeno accertato la violazione della medesima disposizione rispetto al figlio minorenne (dalla prospettiva del diritto al rispetto alla vita privata), per effetto del mancato riconoscimento del legame con il padre biologico[50]. Nel successivo parere consultivo del 10 aprile 2019[51], reso ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU, la Corte EDU ha poi chiarito che il rifiuto delle autorità nazionali di registrare il certificato di nascita straniero, attestante lo *status* di filiazione acquisito all'estero nei riguardi del genitore intenzionale in assenza di qualsiasi legame di tipo genetico, non rappresenta di per sé una condotta violativa dei diritti fondamentali del minore. Tuttavia, nell'ipotesi in cui la relazione tra il genitore intenzionale e il figlio sia diventata «*a practical reality*»[52], proprio per evitare il protrarsi di una situazione di incertezza circa la posizione giuridica del minore, gli Stati sono tenuti a garantire una qualche forma di riconoscimento, eventualmente ricorrendo all'istituto dell'adozione[53].

Il medesimo approccio è stato mantenuto anche in pronunce successive, dove, pur in assenza di un legame biologico con il genitore intenzionale, la Corte EDU ha ribadito la necessità di tutelare adeguatamente i rapporti affettivi *de facto* consolidatisi con il passare del tempo. Allo stesso tempo, si è ritenuto di non ravvisare nessuna violazione dell'art. 8 quando la condotta delle autorità nazionali – ivi compreso l'eventuale rifiuto di riconoscere sin dall'inizio il rapporto di filiazione costituitesi all'estero – non si sia concretizzata in nessun effettivo ostacolo al godimento della vita familiare. Così, a fronte delle possibilità alternative offerte dalla legge interna per stabilizzare il rapporto, ad esempio attraverso l'istituto giuridico dell'adozione o la possibilità di chiedere ed ottenere l'affidamento (condiviso con il genitore biologico), è da ritenersi adeguatamente tutelato il diritto al rispetto della vita privata, dalla prospettiva del soggetto minorenne[54]. Si pone, pertanto, l'accento

---

[50] V. M. MEILHAC-PERRI, *National Regulation and Cross-Border Surrogacy in France*, in *Yearbook of Private International Law*, 2014/2015, p. 275 ss.

[51] Corte EDU, parere consultivo del 10 aprile 2019, ric. n. P16-2018-001, reso ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 16 su richiesta della *Cour de cassation* francese.

[52] Corte EDU, parere consultivo del 10 aprile 2019, cit., parr. 52-54.

[53] O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2019, p. 1 ss.; L. POLI, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2019, p. 418.

[54] Corte EDU, sentenza del 16 luglio 2020, ric. n. 11288/18, *D. c. Francia*, sulla quale v. O. LOPES PEGNA, Mater (non) semper certa est! *L'impasse sulla verità biologica nella sentenza D. c. Francia della Corte europea*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2021, p. 709. Similmente Corte EDU, sentenza del 18 maggio 2021, ric. n. 71552/17, *Valdis Fjölnisdóttir e. a. c. Islanda*; Corte EDU, sentenza del 24 marzo 2022, ric. n. 29775/18, *C.E. e a. c. Francia*, com-

sull'interesse di quest'ultimo alla continuità affettiva con il genitore d'intenzione che abbia in concreto svolto la funzione genitoriale.

Peraltro, a riprova del valore preminente che si attribuisce al superiore interesse del minore, la Corte EDU ha ulteriormente precisato che la sola sussistenza di un rapporto di filiazione genetica non è sempre e comunque sufficiente a far sorgere l'obbligo di riconoscimento dello status genitoriale: nel caso *A.L. c. Francia*, si è anzi ritenuto che tutela dell'interesse del minore corrispondesse con il rigetto dell'istanza di riconoscimento, a fronte di una vita familiare già consolidatasi con il genitore sociale. In tale ipotesi, sradicare il minore dal suo contesto affettivo di riferimento avrebbe comportato significativi rischi per la sua salute psichica, non giustificabili dalla necessità di fare prevalere la "verità genetica"[55].

Coerentemente, nessuna violazione della CEDU si verifica quando risultino assenti sia il legame biologico che la costituzione di una effettiva vita familiare, come sostenuto dalla Grande Camera della Corte EDU nella ben nota sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *revirement* rispetto alla pronuncia della sezione semplice del 2015[56]. Secondo la Grande Camera, in assenza

---

mentata da C. DERAVE, H. OUHNAOUI, *C.E. & AL. v. France: legal recognition of intended parenthood from previous same-sex relationships (between women)*, in *Strasbourg Observers*, 7 ottobre 2022. Una posizione parzialmente diversa è stata assunta in Corte EDU, sentenza del 6 dicembre 2022, ric. n. 25212/21, *K.K. e a. c. Danimarca*: il collegio ha riscontrato la violazione dell'art. 8 CEDU da parte delle autorità danesi, esclusivamente sotto il profilo del rispetto della vita privata dei minorenni coinvolti, per aver negato alla madre intenzionale di due gemelli (nati tramite surrogazione di maternità all'estero) di accedere all'istituto dell'adozione. La madre risultava già affidataria dei due bambini, in quanto condivideva con il padre la responsabilità genitoriale a seguito di un provvedimento del giudice danese. Tuttavia, nel caso di specie, l'affidamento condiviso non è stato ritenuto una soluzione adeguata per garantire il rispetto della vita privata dei minori, che si trovavano ancora in una posizione di incertezza giuridica relativamente ad alcune questioni, come ad esempio quelle ereditarie. Per tali ragioni, la Corte EDU ha ritenuto non adeguato il bilanciamento tra l'interesse superiore dei minori e gli interessi della società nel limitare gli effetti negativi della maternità surrogata commerciale. Per un commento, v. E. BAIOCCO, *K.K. and Others v. Denmark: il superiore interesse del minore alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di riconoscimento del genitore intenzionale del bambino nato da madre surrogata all'estero*, in *Diritti Comparati*, 17 gennaio 2023. Ravvisa una violazione dell'art. 8 (sempre sotto il profilo del diritto al rispetto della vita privata del minore) Corte EDU, sentenza del 22 novembre 2022, ric. n. 58817/15 e 58252/15, *D.B. e.a. c. Svizzera*.

[55] Corte EDU, sentenza del 7 aprile 2022, ric. n. 13344/20, *A.L. c. Francia*. Occorre precisare che, nel caso di specie, la Corte ha comunque ravvisato una violazione dell'art. 8 CEDU da parte dello Stato francese, dovuta all'eccessiva durata del procedimento celebratosi innanzi alle autorità nazionali (pari a sei anni e un mese).

[56] Corte EDU, sentenza del 24 gennaio 2017, ric. n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*. Per l'analisi della vicenda e delle pronunce della Corte si rinvia a M. GERVASI, *The European Court of Human Rights and technological development: the issue of the continuity of the family status established abroad through recourse to surrogate motherhood*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 213 ss.; V. NARDONE, *La pronuncia della Grande Camera sul caso Pa-*

di un grave pregiudizio al superiore interesse del minore, la tutela offerta dall'art. 8 CEDU non può spingersi fino al giustificare una violativa delle norme che contribuiscono in modo importante alla definizione dell'ordine pubblico di uno Stato[57].

La Corte EDU, pertanto, dimostra di assestarsi su una posizione che lascia un margine di apprezzamento agli Stati che non intendono accogliere nel proprio ordinamento gli accordi di maternità surrogata, a meno che ciò non si ponga in contraddizione con l'interesse superiore del minore. Si pone, quindi, l'accento sulla necessità di proteggere una vita familiare già esistente e consolidatasi, che gli Stati non possono ostacolare, dovendo anzi prevedere adeguate forme di riconoscimento e tutela. Sulla base di queste premesse, la Corte EDU ritiene che il diritto al rispetto della vita familiare e il superiore interesse del minore siano adeguatamente rispettati quando risultino a disposizione degli istituti alternativi al riconoscimento 'pieno', che consentano di dare luogo ad un rapporto di filiazione quantomeno 'effettivo' e che evitino al minore di ritrovarsi in posizioni di incertezza giuridica.

Tornando all'analisi della sentenza *Pancharevo*, la Corte di giustizia ha quindi richiamato correttamente la giurisprudenza della Corte EDU illustrata poc'anzi, nel momento in cui si è inteso tutelare l'unità familiare delle famiglie in movimento nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia. Nell'impostazione dei giudici di Lussemburgo, al fine di garantire l'unità familiare non è necessario che gli Stati garantiscano una piena ed assoluta equiparazione tra i rapporti di filiazione derivanti da un'unione omogenitoriale e quelli riconducibili ad una famiglia 'tradizionale'. Al di là di qualsivoglia considerazione di natura etica, un obbligo di tal guisa non risulta, almeno per il momento, imposto né dal diritto dell'Unione europea né dalla CEDU.

---

radiso e Campanelli c. Italia tra famiglia de facto*, margine di apprezzamento e interesse superiore del minore*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, p. 113 ss.; S. TONOLO, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss.

[57] Anche in Corte EDU, sentenza del 24 marzo 2022, ric. n. 30254/28, *A.M. c. Norvegia*, si è ritenuto che la Norvegia non avesse violato l'art. 8 CEDU, né l'art. 14 CEDU, per aver negato il riconoscimento del rapporto parentale costituito all'estero tra la madre intenzionale (non biologica) e il figlio. In quel caso, il minore era nato in Texas con contratto di maternità surrogata e al ritorno in Canada il padre biologico aveva impedito alla ex compagna di avere contatti con il figlio: la Corte EDU non ha accolto le doglianze della ricorrente in quanto, oltre all'assenza del legame biologico e al mancato consolidarsi di una relazione madre-figlio, risultava anche un nuovo legame affettivo instauratosi con la nuova compagna del padre.

5. Conclusioni: la cittadinanza europea come confine del riconoscimento funzionale. Verso il regolamento sul riconoscimento della genitorialità tra gli Stati membri?

Nella sentenza in commento, la Corte di giustizia si assesta su una posizione garantista nei confronti dei diritti fondamentali del minore, figlio di una coppia dello stesso sesso. Muovendosi su un terreno non agevole, in ragione delle rilevanti differenze esistenti negli ordinamenti degli Stati membri[58], la decisione determina – anche se in via indiretta – un importante avanzamento nella tutela di questo tipo di famiglie. La pronuncia ha costituito l'occasione per affermare chiaramente che tutti gli Stati membri devono astenersi dal separare o dall'ostacolare i componenti di una famiglia omoparentale, quando questi intendano circolare nel territorio dell'Unione. L'obbligo degli Stati membri di riconoscere il rapporto di genitorialità tra un minore ed entrambi i suoi genitori dello stesso sesso risulta di diretta derivazione dal diritto primario dell'Unione e non è depotenziato nemmeno dall'art. 4, par. 2 TUE: il rispetto delle identità nazionali degli Stati membri non può giustificare la violazione dei diritti fondamentali. In altre parole, risulta impossibile giustificare una misura di diritto interno – idonea a limitare una delle libertà fondamentali sancite dai Trattati – se essa non è conforme ai diritti fondamentali consacrati nella Carta, soprattutto se la fattispecie coinvolge persone minorenni, il cui superiore interesse deve essere tenuto in primaria considerazione. Inoltre, la pronuncia si inserisce indubbiamente nel solco della giurisprudenza della Corte di giustizia volta a rafforzare la cittadinanza europea, destinata «ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri»[59]. Si forniscono, al ri-

---

[58] V., sul punto, T. AMOS QC, J. RAINER, *Parenthood for Same-Sex Couples in the European Union: Key Challenges*, in K. BOELE-WOELKI, A. FUCHS (a cura di), *Same-Sex Relationships and Beyond: Gender Matters in the EU*, Cambridge, 2017, p. 79; N. IGAREDA GONZÁLEZ, *Regulating surrogacy in Europe: Common problems, diverse national laws*, in *European Journal of Women's Studies*, 2019, p. 435 ss. Più risalente lo studio del Parlamento europeo, L. BRUNET, J. CARRUTHERS, K. DAVAKI, D. KING, C. MARZO, J. MCCANDLESS (a cura di), *A comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Bruxelles, 2013, reperibile online all'indirizzo www.europarl.europa.eu.

[59] Punto 41 della sentenza *Pancharevo*, cit., e già affermato in particolare in CGUE, sentenza del 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzelczyk*, punto 31; CGUE, sentenza del 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast e R*, punto 82; CGUE, sentenza del 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann*, punto 43. Su questo vastissimo argomento v. *ex multis* A. VON BOGDANDY, *La nostra società europea e la sua Conferenza sul futuro dell'Europa*, in *Quaderni Costituzionali*, 2021, p. 699 ss.; D. DANIELI, *Nuove frontiere nei rapporti tra ordinamento dell'Unione europea e diritto sportivo: il ruolo della cittadinanza europea*, in *Papers di diritto europeo*, 2020, p. 14 ss.; M. LA TORRE, 'Civis europaeus sum'. *L'Europa e la sua cittadinanza*, in *Materiali per una storia*

guardo, ulteriori indicazioni sulle implicazioni che derivano dal possesso di tale qualifica.

Allo stesso tempo, è opportuno sottolineare ancora una volta che la sentenza *Pancharevo* non impone agli Stati membri di introdurre nei propri ordinamenti giuridici i rapporti di filiazione omogenitoriali, né di riconoscere legami di questo tipo che siano stati validamente costituiti all'estero. Il riconoscimento richiesto alle autorità degli Stati membri è 'funzionale' e limitato a quanto necessario per consentire il rispetto della normativa europea sulla libera circolazione delle persone. Quello che ci si può chiedere è se sia effettivamente possibile, in un ambito così sensibile come quello degli status familiari, distinguere la posizione giuridica di una persona a seconda dell'impatto o meno che tale status ha sul godimento dei diritti derivanti dalla cittadinanza europea. Potrebbe risultare complesso per gli ordinamenti nazionali operare un riconoscimento parziale di un rapporto genitoriale, a seconda delle esigenze che di volta in volta emergono. In altre parole, è effettivamente possibile che un minore, cittadino europeo e residente in uno Stato membro in forza della libertà di circolazione prevista dal diritto dell'Unione, sia considerato 'figlio' se intende esercitare i diritti derivanti dal diritto dell'Unione e 'non figlio' per altre circostanze dove trova applicazione esclusivamente il diritto nazionale? Vi è allora il rischio che, in tali ipotesi, risulti pregiudicato il pieno ed effettivo godimento della vita familiare nello Stato membro ospitante (o anche nello Stato membro di cittadinanza)[60], con conseguenti ostacoli ad una piena integrazione in tale Paese.

Peraltro, è proprio l'esito della vicenda *Pancharevo* a mettere alla luce le debolezze intrinseche del riconoscimento 'funzionale'. Infatti, nel momento in cui il procedimento è stato riassunto dinanzi ai giudici nazionali in Bulgaria, la Corte Suprema ha infine confermato il rifiuto di rilasciare un atto di nascita, in quanto si è ritenuto che la minore in questione non possedesse la cittadinanza bulgara[61]. In particolare, il fatto che la ricorrente (avente nazio-

---

della cultura giuridica, 2021, p. 127 ss.; K. LENAERTS, 'Civis europaeus sum'*: from the cross-border link to the status of citizen of the Union*, in *Online Journal on free movement of workers within the European Union*, 2011, n. 3, p. 6 ss.; C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2017.

[60] Giova ricordare che questo inciso si fonda sulla giurisprudenza della Corte di giustizia (richiamata anche nella sentenza *Coman*, cit., punto 31) che ha esteso la possibilità di fruire dell'art. 21 TFUE (nonché del diritto derivato che ne costituisce attuazione) anche ai cittadini europei che non si sono mai avvalsi della libertà di circolazione e di soggiorno e che intendano avvalersi di tali diritti nei confronti dello Stato membro di origine.

[61] Si tratta della decisione n. 2185, del 1° marzo 2023, resa dalla Върховният административен съд на Република България (Corte Suprema Amministrativa della Repubblica di Bulgaria).

nalità bulgara) si fosse sempre rifiutata di fornire alcuna prova circa il legame biologico con la figlia minorenne, ha reso impossibile per le autorità bulgare accertare il possesso della cittadinanza sulla base della legge nazionale[62]. Una circostanza che, di per sé, ha fatto venir meno il presupposto fondante l'intero ragionamento giuridico della Corte di giustizia. Invero, le potenzialità della cittadinanza europea sono ulteriormente valorizzate dalla Corte nel momento in cui si precisa che le stesse conclusioni sarebbero state valide anche nell'ipotesi in cui la minore non avesse posseduto la cittadinanza bulgara (e, di conseguenza, dell'Unione). In tal caso, si afferma chiaramente che la cittadinanza europea di uno dei genitori sarebbe stata sufficiente a qualificare il minore (nonché l'eventuale partner cittadino di uno Stato terzo) come discendente (e coniuge) di un cittadino dell'Unione ai sensi e per gli effetti della Direttiva 2004/38/CE, con conseguente godimento di tutti i diritti e le prerogative stabilite dal diritto primario e derivato[63]. Tuttavia, si tratta di una circostanza che svincola le autorità bulgare dall'obbligo di rilasciare un documento di identità – ed ancora prima un certificato di nascita – al fine di consentire l'esercizio del diritto alla libera circolazione[64].

Dalla prospettiva della circolazione degli *status*, le motivazioni della sentenza *Pancharevo* risultano particolarmente interessanti nel momento in cui si sancisce l'esistenza, nell'ordinamento dell'Unione europea, di un obbligo di riconoscimento gravante sugli Stati membri, ancorché limitato e funzionale ai casi che ricadono nel campo di applicazione della normativa europea in materia di libera circolazione e soggiorno. Tuttavia, l'ambito di operatività della sentenza è limitato e si muove su un terreno distinto rispetto alla proposta di regolamento in materia di riconoscimento reciproco della genitorialità tra gli Stati membri, che ha un obiettivo ben più ambizioso e intende superare il riconoscimento funzionale in favore di un riconoscimento 'pieno'[65].

---

[62] Per un'analisi del percorso logico seguito dalla Corte Suprema bulgara, nonché delle questioni di diritto internazionale privato affrontate nella decisione, v. il contributo di N. RUSINOVA, *Bulgarian Supreme Court Judgment on Pancharevo – Correct Answer to a Wrong Question*, in *EAPIL Blog*, 11 maggio 2023.

[63] Punti 66 ss. della sentenza *Pancharevo*, cit.

[64] Come osserva N. RUSINOVA, *Bulgarian Supreme Court Judgment on Pancharevo*, cit., nel caso di specie era in discussione il (probabile) possesso della cittadinanza spagnola in capo alla minore. In tal caso, le autorità bulgare sarebbero state obbligate dal diritto dell'Unione a concedere un permesso di soggiorno ad una delle madri, in quanto cittadina europea, e alla figlia in qualità di discendente. In ogni caso, l'esito della vicenda è indicativo delle difficoltà che ancora sussistono nel bilanciare il processo di integrazione europea e le istanze provenienti dagli ordinamenti nazionali: v. sul punto M.C. BARUFFI, *Il riconoscimento della filiazione tra persone dello stesso sesso*, cit., p. 1102.

[65] Esula dalla presente trattazione un'analisi approfondita dei contenuti della proposta, per i quali si rinvia ai contributi già citati in precedenza. Ci si limita, in questa sede, ad una breve

L'iniziativa della Commissione europea si muove, in ogni caso, su un sentiero non libero da ostacoli[66]: se la giurisprudenza della Corte di giustizia e l'esercizio delle competenze dell'Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria civile si caratterizzano per una progressiva erosione delle competenze riservate agli Stati membri, le posizioni degli ordinamenti nazionali sul tema della circolazione dei rapporti di filiazione risultano ancora difficilmente conciliabili[67] e la stessa proposta di regolamento è già stata oggetto di non pochi rilievi critici[68].

Anche se la procedura legislativa dovesse avere esito positivo, sarà interessante monitorare l'applicazione effettiva della clausola di ordine pubblico da parte degli Stati membri. Il futuro regolamento, infatti, mantiene la possibilità, per gli Stati membri, di avvalersi dell'eccezione di ordine pubblico internazionale, la cui applicazione non può pregiudicare i diritti fondamentali dell'individuo[69]. Secondo l'impostazione della Commissione europea, come emerge dalla proposta, le autorità nazionali non dovrebbero avvalersi dell'eccezione di ordine pubblico in modo da pregiudicare le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a cominciare dal di-

---

riflessione sul certificato europeo di filiazione, che il futuro regolamento intende introdurre per facilitare il riconoscimento, nello spazio giudiziario europeo, dei rapporti di filiazione costituiti in uno Stato membro. Il certificato è stato creato a modello del certificato successorio europeo, previsto dal regolamento (UE) n. 650/2012 sulle successioni *mortis causa* e introduce anch'esso una presunzione legale di veridicità del suo contenuto. Al pari del suo predecessore, il certificato europeo di filiazione ha quindi finalità esclusivamente probatorie e risulta sempre contestabile dinanzi ad una autorità giurisdizionale. Ne risulta uno strumento che presenta rilevanti vantaggi e utilità, soprattutto nel sostenere il mutuo riconoscimento degli *status* e la comunicazione tra gli ordinamenti giuridici, ma che difficilmente sarà risolutivo nei casi più controversi.

[66] Sugli sviluppi del dibattito nell'ambito dell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alla posizione espressa dalla Commissione politiche europee del Senato, v. G. BIAGIONI, *Malintesi e sottintesi rispetto alla proposta di regolamento UE in tema di filiazione*, in *SIDIBlog*, 3 aprile 2023.

[67] V. S. GÖSSL, M. MELCHER, *Reconocimiento de una situación jurídica relativa al estatuto personal válidamente creada o modificada en el extranjero europea – un reto para la legislación nacional*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, p. 1012 ss.

[68] V. il rapporto del c.d. 'Marburg Group' (composto da C. BUDZIKIEWICZ, K. DUDEN, A. DUTTA, T. HELMS E C. MAYER), *Comments on the European Commission's Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood*, pubblicato il 10 maggio 2023 e reperibile online all'indirizzo www.marburg-group.de.

[69] Ciò risulta chiaramente dall'art. 22, par. 2, della proposta, nonché dagli art. 31 e 39 che stabiliscono l'elenco tassativo di motivi ostativi al riconoscimento, rispettivamente, delle decisioni e degli atti pubblici. Analizza tali disposizioni S. DE VIDO, *Il riconoscimento delle decisioni in materia di filiazione nella proposta di Regolamento del Consiglio del 2022*, cit., p. 50 ss.

vieto di discriminazione[70]. In particolare, sarebbe esclusa la possibilità di rifiutare il riconoscimento di un rapporto di filiazione per la sola ragione che i genitori appartengono allo stesso sesso.

Emerge, quindi, un concetto di ordine pubblico internazionale che salvaguarda le prerogative dell'ordinamento nazionale, ma allo stesso tempo è soggetto ai confini imposti dal diritto dell'Unione e derivanti dal rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo. Sul punto, è possibile formulare due distinte considerazioni.

In primo luogo, gli standard imposti dai diritti umani rispetto al riconoscimento dei rapporti di filiazione non sembrano essere (almeno per il momento) compiutamente definiti: è sufficiente richiamare la già citata giurisprudenza della Corte EDU[71], che – pur ribadendo la necessità di tenere in primaria considerazione l'interesse superiore del minore e di tutelare una vita familiare esistente e consolidatasi – non ha ancora assunto una posizione netta rispetto al riconoscimento dei rapporti di filiazione derivanti da tecniche di procreazione assistita o da maternità surrogata[72].

In secondo luogo, le disposizioni della proposta di regolamento che suggeriscono una applicazione 'orientata' del limite dell'ordine pubblico nulla aggiungono rispetto all'impostazione tradizionale che tale limite assume nel contesto degli strumenti europei nel settore della cooperazione giudiziaria civile[73]. In altre parole, si tratta di disposizioni di natura 'pedagogica'. Quale

---

[70] V. la relazione di accompagnamento alla proposta di regolamento COM(2022) 695 final, cit., p. 15 ss.

[71] *Supra*, par. 4.

[72] Del resto, all'interno della stessa Corte EDU, si assiste talvolta all'adozione di decisioni sulla base di maggioranze molto esigue, come accaduto in occasione della già citata sentenza *K.K. e a. c. Danimarca*, cit.: in quel caso, la violazione dell'art. 8 CEDU da parte delle autorità danesi è stata accertata con una maggioranza di quattro giudici su sette.

[73] Su questo vastissimo tema, v. *ex multis* N. BOSCHIERO, *L'ordine pubblico processuale comunitario ed "europeo"*, in P. DE CESARI, M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di*), La tutela transnazionale del credito*, Torino, 2007, p. 163 ss.; D.G. RINOLDI, *L'ordine pubblico europeo*, Napoli, 2008; G. CONTALDI, *Ordine pubblico*, in R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato (dizionario)*, Milano, 2010, p. 273 ss.; C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 1029 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012; F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, p. 259 ss.; P. FRANZINA, *The purpose and operation of the public policy defence as applied to punitive damages*, in S. BARIATTI, L. FUMAGALLI, Z. CRESPI REGHIZZI (a cura di), *Punitive Damages and Private International Law: State of the Art and Future Developments*, Padova, 2019, p. 43 ss.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, X ed., 2022, p. 302 ss.; G. ZARRA, *Imperativeness in Private International Law: A View from Europe*, The Hague, 2022, p. 112 ss. Rispetto alla specifica questione della circolazione dei rapporti di filiazione derivanti da maternità surrogata e tecniche di procreazione alternative, v. C. CAMPIGLIO, *Della tirannia del "*best interest of the child*". Nuove forme di genitorialità e*

ulteriore conseguenza, anche se il regolamento in questione dovesse essere definitivamente approvato, continueranno probabilmente ad esistere degli Stati membri che si rifiuteranno di riconoscere in modo 'pieno' determinati rapporti di filiazione, soprattutto nei casi in cui non si è verificato un consolidamento delle relazioni familiari per effetto del trascorrere del tempo[74]. Tali ordinamenti saranno nondimeno soggetti all'obbligo di riconoscimento 'funzionale' descritto dalla Corte di giustizia nel caso *Pancharevo*, limitato al godimento dei diritti derivanti dal possesso della cittadinanza europea, con tutte le difficoltà che ne conseguono.

---

ordine pubblico internazionale, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2021, p. 1415 ss.; C. RAGNI, *Riconoscimento in Italia di adozioni omoparentali e ordine pubblico internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, p. 43 ss.; M.C. BARUFFI, *Maternità surrogata e interessi del minore*, in A. CAGNAZZO, F. PREITE (a cura di), *Il riconoscimento degli status familiari acquisiti all'estero*, Milano, 2017, p. 239 ss.

[74] Sulla complessa interazione tra riconoscimento degli *status*, ordine pubblico e superiore interesse del minore nell'ordinamento italiano si sofferma S. TONOLO, *L'evoluzione dei rapporti di filiazione e la riconoscibilità dello* status *da essi derivante tra ordine pubblico e superiore interesse del minore*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 1070 ss.

La crisi del Nicaragua e il ruolo dell'Organizzazione degli Stati Americani: il difficile equilibrio fra politica, democrazia e diritti umani

MATTIA COLLI VIGNARELLI[*]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La crisi del Nicaragua e l'annuncio del recesso dall'Organizzazione degli Stati Americani. – 3. 'Diritto alla democrazia' e riconoscimento di governi. – 4. (*segue*) Il caso del Venezuela, fra realtà e finzione diplomatica. – 5. 'Diritto alla democrazia' e recesso dall'Organizzazione degli Stati Americani. – 6. Conclusioni.

ABSTRACT: Il presente contributo indaga l'evoluzione dei rapporti fra Nicaragua e Organizzazione degli Stati Americani (OAS) nel periodo successivo alle elezioni presidenziali del novembre 2021. Il punto di partenza dell'analisi è l'avvio della procedura per il recesso dall'Organizzazione del Nicaragua, notificata dal Ministro degli Esteri nicaraguense al Segretario generale il 18 novembre 2021. Il recesso avrà effetto il 18 novembre 2023, due anni dopo la notifica, fatte salve le disposizioni dell'art. 143 della Carta OAS. Una volta ricostruito il contesto della crisi del Nicaragua, il contributo esamina la prassi regionale successiva alla notifica del recesso, inquadrandola criticamente nel dibattito attorno all'esistenza e al contenuto del 'diritto umano alla democrazia' quale possibile requisito emergente per il riconoscimento di governi e quale possibile condizione ostativa al perfezionamento del recesso dall'Organizzazione.

PAROLE CHIAVE: Nicaragua – Organizzazione degli Stati Americani – Riconoscimento di governi – Recesso dai trattati – Diritti umani – Democrazia

1. Introduzione

Il 2 marzo 2023, a compimento del proprio mandato annuale[1], il Gruppo di esperti istituito con la risoluzione 49/3 del Consiglio dei diritti umani ha

---

[*] Mattia Colli Vignarelli, Dottorando in diritto internazionale, Università degli Studi di Torino, mattia.collivignarelli@unito.it.

[1] Consiglio dei diritti umani, *Promotion and protection of human rights in Nicaragua*, risoluzione A/HRC/RES/49/3 del 31 marzo 2022.

pubblicato un'informativa sulla situazione dei diritti umani in Nicaragua[2], sottolineando come il governo stia perpetrando «widespread human rights violations that amount to crimes against humanity (…) against civilians». Al Rapporto non sono seguite dichiarazioni da parte delle autorità nicaraguensi, che nelle settimane precedenti avevano revocato la cittadinanza e deportato oltre 300 oppositori politici[3], proseguendo imperturbabili la propria sistematica opera di repressione del dissenso interno.

Il medesimo silenzio era seguito all'ultimo appello al ripristino delle istituzioni democratiche presentato per mezzo della risoluzione dell'agosto 2022, adottata dal Consiglio permanente dell'Organizzazione degli Stati Americani (OAS). A nulla è servita l'espressione di frustrazione del Consiglio permanente, dichiaratosi «greatly disturbed that the Government of Nicaragua has ignored the efforts of the OAS Secretary-General»[4]. Al clima di repressione interna si associa dunque un ormai pressoché assoluto (auto)isolamento del governo del Nicaragua sul piano internazionale e regionale.

In questo contesto, il presente contributo indaga l'evoluzione dei rapporti fra Nicaragua e OAS nelle settimane successive alle elezioni presidenziali del novembre 2021, esaminando gli aspetti salienti della vicenda alla luce della 'classica' tensione fra sovranità statale e tutela dei diritti umani quale limite ad essa. L'analisi prende quale punto di partenza l'avvio della procedura per il recesso dall'OAS del Nicaragua, notificata dal Ministro degli Esteri nicaraguense al Segretario generale dell'Organizzazione il 18 novembre 2021[5]. Il recesso avrà effetto a due anni dalla notifica (dunque il 18 novembre 2023) fatte salve le disposizioni dell'art. 143 della Carta OAS[6].

Una volta ricostruito il contesto della crisi del Nicaragua, il contributo ricostruisce la prassi successiva alla notifica del recesso, inquadrandola nel dibattito attorno all'esistenza e al contenuto di un 'diritto umano alla democrazia' quale possibile requisito emergente per il riconoscimento di governi e

---

[2] Consiglio dei diritti umani, *Informe del Grupo de Expertos en Derechos Humanos sobre Nicaragua*, risoluzione A/HRC/52/63 del 2 marzo 2023.

[3] Di questi, 222 erano stati deportati negli Stati Uniti il 9 febbraio 2023, mentre la Corte d'Appello di Managua aveva revocato loro la nazionalità il giorno successivo. Altri 94 cittadini, la maggior parte dei quali già in esilio, sono stati oggetto di un'analoga decisione della stessa Corte il 15 febbraio 2023. V. K. AMBOS, *Nicaragua: Expatriation as an Aggravated Form of Political Persecution*, in *EJIL:Talk*,!, 27 febbraio 2023.

[4] Consiglio permanente OAS, *The situation in Nicaragua*, risoluzione CP/RES. 1203 (2389/22) del 12 agosto 2022.

[5] Ministerio de Relaciones Exteriores, *Decisione ministeriale*, MRE/DM/00284/11/21 del 18 novembre 2021.

[6] *Charter of the Organization of American States* del 1948.

quale possibile condizione ostativa al perfezionamento del recesso dall'Organizzazione.

2. La crisi del Nicaragua e l'annuncio del recesso dall'Organizzazione degli Stati Americani

Daniel Ortega, attuale presidente del Nicaragua, fu uno dei cinque membri della Giunta di Governo di Ricostruzione Nazionale che guidò il Nicaragua fra il 1979 e il 1985, a seguito della rivoluzione capeggiata dal Fronte Sandinista di Liberazione Nazionale (FSLN). Ortega fu tra i leader principali del movimento rivoluzionario di opposizione alla dittatura di Anastasio Somoza Debayele, diventando coordinatore della Giunta incaricata di guidare il paese nella transizione post-dittatoriale. La storia recente del Nicaragua – l'ascesa del Fronte Sandinista, la sofferenza economica e la guerriglia controrivoluzionaria dei Contras, sostenuta militarmente e finanziariamente dagli Stati Uniti, la successiva sconfitta del FSLN alle elezioni generali del 1990 – è inestricabilmente legata a quella di Ortega, che del Fronte fu e rimane tutt'oggi il principale esponente.

Il leader sandinista fu ricandidato anche nel 1995 e nel 2001, ma riuscì a riconquistare la presidenza solo nel 2006, grazie ad una campagna elettorale giocata su un forte riposizionamento comunicativo, e soprattutto alla costruzione di una rete di alleanze con le élite politiche ed economiche dello Stato, a cui il FSLN si era tradizionalmente contrapposto[7]. Nel 2011 e nel 2016 la ricandidatura e la rielezione gli furono garantite da riforme costituzionali approvate *ad hoc*, mentre sul piano economico, al di là della retorica antimperialista e anticapitalista, il governo 'neo-sandinista' finì sostanzialmente per tradire le speranze di un'inversione delle politiche adottate sotto l'influsso del Washington Consensus[8].

Le massicce proteste antigovernative del 2018 – innescate dall'annuncio di alcune riforme del sistema di sicurezza sociale del paese, in linea in effetti con le raccomandazioni del Fondo Monetario Internazionale (FMI)[9] – sembrarono segnare anche simbolicamente una rottura senza precedenti fra Ortega e il popolo del Nicaragua. L'annuncio della cancellazione delle riforme

---

[7] S. RIPOLL, *As Good as it gets? The New Sandinismo and the Co-option of Emancipatory Rural Politics in Nicaragua*, ERPI Conference Paper No. 46/2018, p. 4.
[8] *Ibid.,* p. 5.
[9] V. www.imf.org.

fu inutile: le proteste continuarono e furono brutalmente represse dalla polizia e da gruppi armati filogovernativi, con un bilancio di 328 morti, quasi 2000 feriti e migliaia di arresti in tutto il paese[10].

In sintesi, il rivoluzionario che guidò la liberazione del Nicaragua sembra essersi tramutato nel tiranno che egli stesso contribuì a rovesciare, determinando oltretutto tragiche conseguenze sul piano dei diritti umani. Uccisioni, detenzioni arbitrarie, torture e trattamenti inumani e degradanti, violenze su donne e minori, limitazioni della libertà di espressione e di associazione, del diritto di riunione pacifica e di partecipazione alla direzione degli affari pubblici, con continui attacchi a individui e organizzazioni attive nella protezione e promozione dei diritti umani[11].

Le elezioni del novembre 2021 furono precedute dall'arresto di sette candidati avversari e di 29 oppositori politici e, stando alle autorità del Nicaragua, confermarono il Presidente Ortega[12] con il 75% delle preferenze e un'affluenza oltre il 65%. Tale risultato suscitò contrapposte reazioni da parte della comunità internazionale. Se da un lato gli Stati Uniti e l'Unione europea si trovarono concordi nel non riconoscere la legittimità delle elezioni nicaraguensi, dall'altro Russia, Bolivia, Cuba e Venezuela, si pronunciarono invece a favore del governo Ortega.

Lo stesso 7 novembre 2021, subito dopo la chiusura delle urne in Nicaragua, il Presidente degli Stati Uniti Joe Biden definì le elezioni una 'farsa', «neither free nor fair, and most certainly not democratic», affermando che gli USA avrebbero adottato tutti i mezzi diplomatici ed economici a loro disposizione «to support the people of Nicaragua and hold accountable the Ortega-Murillo government and those that facilitate its abuses»[13]. Alcuni giorni dopo, il Segretario di Stato Antony Blinken annunciò l'ampliamento

---

[10] V. il rapporto di Human Rights Watch sulla situazione del Nicaragua nel 2020 (www.hrw.org).

[11] V. per esempio il Rapporto presentato dall'Alto Commissario per i Diritti Umani sulla situazione dei diritti umani in Nicaragua al Consiglio per i diritti umani (Consiglio dei Diritti Umani, *Situation of human rights in Nicaragua*, A/HRC/46/21 dell'11 febbraio 2021) e il Rapporto della Commissione interamericana dei diritti umani (Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani, *Gross human rights violations in the context of social protests in Nicaragua*, OEA/Ser.L/V/II del 21 giugno). Inoltre, si consideri il Rapporto di Human Rights del 2020 (www.hrw.org) e la comunicazione sottoscritta da dieci organizzazioni non governative del 3 novembre 2021 relativo allo svolgimento delle elezioni (www.hrw.org). Infine, si consideri la già citata informativa del *Group of Human Rights Experts on Nicaragua* (*supra* nota 2).

[12] V. www.bbc.com.

[13] La dichiarazione – dal titolo eloquente "Statement by President Joseph R. Biden, Jr. on Nicaragua's Sham Elections" – è stata rilasciata il 7 novembre 2021 (www.whitehouse.gov).

delle sanzioni unilaterali già comminate in seguito agli eventi del 2018[14]. L'8 novembre 2021, Josep Borrell, Alto rappresentante dell'Unione europea per gli affari esteri e la politica di sicurezza, sottolineò l'assenza di garanzie democratiche e la conseguente illegittimità del risultato elettorale, chiedendo la fine della repressione del dissenso, il rispetto dei diritti umani e l'autorizzazione al rientro nel territorio del Nicaragua degli organismi internazionali per i diritti umani, annunciando a sua volta nuove sanzioni e chiosando: «invitiamo Daniel Ortega a restituire la sovranità del Nicaragua al suo legittimo proprietario, ossia il popolo nicaraguense»[15]. Su questa stessa linea si indirizzò anche l'Organizzazione degli Stati Americani (OAS), attraverso la risoluzione dell'Assemblea generale OAS sulla Situazione del Nicaragua, approvata il 12 novembre con il voto favorevole di 25 Stati, 7 astenuti e il solo voto contrario dello stesso Nicaragua.

Con la risoluzione del 12 novembre 2021 l'Assemblea dichiarò la 'illegittimità democratica' delle elezioni nicaraguensi del 7 novembre 2021[16], concludendo che «based on the principles set out in the Charter of the OAS and in the Inter-American Democratic Charter, democratic institutions in Nicaragua have been seriously undermined by the Government» e demandando al Consiglio il compito di compiere un «immediate collective assessment of the situation» entro il 30 novembre 2021. Il Consiglio si riunì il 29 novembre, senza assumere alcuna decisione[17], ma affermando l'intenzione di aumentare gli sforzi diplomatici nei confronti dello Stato[18] e l'obiettivo di ricondurre lo Stato al rispetto degli obblighi derivanti dalla Carta interamericana dei diritti umani[19].

---

[14] V. www.state.gov.

[15] V. la dichiarazione dell'Alto rappresentante a nome dell'Unione europea rilasciata l'8 novembre 2021 (www.consilium.europa.eu).

[16] Assemblea generale OAS, *The Situation in Nicaragua,* AG/RES. 2978 (LI-O/21) del 12 novembre 2021.

[17] Consiglio permanente OAS, *Outcome of the Permanent Council's deliberations of November 29, 2021, on the situation in Nicaragua pursuant to the resolution adopted at the fifty-first regular session of the General Assembly*, CP/RES. 1188 (2355/21) dell'8 dicembre 2021.

[18] Consiglio permanente OAS, *Outcome of the Permanent Council's Deliberations of November 29, 2021, on the Situation in Nicaragua Pursuant to the Resolution Adopted at the Fifty-First Regular Session of the General Assembly*, CP/RES. 1188 (2355/21) dell'8 dicembre 2021.

[19] La posizione espressa dall'OAS sulle elezioni in Nicaragua fu in linea con quella degli Stati Uniti e dell'Unione Europea, a cui si opposero le prese di posizione di Russia, Bolivia, Cuba, oltre che del Venezuela, che peraltro (come si vedrà, pur essendo stato nel 2017, su decisione del governo Maduro, il primo Stato ad avviare la procedura per il recesso dall'Organizzazione) era all'epoca parallelamente rappresentato nell'OAS da una delegazione inviata dall'autoproclamato Presidente *ad interim* Juan Guaidó, ufficialmente riconosciuto dall'Organizzazione. V. L. PASQUET, *L'oro conteso del Venezuela: riconoscimento di governo, controllo effettivo e pandemia*, in *SIDIBlog*, 23 settembre 2020; M. PERTILE, *Sul riconoscimento*

La risoluzione dell'Assemblea generale del 12 novembre 2021 fu l'ultimo degli atti adottati a partire dallo scoppio della crisi del 2018, e giunse in seguito ad una risoluzione del Consiglio del 20 ottobre 2021. Quest'ultima richiedeva – in vista delle imminenti elezioni – il rilascio immediato dei candidati presidenziali e degli oppositori politici ed esprimeva preoccupazione per la situazione dei diritti umani nello Stato. Inoltre, lamentava il silenzio del governo di fronte alle raccomandazioni del Consiglio in merito allo svolgimento delle elezioni e al rispetto dei principi della Carta democratica interamericana. Infine, richiedeva che le elezioni si svolgessero sotto l'osservazione dell'OAS e di altre «credible» istituzioni internazionali[20].

Contrariamente al silenzio dei tre anni precedenti, nonché dei due successivi, la risposta del governo del Nicaragua alla risoluzione del 12 novembre 2021 non tardò ad arrivare, e fu la più drastica possibile: l'avvio della procedura per il recesso dall'Organizzazione, attraverso una nota del Ministero degli Esteri del Nicaragua, a norma dell'art. 143 della Carta OAS.

3. 'Diritto alla democrazia' e riconoscimento di governi

Alla luce del contesto sopra riportato, un primo profilo di interessa riguarda l'inquadramento giuridico della risposta internazionale seguita al deflagrare della crisi in Nicaragua, nonché le sue concrete conseguenze, con particolare attenzione al quadro delle relazioni fra Stati membri dell'OAS. Infatti, le prime dichiarazioni sull'illegittimità delle elezioni nicaraguensi sembravano preludere ad un possibile disconoscimento dell'autorità del governo da parte dell'Organizzazione, andando ad assommarsi all'elenco di atti di non riconoscimento di governi in caso di gravi violazioni delle procedure democratiche verificatisi negli ultimi decenni[21]. In realtà, come si vedrà tra poco, le conse-

di governo nella crisi venezuelana, la trasformazione alchemica è completa?, in *SIDIBlog*, 19 maggio 2019.

[20] Consiglio permanente OAS, *The Situation in Nicaragua*, CP/RES. 1182 (2346/21) del 20 ottobre 2021.

[21] Il più eclatante caso – in ambito OAS – fu quello del rovesciamento del governo democraticamente eletto di Haiti (1991), a cui seguì «an unprecedented response in international organizations. The UN General Assembly demanded that Aristide be returned to office, while the OAS recommended that its members impose sanctions on Haiti 'to bring about the isolation of those who hold power [there] illegally'». (Cfr. S. MARKS, *What has Become of the Emerging Right to Democratic Governance?*, in *European Journal of International Law*, 2011, p. 507 ss. Tale vicenda costituì uno dei principali stimoli nella prassi statale per consentire ad una parte della dottrina, a partire da Thomas Franck, la teorizzazione di un emergente di 'diritto alla democrazia' nel diritto internazionale. Egli affermò, a partire da questo caso e da un esame della prassi e dell'opinio iuris ritenuta rilevante, che «the leaders of states constituting the in-

guenze della gestione della crisi venezuelana in seno all'OAS sembrano aver spinto i suoi Stati membri ad adottare nel caso del Nicaragua un approccio in parte diverso, offrendo così lo spunto per alcune riflessioni sul rapporto fra politica e diritto internazionale, nonché sul 'classico' dibattito attorno al ruolo e alle conseguenze giuridiche della '(il)legittimità democratica' sul riconoscimento di governi[22].

Va ricordato come la dottrina abbia discusso, soprattutto nell'ultimo decennio del secolo scorso, della possibile formazione di una nuova regola consuetudinaria che preveda la necessità di una legittimazione democratica al fine del riconoscimento di governi, affiancando o sostituendo il tradizionale requisito dell'effettività, sulla base di un emergente 'diritto umano alla democrazia'[23]. Spesso, nel tentativo di fornire una definizione del concetto di 'democrazia' – aspetto ineludibile di qualsiasi ipotetica ricostruzione di tale diritto – si fa riferimento ai diritti politici sanciti dal Patto internazionale sui

---

ternational community vigorously asserted that only democracy validates governance», e che la democrazia «is on the way to becoming a global entitlement, one that increasingly will be promoted and protected by collective international processes». V. T. FRANCK, *The Emerging Right to Democratic Governance,* in *American Journal of International Law*, 1992, p. 46 ss.

[22] Il dibattito in materia è vastissimo, e lo scopo del presente contributo è quello più limitato di un esame della recente prassi relativa al Nicaragua. Tuttavia, per un inquadramento della questione del riconoscimento internazionale dal punto di vista dottrinale, v. fra i 'classici' G. SPERDUTI, *Il riconoscimento internazionale di Stati e governi,* Milano, 1953; I. BROWNLIE, *Recognition in Theory and Practice*; in *British Yearbook of International Law*, 1982, p. 197 ss.; H. LAUTERPACHT, *Recognition in International Law*, ed. Cambridge, 2012. Sul riconoscimento di governi v. ad es. B. R. ROTH, *Governmental Illegitimacy in International Law*, Oxford, 1999; S. TALMON, *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile*, Oxford, 2001. Per un quadro delle posizioni attuali sul rapporto fra democrazia e riconoscimento di governi si può citare per esempio il Symposium di *AJIL Unbound* su *Recognition of Governments and Customary International Law* risalente al 2015. Per l'introduzione, J. GATHII, *Introduction to the AJIL Unbound Symposium on Recognition of Governments and Customary International Law*, in *AJIL Unbound*, 2014, pp. 199 ss. Per una sintetica ricostruzione dei due principali approcci alla questione, la dottrina del 'controllo effettivo' e della 'legittimità' (inclusa la 'legittimità democratica'), v. ad es. A. SCHUIT, *Recognition of Governments in International Law and the Recent Conflict in Libya*, 2012, p. 381 ss., spec. 388-395. Per un acceso e recente confronto 'retrospettivo' (alla luce di tre decenni di dibattito) sui due opposti punti di vista in merito al ruolo della legittimazione democratica nel diritto internazionale v. ad es. A. RASULOV, *'From the Wells of Disappointment': The Curious Case of the International Law of Democracy and the Politics of International Legal Scholarship*, in *European Journal of International Law*, 2021, p. 17 ss. e B. R. ROTH, *The Trajectory of the Democratic Entitlement Thesis in International Legal Scholarship: A Reply to Akbar Rasulov,* in *European Journal of International Law,* 2021, p. 49 ss.

[23] Oltre a T. FRANK. *The Emerging Right to Democratic Governance*, cit., v. anche ad es. G.H. FOX, *The Right to Political Participation in International Law*, in *Yale Journal of International Law*, 1992, p. 539 ss.; CERNA, *Universal Democracy: An International Legal Right or the Pipe Dream of the West?*, in *NYU Journal of International Law and Policy*, 1995, p. 289 ss. La maggioranza della dottrina tuttavia non ritiene la 'legittimità democratica' un criterio giuridicamente rilevante, sostenendo l'esclusiva delle valutazioni 'di fatto' sul controllo effettivo. Vd. più sotto, note 38 e 39.

diritti civili e politici (ICCPR) e dunque ad un'idea procedurale della democrazia, collegata in particolar modo al diritto di voto[24]. Esiste tuttavia una definizione 'sostanziale', che legge la democrazia come interconnessa e reciprocamente dipendente dal godimento di alcuni fondamentali diritti umani[25].

Entrambe queste accezioni, quella procedurale e quella sostanziale, presentano limiti piuttosto significativi, ponendo un primo ostacolo all'identificazione di una norma che preveda la legittimità democratica quale presupposto giuridico del riconoscimento di governi. La prima pare proporre un concetto eccessivamente limitato e formalistico di democrazia, facilmente aggirabile nella pratica; la seconda, per converso, è talmente vasta da risultare difficilmente applicabile quale standard di valutazione della condotta di uno Stato[26]. Più criticamente, sovrapporre con eccessiva facilità il concetto di democrazia al liberalismo politico occidentale potrebbe rappresentare una sincera aspirazione utopistica, che rischia tuttavia di tramutarsi rapidamente in pretesa egemonica[27], assumendo l'ideale della democrazia liberale quale meta universale e sorvolando sulle molteplici forme di disuguaglianza e oppressione che essa stessa sostiene e riproduce[28].

---

[24] V. per es. Comitato per i diritti umani, *CCPR General Comment No. 25: Article 25 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote), The Right to Participate in Public Affairs, Voting Rights and the Right of Equal Access to Public Service*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 del 12 luglio 1996.

[25] V. per esempio Commissione per i diritti umani, *Promotion of the Right to Democracy*, E/CN.4/RES/1999/57 del 27 April 1999.

[26] Lo ammette G. H. FOX, *Democracy, Right to, International Protection*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2008, che pure è un noto sostenitore della c.d. 'democratic entitlement thesis'.

[27] Ad es. M. KOSKENNIEMI, *The Subjective Dangers of Projects of World Community*, in A. CASSESE (ed.), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford, 2012, p. 3 ss; S. BOYSEN, *Remnants of a Constitutional Moment: The Right to Democracy in International Law*, in A. VON ARNAULD, K. VON DER DECKEN, M. SUSI (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights: Recognition, Novelty, Rhetoric*, Cambridge, p. 465 ss.; v. anche B. R. ROTH, *Sovereign Equality and Non-Liberal Regimes*, in *Netherlands Yearbook of International Law,* 2012, p. 25 ss.

[28] Si considerino le riflessioni di S. MARKS, *What has Become of the Emerging Right to Democratic Governance?*, cit., che a sua volta riprende J. DEAN, *Democracy and Other Neoliberal Fantasies*, Durham, 2009. Marks afferma che: «The general assumption is that our political hopes are appropriately expressed as aspirations to democracy […]. For the political theorist Jodi Dean, however, it is not at all clear that we should continue to treat democracy as the cure for contemporary political problems, rather than 'symptomatic of them'. Of course, we may treat it as both, but what is important for Dean is the elementary point that democracy as we know it sustains inequality. While the concept of democracy brings with it ideas of self-rule and political equality, '[r]eal existing constitutional democracies privilege the wealthy. As they install, extend, and protect neoliberal capitalism, they exclude, exploit, and oppress the poor, all the while promising that everybody wins.' To highlight the contradiction between reproducing social inequality and promising mutual gain is to assert the ideological character

Tenendo in considerazione questa premessa, non è difficile comprendere per quale ragione l'OAS sia l'unica Organizzazione regionale a proclamare espressamente la democrazia come diritto umano, secondo quanto stabilito all'art. 1 della Carta democratica interamericana. La Carta fu approvata come risoluzione[29] durante la sessione straordinaria dell'Assemblea generale tenutasi l'11 settembre 2001 a Lima, ed è considerabile alla stregua di un accordo relativo all'interpretazione e applicazione della Carta OAS, ai sensi dell'art. 31(3)(a) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (VCLT)[30]. La Carta sancisce il diritto alla democrazia dei popoli delle Americhe e l'obbligo dei loro governi di promuoverla e difenderla[31] e fornisce una serie di elementi utili a definire il contenuto del 'diritto alla democrazia' in una prospettiva sostanziale, in particolare secondo quanto emerge dall'art. 3, che elenca una serie di 'elementi essenziali' inclusi nel concetto di democrazia rappresentativa.

Il quarto capitolo della Carta democratica interamericana, inoltre, stabilisce una serie di rimedi volti a fronteggiare due diverse situazioni: da un lato, il verificarsi di eventi che mettano a rischio «[the] democratic political institutional process or the legitimate exercise of power». Questa fattispecie prevede due rimedi: la richiesta di assistenza da parte del governo che subisce tale situazione al Segretario generale o al Consiglio permanente[32], o in alternativa l'azione diretta del Segretario generale o del Consiglio permanente, con il consenso del governo stesso. In secondo luogo, la Carta fa riferimento a situazioni che potrebbero determinare «[an] unconstitutional alteration of the constitutional regime that seriously impairs the democratic order in a member state»[33]. In questo secondo caso, qualsiasi Stato membro può chiedere al Segretario generale la convocazione del Consiglio al fine del «collec-

---

of democracy. In Dean's analysis, moreover, the ideology of democracy goes hand in hand with the ideology of neoliberal capitalism».

[29] Assemblea generale OAS, *Interamerican Democratic Charter*, AG/RES. 1 (XXVIII-E/01) dell'11 settembre 2001 (da ora in avanti, *Interamerican Democratic Charter*).

[30] L'art. 31(3)(a) della CVDT menziona «any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions» quale mezzo interpretativo dei trattati. La nozione di 'subsequent agreement' comprende anche gli atti politici adottati dalle parti di un'organizzazione internazionale, come sostenuto da A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Oxford, 2013, p. 191: "[p]rovided the purpose is clear, the agreement can take varius forms, including a decision adopted by a meeting of the parties". Spec. sulla Carta democratica interamericana cfr. V. SARANTI, *Democratic Legitimacy as a Criterion for Recognizing a Government: Towards the Emergence of a Regional Customary Rule in the Americas? A Reply to Professor Erika de Wet*, in *AJIL Unbound*, 2014, p. 233 ss.

[31] *Interamerican Democratic Charter*, art. 1

[32] *Ibid., a*rt. 17.

[33] *Ibid.,* art. 19.

tive assessment» della situazione[34], aprendo una procedura che può portare alla convocazione di una sessione speciale dell'Assemblea generale e alla sospensione del governo dalla partecipazione ai lavori degli Organi dell'OAS[35].

Nella prassi dell'Organizzazione, un preludio alle successive disposizione della Carta si ebbe già con la risoluzione 1080 dell'Assemblea generale del 5 luglio 1991[36], attraverso la quale il Segretario generale dell'Organizzazione venne incaricato di convocare immediatamente una riunione del Consiglio permanente nel caso in cui si verificassero eventi in grado di provocare un'interruzione improvvisa o irregolare della democrazia, vale a dire sia nel caso di colpi di Stato contro governi in carica, sia a seguito del sovvertimento dell'ordine democratico da parte di un governo in carica. La risoluzione prevedeva che il Consiglio decidesse entro dieci giorni se convocare una riunione *ad hoc* dei ministri degli Affari esteri o una sessione speciale dell'Assemblea generale, nelle quali in ogni caso adottare le decisioni ritenute appropriate in conformità alla Carta OAS e al diritto internazionale.

La risoluzione 1080 venne applicata nei casi di Haiti (1991), Perù (1992) e Guatemala (1993)[37]. Ad essa seguì poi l'adozione dell'art. 9 della Carta OAS, così come emendata dal Protocollo di emendamento della Carta OAS del 1992, noto come 'Protocollo di Washington', nel quale si prevede la sospensione dalla partecipazione alle attività dell'OAS nel caso in cui un governo democraticamente costituito venga rovesciato con la forza. Infine, le regole della Carta democratica interamericana, sopra richiamate, vennero applicate nei casi di Haiti (2001), Venezuela (2002), Ecuador, Belize, Bolivia e Nicaragua (2005), Honduras (2009).

4. (*segue*) Il caso del Venezuela, fra realtà politica e finzione diplomatica

Nonostante il quadro relativo all'OAS possa ad un primo sguardo suggerire il contrario, buona parte della dottrina sottolinea l'incoerenza, i rischi e le incerte conseguenze giuridiche della prassi regionale e internazionale sul rico-

---

[34] *Ibid.,* art. 20.
[35] *Ibid.*, art. 21.
[36] Assemblea generale OAS, *Representative Democracy*, AG/RES. 1080 (XXI-O/91) del 5 giugno 1991.
[37] C. M. CERNA *Democratic Legitimacy and Respect for Human Rights: The New Gold Standard*, in *AJIL Unbound*, 2015, pp. 222 ss.

noscimento di governi[38], negando che una nuova regola consuetudinaria che lega legittimazione democratica e riconoscimento possa configurarsi[39]. In effetti, rimanendo nell'ambito della regione latino-americana, i casi sopra menzionati possono essere considerati non tanto veri e propri atti di non riconoscimento di governi, quanto piuttosto risposte sanzionatorie – secondo i meccanismi istituzionali previsti all'interno dell'Organizzazione – a condotte in contrasto con le norme OAS a tutela del 'diritto alla democrazia', così come da essa disciplinato. Solo nel caso dell'Honduras, peraltro, l'Organizzazione si spinse sino a sospendere temporaneamente lo Stato dalla partecipazione ai suoi organi[40].

In altre parole, l'esistenza innegabile, nel contesto di tale organizzazione regionale, di un 'diritto alla democrazia' non sembra comportare alcuna evoluzione sul piano del diritto consuetudinario in materia di riconoscimento di governi, tale da ritenere la 'legittimazione democratica' un criterio giuridicamente rilevante. Guardando agli sviluppi della vicenda del Nicaragua, pare in effetti del tutto irragionevole ravvisarne un esempio di prassi orientata alla formazione di una norma in tal senso, fosse anche sul piano regionale. Al contrario, le vicende successive alle elezioni tenutesi nel 2021 sembrano mostrare l'infondatezza della pretesa di attribuire un qualche valore giuridico agli atti di non riconoscimento di governi effettivi non 'democraticamente legittimati'.

Infatti, sia l'Assemblea generale OAS sia il Consiglio permanente hanno continuato a rivolgersi al governo del Nicaragua, tentando di ritrovare una qualsiasi forma di relazione diplomatica che potesse favorire passi in avanti nella ricomposizione della crisi in atto. In altre parole, pur non riconoscendo

---

[38] V. a titolo di esempio, oltre ai lavori del già menzionato B. R. ROTH, anche S. MARKS, *The End of History? Reflections on Some International Legal Theses*, in *European Journal of International Law*, 1997, p. 449 ss.; J. KNIPPERS BLACK, *What Kind of Democracy Does the "Democratic Entitlement" Entail?*, in G.H. FOX, B.R. ROTH (eds.), *Democratic Governance and International Law,* 2000, p. 517 ss.; L. PASQUET, *L'Oro Conteso del Venezuela: Riconoscimento di Governo,* cit.; M. PERTILE, *Sul Riconoscimento di Governo nella Crisi Venezuelana,* cit.

[39] Con accenti diversi, oltre ai contributi citati sopra, J. D'ASPREMONT, *The Pipe Dream of Constraining Recognition Through Democracy: International Lawyers' Regulatory Project Continued*, in *AJIL Unbound*, 2014, p. 219 ss; E. DE WET, *From Free Town to Cairo via Kiev: The Unpredictable Road of Democratic Legitimacy in Governmental Recognition*, in *AJIL Unbound*, 2014, p. 201 ss. e B. R. ROTH, *Whither Democratic Legitimism?: Contextualizing Recent Developments in the Recognition and Non-recognition of Governments*, in *AJIL Unbound*, 2014, p. 213 ss.

[40] Ciò avvenne quando l'allora Presidente José Manuel Zelaya fu estromesso dall'esercizio dell'autorità di governo con un colpo di Stato, e l'Assemblea generale OAS decise di sospendere l'Honduras dalla partecipazione alle attività dell'Organizzazione. V. *Resolution on the Suspension of the Right of Honduras to Participate in the OAS*, AG/RES 2 (XXXVII-E/09) del 30 giugno 2009.

la 'legittimità democratica' delle elezioni nicaraguensi del 2021, l'OAS non ha mai disconosciuto l'autorità del governo Ortega, ma al contrario ha tentato di arginare gli effetti peggiori dell'isolamento politico del leader sandinista[41] e ha collaborato alle indagini del Gruppo di esperti istituito in seno al Consiglio dei diritti umani, al fine di favorire il processo di attribuzione di responsabilità internazionale dello Stato del Nicaragua[42] e degli individui responsabili dei crimini internazionali commessi nel suo territorio, ivi inclusi il Presidente Ortega e la Vicepresidente Murillo[43].

Ecco, dunque, come il dibattito su tale ipotetica norma emergente si scontri con almeno due limiti insuperabili. Da un lato, l'assenza di saldi appigli argomentativi che consentano di ricostruire prassi e *opinio iuris* a sostegno della sua esistenza. Dall'altro lato – quand'anche se ne riscontri una possibile applicazione – con i suoi spiacevoli risultati. Ciò si può ben notare nel caso del Venezuela, che rappresenta l'unico esempio in cui l'applicazione della Carta democratica interamericana sia stata portata alle sue estreme conseguenze. Si tratta di un esempio isolato, che ha peraltro comportato gravi conseguenze sulla legittimazione e sul funzionamento dell'OAS.

In questo caso, infatti, la Carta venne invocata per la prima volta dal Segretario generale Luis Almagro, che chiese la convocazione urgente del Consiglio permanente al fine del «collective assessment» della situazione venezuelana, a norma dell'art. 20 della Carta democratica interamericana[44]. In se-

---

[41] La risoluzione «Resolves 1. To urge the Government of Nicaragua to cease all violent action against people in the country and to fully restore civic and political rights, religious freedoms, and the rule of law; to stop judicial, administrative and other forms of intimidation and harassment against journalists, especially women journalists, and against media outlets, and non-governmental organizations. 2. To urge the Government of Nicaragua to guarantee the physical, mental and moral integrity, liberty and right to life of all those who have been arbitrarily detained, and to immediately release all political prisoners, in compliance with the decisions and recommendations of the Inter-American Court of Human Rights and the Inter-American Commission on Human Rights. 3. To urge the Government of Nicaragua to cease the repression and arbitrary detention of leaders of the Catholic Church (…)». Assemblea generale OAS, *The political and human rights crisis in Nicaragua*, risoluzione AG/RES. 2995 (LII-O/22) del 7 ottobre 2022.

[42] «El Estado de Nicaragua, como principal titular de las obligaciones adquiridas en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es responsable por las violaciones a dichas obligaciones, cometidas a través de los actos y omisiones que le son atribuibles, documentados en el presente informe (…)». Consiglio dei diritti umani, *Informe del Grupo de Expertos en Derechos Humanos sobre Nicaragua*, risoluzione A/HRC/52/63 del 2 marzo 2023, par. 116.

[43] «El GHREN tiene motivos razonables para creer que autoridades del más alto nivel de la estructura del Estado, incluyendo al Presidente Daniel Ortega y la Vicepresidenta Rosario Murillo, así como altos mandos de las Jefaturas de la Policía Nacional, participaron en la realización de los delitos documentados en el informe». *Ibid.*, par. 121.

[44] Segretario generale OAS, OSG/243-16 del 30 maggio 2016, disponibile a www.oas.org.

guito a tale richiesta, il Consiglio permanente approvò due risoluzioni sulla situazione del Venezuela[45]. La reazione del Governo Maduro arrivò poi nel maggio 2017, con la denuncia della Carta OAS, che creò evidentemente un significativo precedente per il Nicaragua. Infine, proprio l'11 aprile 2019, appena qualche settimana prima dello 'scoccare' dei due anni fra notifica e cessazione degli effetti della Carta democratica in capo allo Stato recedente – a norma dell'art. 143 della Carta OAS, di cui si dirà fra poco – una risoluzione del Consiglio riconobbe come legittima la delegazione inviata dall'autoproclamato Presidente *ad interim* Guaidó[46], mantenendo dunque formalmente il Venezuela all'interno dell'Organizzazione. Da parte propria, nell'aprile 2020, il Governo Maduro dichiarò l'ufficialità del recesso[47]. Ebbene, mentre l'Assemblea dell'OAS si trovò nel 2021 ad annoverare fra i voti favorevoli alla risoluzione contro il Governo del Nicaragua una delegazione del Venezuela, il Governo effettivo dello Stato espresse una posizione diametralmente opposta[48].

Il caso del Venezuela rappresenta dunque l'unico vero e proprio esempio di non riconoscimento da parte dell'OAS di un'autorità effettiva che non emergesse da un colpo di Stato[49]. Tuttavia, questa discrasia tra realtà politica e finzione diplomatica in seno all'OAS non potrà protrarsi troppo a lungo, e sembra essere oggi in corso di ricomposizione. Durante l'Assemblea generale dell'ottobre 2022, diciannove membri dell'Organizzazione hanno appoggiato l'inserimento all'ordine dei lavori di una risoluzione sponsorizzata da Antigua e Barbuda, nella quale si proponeva di rimuovere Gustavo Tarre, inviato come rappresentante permanente del Venezuela da Juan Guaidó, in quanto quest'ultimo non è da considerarsi capo di Stato[50].

---

[45] V. Consiglio permanente OAS, *Resolution on the recent events in Venezuela* CP/RES. 1078 (2108/17) del 3 aprile 2017 e Consiglio permanente OAS, *Convocation of a meeting of consultation of ministers of foreign affairs to consider the situation in the Bolivarian Republic of Venezuela*, CP/RES 1079 (2111/17) del 26 aprile 2017.

[46] Consiglio permanente OAS, *Resolution on the situation of Venezuela*, CP/RES. 1124 (2217/19) del 10 aprile 2019.

[47] V. www.mppre.gob.ve.

[48] Mentre, peraltro, la crisi politica, umanitaria e la situazione dei diritti umani in Venezuela dal 2017 ad oggi non hanno fatto che aggravarsi. Si consideri l'ultimo Rapporto di Human Rights Watch (www.hrw.org).

[49] Come avvenne invece, ad esempio, nel caso sopra citato dell'Honduras.

[50] La risoluzione non è stata calendarizzata, non avendo raggiunto la necessaria maggioranza dei due terzi. Tuttavia, la maggioranza assoluta dei membri dell'Organizzazione (19 su 35) ha scelto di appoggiarla. Solo Canada, Stati Uniti, Guatemala e Paraguay si sono opposti, e i restanti 12 membri si sono astenuti. V. www.apnews.com.

5. Democrazia e recesso dall'Organizzazione degli Stati Americani

Il secondo profilo di interesse nel caso del Nicaragua deriva dalla decisione del Governo sandinista di recedere dall'OAS. Infatti, la principale conseguenza giuridica della nota del governo del Nicaragua del 18 novembre 2021 è, come già avvenuto nel caso del Venezuela, l'apertura della procedura prevista all'art. 143 della Carta OAS. Esso prevede la cessazione dell'applicazione della Carta nei confronti dello Stato recedente due anni dopo la notifica alla Segreteria generale dell'OAS, aggiungendo che lo Stato «shall cease to belong to the Organization after it has fulfilled the obligations arising from the present Charter».

A quali obblighi si fa riferimento? Nel parere consultivo OC-26/20 del 9 novembre 2020[51], richiesto dalla Colombia alla Corte interamericana dei diritti umani in merito alla situazione del Venezuela, la Corte ha affermato che essi non si limitano ai rapporti di natura finanziaria. Esplicitando il proprio itinerario interpretativo – e facendo riferimento all'art 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (VCLT) – la Corte passa in rassegna l'interpretazione letterale, teleologica, contestuale e sistemica dell'art. 143. Dopodiché, sceglie di esaminare il contenuto dei lavori preparatori, al fine di confermare il risultato della propria interpretazione, ai sensi dell'art. 32 VCLT[52]. Ciascuno di questi passaggi ermeneutici – in particolare l'interpretazione sistemica, nell'ambito della quale la Corte ricorda peraltro l'esistenza, nel sistema interamericano, del 'diritto umano alla democrazia'[53] – porta a concludere che l'art. 143 vada interpretato nel senso di includere fra gli obblighi da adempiere anche quelli derivanti dal sistema interamericano dei diritti umani. Inoltre, la Corte afferma che tali obblighi rimangono inalterati durante il periodo di transizione di due anni[54] e soprattutto che «el deber de cumplir con las obligaciones derivadas de las decisiones de los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano se mantiene hasta su cumplimiento total»: l'assenza del compimento degli obblighi in materia di diritti umani derivanti dal sistema interamericano costituisce una condizione ostativa al perfezionamento del recesso[55].

Nel caso del Nicaragua, se ne potrebbe dedurre che – fintanto che

---

[51] Corte interamericana dei diritti umani, parere OC-26/20 del 9 novembre 2020.
[52] *Ibid.,* parr. 124-146.
[53] *Ibid.,* par. 139.
[54] *Ibid.,* par. 149.
[55] *Ibid.,* par. 151.

l'Organizzazione ritenesse lo Stato inadempiente rispetto ai propri obblighi in materia di diritti umani, compreso il 'diritto alla democrazia' – la Carta continuerebbe ad applicarsi anche oltre il periodo di due anni. Tuttavia, le conseguenze concrete di una possibile formale estensione dell'applicazione della Carta OAS nei confronti del Nicaragua anche oltre i due anni previsti dall'art. 143 rimangono dubbie: pare esserne consapevole la Corte stessa, la quale sostiene che un'effettiva attuazione della norma comporta il necessario sforzo diplomatico degli altri Stati membri[56]. Il parere della Corte tenta dunque di estendere il significato dell'art. 143 ben oltre i meri obblighi procedurali, ma sottolinea comunque il ruolo inevitabile degli Stati membri nell'implementazione degli obblighi in materia di diritti umani, mettendo così in evidenza l'interdipendenza fra politica e diritto internazionale[57] e dunque il delicato equilibrio che intercorre fra i due livelli argomentativi.

Di fatto, le premesse della risoluzione del Consiglio permanente OAS sulla situazione in Nicaragua del 12 agosto 2022 sembrano evitare già oggi ogni possibile interpretazione estensiva degli obblighi di cui all'art. 143, come quella suggerita dalla Corte interamericana. Ciò precluderà ogni futuro sviluppo che, nel forzare l'argomentazione giuridica troppo al di là del dato materiale, alimenti possibili nuovi 'casi Venezuela' in seno all'Organizzazione. Infatti, nel 2022, il Consiglio ha affermato chiaramente di avere titolo a deliberare sulla situazione del Nicaragua in quanto «the legal obligations of the Government of Nicaragua, under the Charter, remain in force until the effective date of Nicaragua's withdrawal from the Organization on November 18, 2023»[58].

Una volta decorsi i termini di due anni, pertanto, il Nicaragua non sarà più uno Stato parte dell'OAS, e gli obblighi derivanti dal sistema interamericano non le saranno più applicabili. Ciò non vuol dire, naturalmente, che tale Stato non sarà più vincolato al rispetto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale consuetudinario o dai numerosi accordi internazionali in materia di protezione dei diritti umani di cui lo Stato continua ad essere parte, né soprattutto che le responsabilità per le violazioni di tali norme non possano in futuro, com'è ampiamente auspicabile, essere accertate. La stessa Corte

---

[56] L. BURGORGUE-LARSEN, *Interpreting Articles 78 of the ACHR & 143 of the OAS Charter. Is there something special when the IACtHR comes to interpret "procedural clauses"?*, in *Questions of International Law*, 2021, p. 33 ss.

[57] L. LIXINSKI, *The 'collective guarantee' of international human rights: Creating, reinforcing, and undoing legitimacies and mandates between law and politics*, in *Questions of International Law*, 2021, p. 5 ss.

[58] Consiglio permanente OAS, *The situation in Nicaragua*, CP/RES. 1203 (2389/22) del 12 agosto 2022.

nel parere sottolinea che (evidentemente) anche un eventuale recesso dal sistema interamericano non comporta alcuna conseguenza sulla vigenza degli obblighi derivanti dal diritto internazionale consuetudinario[59].

5. Conclusioni

La crisi del Nicaragua si inquadra in un delicato contesto giuridico e politico-diplomatico, dove la tutela dei diritti umani e della democrazia si scontrano inevitabilmente con i rischi e i limiti concreti delle aspirazioni utopistiche. Secondo alcuni, l'azione del Segretario generale Almagro durante la crisi del Venezuela, soprattutto nelle sue fasi iniziali, potrebbe aver compromesso il ruolo di potenziale mediatore dell'OAS[60]. Non è un caso che oggi, progressivamente, si assista ad un cambio di rotta, probabilmente ormai tardivo.

La vicenda del Nicaragua, nelle sue fasi iniziali sovrapponibile a quella del Venezuela, sembra costituire oggi un esempio di un diverso approccio, che – pur non essendo riuscito a contribuire ad una effettiva risoluzione della grave crisi che tale Stato attraversa – ha comunque contribuito ad unire la grande maggioranza della comunità internazionale non in tentativi fallimentari di imporre un 'diritto alla democrazia' dall'esterno, quanto piuttosto di promuovere l'accertamento delle responsabilità internazionali del governo del Nicaragua, la responsabilità individuali per i relativi crimini internazionali, nonché l'attivazione di ogni possibile canale diplomatico utile a ripristinare, nel delicato equilibrio fra politica e diritto, la tutela dei diritti umani in Nicaragua.

---

[59] Parere OC-26/20 del 9 novembre 2020, cit., parr. 155 – 157. Si consideri peraltro la posizione del Comitato ONU per i diritti umani, espressa nel Commento generale no. 26 del 1997 sulla continuità degli obblighi derivanti dall'adesione al Patto sui diritti civili e politici, in base alla quale «once the people are accorded the protection of the rights under the Covenant, such protection devolves with territory and continues to belong to them». Comitato per i diritti umani, *CCPR General Comment No. 26: Continuity of Obligations, 8 December 1997,* CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1 dell'8 dicembre 1997.

[60] A. ILLUECA, *The Venezuela Crisis at the Organization of American States: Between Withdrawal and Suspension*, in *Opiniojuris.org,* 29 maggio 2017.

La controversia italo-tedesca sulle immunità giurisdizionali ancora una volta dinanzi alla CIG

GIORGIA BERRINO*

SOMMARIO: 1. Premessa: '*Back at the ICJ*': '*Germany v. Italy, Again*'. – 2. Le ragioni del ricorso: *a few steps back*. – 2.1. Un'esecuzione inaspettata. – 3. Il contenuto dell'*Application* tedesca. – 4. La risposta italiana: l'adozione dell'art. 43 d.l. 36/2022. – 5. Gli "effetti" dell'art. 43: il ritiro della domanda cautelare tedesca ed il sindacato di costituzionalità della norma. – 6. L'epilogo della controversia italo-tedesca? Gli ostacoli superati e quelli ancora da superare. – 6.1. La sentenza della Corte costituzionale n. 159/2023. – 6.2. La questione "greca". – 6.3. Il termine decadenziale. – 6.4. La posizione dell'Avvocatura di Stato nei procedimenti di cognizione. – 7. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT: Il 29 aprile 2022, la Germania ha presentato un nuovo ricorso alla CIG per violazione delle immunità giurisdizionali da parte dell'Italia, nell'ambito della nota vicenda relativa ai risarcimenti nei confronti delle vittime dei crimini di guerra e contro l'umanità commessi dal Terzo Reich durante il Secondo conflitto mondiale. Lo scritto anzitutto individua le ragioni che hanno spinto lo Stato tedesco ad adire i giudici dell'Aja, per poi passare ad analizzare il contenuto del ricorso. In secondo luogo, viene descritta la "risposta" italiana, rappresentata dall'adozione dell'art. 43 d.l. 36/2022, convertito con l. 79/2022; è evidente, infatti, come l'Italia con tale articolo tenti di porre fine una volta per tutte al contenzioso con lo Stato tedesco. Infine, ci si sofferma sulle vicende successive alla reazione italiana, tra cui si colloca anche la recente pronuncia della Corte costituzionale n. 159/2023 relativa alle questioni di costituzionalità sollevate avverso l'art. 43. Attraverso l'analisi di tali vicende, lo scritto si propone di comprendere se si stia per giungere all'epilogo della controversia italo-tedesca.

PAROLE CHIAVE: Corte internazionale di giustizia – Germania c. Italia – immunità giurisdizionali – crimini internazionali – art. 43 d.l. 36/2022 – Corte costituzionale.

---

* Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Ferrara, giorgia.berrino@unife.it.

1. Premessa: '*Back at the ICJ*': '*Germany v. Italy, Again*'[1]

Il contenzioso italo-tedesco relativo ai risarcimenti nei confronti delle vittime dei crimini di guerra e contro l'umanità commessi dal Terzo Reich durante il Secondo conflitto mondiale, che involge il tema delle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, è stato in passato evocativamente definito da Oellers-Frahm una «Never-ending story»[2]. Questa *Never-ending story* è rimasta tuttavia per diverso tempo "dormiente". Soltanto il 29 aprile 2022, a distanza di dieci anni dalla pronuncia della Corte internazionale di giustizia (d'ora in avanti CIG) nel caso *Jurisdictional Immunities of the State: (Germany v. Italy: Greece Intervening)* del 3 febbraio 2012[3] e di otto anni dalla sentenza della Corte costituzionale del 22 ottobre 2014, n. 238[4], la Repubblica federale tedesca ha nuovamente proposto un ricorso contro lo Stato italiano davanti ai giudici dell'Aja per violazione delle immunità giurisdizionali accompagnato da una richiesta di misure provvisorie[5], sostenendo anche come

---

[1] Il titolo del paragrafo richiama i post di L. GRADONI, *Is the Dispute between Germany and Italy over State Immunities Coming to an End (Despite Being Back at the ICJ)?*, in *EJIL:Talk!*, 10 maggio 2022 e di P. FRANZINA, *Jurisdictional Immunities: Germany v. Italy, Again, EAPIL Blog*, 4 maggio 2022.

[2] V. K. OELLERS-FRAHM, *A Never-Ending Story: The International Court of Justice – The Italian Constitutional Court – Italian Tribunals and the Question of Immunity*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2016, p. 193 ss.

[3] Sulla decisione cfr. *ex multis* A. CIAMPI, *The International Court of Justice between «Reason of State» and Demands for Justice by Victims of Serious Crimes*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 374 ss.; R. PAVONI, *An American Anomaly? On the ICJ's Selective Reading of United Practice in* Jurisdictional Immunities of the State, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2011, p. 143 ss.; S. NEGRI, *Sovereign Immunity v. Redress for War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in the Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, in *International Community Law Review*, 2014, p. 123 ss.

[4] Sulla sentenza v. *inter alia* L. GRADONI, *Corte costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2014, p. 183 ss.; ID., *Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, *ivi*, p. 206 ss.; ID., *Un giudizio mostruoso. Nuove istantanee della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, *ivi*, p. 235 ss.; M. LONGOBARDO, *Il «non-essere non è e non può essere». Brevi note a margine della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale rispetto all'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale consuetudinario*, *ivi*, p. 220 ss.; P. DE SENA, *Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune*, *ivi*, p. 226 ss.

[5] *Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures*, *Questions of jurisdictional immunities of the State and measures of constraint against State-owned property (Germany v. Italy)*, 29 aprile 2022, www.icj-cij.org. Sul ricorso v. *ex multis* P. FRANZINA, *Jurisdictional Immunities: Germany v. Italy, Again*, cit.; L. GRADONI, *Is the Dispute between Germany and Italy*, cit.; N. COLACINO, *Immunità anno zero: la Germania torna a L'Aia e l'Italia corre ai…ristori*, in *Questione Giustizia*, 21 giugno 2022; A. FAZZINI, *The evolution of the State Immunity Law in the light of the case* Germany v. Italy, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, 2023, p. 460 ss.

l'Italia abbia disatteso – e stia continuando a disattendere – la sentenza emessa dalla CIG nel 2012.

A fronte del ricorso presentato dalla Germania, l'Italia, ricorrendo alla decretazione d'urgenza, ha immediatamente adottato una normativa – di cui si dirà meglio *infra*[6] – tesa a tentare di comporre una volta per tutte la controversia con lo Stato tedesco.

Lo scritto si propone, anzitutto, di ripercorrere i tratti essenziali della vicenda italo-tedesca al fine di comprendere le ragioni che hanno condotto la Germania a ricorrere nuovamente ai giudici dell'Aja ed analizzare il contenuto del ricorso. In seconda battuta, verrà presa in considerazione la "risposta" fornita dall'Italia per valutare se questa sia effettivamente in grado di porre fine, una volta per tutte ed in tempi brevi, all'annosa controversia in essere tra i due Paesi. L'eventuale idoneità della "risposta" italiana a comporre il contenzioso verrà vagliata sulla base delle vicende successive all'adozione della normativa, così da evidenziare i nodi ad oggi problematici potenzialmente in grado di influenzare negativamente la chiusura della controversia.

2. Le ragioni del ricorso: *a few steps back*

Per comprendere le ragioni sottese al nuovo ricorso tedesco alla CIG occorre fare un passo indietro e ripercorrere, seppur brevemente, le tappe fondamentali della vicenda sui risarcimenti delle vittime della Seconda guerra mondiale che coinvolge Italia e Germania.

La Corte di cassazione, con la sentenza dell'11 marzo 2004 n. 5044 nel c.d. caso *Ferrini*, ha per la prima volta disconosciuto l'immunità dello Stato tedesco dalla giurisdizione civile di cognizione italiana, a fronte di una richiesta di risarcimento dei danni presentata da un cittadino italiano catturato dalle forze armate tedesche nelle vicinanze di Arezzo, deportato in Germania e ivi sottoposto ai lavori forzati, sostenendo – sulla base di una pluralità di argomentazioni – che l'esenzione dalla giurisdizione nei confronti di uno Stato estero normalmente prevista dal diritto internazionale per i c.d. *acta iure imperii* – tra i quali si annoverano le attività belliche – non potesse essere concessa qualora tali atti si fossero concretati in gravi violazioni dei diritti umani fondamentali[7]. In conformità alla sentenza *Ferrini* si è sviluppato nel

---

[6] Cfr. il par. 4 del presente scritto.

[7] Sulla sentenza v. *inter alia* A. GIANNELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 643 ss.; P. DE SENA, F. DE VITTOR, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision*

nostro ordinamento un orientamento giurisprudenziale che ha costantemente disconosciuto l'immunità della Germania dalla giurisdizione civile di cognizione italiana per i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità commessi dal Terzo Reich tra il 1943 ed il 1945[8] – con conseguente condanna dello Stato tedesco al risarcimento dei danni – e concesso l'*exequatur* nei confronti di alcune decisioni dei tribunali ellenici che avevano condannato la Germania per i danni cagionati dai crimini perpetrati dal Terzo Reich sul territorio greco a danno di cittadini ellenici[9]. La Repubblica federale tedesca non ha mai ottemperato alle condanne. Al fine di garantire l'esecuzione di talune delle sentenze emesse nei confronti della Germania, è stata iscritta ipoteca su Villa Vigoni, un immobile di proprietà dello Stato tedesco sito sul lago di Como. La situazione creatasi ha spinto la Germania a depositare nel 2008 una prima *Application* alla CIG contro lo Stato italiano[10], chiedendo alla Corte di accertare e dichiarare che l'Italia: *i)* avesse violato l'immunità dalla giurisdizione civile di cognizione straniera di cui lo Stato tedesco gode in base al diritto internazionale per gli *acta iure imperii*, consentendo che fossero intentate contro la Germania azioni civili basate sulle violazioni del diritto internazionale umanitario commesse dal Terzo Reich tra il 1943 e il 1945; *ii)* avesse violato

---

on the Ferrini *Case*, in *The European Journal of International Law*, 2005, p. 89 ss.; A. GATTINI, *War Crimes and State Immunity in the* Ferrini *Decision*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 224 ss.

[8] V. *ex multis* Cass. pen., sez. I, sentenza del 21 ottobre 2008, n. 1072 su cui cfr. M. FRULLI, *La 'derogabilità' della norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione in caso di crimini internazionali: la decisione della Corte di Cassazione sulla strage di Civitella della Chiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 442 ss.; A. CIAMPI, *The Italian Court of Cassation Asserts Civil Jurisdction Over Germany in a Criminal Case Relating to the Second World War: The Civitella Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2009, p. 597 ss.

[9] V. Corte d'App. Firenze, decreto del 5 maggio 2005, confermato da Cass. civ., sez. un., sentenza del 29 maggio 2008, n. 14199 su cui cfr. *ex multis* M. BORDONI, *L'ordine pubblico internazionale nella sentenza della Cassazione sulla esecuzione della decisione greca relativa al caso Distomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 496 ss.; Corte d'App. Firenze, decreto del 16 giugno 2006, confermato da Cass. civ., sez. I, sentenza del 20 maggio 2011, n. 11163, su cui v. M. FRULLI, *The Times are A-Changing – the Italian Court of Cassation denies Germany immunity from execution to allow compensation to war crimes' victims*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, p. 1129 ss. In generale sulla vicenda greca dei risarcimenti v. G. BERRINO, *La questione dei risarcimenti alle vittime dei crimini commessi dal Terzo Reich durante la II guerra mondiale: uno sguardo alla Grecia passando dall'Italia (e non solo)*, in *Lo Stato*, 2019, p. 207 ss.

[10] *Application Instituting Proceedings*, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, 23 dicembre 2008, cfr. www.icj-cij.org. Sul ricorso v. *inter alia* F. MARONGIU BUONAIUTI, *Azioni risarcitorie per la commissione di crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione: la controversia tra Germania e l'Italia innanzi alla Corte internazionale di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 232 ss.; A. ATTERITANO, *Crimini internazionali, immunità degli Stati, giurisdizione italiana: il contenzioso italo-tedesco dinanzi alla Corte internazionale di giustizia*, *ivi*, p. 271 ss.

l'immunità dei beni tedeschi dalle misure coercitive straniere prevista dal diritto internazionale qualora tali beni abbiano una destinazione pubblicistica, attraverso l'iscrizione di ipoteca su Villa Vigoni; *iii)* avesse commesso un'ulteriore violazione dell'immunità dello Stato tedesco, dichiarando esecutive in Italia le sentenze greche fondate anch'esse su azioni civili promosse contro la Germania per le violazioni del diritto internazionale umanitario commesse durante la seconda guerra mondiale. La CIG, con la già richiamata sentenza del 3 febbraio 2012, ha riconosciuto le ragioni tedesche, sostenendo in estrema sintesi che secondo quanto previsto dalla norma di diritto internazionale consuetudinario che sancisce l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile di cognizione straniera, l'esenzione dalla giurisdizione deve essere garantita ad uno Stato per tutti gli *acta iure imperii*, senza la possibilità che si configurino delle eccezioni, e che i beni di uno Stato siti sul territorio di un Paese straniero non possano essere oggetto di misure coercitive da parte di quest'ultimo qualora abbiano impressa una destinazione pubblicistica.

I giudici italiani si conformavano immediatamente al dettato della Corte dell'Aja, dichiarando il difetto di giurisdizione nei procedimenti promossi contro lo Stato tedesco[11], ed il Parlamento italiano adottava la L. 14 gennaio 2013, n. 5, il cui articolo 3 prevedeva, al c. 1, che quando la CIG, con sentenza che ha definito un procedimento di cui è parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile, il giudice italiano, davanti al quale pende una controversia relativa alle medesime condotte, deve rilevare d'ufficio – anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato – il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo, e, al c. 2, un'ipotesi di revocazione *ad hoc* per difetto di giurisdizione per le sentenze passate in giudicato emesse in contrasto con la sentenza della CIG richiamata al c. 1[12]. Senonché la Corte costituzionale italiana, con la già menzionata storica sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014, ha in parte "dribblato" la pronuncia della CIG, senza porsi – perlomeno direttamente – in contrasto con quanto affermato dall'organo giudiziario delle Nazioni Unite. La Consulta, infatti, ha asserito di dover seguire, in base al principio di conformità, l'interpretazione fornita dai giudici dell'Aja della norma consuetudinaria sull'immunità dalla giurisdizione di cognizione, ma che la norma immunitaria, così come interpretata dalla CIG, non potesse fare ingresso nel nostro ordinamento tramite il mec-

[11] V. *ex multis* Cass. pen., sez. I, sentenza del 30 maggio 2012, n. 32139.

[12] V. *inter alia* G. NESI, *The Quest for a 'Full' Execution of the ICJ Judgment in* Germany v. Italy, in *Journal of International Criminal Justice*, 2013, p. 185 ss.

canismo di cui all'art. 10, c. 1, Cost., a fronte del contrasto con gli artt. 2 e 24 Cost., in virtù dell'operatività dei controlimiti. Inoltre, sempre sulla base del contrasto con gli artt. 2 e 24 Cost., la Consulta ha dichiarato illegittimità costituzionale dell'art. 3 della L. 14 gennaio 2013 n. 5 e dell'art. 1 della L. n. 848 del 1957, nella parte in cui, tramite il recepimento dell'art. 94 dello Statuto ONU, obbligava i giudici italiani a conformarsi a quanto statuito dalla CIG nella sua decisione rispetto all'immunità tedesca dalla giurisdizione di cognizione italiana.

La pronuncia della Corte costituzionale ha nuovamente aperto la strada ai procedimenti dinanzi ai giudici italiani contro la Germania per crimini di guerra e contro l'umanità commessi dal Terzo Reich tra il 1943 e il 1945, facendo sì che venisse disconosciuta nuovamente l'immunità dalla giurisdizione civile di cognizione italiana dello Stato tedesco[13] e, pertanto, questo venisse condannato al risarcimento dei danni[14].

Che l'Italia, attraverso il disconoscimento dell'immunità tedesca dalla giurisdizione civile di cognizione, violasse il diritto internazionale, così come accertato dai giudici dell'Aja nella sentenza del 3 febbraio 2012, nonché la sentenza stessa, è un dato pacifico, tanto è vero che si è dibattuto in dottrina sulle possibili reazioni dello Stato tedesco, discutendo anche di un eventuale nuovo ricorso della Germania alla CIG[15]. Tale ricorso, però, fino ad oggi non era mai stato presentato, nonostante – come in tempi recenti ribadito da Focarelli – «the outcome of Judgment No. 238 is that Italy is still violating both international law and the ICJ decision»[16]. Pertanto, l'effettiva ragione che ha spinto la Germania a presentare recentemente un nuovo ricorso alla CIG va ricercata non tanto nelle vicende legate alla giurisdizione di cognizione *tout court*, quanto piuttosto in quelle ad esse connesse relative all'attuazione delle

---

[13] V. *ex multis* Cass. civ., sez. un., sentenza del 7 luglio 2020, n. 20442 su cui cfr. *ex multis* C. VENTURINI, *Sezioni Unite, sentenza n. 20442 del 2020: il «contrappunto fugato» della sent. 238/2014 Corte Cost.*, in *SIDIBlog*, 18 dicembre 2020; A. CHECHI, *Relationship Between Municipal and International Law: Italian Jurisprudence on the Boundaries of State Immunity from Jurisdiction and Execution: Waiting for the Next Episode*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2021, p. 493 ss. G. BERRINO, *"Plus ça change, plus c'est la même chose": State Immunity and International Crimes in Judgment No. 20442/2020 of the Corte di Cassazione*, in *Italian Review of International and Comparative Law*, 2021, p. 374 ss.

[14] V. *inter alia* Tribunale di Novara, sentenza del 31 gennaio 2022, n. 50; Tribunale di Bologna, sentenza del 8 giugno 2022, n. 1516.

[15] V. per tutti B. I. BONAFÈ, *Et Si l'Allemagne saisissait a nouveau la Cour internationale de Justice?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, p. 1049 ss.

[16] F. FOCARELLI, *State Immunity and Serious Violations of Human Rights: Judgment No. 238 of the Italian Constitutional Court Seven Years on*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2021, p. 29 ss., p. 54.

sentenze tramite lo strumento dell'esecuzione forzata su beni di proprietà della Germania siti in Italia.

2.1. Un'esecuzione inaspettata

Come noto, la sentenza n. 238/2014 aveva ad oggetto unicamente l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile di cognizione italiana, senza toccare in alcun modo la diversa questione relativa all'immunità dei beni degli Stati esteri dalle misure coercitive. Pertanto, in applicazione della tradizionale interpretazione della norma internazionale consuetudinaria sull'immunità dei beni degli Stati dalle misure coercitive straniere, avallata *de facto* dalla CIG nella sentenza del 2012, non sarebbe stato possibile sottoporre a misure coercitive i beni di uno Stato estero aventi destinazione pubblicistica siti sul territorio italiano. Tale orientamento è parso poi essere stato costantemente confermato dalla Corte di cassazione. I giudici di legittimità, infatti, nella sentenza dell'8 giugno 2018, n. 14885 – con cui è stato posta fine alla vicenda giudiziaria relativa a Villa Vigoni – hanno affermato che, così come statuito in passato dalle Sezioni Unite[17], per effetto dei principi di immunità giurisdizionale degli Stati stranieri, sanciti dal diritto internazionale consuetudinario, non sussiste la giurisdizione italiana rispetto all'azione esecutiva e cautelare sui beni a destinazione pubblicistica degli Stati stranieri[18]. Inoltre, come già sostenuto altrove, anche nella sentenza del 3 settembre 2019, n. 21995 – contrariamente a quanto affermato dalla dottrina maggioritaria[19] – la Cassazione non ha smentito il proprio precedente orientamento[20].

---

[17] Il riferimento è a Cass. civ., sez. un., sentenza del 12 gennaio 1996, n. 173.

[18] Sulla sentenza v. P. ROSSI, *The Aftermath of the Italian Constitutional Court Judgment No. 238 of 2014 in Exequatur and Enforcement Proceedings*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2019, p. 455 ss.; O. LOPES PEGNA, *Giù le mani da Villa Vigoni: quale tutela "effettiva" per le vittime di gravi crimini compiuti da Stati esteri?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, p. 1237 ss.

[19] F. FOCARELLI, *State Immunity and Serious Violations of Human Rights*, cit., p. 42; M. MARIOTTINI, *Case Note: Deutsche Bahn AG v. Regione Steréa Ellada*, in *The American Journal of International Law*, 2020, p. 486 ss., p. 492; P. TORRETTA, *I risarcimenti per i crimini di guerra del Terzo Reich fra giustizia e ragion di Stato. La parola di nuovo alla Corte costituzionale*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Amicus curiae 2023 – Nuovi seminari preventivi ferraresi "Colpe di Stato, Atto II – Crimini nazisti e immunità degli Stati di nuovo davanti alla Consulta"* (Ferrara, 12 maggio 2023) in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2023, p. 1 ss., p. 18; F. SALERNO, *Il necessario bilanciamento di valori di fronte alla* quaestio legitimatatis *della "norma-ristori" a favore delle vittime dei crimini commessi dalla Germania*, *ivi*, p. 35 ss., p. 39.

[20] V. G. BERRINO, *La Corte di cassazione torna sul tema delle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2020, p. 844 ss., p. 856-857. In questo senso, v. anche K. OELLERS-FRAHM, G. BOGGERO, *Between Cynicism and Idealism: Is the Italian Constitutional Court Passing the Buck to the Italian Judiciary*, in V. VOLPE, S. BATTINI, A. PE-

In tema di esecuzione, si deve anche ricordare che al fine di limitare l'effetto dirompente della pronuncia n. 238/2014 nel nostro ordinamento, il Governo italiano, ha adottato all'interno del decreto-legge 12 settembre 2014 n. 132, convertito con la L. 10 novembre 2014 n. 162, l'art. 19 *bis*[21], secondo cui le somme depositate presso conti correnti bancari o postali in Italia appartenenti agli Stati esteri non possono essere soggette ad azioni esecutive, qualora tali Stati abbiano dichiarato che i conti contengono somme preposte all'esercizio di funzioni pubbliche[22].

Ciò nonostante, i tentativi di dare esecuzione alle sentenze di condanna della Germania rimaste ineseguite non sono cessati. Ad esempio, sulla base di un'azione esecutiva avviata dalla Regione Sterea Ellada in forza dell'*exequatur* delle già citate sentenze elleniche di condanna della Germania per i crimini della Seconda guerra mondiale, sono state pignorate alcune partite di credito che le Ferrovie tedesche, Deutsche Bahn Aktiengesellschaft, vantano nei confronti di Trenitalia s.p.a. e Rete Ferroviaria s.p.a., in forza della sovrapponibilità – nell'ottica dei creditori procedenti – della Germania e Deutsche Bahn, essendo quest'ultima una società pubblica, in quanto partecipata al 100% dallo Stato tedesco[23]. Tuttavia, nella fase cautelare l'esecuzione è stata sospesa, non essendo stata riconosciuta quella sovrapponibilità, invocata dai creditori, tra Deutsche Bahn e la Repubblica federale tedesca[24]. Un altro tentativo di aggredire beni della Germania è stato invece esperito da creditori dello Stato tedesco in forza di titoli giudiziali di condanna per i danni cagionati dai crimini commessi dal Terzo Reich in danno di cittadini italiani, attraverso il pignoramento di diversi beni di proprietà della Germania siti a Roma: l'Istituto Archeologico Tedesco, il Goethe Institut, l'Istituto Storico Tedesco e la Scuola Germanica. In questo caso, la Repubblica federale tedesca ha presentato opposizione all'esecuzione e opposi-

---

TERS (eds), *Remedies against Immunity?*, *Reconciling International and Domestic Law after the Italian Constitutional Court's Sentenza 238/2014*, Heidelberg, 2021, p. 281 ss., p. 298.

[21] Sull'art. 19 *bis* v. B. CONFORTI, *Il legislatore torna indietro di circa novant'anni: la nuova norma sull'esecuzione sui conti correnti di Stati stranieri*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 558 ss.

[22] In dottrina è stato evidenziato come l'adozione dell'art. 19 *bis* tradisse un'incertezza da parte degli organi politici italiani rispetto all'esistenza nel diritto internazionale consuetudinario di una norma che prevede l'immunità dei beni degli Stati dalle misure coercitive straniere. V. K. OELLERS-FRAHM, G. BOGGERO, *Between Cynicism and Idealism: Is the Italian Constitutional Court Passing the Buck to the Italian Judiciary*, in V. VOLPE, S. BATTINI, A. PETERS (eds), *Remedies against Immunity?*, cit., p. 301.

[23] Sul caso v. M. MARIOTTINI, *Deutsche Bahn AG v. Regione Stereá Ellada*, cit.; G. BERRINO, *La Corte di cassazione torna sul tema delle immunità giurisdizionali*, cit.

[24] Cfr. Trib. Roma civ., sez. III, ordinanza del 4 dicembre 2020.

zione agli atti esecutivi con richiesta di sospensione dell'esecuzione, sostenendo che i beni staggiti non potessero essere oggetto di azione esecutiva in virtù della loro destinazione pubblicistica. Il Tribunale di Roma (civ., sez. IV), con l'ordinanza del 12 luglio 2021, ha però inaspettatamente rigettato l'istanza tedesca, affermando che, sulla base dei principi sanciti dalla Consulta nella sentenza n. 238/2014, non potesse essere riconosciuta l'immunità dei beni tedeschi dalle misure esecutive adottate. In particolare, il giudice capitolino ha chiarito che qualora nei confronti di uno Stato estero venga disconosciuta l'immunità dalla giurisdizione civile di cognizione a fronte della commissione da parte di tale Stato di *acta iure imperii* costituenti gravi violazioni dei diritti umani fondamentali e venga emessa nei suoi confronti una sentenza di condanna, l'esecuzione forzata della sentenza – in caso di mancato adempimento spontaneo – debba sempre essere garantita, affinché la tutela giurisdizionale sancita dall'art. 24 Cost. sia effettiva, non assumendo, dunque, alcuna rilevanza l'eventuale destinazione pubblicistica dei beni[25]. La Germania ha presentato un reclamo contro la decisione, che è stato rigettato. Il Collegio giudicante, con l'ordinanza del 3 novembre 2021, pur confermando che non dovesse darsi luogo alla sospensione dell'esecuzione, ha motivato la propria decisione sulla base di un'argomentazione diversa da quella del giudice di prime cure, sostenendo, secondo l'interpretazione tradizionale, che i beni a destinazione pubblicistica degli Stati esteri non possano mai essere oggetto di misure coercitive, ma che, nel caso di specie, la richiesta dovesse essere rigettata in quanto la destinazione pubblicistica dei beni non era stata provata dallo Stato tedesco (nonostante il Governo italiano avesse de-

[25] La dottrina ha unanimemente criticato l'ordinanza del Tribunale di Roma, in quanto, il giudice ha disapplicato la norma consuetudinaria sull'immunità dei beni degli Stati dalle misure coercitive straniere. Tale norma è operativa nel nostro ordinamento – fino ad una pronuncia della Consulta in senso contrario – in virtù dell'art. 10, c. 1, Cost. Di conseguenza, per "ammettere" l'esecuzione sui beni a destinazione pubblicistica della Germania, il giudice avrebbe dovuto sollevare dinanzi alla Consulta questione di legittimità costituzionale della norma che riproduce nel nostro ordinamento la consuetudine internazionale sull'immunità dall'esecuzione per contrasto con gli artt. 2 e 24 Cost. Sul punto v. N. COLACINO, *Immunità anno zero,* cit.; C. ASPRELLA, *Aspetti processuali dell'art. 43 del decreto-legge 36/2022: l'istituzione del Fondo per il ristoro dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità dalle forze del Terzo Reich*, *Questione giustizia*, 20 giugno 2022; G. BOGGERO, *La reazione del Governo italiano al (nuovo) ricorso tedesco di fronte alla CIG. Prime note sugli effetti dell'art. 43 D.L. 30 aprile 2022*, *SIDIBlog*, 25 maggio 2022; G. BERRINO, *Quale effettività della tutela giurisdizionale nel caso* Germania c. Italia? *L'art. 43 del d.l. 36/2022 come 'rimedio' costituzionalmente legittimo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, p. 201 ss., p. 206-207; P. TORRETTA, *I risarcimenti per i crimini di guerra del Terzo Reich fra giustizia e ragion di stato*, in *Amicus curiae* 2023, cit., p. 16 ss.; F. SALERNO, *Il necessario bilanciamento di valori di fronte alla* quaestio legitimatatis *della "norma-ristori" a favore delle vittime dei crimini commessi dalla Germania*, *ivi*, p. 39.

positato una memoria ausiliare il 6 ottobre 2021, nella quale aveva affermato la destinazione pubblicistica degli immobili tedeschi oggetto di esecuzione)[26]. La mancata concessione della sospensione richiesta dalla Germania ha condotto alla fissazione dell'udienza per l'autorizzazione alla vendita dei beni pignorati, fissata per il 25 maggio 2022. La Germania ha inviato allora una nota verbale all'Italia, datata 28 febbraio 2022, contenente la richiesta al Governo italiano di porre in essere il pagamento della somma richiesta dai creditori, che, ai sensi dell'art. 495 c.p.c., consente la conversione del pignoramento, se effettuata prima dell'autorizzazione dell'asta pubblica di vendita dei beni. L'Italia non avrebbe mai risposto alla richiesta[27]. È stato, dunque, il pericolo di vendita delle proprietà, rivendicate come beni a destinazione pubblicistica, l'unica effettiva ragione che ha spinto la Germania a presentare il nuovo ricorso alla CIG e a chiedere contestualmente alla Corte l'adozione urgente di misure provvisorie al fine di salvaguardare i suoi diritti da un danno imminente ed irreparabile.

3. Il contenuto dell'*Application* tedesca

La Germania, nel nuovo ricorso alla CIG, ha lamentato che, nonostante quanto affermato dai giudici dell'Aja con la sentenza del 3 febbraio 2012, lo Stato italiano abbia continuato a violare le immunità giurisdizionali tedesche; pertanto ha chiesto alla Corte di accertare e dichiarare che l'Italia: *i)* avesse violato, nonché continuasse a violare, l'obbligo di rispettare l'immunità dello Stato tedesco dalla giurisdizione civile di cognizione, consentendo che siano promosse delle azioni civili contro la Germania, fondate sulle violazioni del

[26] Anche la decisione assunta dal Collegio solleva qualche perplessità, e ciò in quanto, dal punto di vista del diritto internazionale, potrebbe sostenersi l'esistenza di un obbligo a carico del giudice di verificare la destinazione dei beni. In tal senso deporrebbe, ad esempio, l'art. 6 della Convenzione ONU sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2004 (Convenzione, tuttavia, non ancora in vigore), secondo cui: «Uno Stato darà effetto all'immunità dello Stato in base all'articolo 5 astenendosi dall'esercitare la giurisdizione in un procedimento pendente davanti ai suoi tribunali contro un altro Stato e a questo fine assicurerà che i suoi tribunali accertino d'ufficio che l'immunità dell'altro Stato in base all'articolo 5 sia rispettata». Si segnala, tuttavia, come in dottrina sia stato sostenuto che la Parte II della Convenzione ONU del 2004, di cui fa parte anche l'art. 6, riguardi esclusivamente l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile di cognizione straniera, e non anche l'immunità dei beni degli Stati dalle misure coercitive straniere; a quest'ultima immunità è dedicata la parte IV della Convenzione ONU del 2004, all'interno della quale non è possibile rinvenire una norma corrispondente all'art. 6 (v. R. O'KEEFE, *Introduction to Part II*, in R. O'KEEFE, C. TAMS (a cura di), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Properties*, Oxford, 2013, p. 97).

[27] Cfr. par. 68 dell'*Application* tedesca.

diritto internazionale umanitario perpetrate dal Terzo Reich tra il 1943 e il 1945; *ii)* avesse violato, nonché continuasse a violare, l'obbligo di rispettare l'immunità dello Stato tedesco dalle misure coercitive straniere, adottando – o minacciando di adottare – misure esecutive contro i beni di proprietà dello Stato tedesco a destinazione pubblicistica siti sul territorio italiano, tra cui anche l'Istituto Archeologico Tedesco, il Goethe Institut, l'Istituto Storico Germanico e la Scuola Germanica, o comunque misure esecutive atte a dare attuazione a sentenze emesse in violazione del diritto internazionale; *iii)* sia tenuta a garantire che le decisioni esistenti dei suoi tribunali che violano il diritto all'immunità tedesca cessino di avere effetti; *iv)* sia tenuta ad adottare immediatamente misure efficaci che garantiscano che non siano più intrattenute azioni civili contro la Germania fondate sulla violazione del diritto internazionale umanitario perpetrata dal Terzo Reich tra il 1943 e il 1945; *v)* sia tenuta a risarcire integralmente qualsiasi danno causato dalla violazione dell'immunità tedesca, incluso – ma non limitato – il risarcimento alla Germania per qualsiasi danno finanziario derivante dai procedimenti celebrati e dalle misure coercitive adottate, in violazione dell'immunità; *vi)* sia tenuta ad offrire alla Germania assicurazioni e garanzie concrete ed efficaci relative al fatto che non si ripeteranno violazioni dell'immunità tedesca.

Come anticipato, la Repubblica federale tedesca ha fatto anche richiesta alla Corte di adozione di misure provvisorie[28], specificando che tali misure fossero richieste «primarily» al fine di proteggere i già menzionati beni di proprietà dello Stato tedesco siti a Roma dalle misure coercitive poste in essere in violazione dell'immunità, essendo stata fissata l'udienza per l'autorizzazione alla vendita, ma anche per salvaguardare il proprio diritto all'immunità dal pregiudizio che potrebbe essere arrecato dall'adozione di ulteriori misure coercitive, considerato il gran numero di procedimenti pendenti dinanzi ai tribunali italiani contro lo Stato tedesco. In particolare, la Germania ha domandato che, in attesa della pronuncia di merito della Corte nel procedimento instaurato, l'Italia: *i)* garantisca – mediante il pagamento della somma necessaria per la conversione del pignoramento, o adottando un'altra misura effettiva di sua scelta – che l'Istituto Archeologico Tedesco, il Goethe Institut, l'Istituto Storico Germanico e la Scuola Germanica non siano oggetto di un'asta pubblica; *ii)* assicuri che i propri tribunali non adottino ulteriori misure coercitive nei confronti di beni tedeschi a destinazione pub-

[28] Sulla richiesta di misure provvisorie, v. K. OELLERS-FRAHM, *Questions relating to the request for the indication of provisional measures in the case Germany v Italy*, in *QIL-Questions of International Law*, *Zoom-in* 94, 2022, p. 5 ss.

blicistica situati sul territorio italiano, o misure volte ad eseguire sentenze che violano l'immunità della Germania; *iii)* entro due mesi dalla pronuncia dell'ordinanza di misure provvisorie, e, successivamente, ogni sei mesi, presenti alla Corte una relazione contenente l'indicazione sia delle misure coercitive adottate dai tribunali italiani (o comunque a questi richieste) contro proprietà tedesche situate in Italia, al fine di eseguire delle sentenze rese contro la Germania nei procedimenti civili fondati su violazioni del diritto internazionale umanitario commesse dal Terzo Reich durante la seconda guerra mondiale sia delle misure adottate dal Governo italiano per assicurare che il diritto della Germania all'immunità sovrana sia rispettato nei detti procedimenti.

4. La risposta italiana: l'adozione dell'art. 43 d.l. 36/2022

Letteralmente all'indomani del deposito del ricorso tedesco alla Corte dell'Aja, è stato adottato e pubblicato sulla nostra Gazzetta Ufficiale il d.l. n. 36 del 30 aprile 2022 recante "Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)", convertito poi con modificazioni dalla l. 79 del 29 giugno 2022, il cui art. 43 (d'ora in avanti art. 43)[29] rappresenta la "risposta" italiana al nuovo ricorso alla CIG e, più in generale, ai problemi a quest'ultimo insiti che da lungo tempo si trascinano nei rapporti italo-tedeschi[30].

L'art. 43 prevede l'istituzione presso il Ministero italiano dell'economia e delle finanze di un Fondo, avente una dotazione di 20.000.000 euro per

[29] Per alcuni primi commenti all'art. 43 v. *inter alia* G. BOGGERO, *La reazione del Governo al (nuovo) ricorso tedesco*, cit.; C. ASPRELLA, *Aspetti processuali dell'art. 43 del decreto-legge 36/2022,* cit.; G. BERRINO, *Il «ristoro» dei cittadini italiani vittime di crimini di guerra e contro l'umanità commessi dalla Germania durante il Secondo conflitto mondiale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, p. 827 ss.; ID., *The impact of Article 43 of Decree-Law no 36/2022 on enforcement proceedings regarding German State owned-assets*, in *QIL-Questions of International Law*, *Zoom-in* 94, 2022, p. 59 ss.

[30] La tempistica con cui è stato adottato l'art. 43 non deve ingannare: è evidente, infatti, come tale articolo non sia stato formulata "nottetempo", ma fosse già oggetto di "gestazione" prima che la Germania si rivolgesse alla Corte dell'Aja. Ciò trova conferma nel fatto che nella richiesta di misure provvisorie presentata dalla Germania alla CIG, la Repubblica federale tedesca ha affermato che lo Stato italiano sostenesse di aver intrapreso i passi necessari per l'emanazione di un decreto volto a bloccare le misure coercitive nei confronti delle proprietà tedesche site sul territorio italiano, ma che questo decreto non fosse stato, fino a quel momento, ufficialmente pubblicato né comunicato alla Germania (cfr. par. 79 dell'*Application* tedesca).

l'anno 2023 e di euro 13.655.467 per ciascuno degli anni dal 2024 al 2026[31], per il ristoro dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità per la lesione dei diritti inviolabili della persona, compiuti sul territorio italiano o comunque in danno di cittadini italiani, dalle forze del Terzo Reich nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945, «assicurando continuità» all'Accordo concluso tra Italia e Germania nel 1961 per il regolamento di alcune questioni di carattere economico, patrimoniale e finanziario, reso esecutivo in Italia con il d.P.R. 14 aprile 1962, n. 1263[32] (v. c. 1). Tale Fondo è destinato a soddisfare coloro che hanno ottenuto un titolo costituito da sentenza passata in giudicato avente ad oggetto l'accertamento e la liquidazione dei danni, subiti dalla specifica categoria di vittime già richiamata al c. 1, a seguito di azioni giudiziarie avviate alla data di entrata in vigore del decreto, ovvero di azioni esercitate, a pena di decadenza, entro il 28 giugno 2023[33] (v. c. 2 e c. 6). Inoltre, viene prevista la facoltà, in relazione ai giudizi pendenti all'entrata in vigore del decreto e a quelli successivamente instaurati entro il termine anzidetto, di definire i procedimenti, sentita l'Avvocatura di Stato, tramite transazione; la transazione costituisce ulteriore titolo per accedere al Fondo (v. ancora c. 2). Per quanto riguarda la definizione della procedura di accesso al Fondo, le modalità di erogazione degli importi agli aventi diritto, nonché le ulteriori disposizioni attuative, l'art. 43 rinvia ad un decreto del Ministero dell'economia e delle finanze di concerto con il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e con il Ministero della giustizia; tale decreto avrebbe dovuto essere adottato entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore del d.l. 36/2022 (c. 4), ma è stato adottato soltanto il 28 giugno 2023.

L'art. 43 prevede poi che anche nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del d.l. 36/2022, in deroga a quanto previsto dall'art. 282 c.p.c., le sentenze aventi ad oggetto l'accertamento e la liquidazione dei dan-

---

[31] La somma di euro 13.655.467 è stata sostituita a quella originaria di euro 11.808.000 a seguito dell'intervento dell'adozione dell'art. 8, comma 11-*quater* della l. 24 febbraio 2013, n. 14, che ha convertito in legge il d.l. 29 dicembre 2022, n. 198, recante "Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi".

[32] Come noto, in base a tale Accordo, l'Italia si è impegnata a tenere indenne la Germania da ogni rivendicazione pendente nei confronti dello Stato tedesco – o di persone fisiche o giuridiche tedesche – derivanti da diritti o ragioni sorti nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945 (art. 2), dietro pagamento da parte della Germania di 40 milioni di marchi (art. 1).

[33] Originariamente il termine previsto dal decreto-legge 36/2022 era di soli trenta giorni dall'entrata in vigore del decreto; tale termine è stato prima ampliato in sede di conversione in legge a 180 giorni dall'entrata in vigore del decreto, per poi essere ulteriormente esteso fino al 28 giugno 2023 dall'art. 8, comma 11-*ter* della l. 24 febbraio 2013, n. 14.

ni di cui al comma 1 acquistino efficacia esecutiva al momento del passaggio in giudicato e siano eseguite esclusivamente a valere sul Fondo (c. 3). A fianco a questa previsione, viene altresì specificato che: «Le procedure esecutive basate sui titoli aventi ad oggetto la liquidazione dei danni di cui al comma 1 o derivanti da sentenze straniere recanti la condanna della Germania per il risarcimento dei danni provocati dalle forze del Terzo Reich nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945 non possono essere iniziate o proseguite e i giudizi di esecuzione eventualmente intrapresi sono estinti» (v. ancora c. 3).

La disciplina introdotta dall'art. 43 statuisce, dunque, l'assoluta impossibilità di ricorrere allo strumento dell'esecuzione forzata per soddisfare i titoli giudiziali di condanna della Germania per il risarcimento dei danni derivanti dai crimini commessi dal Terzo Reich[34], con una significativa differenza: coloro che sono creditori in forza di titoli giudiziali di condanna della Germania per i danni derivanti dai crimini commessi dal Terzo Reich sul territorio italiano o comunque nei confronti dei cittadini italiani (c.d. creditori italiani) hanno diritto ad accedere al Fondo ristori; tale accesso viene invece negato nei confronti dei creditori in forza di titoli giudiziali di condanna della Germania per i danni derivanti dai crimini commessi dal Terzo Reich al di fuori del territorio italiano e nei confronti di cittadini stranieri (c.d. creditori stranieri).

5. Gli "effetti" dell'art. 43: il ritiro della domanda cautelare tedesca ed il sindacato di costituzionalità della norma

L'adozione dell'art. 43 da parte dell'Italia ha avuto immediatamente un impatto tanto sul piano internazionale che su quello interno.

Sul piano internazionale, la Repubblica federale tedesca – ancor prima della conversione in legge del d.l. 36/2022 – ha ritirato la richiesta di misure provvisorie presentata alla CIG. Secondo quanto riportato dall'*Order* del Presidente della CIG del 10 maggio 2022 – che ha messo agli atti il ritiro del-

[34] È evidente, dunque, come la norma abbia inteso precludere l'esecuzione forzata anche nei confronti della Regione Sterea Ellada, che, in forza dell'*exequatur* delle decisioni dei tribunali ellenici di condanna della Germania per i danni derivanti dai crimini commessi dal Terzo Reich in Grecia nei confronti dei cittadini ellenici, sta tentando di dare esecuzione nel nostro ordinamento alle sentenze.

la richiesta di misure provvisorie[35] – la Corte ha ricevuto in cancelleria una lettera della Germania nella quale è stato formalizzato il ritiro della domanda cautelare in virtù degli sviluppi giudiziari italiani e delle discussioni intercorse tra i rappresentanti dei due Stati; nella lettera, lo Stato tedesco ha fatto specifico riferimento all'adozione del d.l. 36/2022, sostenendo come da quest'ultimo possa dedursi che la legge italiana imponga ai tribunali nazionali di revocare le misure coercitive precedentemente disposte, e che non verrà adottata nessuna misura coercitiva ulteriore né nei confronti di beni tedeschi aventi destinazione pubblicistica siti sul territorio italiano né in generale volta a dare esecuzione a sentenze di condanna della Germania al pagamento dei danni per i crimini commessi dal Terzo Reich sul territorio italiano o comunque nei confronti dei cittadini italiani. La Germania ha, dunque, concluso che l'Italia, con l'adozione del citato d.l., avesse fatto fronte alla preoccupazione centrale espressa nella richiesta di misure provvisorie.

La CIG ha poi fissato, con l'*Order* del 10 giugno 2022[36], un termine lungo per le memorie dei due Stati, ovvero il 12 giugno 2023 per la Germania ed il 12 giugno 2024 per l'Italia, specificando come il Presidente della Corte abbia avuto un incontro con i rappresentanti delle Parti al fine di conoscere le posizioni rispetto ai termini per il deposito delle prime memorie difensive. In tale incontro, entrambi gli Stati hanno sottolineato il fatto che in Italia siano in corso alcune procedure legislative, giudiziarie ed amministrative relative alle rivendicazioni avanzate della Germania nella sua domanda, e il rappresentante dello Stato tedesco ha affermato come, alla luce di tali sviluppi, le parti abbiano concordato sul fatto che sarebbe stato auspicabile un termine lungo per la preparazione del primo ciclo di memorie.

Sul piano interno, l'effetto dell'art. 43 avrebbe dovuto essere *in primis* quello di precludere tutte le procedure esecutive fondate su titoli di condanna della Germania per i crimini commessi dal Terzo Reich durante la Seconda guerra mondiale e di determinare immediatamente l'estinzione di quelle procedure esecutive già in essere e dei relativi giudizi di esecuzione eventualmente instaurati. Tuttavia, i giudizi di esecuzione *sub iudice* non sono stati dichiarati estinti. All'interno del già richiamato procedimento esecutivo promosso dalla Regione Sterea Ellada sui crediti delle Ferrovie tedesche, il Tribunale di Roma in composizione monocratica (civ., sez. III), con ordinan-

---

[35] CIG, *order* del 10 maggio 2022, *Questions of Jurisdictional Immunities of the State and Measures of Constraint against State-Owned Property (Germany v. Italy)*, *Request for the indication of provisional measures*, cfr. www.icj-cij.org.

[36] CIG, *order* del 10 giugno 2022, *Questions of Jurisdictional Immunities of the State and Measures of Constraint against State-Owned Property (Germany v. Italy)*, cfr. www.icj-cij.org.

za del 19 gennaio 2023, ha ritenuto – sulla base di una lettura coordinata dell'art. 43 – che la preclusione all'esecuzione forzata trovi applicazione soltanto nei confronti dei creditori che presentino il criterio di accessibilità giuridico-esecutiva (titolo giudiziale nei confronti dello Stato tedesco per i danni derivanti dai crimini commessi dal Terzo Reich) e, al tempo stesso, anche il criterio di continuità geografica o di nazionalità con lo Stato italiano; di conseguenza, il Tribunale ha rigettato la richiesta di estinzione del giudizio di esecuzione che era stata proposta in forza del sopraggiungere dell'art. 43, sostenendo come tale articolo non si applichi nei confronti della Regione Sterea Ellada, mancando questa del criterio di continuità geografica o di nazionalità con lo Stato italiano. Le Ferrovie tedesche hanno presentato reclamo, affermando come invece la preclusione dell'esecuzione forzata prevista dall'art. 43 operi anche nei confronti dei creditori stranieri, a prescindere dall'esistenza del criterio della continuità geografica o di nazionalità con lo Stato italiano. Il Collegio non si è ancora pronunciato sul reclamo, dando un termine alle parti per presentare delle memorie in cui prendere posizione circa l'interpretazione – sistematica o letterale – da fornire all'art. 43.

Inoltre, nel giudizio di esecuzione relativo alla procedura esecutiva sugli immobili tedeschi siti a Roma che ha costituito il *casus belli* del nuovo ricorso alla CIG, il Tribunale di Roma (civ., sez. IV), con l'ordinanza del 1° dicembre 2022, ha sollevato dinanzi alla Consulta tre questioni di legittimità costituzionale rispetto all'art. 43[37]. La prima censura mossa ha riguardato la violazione del principio dell'insopprimibile garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti di cui agli artt. 24 e 2 Cost. Secondo il giudice rimettente, infatti, la tutela giurisdizionale *in executivis* rappresenterebbe una componente essenziale del diritto di accesso alla giustizia; di conseguenza, l'art. 43, privando i creditori italiani dell'esecuzione forzata, determinerebbe il venire meno dell'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti di quei diritti già riconosciuti in sede di cognizione. La seconda questione di legittimità costituzionale ha avuto ad oggetto la violazione degli artt. 3 e 111 Cost. Il giudice *a quo* ha ritenuto che l'art. 43 comporterebbe uno sbilanciamento tra le parti all'interno del procedimento esecutivo in favore della Repubblica federale tedesca; tale squilibrio non sarebbe bilanciato dall'istituzione del Fondo, essendo previsto un mero accesso a quest'ultimo, senza che vengano individua-

[37] Sull'ordinanza di rimessione ed il possibile giudizio della Consulta cfr. G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Amicus curiae 2023*, cit.; G. BERRINO, *Quale effettività della tutela giurisdizionale*, cit., p. 212 ss. V. anche P. CAROLI, *Sollevata la questione di costituzionalità della norma istitutiva di un Fondo (italiano) per le vittime dei crimini nazisti*, in *Sistema penale*, 23 gennaio 2023.

ti il procedimento attraverso il quale accedere a tale Fondo, il *quantum* del ristoro e le modalità dell'erogazione delle somme (si consenta di ricordare come alla data della proposizione del sindacato di costituzionalità non fosse ancora stato adottato il decreto interministeriale attuativo). Inoltre, nell'ottica del giudice, il sacrificio del diritto alla tutela giurisdizionale *in executivis* dei creditori italiani non potrebbe dirsi giustificato dall'esigenza di rispettare l'Accordo di Bonn del 1961 richiamato all'interno dell'art. 43, ben potendo tale finalità essere perseguita ricorrendo, ad esempio, all'istituto ordinario dell'adempimento del terzo. L'ultima *quaestio* ha riguardato nuovamente la violazione dell'art. 3 Cost. Secondo il giudice rimettente, l'art. 43 comporterebbe una irragionevole discriminazione nei confronti dei creditori italiani rispetto ai creditori stranieri (nel caso di specie la Regione Sterea Ellada intervenuta nel procedimento esecutivo in qualità di creditrice), e ciò in quanto questi ultimi potrebbero ricorrere allo strumento dell'esecuzione forzata, strumento precluso invece ai creditori italiani.

A fronte dell'atto di promovimento del sindacato di costituzionalità, Germania e Italia hanno presentato alla CIG due ulteriori richieste di estensione dei termini per le memorie, sostenendo come la decisione della Corte costituzionale potesse avere un impatto particolarmente rilevante per il giudizio dinanzi alla CIG. Il Presidente della CIG ha fissato, dunque, con l'*Order* del 30 maggio 2023 il termine per la memoria tedesca al 12 gennaio 2024 e quello per la memoria italiana al 12 agosto 2025[38].

6. L'epilogo della controversia italo-tedesca? Gli ostacoli superati e quelli ancora da superare

Alla luce di quanto finora richiamato, è evidente che – come già sostenuto altrove – vi sia la volontà della Germania di consentire un «assestamento» della soluzione adottata dall'Italia alla questione italo-tedesca che involge il nuovo ricorso dinanzi alla CIG[39]; dimostrazione di ciò può essere rinvenuta *in primis* nel ritiro della domanda di misure cautelari all'indomani dell'adozione dell'art. 43, e *in secundis* nella richiesta ulteriore di proroga dei termini per le memorie difensive. È indubbio, dunque, come il contenzioso instaurato dinanzi alla CIG per violazione delle immunità giurisdizionali

[38] CIG, *order* del 30 maggio 2023, *Questions of Jurisdictional Immunities of the State and Measures of Constraint Against State-Owned Property*, www.icj-cij.org.
[39] G. BERRINO, *Il «ristoro» dei cittadini italiani,* cit., p. 829.

debba considerarsi indissolubilmente connesso con l'art. 43[40], e, pertanto, nell'incertezza del destino di tale articolo (o, come vedremo, di parte di esso), appaia oggi difficile stabilire se si stia finalmente per giungere, in tempi brevi, all'epilogo della controversia italo-tedesca; la soluzione adottata dal circuito Governo-Parlamento sembra, infatti, ancora distante da un consolidamento essendo diversi i profili che debbono essere presi in considerazione[41]. Se è vero che il primo ostacolo ad un assestamento – come verrà esaminato a breve – può dirsi senz'altro superato grazie a quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 159/2023, recentemente emessa in relazione alle questioni di legittimità costituzionale (finora) sollevate avverso l'art. 43[42], rimangono ancora diverse problematiche con cui occorre fare i conti, che verranno di seguito analizzate.

6.1 La sentenza della Corte costituzionale n. 159/2023

Il 21 luglio 2023, la Consulta ha depositato l'attesa pronuncia relativa al sindacato di costituzionalità promosso avverso l'art. 43.

I giudici si sono preliminarmente espressi sull'eccezione dell'Avvocatura di Stato relativa all'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale per difetto di rilevanza. Secondo l'Avvocatura, la mancata indicazione da parte del giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione dei beni oggetto di esecuzione avrebbe impedito di valutare l'eventuale operatività della norma consuetudinaria internazionale sull'immunità dei beni degli Stati dalle misure coercitive straniere, secondo cui viene preclusa la pignorabilità dei beni a destinazione pubblicistica, senza che su di essa incidano i principi sanciti dalla

---

[40] Come recentemente rimarcato in dottrina, la soluzione adottata con l'art. 43 non è in perfetta «compliance» con la pronuncia della CIG del 3 febbraio 2012, ma ciò non impedisce necessariamente che il caso non possa essere risolto: il punto è domandarsi se la soluzione adottata sia idonea a porre fine al contenzioso pendente dinanzi alla CIG. V. A. BUFALINI, *The Italian Fund for the Victims of Nazi Crimes and the International Court of Justice: between Compliance and Dispute Settlement*, in *SIDIBlog*, 16 maggio 2023.

[41] Sui punti rilevanti per la soluzione della controversia italo-tedesca si rinvia anche alle considerazioni di A. BUFALINI, *The Italian Fund for the Victims of Nazi Crimes,* cit.

[42] Sulla sentenza v. A. M. PELLICONI, *The Italian Constitutional Court's new decision on state immunity and the ICJ Germany vs Italy No. 2*, in *EJIL:Talk!*, 28 luglio 2023; D. GRECO, *Ancora su immunità giurisdizionali e gravi violazioni dei diritti umani*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna Online* 2023, p. 266 ss.; G. BERRINO, *La decisione che ci aspettavamo (o quasi): sulla sentenza della Corte costituzionale del 4 luglio 2023, n. 159, tra condanne al risarcimento dei danni per crimini nazisti, preclusione dell'esecuzione forzata e Fondo ristori*, in *SIDIBlog*, 7 agosto 2023. Cfr. anche L. BAIADA, *La Corte costituzionale e i crimini di guerra e contro l'umanità*, in *Terzo giornale*, 28 luglio 2023; A. PUGIOTTO, *Consulta equilibrista sul risarcimento alle vittime dei nazisti*, in *L'Unità*, 4 agosto 2023.

Consulta nella sentenza n. 238/2014. Inoltre, la mancata indicazione dei beni avrebbe precluso la valutazione circa la sussistenza della giurisdizione del giudice rimettente, che avrebbe dovuto ritenersi carente in caso di beni a destinazione pubblicistica.

La Consulta ha ritenuto l'eccezione non fondata. I giudici hanno anzitutto riconosciuto la correttezza delle premesse su cui l'Avvocatura aveva basato l'eccezione, sostenendo come all'interno del processo esecutivo trovi applicazione la norma consuetudinaria internazionale che sancisce l'immunità dei beni degli Stati dalle misure coercitive straniere, che determina l'impignorabilità dei beni a destinazione pubblicistica (e non il difetto di giurisdizione del giudice), senza che i principi sanciti nella sentenza n. 238/2014 – applicabili esclusivamente al giudizio di cognizione – ne inficino l'operatività. Fatta questa premessa, tuttavia, la Corte ha ritenuto non rilevante la questione dell'immunità dei beni degli Stati dalle misure coercitive straniere, sostenendo come l'art. 43 preveda l'estinzione di tutti i procedimenti esecutivi fondati su titoli recanti la condanna della Germania al risarcimento dei danni derivanti dai crimini commessi dal Terzo Reich durante il Secondo conflitto mondiale, a prescindere dalla natura dei beni.

La Corte è poi passata ad analizzare nel merito le questioni promosse, ritenendole non fondate.

Rispetto alla prima questione di legittimità costituzionale, la Corte ha *in primis* affermato che con l'Accordo di Bonn del 1961 attinente agli indennizzi a favore di cittadini italiani che erano stati colpiti da misure di persecuzione nazionalsocialiste, reso esecutivo in Italia con L. 6 febbraio 1963, n. 404, Italia e Germania avevano inteso «chiudere, con il riconoscimento di indennizzi (…), la tragica vicenda dei danni patiti, in particolare, dai deportati nei campi di concentramento durante la seconda guerra mondiale»[43]. L'Accordo prevedeva all'art. 3, a fronte del pagamento da parte della Repubblica federale tedesca di 40 milioni di marchi all'Italia sancito dall'art. 1, una clausola liberatoria nei confronti dello Stato tedesco, in forza della quale veniva stabilito che erano regolate in modo definitivo tra i due Stati tutte le questioni formanti oggetto dell'accordo[44]. La Corte ha poi evidenziato come all'epoca del-

[43] Cfr. punto 6 del *Considerato in diritto*.

[44] Come già sottolineato (v. G. BERRINO, *La decisione che ci aspettavamo (o quasi)*, cit.), appare davvero peculiare il richiamo della Consulta all'Accordo di Bonn del 1961 attinente agli indennizzi a favore di cittadini italiani che erano stati colpiti da misure di persecuzione nazionalsocialiste, quando invece l'art. 43 è espressamente rivolto (c. 1) a dare continuità all'Accordo di Bonn del 1961 relativo al regolamento di alcune questioni di carattere patrimoniale, economico e finanziario, reso esecutivo in Italia con d.P.R. 14 aprile 1962, n. 1263. Finora la dottrina aveva, infatti, evidenziato in modo unanime come il legislatore avesse inteso

la conclusione dell'Accordo di Bonn si ritenesse che il principio dell'immunità ristretta degli Stati «schermasse ogni pretesa risarcitoria individuale»[45]. Tuttavia, a seguito dell'evoluzione della giurisprudenza italiana sull'immunità giurisdizionale degli Stati dalla giurisdizione civile di cognizione straniera, culminata nella sentenza n. 238/2014, è stata riconosciuta l'esistenza, a fronte di *delicta imperii*, di un diritto individuale al risarcimento. In questo mutato quadro giurisprudenziale, il legislatore si è posto il problema dell'efficacia del richiamato Accordo di Bonn. Secondo la Consulta, il legislatore ha allora adottato l'art. 43, operando un corretto bilanciamento tra la garanzia giurisdizionale dei diritti ed il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali facenti capo all'Italia. La Consulta ha evidenziato come affinché l'esecuzione forzata possa legittimamente venire meno occorre che la sostanziale realizzazione dei diritti oggetto delle procedure esecutive sia garantita per altra via; in particolare, la Corte, richiamando la propria giurisprudenza, ha affermato che «per escludersi la menomazione del diritto di azione è necessario e sufficiente che l'ambito delle situazioni giuridiche di cui sono titolari gli interessati risulti comunque arricchito a seguito della normativa che dà luogo all'estinzione dei giudizi»[46]. Secondo i giudici costituzionali, l'art. 43 avrebbe istituito «un meccanismo di traslazione dell'onere economico»[47], in forza del quale l'Italia provvede, in sostituzione della Germania, al pagamento nei confronti dei creditori dell'intero *quantum* liquidato nelle sentenze di condanna dello Stato tedesco. La Corte ha, dunque, concluso che l'art. 43 sia in grado di fornire ai creditori «una adeguata tutela alternativa a quella conseguibile con l'esecuzione forzata nei confronti della Repubblica Federale di Germania»[48], sottolineando come ciò appaia ancor più vero se si tiene in considerazione che nell'ambito delle procedure esecutive operano le norme che sanciscono l'immunità dei beni degli Stati dalle misure coercitive straniere, le quali limitano i beni suscettibili di aggressione per la soddisfazione dei diritti dei creditori.

La seconda questione di legittimità costituzionale è stata ritenuta infon-

---

sostanzialmente ottemperare alla clausola liberatoria contenuta all'art. 2 dell'Accordo di Bonn del 1961 relativo al regolamento di alcune questioni di carattere patrimoniale, economico e finanziario. Cfr. L. GRADONI, *Is the Dispute between Germany and Italy*, cit.; G. BOGGERO, *La reazione del Governo italiano*, cit.; R. PAVONI, Germany versus Italy *reloaded: Whither a human rights limitation to State immunity?*, in *QIL – Questions of International Law*, 2022, p. 20 ss., p. 24, note 22; A. BUFALINI, *The Italian Fund for the Victims of Nazi Crimes,* cit.

[45] Cfr. punto 8 del *Considerato in diritto*.

[46] Cfr. punto 15 del *Considerato in diritto*, ove viene citata la sentenza 31 marzo 1995, n. 103.

[47] Cfr. punto 16 del *Considerato in diritto*.

[48] *Ibidem*.

data sulla base delle stesse motivazioni fatte valere a sostegno del rigetto della prima *quaestio legitimatis*. La Consulta ha, infatti, affermato come «l'assoluta peculiarità della fattispecie, che vede la necessità di bilanciamento tra l'obbligo di rispetto dell'Accordo di Bonn del 1961 e la tutela giurisdizionale delle vittime dei (…) crimini di guerra, costituisce ragione giustificatrice per una disciplina differenziata ed eccezionale»[49].

Infine, la Corte ha ritenuto non fondata anche la terza questione di legittimità costituzionale, e ciò in quanto il giudice rimettente, nella formulazione della *quaestio*, avrebbe erroneamente fatto riferimento alla versione dell'art. 43 contenuta nel decreto-legge (*ante* conversione), ritenendo sussistente una discriminazione dei creditori italiani rispetto a quelli stranieri, in realtà inesistente. Secondo la Consulta, al contrario, sarebbe stato possibile riscontrare una discriminazione ai danni dei creditori stranieri rispetto ai creditori italiani: in forza, infatti, di quanto chiarito dall'art. 43 in sede di conversione in legge, i creditori stranieri sarebbero privati della possibilità di procedere ad esecuzione forzata, senza poter tuttavia accedere al Fondo ristori. Nonostante la Corte abbia, dunque, ricondotto la questione della discriminazione prevista dall'art. 43 tra le diverse categorie di creditori "nei termini corretti", questa non è stata oggetto di pronuncia da parte della Corte, esulando dal *thema decidendum* ad essa sottoposto[50].

La sentenza della Consulta ha, pertanto, rappresentato un primo *step* verso la composizione della controversia italo-tedesca, "convalidando" la soluzione adottata dal legislatore (perlomeno) nei confronti dei creditori italiani. Tuttavia, la mancata pronuncia da parte della Corte circa la discriminazione subita dai creditori stranieri rispetto a quelli italiani rende "incompleto" il quadro all'interno del quale valutare la possibilità che il contenzioso possa effettivamente volgere al termine.

6.2. La questione "greca"

La questione relativa alla discriminazione dei creditori stranieri rispetto a quelli italiani sembra destinata a essere ben presto sottoposta ai giudici costituzionali. A seguito, infatti, dell'interpretazione "autentica" dell'art. 43 fornita dalla Consulta, che esclude la possibilità di un'eventuale interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 43 fondata su un criterio di lettura sistematico della norma, si ritiene che il Tribunale di Roma in composizione

[49] Cfr. punto 18 del *Considerato in diritto*.
[50] Cfr. punto 19 del *Considerato in diritto*.

collegiale (civ., sez. III), all'interno del già richiamato procedimento esecutivo promosso dalla Regione Sterea Ellada sui crediti delle Ferrovie tedesche, solleverà una nuova *quaestio legitimitis*. Il Tribunale, infatti, nell'ordinanza del 21 giugno 2023, con la quale ha concesso il termine alle parti per il deposito delle memorie circa l'interpretazione da dare all'art. 43, ha chiarito che l'interpretazione letterale dell'articolo si sarebbe posta in contrasto con i principi costituzionali di cui agli artt. 2, 24, 3 Cost. poiché avrebbe precluso nei confronti dei creditori stranieri, in forza di titoli giudiziali legittimamente oggetto di delibazione nell'ordinamento italiano, qualsiasi attuazione dei loro diritti[51].

Le vie d'uscita per risolvere la questione "greca" potrebbero essere diverse.

Una prima strada potrebbe essere quella individuata da Greco, consistente nella predisposizione di un rimedio per equivalente anche per i creditori stranieri sulla base del modello del Fondo ristori, attraverso risorse negoziate con la Grecia, ed eventualmente con la Germania[52]. Tuttavia, si tratta di una soluzione poco plausibile, in quanto richiederebbe un – dubbio – intervento dello Stato ellenico, e un eventuale – e ancor più dubbio – intervento di quello tedesco.

Una seconda possibilità potrebbe essere una decisione della Consulta che riconosca la legittimità della preclusione dell'esecuzione forzata nei confronti dei creditori stranieri, al fine di salvaguardare interessi pubblici ritenuti prevalenti. Anche questa soluzione appare però difficilmente percorribile, soprattutto alla luce di quanto affermato dalla Consulta all'interno della sentenza 159/2023; i giudici costituzionali escludono, infatti, la possibilità di una totale compressione del diritto all'effettività della tutela giurisdizionale qualora i diritti sostanziali non siano diversamente (almeno in una qualche misura) garantiti.

Un'altra via d'uscita potrebbe essere una pronuncia della Consulta che dichiari l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 nella parte in cui preclude l'esecuzione forzata ai creditori stranieri; la Corte potrebbe chiarire come l'esecuzione forzata sia invece ammissibile seppur nei limiti del rispetto

---

[51] L'illegittimità costituzionale dell'art. 43, c. 3, rispetto a quanto previsto nei confronti dei creditori dello Stato tedesco in base a sentenze straniere è stata ipotizzata in dottrina. V. E. CARPANELLI, A. LAU, *La prassi italiana in materia di crimini internazionali e immunità dalla giurisdizione esecutiva*, in L. BAIADA, E. CARPANELLI, A. LAU, J. LAU, T. SCOVAZZI, *La giustizia italiana nei confronti di Stati esteri per il risarcimento dei crimini di guerra e contro l'umanità*, Napoli, 2023, p. 235 ss., p. 269.

[52] V. D. GRECO, *Ancora su immunità giurisdizionali e gravi violazioni dei diritti umani*, cit., p. 286.

dell'immunità dei beni degli Stati dalle misure coercitive straniere (e, dunque, possa essere promossa unicamente nei confronti di beni a destinazione commerciale riconducibili allo Stato tedesco)[53]. Questa potrebbe essere una strada per non violare i principi costituzionali che garantiscono l'effettività della tutela giurisdizionale, rispettare l'immunità dei beni a destinazione pubblicistica degli Stati dalle misure coercitive straniere, e consentire forse – come verrà chiarito nelle conclusioni – la chiusura della controversia dinanzi alla CIG.

6.3. Il termine decadenziale

C'è poi un'ulteriore criticità legata all'art. 43 con riferimento all'esercizio della giurisdizione di cognizione, ovvero la previsione del termine decadenziale – scaduto da ultimo, come visto, il 28 giugno 2023 – per la proposizione di nuove azioni volte all'accertamento e alla liquidazione dei danni derivanti dai crimini di guerra e contro l'umanità commessi dal Terzo Reich sul territorio italiano o comunque in danno di cittadini italiani durante il Secondo conflitto mondiale.

All'indomani dell'entrata in vigore del decreto-legge 36/2022, la dottrina si è domandata, infatti, se l'apposizione di un termine possa porsi in contrasto con la natura imprescrittibile delle azioni risarcitorie derivanti da crimini internazionali sostenuta dalla nostra giurisprudenza[54], e se ciò possa spingere qualche giudice a sottoporre una nuova questione di legittimità costituzionale alla Consulta.

Secondo taluno, la Corte costituzionale – salvaguardando con la sentenza 159/2023 quanto disposto dall'art. 43 nei confronti dei creditori italiani – si sarebbe di fatto già espressa sul tema, negando il carattere imprescrittibile dei risarcimenti alle vittime dei crimini nazisti e ai loro discendenti[55]. Vero è, in effetti, che tra le righe della decisione della Consulta sembrerebbe potersi scorgere un *placet* alla previsione del termine decadenziale per proporre nuove azioni, nei limiti in cui viene avallata la bontà della soluzione prospet-

---

[53] G. BERRINO, *The impact of Article 43 of Decree-Law no 36/2022,* cit., p. 71.

[54] Cfr. *ex multis* L. GRADONI, *Is the Dispute between Germany and Italy*, cit.; G. BOGGERO, *La reazione del Governo italiano*, cit.; K. OELLERS-FRAHM, *Questions relating to the request*, cit.; P. TORRETTA, *I risarcimenti per i crimini di guerra del Terzo Reich fra giustizia e ragion di Stato. La parola di nuovo alla Corte costituzionale*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Amicus curiae 2023*, cit., p. 7. Per la giurisprudenza in materia v. *inter alia* Corte d'app. Torino, sentenza del 14 maggio 2012, n. 941.

[55] V. L. BAIADA, *La Corte costituzionale e i crimini di guerra e contro l'umanità*, cit.

tata con l'art. 43 nei confronti dei creditori italiani[56]. Tuttavia, la questione non è stata espressamente affrontata dalla Corte costituzionale[57], non essendo stata oggetto di rimessione da parte del *giudice a quo*; di conseguenza, è ben possibile che in futuro venga promossa una nuova *quaestio legitimatis*[58].

Ad avviso di chi scrive, se la questione venisse sollevata, la Corte avrebbe la possibilità di salvaguardare la limitazione temporale prevista dall'art. 43 per la proposizione di nuove azioni. A sostegno di un'eventuale decisione in tal senso potrebbero essere valorizzate diverse considerazioni.

Anzitutto, come sottolineato da Caroli, nella saga nata con la sentenza *Ferrini*, spesso sono state fatte delle (improprie) equiparazioni tra processo civile e processo penale; secondo l'Autore, anzitutto, «si è fatto leva sul diritto internazionale al fine di sostenere l'imprescrittibilità dei crimini internazionali, glissando sul fatto che essa viene sì generalmente riconosciuta (…) ma in sede penale»; inoltre «si dimentica un dettaglio molto significativo: nel processo penale, anche laddove si giunge ad affermare l'imprescrittibilità di un (…) [crimine], comunque ad un certo punto subentra sempre un'altra causa di estinzione del reato: la morte del reo. Nel penale, dunque, (…) imprescrittibilità non significa *ad aeternum*, ma un prolungamento sempre e comunque entro il limite della vita dell'autore del reato (…) Laddove invece si affermi l'imprescrittibilità in sede civile e si riconosca la titolarità passiva in capo ad una persona giuridica (lo Stato) e quella attiva a figli, nipoti o addirittura associazione delle vittime, si creano artificialmente azioni destinate a durare per sempre»[59].

In secondo luogo, contrariamente da quanto affermato da taluno in dottrina[60], la previsione di un termine decadenziale non deve ritenersi in contrasto con quanto statuito dalla Consulta nella sentenza n. 238/2014. Ad avviso di chi scrive, infatti, tra i criteri sulla base dei quali la Corte si è pronunciata nella decisione poc'anzi richiamata vi sarebbe anche l'assenza di rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale[61]. Tuttavia, la Corte non avrebbe definito

---

[56] In questo senso sembrerebbe deporre quanto affermato al punto 11 del *Considerato in diritto*, ove la Corte, poco prima di "convalidare" il bilanciamento operato dal legislatore, ha affermato: «il legislatore ha adottato una disposizione speciale e radicale – l'art. 43 censurato – diretta a dare continuità all'Accordo di Bonn del 1961 *sì da chiudere in modo definitivo ogni questione*» (il corsivo è aggiunto).

[57] Cfr. A. M. PELLICONI, *The Italian Constitutional Court's new decision on state immunity*, cit.

[58] V. A. PUGIOTTO, *Consulta equilibrista sul risarcimento alle vittime dei nazisti*, cit.

[59] Così P. CAROLI, *Paradossi e distorsioni di una saga infinita*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Amicus curiae 2023*, cit., p. 80 ss., p. 82.

[60] V. A. BUFALINI, *The Italian Fund for the Victims of Nazi Crimes*, cit.

[61] V. G. BERRINO, *Quale effettività della tutela giurisdizionale*, cit., p. 216-219.

le caratteristiche che un eventuale rimedio alternativo dovrebbe presentare per consentire il sacrificio della tutela giurisdizionale. Pertanto, si potrebbe concludere che il fatto che il rimedio del Fondo, previsto dall'art. 43, abbia alla base un'azione civile contro lo Stato tedesco non debba anche necessariamente comportare la garanzia dell'esercizio della giurisdizione *ad infinitum*, ben potendo il rimedio rappresentato dal Fondo ristori prevedere un limite temporale per il meccanismo fondante il proprio funzionamento[62].

In terzo luogo, come sottolineato da Greco, e ben evidenziato dai giudici costituzionali nella sentenza n. 159/2023, il diritto alla tutela giurisdizionale delle vittime non è assoluto e ben «può essere bilanciato con altri interessi generali meritevoli di protezione»; pertanto, a determinate condizioni, la previsione del termine «potrebbe ragionevolmente ritenersi legittimo, nella misura in cui persegue l'obiettivo di garantire la stabilità delle relazioni internazionali e il rispetto degli obblighi internazionali» gravanti sull'Italia[63]. Rispetto alle "condizioni" che debbono sussistere appare rilevante quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale, ovvero che la discrezionalità legislativa nella determinazione dei termini processuali deve essere guidata dalla ragionevolezza affinché la modalità di svolgimento del processo garantiscano concretamente l'esercizio del diritto alla difesa giurisdizionale[64], e che il sindacato della Corte rispetto ad un termine processuale – quando sia ritenuto eccessivamente breve – si debba valutare caso per caso, considerate le caratteristiche di ogni singolo procedimento[65]. Alla luce di queste premesse, rimane allora unicamente da chiedersi se il termine previsto per la presentazione delle nuove azioni sia nel caso di specie eventualmente troppo breve e non sia in grado di fornire una tutela effettiva nei confronti delle vittime. Certamente l'originario termine di 30 giorni previsto dal d.l. 36/2022 era draconiano, tanto è vero che è stato immediatamente modificato e ad oggi la possibilità di azionare nuove cause è stata "garantita" per *oltre* un anno

---

[62] Peraltro, se si attribuisce al disconoscimento dell'immunità il ruolo di indurre gli Stati ad un intervento a tutela delle posizioni delle vittime (così come affermato da R. PAVONI, *A Plea for Legal Peace*, in in V. VOLPE, S. BATTINI, A. PETERS (eds), *Remedies against Immunity?*, cit. p. 93 ss.), può allora ritenersi che la funzione del disconoscimento dell'immunità in questo caso possa dirsi esaurita, considerato che il rimedio – seppur fondato proprio sulla tutela giurisdizionale ed il disconoscimento dell'immunità tedesca – è stato adottato con l'art. 43. Pertanto, una limitazione temporale all'esercizio della giurisdizione potrebbe dirsi ammissibile: un conto infatti è garantire un rimedio, un conto è garantire che un rimedio sia "inesauribile".

[63] D. GRECO, *Ancora su immunità giurisdizionali e gravi violazioni dei diritti umani,* cit., p. 289-290.

[64] Cfr. *inter alia* Corte cost. sentenza del 31 maggio 2000, n. 161, punto 7.3 del *Considerato in diritto*.

[65] *Ibidem*.

dall'entrata in vigore del d.l. Inoltre, non dobbiamo dimenticare che "la porta" dei procedimenti giudiziari in Italia contro lo Stato tedesco – seppur con dei momenti di discontinuità – è aperta dal 2004 (*Ferrini*)[66]. Di conseguenza sembra difficile poter sostenere che il termine per le azioni sia eccessivamente breve.

6.4. La posizione dell'Avvocatura di Stato nei procedimenti di cognizione

Nella valutazione dell'impatto della soluzione prospettata dall'art. 43, vi è poi un ulteriore elemento che deve essere preso in considerazione. Si tratta dell'effettività della tutela giurisdizionale che viene garantita, a seguito dell'introduzione dell'art. 43, in sede di cognizione nei confronti di coloro che abbiano avviato un'azione civile dinanzi ai giudici italiani contro la Germania per il risarcimento dei danni derivanti dai crimini commessi dal Terzo Reich sul territorio italiano o comunque nei confronti di cittadini italiani.

Dopo l'adozione dell'art. 43, l'Avvocatura di Stato ha presentato in diversi giudizi di cognizione (già pendenti o instaurati dopo l'entrata in vigore dell'art. 43) delle comparse di costituzione per conto del Ministero dell'Economia e delle Finanze[67], sostenendo come l'art. 43 abbia introdotto «un'ipotesi peculiare di accollo» che trova fondamento nelle disposizioni dell'Accordo di Bonn del 1961 «con cui l'Italia (accollante) si è obbligata a tenere indenne la Germania (accollata) dai debiti risarcitori contratti da quest'ultima verso le vittime del Terzo Reich (accollatari), secondo il paradigma delineato dall'articolo 1273, comma 1, cod. civ.»[68], disciplinando «un'ipotesi di successione a titolo particolare dello Stato italiano (e, nell'ambito di esso, del Ministero dell'Economia e delle Finanze) nei debiti risarcitori della Germania verso le vittime del Terzo Reich». Per questo motivo, l'Avvocatura di Stato ha sostenuto che l'azione giudiziaria avrebbe do-

---

[66] Così D. GRECO, *Ancora su immunità giurisdizionali e gravi violazioni dei diritti umani,* cit., p. 289.

[67] V. *ex multis* Comparsa di costituzione dell'Avvocatura di Stato, nel procedimento iscritto con R.G. 2449/2022 presso il Tribunale di Novara, *G. M. e al. c. Repubblica federale tedesca*, depositata il 19 maggio 2023.

[68] Secondo quanto riportato nella comparsa di costituzione citata, l'Avvocatura di Stato sostiene che l'ipotesi dell'accollo sarebbe confermata dal fatto che secondo le disposizioni dell'art. 43: *i)* i diritti risarcitori delle vittime dei crimini nazisti potrebbero essere fatti valere unicamente sul Fondo, senza la possibilità di porre in essere azioni esecutive nei confronti di beni dello Stato tedesco (c. 3); *ii)* il Governo italiano viene legittimato a stipulare transazioni con i danneggiati (c. 2); *iii)* gli atti introduttivi relativi ai giudizi non ancora pendenti sono notificati presso gli uffici dell'Avvocatura di Stato, nel rispetto dell'art. 144 c.p.c. (c. 6).

vuto essere proposta *esclusivamente* nei confronti del MEF, unico legittimato passivo del contenzioso, in qualità di successore *ex lege* nel debito risarcitorio contratto dalla Germania.

Le decisioni che potranno essere assunte dai giudici rispetto a quanto affermato dall'Avvocatura di Stato sono imprevedibili.

In uno dei procedimenti dinanzi al Tribunale di Firenze, il giudice, a fronte della comparsa dell'Avvocatura di Stato, ha disposto che gli attori dovessero integrare il contradditorio *anche* nei confronti del MEF. In un altro procedimento dinanzi al Tribunale di Modena, sembrerebbe invece che il giudice abbia rigettato la tesi dell'Avvocatura, sostenendo come l'unico legittimato passivo sia (ancora) la Repubblica federale tedesca. In altre cause, i giudici si sono riservati, sostenendo come vi sia un dubbio circa la titolarità della legittimazione passiva: nel caso in cui il MEF non venga considerato un litisconsorte necessario e sia considerato come l'unico soggetto legittimato passivo, i giudici potrebbero anche ritenere che l'azione sia stata promossa nei confronti di un soggetto "erroneo" e rigettare la domanda degli attori, domanda che non potrebbe più essere riproposta essendo spirato il 28 giugno 2023 il termine per la proposizione di nuove azioni.

Al di là poi della (dubbia) correttezza dal punto di vista sostanziale e processuale di quanto sostenuto nelle citate comparse di costituzione, ciò che desta perplessità è come l'Avvocatura, anche nelle cause instaurate, o ancora in essere, *dopo* l'entrata in vigore dell'art. 43, abbia avanzato tutta una serie di eccezioni volte a contrastare l'accoglimento delle pretese risarcitorie degli attori, come ad esempio la prescrizione dell'azione civile, così come già aveva sostenuto all'interno dei procedimenti *ante* art. 43 in cui era intervenuta in manleva dello Stato tedesco. Secondo uno degli avvocati delle vittime, sembrerebbe allora che lo Stato italiano soffra di una sorta di schizofrenia, in quanto da un lato attribuisce formalmente con l'art. 43 la possibilità di azionare delle cause, ma dall'altra si costituisce all'interno dei giudizi sostenendo che le azioni civili non andassero promosse[69].

La possibilità, dunque, che le azioni proposte abbiano effettivamente successo, e che – a cascata – le vittime possano accedere al Fondo, rischia così di essere vanificata[70]; il termine sancito per la proposizione di nuove cause,

---

[69] V. *Amicus Curiae* – Seminario Preventivo Ferrarese "Colpe di Stato, atto II. Crimini nazisti e immunità degli Stati di nuovo davanti alla Consulta" del 12 maggio 2023, intervento orale dell'Avv. Andrea Sandra, reperibile su www.radioradicale.it.

[70] Da questo punto di vista sembrerebbe allora che la posizione dell'Avvocatura di Stato non sia mutata rispetto a quella assunta nei procedimenti instaurati contro la Germania *prima* dell'adozione dell'art. 43, con l'unica differenza che ora non viene più eccepita dall'Avvocatura l'immunità dello Stato tedesco dalla giurisdizione di cognizione italiana come

e con esso quella tutela offerta alle vittime tramite il rimedio previsto dall'art. 43 fondato proprio sull'azione giudiziale, potrebbe perdere del tutto valore.

7. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto finora analizzato, è possibile rispondere alla domanda che ci si è posti all'inizio dell'indagine, ovvero se la controversia italo-tedesca, a fronte della normativa italiana di "risposta" al nuovo ricorso della Germania dinanzi alla CIG, stia effettivamente per giungere in tempi brevi al suo epilogo una volta per tutte.

Sul punto occorre evidenziare come, nonostante l'intervento della recente sentenza della Corte costituzionale n. 159/2023, gli interrogativi legati all'art. 43 rimangano ancora tanti, e, pertanto, la soluzione adottata dal circuito Governo-Parlamento appaia ancora lontana dal raggiungere quell'assestamento che consenta eventualmente di comporre il contenzioso.

Se la soluzione elaborata dall'Italia – nell'attuale formulazione dell'art. 43 – dovesse "andare a buon fine", si ritiene che la Germania potrebbe ritirare il proprio ricorso[71]. Anche qualora poi il ricorso fosse mantenuto, è possibile che la CIG adotti una pronuncia in parte diversa da quella del 2012, e ciò in quanto i giudici dell'Aja potrebbero ritenere che la "sostituzione processuale" dell'Italia alla Germania – tanto sotto il profilo della cognizione (perlomeno nelle cause ancora in essere all'entrata in vigore dell'art. 43 o instaurate successivamente), in forza della condotta attualmente tenuta dall'Avvocatura di Stato nei procedimenti di cognizione, quanto sotto il profilo dell'esecuzione, in virtù di quanto disposto dall'art. 43 in merito all'esecuzione delle

---

invece avveniva precedentemente nonostante la sentenza n. 238/2014 (sulla posizione dell'Avvocatura di Stato prima dell'adozione dell'art. 43, cfr. T. SCOVAZZI, *Come se non esistesse*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2021, p. 167 ss.).

[71] Sul punto v. K. OELLERS-FRAHM, *Questions relating to the request*, cit., p. 15. Sulla possibilità che la Germania ritiri il ricorso principale è importante ricordare – come già evidenziato – come lo Stato tedesco abbia promosso il nuovo ricorso a otto anni di distanza dalla pronuncia n. 238/2014, soltanto a seguito del pericolo che beni di sua proprietà fossero venduti, e come peraltro, prima di promuovere il ricorso, lo Stato tedesco abbia atteso – come implicitamente affermato nella richiesta di misure provvisorie (cfr. parr. 79 e 80) – un intervento da parte dell'Italia. Ciò spinge a ritenere, come già sottolineato anche da A. BUFALINI, *The Italian Fund for the Victims of Nazi Crimes,* cit., che la soluzione adottata – se effettivamente attuata – potrebbe ritenersi soddisfacente per la Germania, senza l'esigenza di una nuova pronuncia della CIG, nonostante tecnicamente l'art. 43 "aggravi" da un certo punto di vista la situazione dell'Italia attraverso la possibilità (entro il termine decadenziale) di promuovere nuove azioni contro lo Stato tedesco, e ciò in quanto la preclusione delle procedure esecutive sembra essere l'unica vera preoccupazione della Germania.

sentenze di condanna dello Stato tedesco – abbia determinato il venire meno della controversia tra i due Stati[72].

Se venisse poi – come ipotizzato nel corso dello scritto – dichiarata, tramite una nuova eventuale sentenza della Corte costituzionale, l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 nella parte in cui preclude l'esecuzione forzata ai creditori stranieri, e venisse riconosciuta nei confronti di tali creditori la possibilità di procedere ad esecuzione forzata su beni a destinazione commerciale, si potrebbe forse comunque addivenire ad una chiusura della controversia. Vero è, infatti, che la Germania ha contestato davanti ai giudici dell'Aja anche la violazione del diritto internazionale da parte dell'Italia per l'esecuzione delle decisioni emesse in violazione del diritto internazionale (quali sono senza dubbio le decisioni di *exequatur* delle sentenze greche, così come chiarito dalla CIG nella sentenza del 3 febbraio 2012), ma è altresì vero che – come sottolineato fin dall'inizio della trattazione – l'unico motivo che ha spinto la Germania a presentare un nuovo ricorso è il fatto che taluni beni

[72] Rispetto alle violazioni delle immunità giurisdizionali perpetrate prima dell'adozione dell'art. 43, l'Italia, quanto alla violazione della giurisdizione di cognizione, potrebbe sostenere come argomento difensivo *mutatis mutandis* un argomento già avanzato durante il primo giudizio davanti alla CIG per violazione delle immunità giurisdizionali. Si ricorderà, infatti, che tra gli argomenti utilizzati dall'Italia a fronte del primo ricorso tedesco dinanzi alla CIG vi fosse anche il c.d. *last resort argument*. La CIG, tuttavia, nella sentenza del 3 febbraio 2012, al par. 101, ha affermato come non vi fosse riscontro nella prassi degli Stati rispetto al fatto che il diritto internazionale faccia dipendere il riconoscimento dell'immunità dall'esistenza di un effettivo rimedio alternativo alla tutela giurisdizionale. Tuttavia, la Corte non si è pronunciata circa l'esistenza di un eventuale conflitto tra la norma che sancisce il diritto di accesso alla giustizia e la norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile di cognizione straniera. Come opportunamente sottolineato in dottrina, tali norme, avendo entrambe carattere procedurale, ben potrebbero entrare in conflitto tra loro, e tale conflitto potrebbe eventualmente essere risolto a favore del diritto di accesso alla giustizia in assenza di rimedi alternativi (P. ROSSI, *Italian courts and the evolution of the law of State immunity: A reassessment of Judgment no 238/2014*, in *QIL – Questions of International Law*, 2022, p. 41 ss., p. 56-57). Dal punto di vista poi della violazione dell'immunità dei beni degli Stati dalle misure coercitive straniere, la difesa italiana potrebbe eventualmente evidenziare il fatto che, conformemente a quanto sancito dall'ordinanza del Tribunale di Roma (civ., sez. IV) del 3 novembre 2021, la Germania, nell'ambito del giudizio di esecuzione relativo al pignoramento degli immobili tedeschi siti a Roma, non avesse provato la destinazione pubblicistica dei beni[72], e, pertanto, non avrebbe potuto essere attribuita all'Italia la violazione della norma consuetudinaria che prevede l'immunità dei beni a destinazione pubblicistica degli Stati stranieri. Questo argomento potrebbe però essere travolto dal fatto che l'Italia, come detto, ha depositato nel giudizio instauratosi a seguito del reclamo una memoria nella quale sosteneva proprio la destinazione pubblicistica dei beni esecutati, oltre al fatto che, come già evidenziato, sembrerebbe potersi sostenere l'esistenza in forza del diritto internazionale di un obbligo in capo ai giudici di verificare *ex officio* la destinazione dei beni (v. nota 26). Ad ogni modo, l'adozione dell'art. 43, e il riconoscimento all'interno della sentenza n. 159/2023 dell'immunità dei beni a destinazione pubblicistica degli Stati dalle misure coercitive straniere, farebbe perdere di rilevanza al (pregresso) disconoscimento (o, come sottolineato dalla Consulta al par. 10 della sentenza n. 159/2023, al «rischio di disconoscimento») dell'immunità dei beni degli Stati dalle misure coercitive straniere.

di sua proprietà, rivendicati come beni a destinazione pubblicistica, fossero stati oggetto di esecuzione forzata e quest'ultima stesse per avere effettivamente "successo" (fissazione dell'udienza di vendita); diversamente, si ritiene che la Germania non si sarebbe attivata dinanzi alla CIG. L'adozione, dunque, di una soluzione che potremmo definire "intermedia" (che consenta ai creditori stranieri di eseguire i titoli giudiziali su beni a destinazione commerciale), potrebbe forse soddisfare lo Stato tedesco (nella convinzione da parte di tale Stato che si tratti di una vittoria di Pirro per i creditori stranieri), e fare sì che il ricorso dinanzi ai giudici dell'Aja venga comunque ritirato (ferma restando la possibilità che questo venga riproposto nell'ipotesi – assai remota – che infine i creditori ellenici riescano a dare esecuzione alle sentenze sui beni tedeschi a destinazione commerciale siti in Italia). Inoltre, anche qualora il ricorso fosse mantenuto, la CIG potrebbe verosimilmente dichiarare, così come richiesto dalla Germania, che l'esecuzione delle decisioni emesse in violazione del diritto internazionale costituisca a sua volta una nuova violazione del diritto internazionale (a prescindere dalla natura dei beni escussi)[73]; tuttavia, in assenza di una *effettiva* esecuzione delle decisioni (nell'impossibilità di individuare beni a destinazione commerciale aggredibili sul territorio italiano), nessuna violazione *ulteriore* verrebbe concretamente perpetrata da parte dell'Italia (fermo restando che le decisioni di *exequatur* rappresenterebbero una "doppia" violazione del diritto internazionale, sia dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione di cognizione straniera come ricostruito dalla CIG nel 2012 nella parte dedicata all'*exequatur* delle decisioni straniere, sia sulla base di quanto eventualmente verrebbe dichiarato dalla CIG in una sua futura sentenza, qualora effettivamente la Corte dovesse riconoscere che non possa essere data esecuzione a decisioni emesse in violazione del diritto internazionale: di conseguenza, solo il fatto di aver dichiarato le decisioni straniere eseguibili costituirebbe di per sé una violazione).

Per concludere, ciò che ad oggi si auspica è che, come sottolineato da Bufalini[74], tutti gli attori coinvolti nella vicenda facciano la propria parte affinché la soluzione dell'art. 43 possa sortire l'effetto sperato e la controversia italo-tedesca possa finalmente volgere al termine in tempi brevi, e non mantenga le sembianze di quella «Never-Ending Story» evocata anni orsono da Oellers-Frahm. Un passo in questo senso da parte della Corte costituzionale è già stato fatto; non resta che rimanere in attesa dell'ulteriore evolversi della vicenda.

---

[73] In questo senso sembrerebbe, come già sostenuto altrove (G. BERRINO, *Quale effettività della tutela giurisdizionale*, cit., p. 231) deporre il par. 113 della sentenza della CIG del 3 febbraio 2012.

[74] V. A. BUFALINI, *The Italian Fund for the Victims of Nazi Crimes*, cit.

Verso un regime europeo uniforme di responsabilità civile delle imprese per violazioni dei diritti umani: riflessioni sulla proposta di direttiva europea sulla *corporate sustainability due diligence*

MARCO FASCIGLIONE*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il problema della "responsabilizzazione" delle imprese per le violazioni dei diritti umani che si verificano nell'ambito delle loro operazioni economiche. – 3. *Ratio*, base giuridica e struttura della proposta di direttiva. – 4. L'obbligo di *due diligence* aziendale in materia di diritti umani: una novità di rilievo … ma solo per determinate tipologie di imprese. – 5. Catene del valore, responsabilizzazione "a cascata" e obblighi di *due diligence* aziendale sui diritti umani. – 6. L'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'obbligo di *due diligence* sui diritti umani. – 7. L'accesso ai rimedi, i meccanismi sanzionatori della proposta di direttiva e il problema della responsabilità civile dell'impresa per le violazioni dei diritti umani e dell'ambiente. – 7.1. Gli aspetti di diritto internazionale privato (non) toccati dalla proposta di direttiva – 8. Conclusioni.

ABSTRACT: Dopo una travagliata gestazione, il 23 febbraio 2022 la Commissione europea ha pubblicato la sua proposta di direttiva relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità. La direttiva dovrebbe introdurre nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea un obbligo di *due diligence* in materia di diritti umani e ambiente per le imprese europee, nonché per quelle extra-europee a condizione che esercitino la loro attività nel mercato dell'Unione, applicabile non solo all'interno dell'UE ma anche lungo le catene del valore e completato dalla responsabilità civile da risarcimento dei danni nel caso di violazioni dei doveri di vigilanza. Qualora adottata, la normativa rappresenterebbe il primo strumento normativo UE di tale tipo ad applicarsi orizzontalmente a tutti i settori produttivi e per di più con effetti extraterritoriali e si porrebbe in linea di continuità con il processo multilivello di "normativizzazione" (c.d. *normative hardening*) dei Principi guida su imprese e diritti umani del 2011. Il presente articolo persegue l'obiettivo di fornire un'analisi, di alcune delle disposizioni maggiormente significative della proposta di direttiva

* Ricercatore di diritto internazionale e tutela dei diritti umani presso il CNR, PI del Progetto di ricerca su *Corporate human Rights and environmental due diligence and the promotion of the Corporate Responsibility (CO.RE.)*, m.fasciglione@iriss.cnr.it.

per evidenziarne le molte luci ma anche le non poche ombre dal punto di vista della necessità di assicurare l'effettività della tutela dei diritti delle vittime.

PAROLE CHIAVE: *Due dligence* – Principi guida ONU su imprese e diritti umani – armonizzazione normativa – proposta di direttiva – responsabilità civile – accesso ai rimedi

1. Considerazioni introduttive

È da tempo che la dottrina internazionalistica si confronta con il problema dell'impatto negativo sui diritti umani e sull'ambiente delle operazioni economiche delle imprese e sulla necessità, o meno, di una loro 'responsabilizzazione'[1]. Se il fallimento dell'autoregolamentazione e della responsabilità so-

[1] In una letteratura praticamente sconfinata, e senza pretesa alcuna di esaustività, si segnalano, N. BOSCHIERO, *Giustizia e riparazione per le vittime delle contemporanee forme di schiavitù*, Torino, 2022; L. CHIUSSI CURZI, *General Principles for Business and Human Rights in International Law*, Leiden, 2021; S. DEVA, D. BIRCHALL (eds), *Research Handbook on Human Rights and Business*, Cheltenham, 2020; M. FASCIGLIONE, *Enforcing the State Duty to Protect under the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Strasbourg Views*, in A. BONFANTI (ed.), *Business and Human Rights in Europe*, London, 2019, p. 37 ss.; M. CASTELLANETA, F. VESSIA (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa tra diritto societario e diritto internazionale, Napoli*, 2019; N. BERNAZ, *Business and Human Rights History, Law and Policy*, New York, 2017; G. CARELLA, *La responsabilità giuridica delle multinazionali per violazioni dei diritti umani: fata Morgana o vaso di Pandora?*, in R. VIRZO, E. NALIN, I. INGRAVALLO, F. CHERUBINI, E. TRIGGIANI (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 261 ss.; F. MARRELLA, *Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Nijhoff, Leiden, 2017, p. 33 ss.; SFDI, *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, 2017; G. Sacerdoti, *Le società e le imprese nel diritto internazionale: dalla dipendenza dello Stato nazionale a diretti destinatari di obblighi e responsabilità inter-nazionali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, p. 109 ss.; A. BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente*, Milano, 2012; M. FASCIGLIONE, *Diritti umani e responsabilità sociale d'impresa nel diritto internazionale*, Napoli, 2010; S. CANTONI, *La responsabilizzazione delle imprese private nell'attuazione dei diritti fondamentali dell'uomo e del diritto internazionale in materia di lavoro*, in *Il diritto dell'economia*, 2005, p. 677 ss.; C. DAY WALLACE, *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, The Hague/New York, 2002; N. JÄGERS, *Corporate Human Rights Obligations: in Search of Accountability*, Antwerpen, 2002; M.K. ADDO (ed.), *Human Rights Standards and Responsibilities of Transnational Corporations, Kluwer Law International*, The Hague, 1999. Sull'evoluzione degli strumenti di regolazione ed in particular modo sulle negoziazioni in corso circa un trattato internazionale in materia v. H. CANTÙ RIVERA, *Negotiating a Treaty on Business and Human Rights: The Early Stages*, in *The University of New South Wales Law Journal*, 2017, p. 1200 ss.; S. DEVA, D. BILCHITZ, *Building a Treaty on Business and Human Rights. Context and Contours*, Cambridge, 2017; D. BILCHITZ, *The Necessity for a Business and Human Rights Treaty*, in *Business and Human Rights Journal* 2016, p. 203 ss.; O. DE SCHUTTER, *Towards a New Treaty on Business and Human Rights*, in *Business and Human Rights Law Journal*, 2016, p. 41 ss.; C. LOPEZ, B. SHEA,

ciale d'impresa come modello per assicurare – e prevenire – la violazione delle norme sui diritti umani nell'ambito delle operazioni economiche delle imprese ha reso di palmare evidenza siffatta necessità, va aggiunto anche che oggigiorno il problema non riguarda più solo le operazioni economiche delle grandi imprese multinazionali e dei gruppi societari ma tocca anche le multiformi relazioni contrattuali delle imprese operanti lungo le catene globali del valore (c.d. *global value chains*), coinvolgendo pertanto anche le imprese di minori dimensioni. D'altro canto, il contraltare della crescita dei casi in cui violazioni anche gravi dei diritti umani sono riconducibili alle operazioni economiche e commerciali delle imprese è rappresentato dalla costante crescita nella prassi del numero di strumenti internazionali – sia pure quasi tutti aventi natura non vincolante – adottati con lo scopo di favorire il rispetto dei diritti umani nell'ambito di tali operazioni. L'ultimo in ordine di tempo, ed il più importante tra di essi per l'influenza esercitata nel consolidamento di un quadro normativo internazionale nella materia, è rappresentato dai Principi guida ONU su imprese e diritti umani del 2011[2]. I Principi guida possono essere considerati il primo standard realmente 'globale' in materia. Essi hanno guadagnato un generale ed unanime consenso riuscendo a diventare nel volgere di pochi anni, il principale standard di riferimento internazionale in materia di imprese e diritti umani riconosciuto da Stati, Organizzazioni internazionali, aziende, associazioni di categoria, ordini forensi, società civile e da tutti gli organismi onusiani che operano nel settore dei diritti umani. Soprattutto, i Principi guida hanno evidenziato la capacità di influenzare tanto gli Stati quanto le Organizzazioni internazionali nel processo di adozione di nor-

---

Negotiating a Treaty on Business and Human Rights: A Review of the First Intergovernmental Session, in *Business and Human Rights Journal*, 2016, p. 111 ss. Sia consentito anche il rinvio ai "nostril" M. FASCIGLIONE, *A Binding Instrument on Business and Human Rights as a Source of International Obligations for Private Companies: Utopia or Reality?*, in M. BUSCEMI, N. LAZZERINI, L. MAGI, D. RUSSO, (eds.), *Legal Sources in Business and Human Rights*, The Hague, 2020, p. 31 ss.; e ID., *Another Step on the Road? Remarks on the Zero Draft Treaty on Business and Human Rights*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 629 ss.

[2] I Principi guida, acclusi come allegato al rapporto conclusivo del Rappresentante speciale ONU su impresa e diritti umani (cfr. Consiglio dei diritti umani, *Report of the Special Representative of the Secretary-general on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, Un Doc. A/HRC/17/31 del 21 marzo 2011), sono stati poi approvati dal Consiglio dei diritti umani (cfr. Consiglio dei diritti umani, Risoluzione 17/4. *Human rights and transnational corporations and other business enterprises*, UN Doc. A/HRC/RES/17/4 del 6 luglio 2011). In materia R. MARES, *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, Leiden, 2012. Sia consentito il rinvio anche a M. FASCIGLIONE, *Per uno studio dei Principi Guida ONU su imprese e diritti umani*, in *I Principi Guida su Imprese e Diritti Umani. Traduzione a cura e con un saggio di Marco Fasciglione*, Roma, 2020, p. 35 ss.

mative che fissano sulle imprese obblighi di *due diligence* in materia di diritti umani. Con specifico riferimento all'ordinamento giuridico dell'Unione europea obblighi di *due diligence* sono previsti oltre che dal preesistente regolamento del 2010 sulla prevenzione del commercio illegale di legname, il c.d. *EU Timber Regulation* (EUTR)[3], dal regolamento del 2017 relativo all'importazione di minerali provenienti da zone di conflitto[4], e dal Regolamento relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali (il c.d. *General Data Protection Regulation*)[5]. Si tratta di normative a carattere settoriale, in cui gli obblighi di *due diligence* spiegano efficacia esclusivamente con riguardo a specifici settori produttivi e quindi con un ambito di applicazione materiale circoscritto ed in assenza di meccanismi di responsabilità civile per il mancato rispetto degli obblighi da parte delle imprese. Manca, quindi, nell'ordinamento europeo una normativa a carattere generale finalizzata ad imporre sulle imprese europee obblighi di *due diligence* in materia di diritti umani applicabile orizzontalmente a tutti i settori produttivi. È esattamente questo l'obiettivo perseguito dalla proposta di direttiva sulla *due diligence* d'impresa in materia di sostenibilità pubblicata, dopo una travagliata gestazione, il 23 febbraio 2022 dalla Commissione europea[6]. La direttiva, qualora approvata, introdurrà nell'ordinamento giuri-

---

[3] Cfr. Regolamento (UE) N. 995/2010 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 che stabilisce gli obblighi degli operatori che commercializzano legno e prodotti da esso derivati.

[4] Cfr. Regolamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017 che stabilisce obblighi in materia di dovere di diligenza nella catena di approvvigionamento per gli importatori dell'Unione di stagno, tantalio e tungsteno, dei loro minerali, e di oro, originari di zone di conflitto o ad alto rischio

[5] Cfr. 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.

[6] Cfr. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, COM(2022)71 final del 23 febbraio 2022. La proposta di direttiva era stata preceduta dalla Risoluzione del Parlamento europeo, recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese (2020/2129(INL)) del 10 marzo 2021, a cui era allegata una proposta di testo di direttiva. Com'era lecito attendersi, la proposta ha suscitato l'immediata attenzione della dottrina internazionalistica. Cfr. tra gli altri R. GRECO, *Corporate Human Rights Due Diligence and Civil Liability: Steps Forward Towards Effective Protection?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, p. 5 ss.; G. CARELLA, *La responsabilità civile dell'impresa transnazionale per violazioni ambientali e di diritti umani: il contributo della proposta di direttiva sulla due diligence societaria a fini di sostenibilità*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2022, p. 10 ss.; S. BRABANT, C. BRIGHT, N. NEITZEL D. SCHÖNFELDER, *Due Diligence Around the World: The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 1)*, in *VerfBlog*, 15 marzo 2022; Id., *Due Diligence Around the World: The Draft Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (Part 2)*, *VerfBlog*, 16 marzo 2022; A. BONFANTI, *Catene globali del valore, diritti umani e ambiente, nella prospettiva del diritto internazionale privato: verso una direttiva europea sull'obbligo di diligenza delle imprese*

dico dell'Unione europea un obbligo di *due diligence* in materia di diritti umani e ambiente sia per le imprese regolate dal diritto di uno Stato membro UE, sia per quelle che sono sottoposte al diritto uno Stato terzo ma operano nel mercato dell'Unione. Tale obbligo sarà applicabile non solo all'interno dell'UE ma anche lungo le catene del valore. Si tratterebbe, dunque, del primo strumento normativo unionale recante obblighi di *due diligence* in materia di diritti umani per il settore privato ad applicarsi orizzontalmente a tutti i settori produttivi e per di più con effetti extraterritoriali[7]. Tale normativa, inoltre, fisserebbe la responsabilità civile da risarcimento dei danni delle imprese per la mancata … *compliance* agli obblighi di vigilanza. Insomma, qualora adottata, la futura normativa opererebbe nel solco della creazione di un … "comune terreno di gioco" normativo (c.d. *level playing field*) negli ordinamenti giuridici degli Stati membri[8] i quali attraverso di essa conferirebbero, da un lato, attuazione all'obbligo di proteggere i diritti umani dalle violazioni riconducibili alle attività del settore privato sancito dal primo Pilastro dei Principi guida ONU su imprese e diritti umani e, dall'altro, darebbero 'concretezza' normativa alla responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani disciplinata dal secondo Pilastro dei Principi guida[9].

Il presente contributo persegue l'obiettivo di fornire una analisi, anche se per ovvi motivi non esaustiva, di alcune delle disposizioni maggiormente significative della proposta di direttiva per evidenziarne le molte luci ma anche le non poche ombre dal punto di vista dell'effettività della tutela dei diritti

---

in materia di sostenibilità, in *Jus*, 2023, pp. 295-329; e anche M. FASCIGLIONE, *Luci ed ombre della proposta di direttiva europea sull'obbligo di due diligence d'impresa in materia di diritti umani e ambiente*, in *SidiBlog*, 26 maggio 2022.

[7] Quello della protezione extraterritoriale dei diritti umani nell'ambito delle attività d'impresa è un tema particolarmente dibattuto in dottrina, relativamente al quale gli stessi Principi guida ONU si muove con molta, forse eccessiva, cautela quando, al Principio 2, definiscono il rispetto dei diritti umani da parte delle imprese in tutte le loro attività – comprese quelle svolte all'estero – come una semplice *aspettativa* e non come un obbligo pendente sugli Stati di origine. Di segno opposto le posizioni emerse nella prassi degli organismi di monitoraggio ONU sui diritti umani come, tra gli altri, il Comitato sui diritti economici. sociali e culturali, *General comment No. 24 on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities*, UN Doc. E/C.12/GC/24 del 10 agosto 2017, par. 31; il Comitato sui diritti del fanciullo *General Comment No. 16* (2013) on State obligations regarding the impact of the business sector on children's rights, UN Doc. CRC/C/GC/16 del 17 aprile 2013, par. 43-44. Per una ricostruzione della questione, sia pure con riferimento alle negoziazioni sul trattato internazionale su impresa e diritti umani, cfr. M. FASCIGLIONE, *Another Step on the Road? Remarks on the Zero Draft Treaty on Business and Human Rights*, cit., in part. p. 641ss.

[8] Cfr. M. FASCIGLIONE, *Per uno studio dei Principi Guida ONU su imprese e diritti umani*, cit., in part. p. 51.

[9] Cfr. C. MACCHI, C. BRIGHT, *Hardening Soft Law: the Implementation of Human Rights Due Diligence Requirements in Domestic Legislation*, in M. BUSCEMI, N. LAZZERINI, L. MAGI, L., D. RUSSO (eds.), *Legal Sources in Business and Human Rights*, cit. p. 218 ss.

delle vittime dalle violazioni che si verificano nell'ambito delle operazioni del settore privato europeo. L'analisi qui effettuata segue la struttura, numerazione degli articoli e organizzazione della materia così come derivanti dal testo della proposta licenziato originariamente dalla Commissione e poi oggetto degli emendamenti presentati dal Consiglio europeo nel 2022 nel suo 'orientamento generale'[10] e da ultimo dal Parlamento europeo il 1° giugno 2023[11].

2. Il problema della "responsabilizzazione" delle imprese per le violazioni dei diritti umani che si verificano nell'ambito delle loro operazioni economiche

Il problema che la proposta di direttiva cerca di affrontare è noto. Si tratta di fornire una risposta al *deficit* di regolamentazione e agli squilibri generati dai processi di globalizzazione dell'economia e dei mercati e che hanno portato alla crisi del progetto di "compromesso" tra capitale e lavoro (il c.d. *embedded liberalism*) che ha caratterizzato l'ordine economico liberale fino agli anni '80. Tale progetto si fondava sul 'patto' tra Stati e società finalizzato ad arginare gli effetti socialmente disgreganti della liberalizzazione economica attraverso l'utilizzo di appropriate politiche economiche e sociali. Il delicato bilanciamento alla base di questo 'compromesso' è stato messo in crisi dall'impatto negativo sui diritti umani e sull'ambiente generato dalla dimensione economica della globalizzazione e in modo particolare dall'espansione del potere delle forze economiche che agiscono al suo interno. La manifestazione più evidente di siffatto processo è rappresentata dalle imprese e dall'aumento delle violazioni dei diritti umani originate dalle loro operazioni economiche. Da un lato, la peculiare forma giuridica di organizzazione imprenditoriale della moderna impresa, il gruppo di società, consente la c.d. "esternalizzazione dei rischi" e dei costi sociali e ambientali della produzione: cioè separare i rischi relativi ai diversi settori imprenditoriali, impedendo che le vicende di un settore abbiano un impatto sul patrimonio delle società

[10] Cfr. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, Orientamento generale del Consiglio dell'Unione europea del 30 novembre 2022.

[11] Cfr. Dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità, Emendamenti del Parlamento europeo, approvati il 1° giugno 2023, alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)), del 1° giugno 2023.

operanti in altri settori o su quello della capogruppo. Ciò è reso possibile dall'azione cumulativa di due istituti: *a*) il c.d. *forum shopping*, sarebbe a dire la facoltà di frazionare i propri processi produttivi, tra entità giuridicamente distinte e autonome operanti in ordinamenti giuridici differenti; *b*) lo 'schermo societario' (il c.d. *corporate veil*) che deriva dalla distinta soggettività giuridica delle società che compongono il gruppo, e che consente alla casa madre di essere considerata terza rispetto rapporti giuridici posti in essere dalle società da essa controllate o partecipate. La conseguenza è che la responsabilità della prima non può essere invocata per atti o fatti delle seconde (spesso situate in Paesi terzi – c.d. *host States* – in genere Paesi del Sud del mondo). Dall'altro lato, in una fase più avanzata del turbocapitalismo[12], questo fenomeno è stato ulteriormente accentuato dal modello produttivo delle catene globali del valore (c.d. *global value chains*). Oggigiorno, in effetti, la produzione globale avviene attraverso reti di imprese dislocate lungo l'intero globo, tramite cui un'impresa leader, la c.d. *lead firm*, assegna e coordina le fasi del processo produttivo ad imprese terze legate alla prima mediante contratti di fornitura, appalto, subappalto. Attraverso le catene del valore l'impresa *leader* è in grado di affidare a terzi tutte le fasi del processo di produzione, dalla fornitura di materie prime, fino allo smaltimento dei prodotti di scarto (c.d. *outsourcing*)[13]. Ebbene, il modello di produzione della *global value chain* con la sostituzione del rapporto contrattuale al legame societario risulta maggiormente efficiente rispetto al *corporate veil* perché rafforza la separazione formale tra società leader della catena del valore e le imprese che operano lungo il processo produttivo[14]. A livello giuridico ciò determina la frantumazione dell'idea di unitarietà del gruppo di imprese, tradizionalmente fondata sul controllo della proprietà azionaria dell'impresa capogruppo, re-

---

[12] In materia v. C. FOCARELLI, *Economia Globale e diritto internazionale*, Bologna, 2016; L. GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, Torino, 2005.

[13] Secondo l'Organizzazione internazionale del lavoro le catene globali possono essere definite come "l'organizzazione transfrontaliera delle attività necessarie per produrre beni o servizi destinati ai consumatori attraverso varie fasi di sviluppo, produzione e distribuzione. Siffatta definizione include gli investimenti diretti esteri delle imprese multinazionali nelle imprese affiliate e controllate interamente oppure in joint venture in cui l'impresa multinazionale è titolare della responsabilità diretta per i rapporti di lavoro" (cfr. OIL, *Decent work in global supply chains, International Labour Conference, 105th Session, 2016, Report IV*, 2016, par. 5, www.oit.org/). Tale nozione non deve essere confusa con quella, più circoscritta di *supply chain*, la c.d. catena di fornitura, che descrive invece il sistema e le risorse necessarie per spostare un prodotto o un servizio dal fornitore al cliente (cfr. SustainAbility, UNEP, UNGC, *Unchaining Value: Innovative approaches to sustainable supply*, 2008, p. 2, www.cisl.cam.ac.uk/).

[14] Cfr. G. CARELLA, *La responsabilità civile dell'impresa transnazionale per violazioni ambientali e di diritti umani: il contributo della proposta di direttiva sulla due diligence societaria a fini di sostenibilità*, cit., in part. p. 12.

siduando solo una rete di relazioni commerciali tra soggetti completamente autonomi e indipendenti. Tali soggetti operano – solo formalmente – in condizioni di parità ed autonomia; in pratica, invece, attraverso le condizioni ed i termini contrattuali la *lead firm* è in grado di esercitare sui fornitori e subappaltatori affidatari della realizzazione del prodotto o del servizio, un rilevante potere di direzione e coordinamento[15].

3. *Ratio*, base giuridica e struttura della proposta di direttiva

Come anticipato, l'azione legislativa della Commissione si giustifica alla luce del sostanziale fallimento dell'approccio tradizionale fondato su misure volontarie e di autoregolamentazione aziendale, espresso essenzialmente nel movimento sulla c.d. "responsabilità sociale d'impresa"[16], e dunque alla luce della crescente necessità di una legislazione vincolante a livello europeo che contribuisca a prevenire le violazioni dei diritti umani che si verificano nell'ambito delle operazioni economiche delle imprese anche lungo le catene globali del valore, assicurando l'accesso a dei rimedi effettivi per le vittime, ivi inclusa la responsabilità da risarcimento dei danni derivanti da tali violazioni.

Di particolare interesse è l'individuazione della base giuridica della proposta legislativa effettuata dall'*Explanatory memorandum* annesso alla proposta. La proposta, infatti, risulta fondata sugli art. 50 e 114 del TFUE concernenti, come noto, l'adozione di misure volte a realizzare la libertà di stabilimento[17] e su quelle relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno[18]. Le misure proposte, insomma, intendono evitare i rischi di una frammentazione del mercato interno, e le conseguenze per la libertà di stabilimento, che deriverebbero

[15] Cfr. V. BRINO, *Diritto del lavoro e catene globali del valore*, Bologna, 2020, p. 23.
[16] Cfr. A. RAMASASTRY, *Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability*, in *Journal of Human Rights*, 2015, vol. 14, pp. 237-259.
[17] Il ricorso a tale disposizione è possibile al fine di prevenire l'insorgere di ostacoli attuali o futuri alla libertà di stabilimento dovuti all'evoluzione eterogenea delle normative nazionali. L'insorgere di tali ostacoli deve apparire probabile e la misura di cui trattasi deve avere ad oggetto la loro prevenzione. Cfr. CGUE, sentenza del 12 dicembre 2006, causa C 380/03, *Repubblica federale di Germania c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, punto 38 e giurisprudenza ivi citata.
[18] Il legislatore dell'Unione può ricorrere all'articolo 114 TFUE, in particolare, quando le disparità tra le normative nazionali sono tali da ostacolare le libertà fondamentali o da falsare la concorrenza e pertanto da incidere direttamente sul funzionamento del mercato interno.

dalle differenze regolamentari originate dalle diverse scelte eventualmente adottate in materia da singoli Paesi membri. A ben vedere, alcuni Stati membri hanno *già* provveduto a regolare il settore autonomamente e ad oggi normative che fissano sulle imprese obblighi di *due diligence* in materia di diritti umani (c.d. *mandatory human rights due diligence* - mHRDD) sono state adottate in Francia nel 2017[19], in Germania[20] e Norvegia nel 2021[21], e nei Paesi Bassi nel 2019[22]. Sebbene queste normative dichiarino esplicitamente di volersi basare sugli standard internazionali esistenti[23] esse presentano significative differenze non solo con siffatti standard internazionali ma anche tra esse stesse. In ultima analisi, l'ambito d'applicazione soggettivo, i requisiti sostanziali del dovere di vigilanza, i regimi di applicazione e i relativi obblighi degli amministratori divergono anche parecchio da normativa a normativa. La proposta di direttiva, quindi, rappresenta il tentativo del legislatore europeo di prevenire i rischi dal punto di vista della certezza del diritto che potrebbero derivare da normative che fissino requisiti giuridici diversi – e in alcuni casi addirittura inconciliabili – a seconda di ciascun ordinamento. Siffatta frammentazione rischia evidentemente di creare condizioni di disparità per le imprese operanti nel mercato interno europeo. La soluzione proposta dal legislatore europeo è quindi, quella di armonizzare gli obblighi delle imprese in materia di *due diligence* e creare in tal modo le condizioni in base alle quali società di dimensioni simili e i loro amministratori siano soggetti agli stessi obblighi circa l'integrazione di misure di sostenibilità e di *due diligence* sui diritti umani e l'ambiente nella *governance* societaria.

Per quanto riguarda la struttura della proposta di direttiva elaborata dalla Commissione, essa può essere ricostruita come segue: un primo gruppo di disposizioni a carattere introduttivo (gli art. 1-3) definiscono l'oggetto (la fissazione dell'obbligo di *due diligence*), l'ambito di applicazione *ratione personae* della proposta di direttiva e le definizioni circa i termini in essa utilizzati. Un secondo gruppo di disposizioni (art. 4-16) concerne la parte sostanziale

---

[19] Cfr. *Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.

[20] Cfr. *Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains* (*Lieferkettengesetz*), BGBl I 2021, 2959. Traduzione in inglese consultabile su www.bmas.de.

[21] Cfr. *Act relating to enterprises' transparency and work on fundamental human rights and decent working conditions*, LOV-2021-06-18-99. Traduzione in inglese consultabile su www.lovdata.no.

[22] Cfr. Netherlands Kamerstukken I, 2016/17, 34 506, A («Dutch Child Labour Due Diligence Law»»), che però, a differenza delle altre qui citate, è una normativa a carattere settoriale in quanto fissa obblighi di vigilanza in relazione al settore specifico della lotta al lavoro minorile.

[23] Individuati essenzialmente nei Principi guida su imprese e diritti umani, e nelle Linee guida OCSE in materia di condotta d'impresa responsabile.

della proposta di direttiva e disciplina quindi le modalità applicative dell'obbligo di *due diligence* fissato all'art. 1 e le relative misure di accompagnamento. Un terzo ed un quarto gruppo di disposizioni (art. 17-21 e art. 22) disciplinano, rispettivamente, il meccanismo di monitoraggio sul rispetto degli obblighi fissati dalla futura direttiva – affidato ad autorità nazionali di supervisione – ed il regime sanzionatorio nel caso di violazioni del dovere di vigilanza che è fondato su di un meccanismo di responsabilità civile destinato a rafforzare l'accesso ai rimedi per le vittime. Nelle disposizioni finali ve ne sono due di estremo interesse attinenti la *corporate governance* e che introducono l'obbligo (c.d. *duty of care*) per gli amministratori delle imprese rientranti nell'ambito di applicazione della proposta di direttiva di prendere in considerazione le conseguenze delle proprie decisioni sulle questioni legate alla sostenibilità, inclusi i diritti umani, l'ambiente ed il cambiamento climatico (art. 25) e di supervisionare e controllare l'attuazione delle misure di vigilanza predisposte dalle proprie imprese in esecuzione dell'obbligo di *due diligence* sancito dalle disposizioni della proposta di direttiva (art. 26)[24]. Con specifico riferimento al cambiamento climatico, l'art. 15 introduce l'obbligo di elaborare un piano aziendale relativamente ai rischi di impatti negativi sul clima derivanti dalle operazioni dell'impresa ed in particolare in relazione al raggiungimento del limite di 1,5° fissato dagli Accordi di Parigi in materia di cambiamento climatico[25].

[24] Le disposizioni sulla *governance* societaria sono state oggetto di un percorso particolarmente accidentato. Cassate negli emendamenti del Consiglio nel suo "orientamento generale" del novembre 2022, esse sono state reintrodotte dalla Commissione giuridica del Parlamento (cfr. Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, A9 0000/2023 del 25 aprile 2023). In sede di votazione in Parlamento, però, l'art. 26 ha ricevuto voto contrario. Lo stralcio delle disposizioni sulla responsabilità degli amministratori di «porre in essere» e «supervisionare» l'attuazione dell'obbligo di *due diligence*, con l'eliminazione dei 'rischi' su di essi incombenti in caso di una loro inazione in materia di *due diligence* rappresenta un problema di non poco conto nella prospettiva della responsabilizzazione delle imprese. La conseguenza dello stralcio, in effetti, è quella di esonerare da ogni regime di responsabilità i soggetti che – soprattutto nelle grandi imprese del capitalismo manageriale produttivista – di norma determinano le politiche dell'impresa, e quindi sono i responsabili ultimi degli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente originati da tali politiche (sul tema v. L. GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, cit., p. 36 ss.).

[25] Cfr. Conferenza delle Parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, *Accordo di Parigi sul clima*, del 12 dicembre 2015.

4. L'obbligo di *due diligence* aziendale in materia di diritti umani: una novità di rilievo … ma solo per determinate tipologie di imprese

L'elemento centrale della proposta di direttiva presentata dalla Commissione risiede nell'obbligo fissato sugli Stati membri dell'UE (art. 4) di introdurre nei rispettivi ordinamenti interni norme di legge volte ad imporre alle imprese che operano nel mercato interno europeo obblighi di *due diligence* sui diritti umani e sull'ambiente, allo scopo di identificare, prevenire, mitigare e rendere conto degli impatti negativi reali o potenziali sul piano dei diritti umani e dell'ambiente derivanti dalle loro attività e lungo le catene di fornitura[26]. La normativa oggetto della proposta della Commissione, che si applicherà tendenzialmente a tutti i settori produttivi, obbligherà dunque tali imprese a identificare e valutare una potenziale vasta gamma di rischi, come ad esempio lo sfruttamento del lavoro minorile, l'utilizzo di lavoro forzato, la discriminazione sui luoghi di lavoro, l'inquinamento dell'ambiente, ecc. Essa, insomma, intende imporre sulle imprese un obbligo di mezzi in linea con quanto sancito dagli standard internazionali, ed in particolare con i Principi Guida su imprese e diritti umani e con le Linee guida OCSE per le imprese multinazionali. Siffatto obbligo si traduce in uno standard di condotta: cioè adottare le misure adeguate per dare attuazione a tale dovere di vigilanza relativamente alle proprie operazioni, a quelle delle loro filiali e alle relazioni commerciali dirette e indirette nelle loro catene del valore[27]. La futura normativa, quindi, non imporrà affatto un obbligo di risultato e cioè obbligare le imprese a garantire, in ogni circostanza, che gli impatti negativi non si verifichino o che ad essi venga posto sempre termine.

Con specifico riferimento a quali sono le condotte delle imprese oggetto dell'obbligo di *due diligence* introdotto dalla futura normativa, va segnalato che gli emendamenti votati dal Parlamento hanno opportunamente "recuperato" i tre "criteri di attribuzione" che sono disciplinati dal Principio 13 dei Principi guida ONU. Questa operazione di allineamento risulta essenziale per evitare l'utilizzo di criteri discordanti che potrebbero essere applicati dal-

[26] Cfr. l'art. 1 del testo della proposta.

[27] L'azienda deve adottare, pertanto, le misure appropriate che si può ragionevolmente prevedere possano portare alla prevenzione o alla minimizzazione dell'impatto negativo alla luce delle circostanze del caso specifico. Tali misure devono essere proporzionate e commisurate al grado di gravità e alla probabilità della violazione e alle dimensioni, risorse e capacità dell'azienda. Allo stesso modo nella realizzazione di siffatte misure le imprese devono tenere conto delle specificità della catena del valore, del settore e del contesto, operativo e geografico, in cui operano i suoi partner commerciali, della capacità dell'impresa di esercitare – o di accrescere – un'influenza (c.d. *leverage*) sulle sue relazioni commerciali (cfr. l'emendamento votato dal Parlamento europeo al *Considerando* 15).

le normative nazionali di trasposizione. È noto, in effetti, che le imprese possono *a*) *causare* direttamente attraverso le proprie attività un impatto negativo sui diritti umani[28]; *b*) *contribuire* tramite le proprie attività ad un impatto negativo che risulta da attività di enti terzi – un ente pubblico oppure un ente privato[29]; e *c*) essere coinvolte poiché l'impatto negativo sui diritti umani è *direttamente collegato* alle loro operazioni, prodotti o servizi, in ragione di un rapporto commerciale con un ente terzo[30]. Comprendere il meccanismo di funzionamento di questi criteri di attribuzione delle condotte delle imprese nel sistema dei Principi guida risulta di cruciale importanza per capire cosa ci si attende dalle imprese quando si origina un impatto negativo e ciò anche nella prospettiva del ruolo che esse svolgono dal punto di vista dell'accesso ai rimedi per le vittime delle violazioni[31]. In effetti, nell'ipotesi in cui le imprese con le proprie attività economiche causino o contribuiscano a causare un impatto negativo sui diritti umani, esse sono tenute a porvi termine e a predisporre dei rimedi. Nel caso, invece, in cui le imprese non abbiano causato, o contribuito a causare, un impatto negativo sui diritti umani, ma questo sia comunque direttamente collegato alle loro attività, prodotti o servizi, per il tramite di una relazione commerciale con un ente terzo, le misure da adottare dipendono dall'influenza che l'impresa ha nei confronti di tale ente, ma soprattutto in tale situazione «la responsabilità delle imprese di rispettare non richiede all'impresa di provvedere essa stessa a rimediare l'impatto negativo (…)», anche se potrà giocare un ruolo a tale scopo. In tale fattispecie, in effetti, è sull'ente terzo che i Principi guida pongono il dovere di provvedere a rimediare e a riparare la violazione[32]. Aver recuperato questa tripartizione nella proposta di direttiva è cruciale per evitare la moltiplicazione di requisiti contrastanti indirizzati alle imprese[33].

---

[28] Ad esempio, l'adozione da parte del *management* dell'impresa di pratiche aziendali discriminatorie.

[29] Ciò può avvenire, ad esempio, quando l'impresa autorizza una società di sicurezza privata ad usare la forza fisica contro dei manifestanti o ad interferire con il loro diritto alla privacy.

[30] Ciò può avvenire, ad esempio, quando un'impresa si rifornisce di un prodotto, ad es. caffè, da un distributore all'ingrosso che a sua volta compra la materia prima da agricoltori locali che sfruttano lavoro in condizioni di schiavitù oppure manodopera minorile.

[31] Nessun riferimento ai criteri di attribuzione delle condotte alle imprese è invece contenuto tanto nel testo licenziato dalla Commissione il 23 febbraio 2022 quanto nel *general approach* del Consiglio del novembre 2022.

[32] Cfr. il combinato disposto dei Principi 19(b) e 22 dei Principi guida.

[33] Gli emendamenti proposti dal Parlamento vanno anche nella direzione di un maggiore allineamento con i Principi guida dal punto di vista della metodologia del processo di *due diligence* che le imprese devono porre in essere. Più in particolare, ciò vale in modo particolare in relazione al metodo della prioritarizzazione degli impatti negativi, e cioè che qualora l'impresa non sia in grado di prevenire, porre fine o mitigare tutti gli impatti negativi identificati e valutati, essa dovrebbe procedere definendo un ordine di priorità nell'adozione delle misure ap-

Anche le fasi sostanziali del meccanismo di *due diligence* contemplato dalla proposta di direttiva[34] sono coerenti con quanto previsto dal Principio 17 dei Principi guida ONU: la stessa struttura in quattro fasi del processo di *due diligence* aziendale sui diritti umani ivi prevista è sostanzialmente recepita dal testo della proposta. Se questo è vero, va segnalato che nel testo presentato dalla Commissione alcuni specifici elementi del processo di *due diligence* descritto dalla proposta di direttiva non risultano conformi con i Principi guida. Stridente è la distanza che sussiste, ad esempio, tra il testo della Commissione e quanto sancito in proposito dagli Principi 20 e 21 dei Principi guida in materia di consultazione delle parti interessate nelle diverse fasi della *due diligence*. La proposta della Commissione riconosce, coerentemente con quanto previsto dai Principi guida, che le imprese soggette agli obblighi previsti dalla direttiva consultino gli *stakeholders* e le diverse parti interessate in relazione all'identificazione degli impatti negativi sui diritti umani e quando sviluppano i piani di azione preventivi e correttivi. Tuttavia, a differenza di quanto sancito dai Principi guida – che prevedono la consultazione delle parti interessate come *sempre necessaria* – il testo della Commissione impone tale consultazione solo *qualora necessario* («where relevant»). Da questo punto di vista bene ha fatto il Parlamento europeo negli emendamenti votati agli art. 6, par. 4, e 8(d) a respingere la posizione della Commissione – sostenuta anche dal Consiglio – sostituendo a tale inciso la formula – maggiormente in linea con i Principi guida – che fa leva sul «meaningful engagement with affected stakeholders»[35].

Particolarmente rilevanti, poi, sono le disposizioni della proposta di direttiva che disciplinano l'ambito *ratione personae*. Il testo presentato dalla Commissione prevede l'applicazione della futura direttiva esclusivamente alle imprese di grosse dimensioni come determinate in base a tre criteri.

In primo luogo, deve sussistere un collegamento con il territorio dell'Unione. In base a siffatto criterio la normativa dovrebbe applicarsi non solo alle imprese europee, cioè quelle costituite in base al diritto interno di uno Stato membro, ma anche a quelle extra-europee che, sebbene siano costituite in Paesi terzi, svolgono una parte significativa della propria attività di impresa nel territorio dell'Unione europea, Insomma, pur sempre restando all'interno dei limiti dimensionali utilizzati nel terzo criterio della proposta di

---

propriate in base alla gravità e alla probabilità dell'impatto negativo e tenendo conto dei fattori di rischio.

[34] Cfr. l'art. 4 del testo della proposta.

[35] Cfr. Parlamento europeo, *Dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità, Emendamenti del Parlamento europeo,* cit.

direttiva, tanto le imprese europee quanto quelle 'straniere' saranno sottoposte all'obbligo di vigilanza come fissato dalla proposta di direttiva con la conseguenza che anche le imprese extra-europee potranno essere chiamate a rispondere per i danni derivanti da violazioni dei diritti umani verificatesi tanto nel territorio europeo, quanto in territorio estero anche attraverso le loro *global value chain*. La conseguenza dell'estensione di questo regime di responsabilità alle imprese extra-europee è di non poco momento. Essa persegue il commendevole obiettivo di eliminare il rischio di indebite storture della concorrenza che potrebbero essere causate dalle differenze di condizioni di operatività tra imprese europee e quelle straniere in competizione *nel* mercato europeo, ovemai la disciplina in parola si limitasse ad assoggettare gli obblighi di vigilanza alle sole imprese costituite in uno Stato membro. L'estensione della disciplina della direttiva anche alle imprese extra-europee è funzionale anche ad una seconda tipologia di obiettivi: quelli di "giustizia sostanziale". Essa, infatti, costituirà un argine per «neutralizzare le tradizionali e collaudate tattiche societarie volte ad aggirare le leggi grazie a formali trasferimenti di sedi all'estero» e questo dal momento che la semplice presenza nel mercato UE comporterà comunque l'applicazione all'impresa *de qua* della disciplina della futura direttiva[36].

Per quanto riguarda, in secondo luogo, la tipologia delle imprese che rientreranno nell'ambito della futura normativa, l'art. 3 della proposta, recante le definizioni dei termini in uso nel testo legislativo, rinvia, in relazione all'utilizzo del termine «company», alle forme societarie indicate negli allegati alla direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio – quanto alle imprese europee – e a "forme comparabili" alle prime[37] – quanto alle imprese extra-europee[38].

In ultimo luogo, la direttiva utilizza un criterio dimensionale per definire quali imprese, individuate alla luce dei due precedenti criteri, rientreranno nel suo ambito di applicazione. Sul punto il testo licenziato dalla Commissione distingue a seconda che si tratti di imprese costituite in Paesi membri oppure in Paesi extra-europei. Nel primo caso il testo applica un duplice criterio dimensionale, cumulativo, per numero di dipendenti e fatturato. Nello specifico, l'art. 2, lett. *a*), del testo della Commissione, stabilisce che essa si applichi alle imprese che sono costituite in conformità della normativa di

[36] Così G. CARELLA, *La responsabilità civile dell'impresa transnazionale per violazioni ambientali e di diritti umani: il contributo della proposta di direttiva sulla due diligence societaria a fini di sostenibilità*, cit., p. 20.
[37] Cfr. Proposta di direttiva, cit., art. 3(a), lett. *i*) e ss.
[38] In buona sostanza la definizione include, per quanto riguarda le società italiane, le Spa, le Sapa e le Srl.

uno Stato membro e che abbiano avuto, in media, più di 500 dipendenti e un fatturato netto a livello mondiale di oltre 150 milioni di Euro nell'ultimo esercizio finanziario. L'art. 2, lett. *b*), poi, applica un criterio di fatturato ridotto per alcuni specifici settori produttivi considerati ad elevato rischio di impatto negativo sui diritti umani. Si tratta del settore tessile, dell'agricoltura, della pesca, della silvicoltura e della lavorazione dei prodotti alimentari, e del settore estrattivo-minerario (inclusi greggio, gas naturale, carbone, metalli e altri minerali)[39]. Gli obblighi di vigilanza in materia di diritti umani ed ambiente sanciti dalla proposta di direttiva si estendono, in effetti, anche a quelle imprese che, sebbene non raggiungano le condizioni minime fissate dall'art. 2(a), abbiano avuto, in media, più di 250 dipendenti e un fatturato netto a livello mondiale di oltre 40 milioni di Euro, a condizione che il 50 % di tale fatturato netto sia stato generato in uno o più dei settori ad elevato rischio. Per le imprese di Paesi che non sono membri UE, invece, il criterio dimensionale utilizzato dalla proposta della Commissione riguarda esclusivamente il requisito di fatturato così come definito dall'art. 2, par. 2: limitato solo a quello prodotto nel territorio dell'UE, tale fatturato deve essere superiore a 150 milioni di euro nell'esercizio precedente l'ultimo esercizio, oppure, con riguardo alle imprese operanti nei settori ad alto rischio compreso tra 40 e 150 milioni di euro purché almeno il 50 % del fatturato netto della società a livello mondiale sia stato generato in uno o più di tali settori[40].

Se il Consiglio nel suo *general approach* aveva sostanzialmente mantenuto l'impostazione della Commissione, il Parlamento europeo, invece, ha proposto una serie di emendamenti tesi ad eliminare le disposizioni sui settori ad alto rischio e ad abbassare la soglia dimensionale in modo da ampliare

---

[39] Nel testo presentato dalla Commissione manca il riferimento alle aree affette da conflitto – e ciò a parte il rinvio al settore dei minerali originari da zone di conflitto di cui al già menzionato Regolamento (UE) 2017/821. Si tratta di una grave lacuna ove si consideri il rischio oggettivo per le imprese europee di trovarsi coinvolte in situazioni di conflitto nell'esercizio delle proprie operazioni economiche e che, in presenza di tali fattispecie, i Principi guida non solo non prevedono deroghe agli obblighi di vigilanza ma, al contrario, richiedono una *due diligence* "rafforzata" (c.d. *heightened due diligence*) da parte di tali imprese (cfr. Principi 7 e 17). Gli emendamenti votati dal Parlamento nel giugno del 2023, invece, includono nel *Considerando* 28 un esplicito riferimento alla necessità di *due diligence* rafforzata per le imprese che operano in tali aree.

[40] In questa prospettiva la proposta rappresenta un completamento dal punto di vista della responsabilità civile della disciplina introdotta dai già menzionati Regolamento (UE) 2017/821 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 maggio 2017 sugli obblighi in materia di dovere di diligenza per gli importatori di minerali da zone di conflitto nell'Unione, nonché di quella del Regolamento (UE) n. 995/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 sugli obblighi degli operatori che commercializzano legno e prodotti da esso derivati. Entrambi introducono obblighi di vigilanza per le imprese ma non prevedono meccanismi di responsabilità civile per le loro violazioni.

l'ambito di applicazione personale della normativa: *a*) alle imprese europee che abbiano avuto, in media, più di 250 dipendenti e un fatturato netto a livello mondiale di oltre 40 milioni di Euro nell'ultimo esercizio finanziario oppure a quelle imprese che pur non rientrando nelle soglie di cui sopra siano la *lead company* di un gruppo d'imprese con 500 dipendenti e un fatturato netto mondiale di oltre 150 milioni di euro; e *b*) imprese extra-europee con un fatturato netto di oltre 150 milioni di Euro, di cui almeno 40 milioni generato nell'Unione, oppure a quelle imprese che pur non rientrando nelle soglie di cui sopra siano la *lead company* di un gruppo d'imprese con 500 dipendenti e un fatturato netto mondiale di oltre 150 milioni di euro di cui almeno 40 milioni generati nell'UE[41].

Ora, l'approccio metodologico utilizzato dal legislatore europeo per circoscrivere l'ambito di applicazione *ratione personae* della direttiva risponde ad un approccio selettivo che desta qualche perplessità. In primo luogo, il numero di dipendenti o il fatturato di un'impresa non possono costituire degli indicatori affidabili circa gli impatti negativi che un'impresa può originare sulla sua catena del valore. Non a caso tale limitazione è assente tanto nei Principi guida quanto nelle Linee guida OCSE che si applicano, sia pure prevedendo dei criteri di *proporzionalità*, a *tutte* le imprese[42]. In secondo luogo, e altro elemento di problematicità dell'approccio della proposta normativa, il testo esclude esplicitamente dall'ambito *ratione personae* degli obblighi di *due diligence* le piccole e medie imprese (PMI). L'esclusione è giustificata dalla Commissione nell'*Explanatory memorandum* in base alla constatazione che per siffatta tipologia di imprese, che rappresentano complessivamente oltre il 90% di tutte le imprese dell'Unione, gli oneri in termini di risorse finanziarie e amministrative derivanti dalla predisposizione e attuazione di meccanismi di *due diligence* sarebbero eccessivamente elevati. Tali imprese, in effetti, sarebbero normalmente non abituate, secondo il *memorandum*, alla gestione di meccanismi di vigilanza, e quindi prive del necessario *know-how* nonché del personale specializzato a tale scopo. La conseguenza è che "i costi dell'esercizio della diligenza avrebbero su di esse un impatto sproporzionato"[43].

Le motivazioni addotte per giustificare l'esclusione delle PMI dall'ambito

[41] La proposta di direttiva include, ai fini della determinazione delle soglie, tanto il numero di dipendenti ed il fatturato delle filiali di un'azienda, che sono luoghi di attività diversi dalla sede centrale e che dipendono formalmente dalla stessa, nonché il numero di lavoratori interinali e degli altri lavoratori occupati in forme di lavoro atipiche (cfr. gli emendamenti votati dal Parlamento al *Considerando* 21 e all'art. 2).
[42] V. *infra*.
[43] Cfr. Proposta di direttiva, cit., p. 14.

di applicazione della futura direttiva avanzate dalla proposta della Commissione fanno parte di un più ampio, e noto, dibattito concernente quella che in dottrina è stata definita la "invisibilità" delle PMI dal punto di vista dell'attuazione degli standard internazionali sui diritti umani[44]. Esse, in realtà, non convincono *in toto*. In effetti, il secondo Pilastro dei Principi Guida respinge qualsiasi criterio di selettività nell'applicazione della responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani e dei doveri collegati a tale responsabilità (ivi incluso quello di *due diligence*). Il Principio 14 chiarisce, a ben vedere, che «la responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani si applica a *tutte* le imprese, indipendentemente dalla loro dimensione, dal settore, dal contesto operativo, dell'assetto proprietario e dalla loro struttura»[45]. In altre parole, i rischi di violazioni dei diritti umani che possono originarsi in relazione alle attività produttive globali non dipendono dalla dimensione o dal fatturato dell'impresa bensì dalle caratteristiche, citate *supra*, proprie del sistema produttivo globale di cui beneficiano tutte le imprese che operano all'interno di tale sistema. In effetti, al giorno d'oggi non sono più solo le imprese di grandi dimensioni, le imprese multinazionali, a sfruttare i vantaggi, ad es. i minori costi, che derivano dall'utilizzo delle *global value chain* per approvvigionarsi di materie prime, prodotti, e/o servizi al cui interno si verificano violazioni dei diritti umani anche di particolare gravità. Anche le imprese di minori dimensioni fanno ampio ricorso alle catene di fornitura globali e quindi corrono analoghi rischi di essere coinvolte, consapevolmente o inconsapevolmente, in violazioni dei diritti umani, come, ad esempio, lo sfruttamento della manodopera infantile, oppure l'utilizzo di lavoro in condizioni di schiavitù. Imporre anche a tale tipologia di imprese obblighi di *due diligence* e di valutazione del rischio di violazioni dei diritti umani è pertanto assolutamente coerente, se non necessario, con l'obiettivo, che la stessa proposta di direttiva fissa, di prevenire e combattere tali violazioni[46]. Insomma, a voler riflettere gli standard internazionali consolidatisi nella *subjecta materia* non è possibile restringere l'ambito di applicazione della responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani e del connesso obbligo di *due diligence*,

---

[44] Per una lucida analisi dei termini della questione cfr. M. ADDO, *Business and Human Rights and the Challenges for Small and Medium-Sized Enterprises*, in T. RENSMANN (ed.), *Small and Medium- Sized Enterprises in International Economic Law*, p. 311 ss., in part. p. 313.

[45] Cfr. cfr. Consiglio dei diritti umani, *Report of the Special Representative of the SecretaryGeneral on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, cit. (la traduzione in italiano e l'enfasi sono nostre).

[46] Proposta di direttiva, cit., p. 3.

esclusivamente alle imprese di determinate dimensioni o di determinate tipologie: la responsabilità di rispettare i diritti umani si applica a tutte le imprese senza distinzioni di sorta. Ciò non significa, tuttavia, che non si debba tenere conto delle differenze tra le diverse imprese in termini di caratteristiche, tipologie e quindi anche di risorse. È proprio per questo motivo che la seconda parte del Principio 14 dei Principi guida chiarisce che «nondimeno, la portata e la complessità degli strumenti con cui le imprese adempiono tale responsabilità possono variare in funzione dei summenzionati fattori e del livello di gravità degli impatti negativi dell'impresa sui diritti umani». Analogamente, il Principio 17(b) fa esplicitamente presente che la *due diligence* varia «in termini di complessità in base alla dimensione dell'impresa, al rischio di gravi impatti sui diritti umani, alla natura e al contesto delle sue operazioni». Insomma, fermo restando che tutte le imprese, senza distinzione alcuna, sono sottoposte alla responsabilità di rispettare i diritti umani, le misure di attuazione di questa responsabilità, inclusa la *due diligence* sui diritti umani, sono funzionalmente collegate alle caratteristiche proprie di ciascuna di esse e varieranno in base alla dimensione dell'impresa, al rischio di gravi impatti sui diritti umani, alla natura e al contesto delle sue operazioni[47].

Ad ogni buon conto, anche a voler mantenere il criterio dimensionale utilizzato dalla proposta, e anche nella versione meno selettiva avanzata dal Parlamento, le due soglie previste in relazione alle imprese europee dovrebbero essere considerate alternative, e non cumulative. Se così non sarà imprese con alti fatturati e quindi sufficienti risorse per adottare processi di *due diligence* sui diritti umani, si troveranno al di fuori dell'ambito di applicazione della direttiva per il semplice fatto di svolgere attività non caratterizzate da alta intensità di lavoro[48]. Addirittura, le imprese potrebbero fare ricorso

[47] In tal senso anche la Guida elaborata dall'Alto commissariato sui diritti umani sulla responsabilità di rispettare i diritti umani (cfr. Alto commissariato per i diritti umani, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: an Interpretive Guide*, Ginevra, 2012).

[48] Meglio ancora sarebbe far riferimento al solo fatturato anche per le imprese europee. Tale soluzione, oltre che creare un trattamento omogeneo tra imprese costituite nell'UE e quelle extra-europee, esprimerebbe già nei limiti individuati dalla proposta «la reale importanza economica della società», e sarebbe idonea ad includere tutte quelle imprese che pur avendo dimensioni limitate e caratterizzate da basso impiego di forza lavoro, presenterebbero alti fatturati e alti rischi di violazione dei diritti umani. Il settore tecnologico è un plastico esempio di questa tipologia di imprese (per una analisi delle questioni sollevate dalla responsabilizzazione in materia di diritti umani di tale tipologia di imprese sia consentito rinviare a M. FASCIGLIONE, *Business and Human Rights in the Age of Artificial Intelligence*, in *Federalismi.it*, 17 gennaio 2022, p. 164 ss.).

all'utilizzo a strategie di *outsourcing* della manodopera proprio per evitare di ricadere nelle maglie della futura direttiva[49].

5. Catene del valore, responsabilizzazione "a cascata" e obblighi di *due diligence* aziendale sui diritti umani

Uno degli elementi maggiormente ambiziosi della proposta di direttiva risiede nel prevedere l'applicabilità della disciplina della futura normativa, ivi incluso l'esercizio della *due diligence* in materia di diritti umani, non solo alle operazioni dirette delle imprese ma anche a quelle realizzate indirettamente lungo le catene del valore. L'art. 1 del testo presentato dalla Commissione, nel fissare per le imprese obblighi di vigilanza sui diritti umani e sull'ambiente, chiarisce infatti che tali obblighi si applicano oltre che alle operazioni dell'impresa e a quelle delle sue società affiliate, anche alle operazioni che sono condotte lungo le catene del valore (c.d. *value chain*) da partner commerciali con cui l'impresa mantiene un «rapporto d'affari consolidato». In proposito, si rendono necessarie alcune osservazioni.

L'attenta lettura della proposta di direttiva induce a notare come l'ambito di applicazione dell'obbligo di *due diligence* e quello della responsabilità civile ad esso connessa non riguardino esclusivamente i grandi gruppi societari e le imprese di grandi dimensioni così come individuate dalle disposizioni che fissano i presupposti di applicazione soggettiva dell'obbligo di *due diligence*, ma si estendono anche alle imprese di minori dimensioni e alle imprese medio piccole. La proposta, in effetti, è stata strutturata dalla Commissione secondo un meccanismo di responsabilizzazione "a cascata" attivato mediante l'utilizzo di clausole contrattuali[50]. In base a tale meccanismo il

[49] È la stessa proposta di direttiva a prevedere, in alcuni casi, specifiche disposizioni per evitare manovre volte ad eludere gli obblighi in essa fissati. Tale è la *ratio*, ad esempio, della già menzionata disposizione che impone di includere nel numero dei dipendenti i lavoratori a tempo parziale ed interinali o soggetti a forme contrattuali atipiche.

[50] L'utilizzo delle clausole contrattuali come strumento di "responsabilizzazione" delle catene di approvvigionamento dal punto di vista dei diritti umani e dell'ambiente è un fenomeno ampiamente studiato in dottrina. In una letteratura particolarmente vasta ci limitiamo a segnalare: L. VALLE, M.C. MARULLO, *Contract as an Instrument Achieving Sustainability and Corporate Social Responsibility Goals*, in *International Community Law Review*, 2022, p. 100 ss.; A. BONFANTI, *Catene globali del valore, diritti umani e ambiente, nella prospettiva del diritto internazionale privato*, cit., p. 326; V. ULFBECK, O. HANSEN, A. ANDHOV, *Contractual enforcement of CSR clauses and the protection of weak parties in the supply chain*, in V. ULFBECK, A. ANDHOV, K. MITKIDIS (eds.), *Law and Responsible Supply Chain Management: Contract and tort Interplay and Overlap*, New York-London, 2019, p. 47 ss. Negli Stati Uniti, l'*American Bar Association* ha pubblicato nel 2018 un *Model Contract Clauses (MCCs)* per guidare le imprese statunitensi ad incorporare la *due diligence* sui diritti umani nei contratti con i propri

dovere di *due diligence* che incombe sulla *lead company* spiega efficacia su tutta la catena del valore e coinvolge le imprese che operano al suo interno. Ciò è possibile grazie alla facoltà riconosciuta dall'art. 7, par. 2, all'impresa *de qua* di richiedere, attraverso la stipula di specifiche clausole contrattuali con i partner commerciali, idonee garanzie circa il rispetto del proprio codice di condotta e del piano di prevenzione[51].

La disposizione in esame è stata oggetto di modifiche sostanziali da parte del Parlamento con gli emendamenti votati a giugno 2023. In effetti il testo presentato dalla Commissione sembrava introdurre un vero e proprio obbligo per le imprese di richiedere ai propri partner commerciali siffatte garanzie contrattuali con un meccanismo replicantesi a cascata lungo l'intera catena del valore. A tale obbligo corrispondeva la responsabilità civile dell'impresa per i danni causati lungo la catena del valore qualora essa non avesse provveduto a stipulare con i propri partner commerciali tali clausole contrattuali, salvo l'esonero da tale responsabilità (c.d. *due diligence defence*) per le imprese che avessero stipulato con i partner commerciali siffatte clausole[52]. Il meccanismo congegnato dalla Commissione si traduceva in un automatico trasferimento della responsabilità dalla *lead company* ai partner commerciali che risultava oltremodo incoerente rispetto agli standard internazionali in materia[53]. Gli interventi del Parlamento sono andati nella direzione di scardinare gli effetti perversi di siffatto meccanismo. Gli emendamenti del Parlamento, in effetti, prevedono la semplice *facoltà* per le imprese di «consider establishing through contractual provisions with a partner with whom it has a business relationship (…)» ed hanno eliminato l'automatico esonero dalla responsabilità sulla base della c.d. difesa da *due diligence*.

Ad ogni buon conto, l'elemento centrale da prendere in considerazione per stabilire fin dove si applichi il regime di responsabilità civile fissato dalla

---

fornitori (cfr. S. DADUSH, *Contracting for Human Rights: Looking to Version 2.0 of the ABA Model Contract Clauses*, in *American University Law Review*, 2019, p. 1520 ss.

[51] Cfr. in particolare gli art. 7 e 8 della proposta di direttiva. La base giuridica di tali clausole contrattuali è individuata nel par. 1 dell'art. 7 secondo cui le imprese «should take appropriate measures to prevent (or at least adequately mitigate) potential adverse human rights impacts and adverse environmental impacts that have been, or should have been, identified».

[52] L'art 22 del testo predisposto dalla Commissione prevede che «Member States shall ensure that where a company has taken the actions referred to in Article 7(2), point (b) and Article 7(4), or Article 8(3), point (c), and Article 8(5), it shall not be liable for damages caused by an adverse impact arising as a result of the activities of an indirect partner with whom it has an established business relationship, unless it was unreasonable, in the circumstances of the case, to expect that the action actually taken, including as regards verifying compliance, would be adequate to prevent, mitigate, bring to an end or minimise the extent of the adverse impact».

[53] Basti considerare che il meccanismo di responsabilizzazione a cascata introdotto dal testo della Commissione sembrerebbe applicarsi anche alle PMI che invece sono come visto esplicitamente escluse dagli obblighi vigilanza sanciti dalla direttiva.

proposta di direttiva è che non è sufficiente fare riferimento alle disposizioni relative all'ambito di applicazione *ratione personae*, ma occorre determinare anche fin dove si estende la catena del valore dell'impresa. Con specifico riferimento alle relazioni intrasocietarie va anche osservato che la proposta di direttiva estende l'obbligo di *due diligence* e la responsabilità civile ad essa collegata anche alle società affiliate (c.d. *subsidiaries*) della casa madre nella misura in cui quest'ultima eserciti un controllo sulle prime[54]. Particolarmente rilevante è che a tal fine la proposta non prenda in considerazione solo l'influenza esercitata dalla casa madre in base ai vincoli di proprietà, ma anche quella derivante da fenomeni come il controllo di fatto o il potere di mercato esercitati dalla casa madre, oppure dalla fissazione dei requisiti di prequalifica nei contratti di appalto.

Qualche parola ulteriore deve essere spesa anche circa il fatto che il testo della Commissione utilizzava per determinare l'ambito di applicazione degli obblighi di vigilanza nell'ambito delle relazioni con i partner commerciali la nozione di «rapporto d'affari consolidato». Tale nozione è una di quelle che hanno suscitato maggiori discussioni tra Commissione, Consiglio e Parlamento nel corso dei lavori legislativi. L'art. 3 della proposta di direttiva presentata dalla Commissione precisa che con tale allocuzione deve intendersi un rapporto d'affari «whether direct or indirect, which is, or which is expected to be lasting, in view of its intensity or duration and which does not represent a negligible or merely ancillary part of the value chain». Si tratta di una nozione evidentemente mutuata dalla *Loi* francese del 2017 che nel novellare il codice del commercio ha inserito con l'art. L. 225-102-4 un dovere di vigilanza ragionevole per le imprese francesi volto ad identificare i rischi e a prevenire le violazioni gravi dei diritti umani «résultant des activités de la société (…), ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation». Il punto è che siffatta nozione, e la logica ad essa sottintesa – cioè circoscrivere il dovere di vigilanza alle relazioni commerciali 'maggiormente importanti', sono completamente estranee all'*acquis* derivante dagli strumenti internazionali in materia di imprese e diritti umani. In effetti, a differenza della proposta di direttiva in cui lo standard di *due diligence* applicabile alle catene di approvvigionamento è individuato in fun-

[54] Cfr. il par. 29 del Preambolo del testo della proposta di direttiva e l'art. 3, lett. *d*) contenente la definizione di società affiliata come «a legal person through which the activity of a "controlled undertaking" as defined in Article 2(1), point (f), of Directive 2004/109/EC of the European Parliament and of the Council is exercised». Sotto questo punto di vista, insomma, la proposta di direttiva utilizza un approccio flessibile alla nozione di controllo societario potendo ricondurre ad esso le diverse fattispecie che possono risultare dalla prassi societaria.

zione delle *caratteristiche proprie delle relazioni commerciali delle imprese* (più o meno durature, più o meno intense), la prospettiva dei Principi guida ONU è radicalmente diversa: lo standard di *due diligence* per le catene di fornitura è individuato attraverso il "collegamento diretto" tra l'impatto negativo sui diritti umani e le operazioni, i prodotti, e i servizi dell'impresa per il tramite delle sue relazioni commerciali (cfr. Principio 17, lett. *a*). L'elemento sostanziale, che la formulazione della proposta elaborata dalla Commissione non coglie, insomma, è che possono sussistere situazioni in cui le operazioni, prodotti o servizi di una impresa sono direttamente collegati con l'impatto negativo sui diritti umani di enti terzi con i quali l'impresa può non avere una stabile relazione commerciale: ed il tipico esempio è proprio quello delle catene di approvvigionamento. Insomma, la terminologia impiegata dalla proposta della Commissione rischiava di 'tagliare fuori' dall'ambito di applicazione della futura normativa europea gli impatti negativi derivanti da relazioni d'affari non durature ma comunque caratterizzate da impatti gravi e severi sui diritti umani o l'ambiente. Anzi, per assurdo, l'utilizzo di tale criterio può condurre a perversi meccanismi di incentivo al contrario: se le relazioni non durature non rientreranno nell'ambito di applicazione della direttiva, le imprese avranno gioco facile nel cambiare regolarmente i fornitori per evitare di creare rapporti commerciali duraturi e di … "incappare" nelle maglie degli obblighi di *due diligence* e della responsabilità civile collegata alla loro violazione[55]. L'esigenza di evitare fenomeni di tal genere e le pressioni provenienti dalla società civile e dalle critiche sollevate dalla dottrina sembrerebbero fortunatamente aver indotto a più miti consigli il legislatore europeo. Sia gli emendamenti proposti dal Consiglio[56] sia quelli del Parlamento[57] hanno cancellato il riferimento al «rapporto d'affari consolidato» dal testo della proposta[58].

---

[55] A tale conclusione conduceva la lettura coordinata dell'art. 22, par. 2, e del *Considerando* 57 del testo inizialmente presentato dalla Commissione, con specifico riguardo alla responsabilità civile per i danni che avessero dovuto verificarsi nell'ambito dei «rapporti d'affari consolidati».

[56] Cfr. Consiglio, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 – General Approach*, cit., par. 17.

[57] Cfr. Parlamento europeo, *Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*, cit., art. 3 par. 1, lett. *f*)

[58] Tra l'altro il riferimento ai «rapporti di affari consolidati» rappresentava una differenza macroscopica tra la proposta di direttiva e la bozza di trattato internazionale su impresa e diritti umani oggetto di negoziazione in ambito onusiano (cfr. *OEIGWG, Third revised draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises* del 17 agosto 2021). La proposta di trattato – ai cui lavori partecipa anche l'Unione europea – utilizza la nozione di "relazione di affari" (c.d.

Infine, va segnalato che la stessa applicabilità della disciplina della direttiva alle "catene del valore" non è rimasta indenne alle divergenti vedute esistenti tra gli Stati membri, divisi tra quanti sono favorevoli all'estendere la disciplina della futura direttiva all'intera catena del valore delle imprese interessate, e quanti propendono per circoscriverne l'ambito solo alle catene di approvvigionamento (c.d. *supply chain*). Tali divergenze sono evocate dalle vicissitudini che hanno accompagnato l'utilizzo del termine *value chain* nel testo della proposta: inserito inizialmente dalla Commissione nella versione adottata il 23 febbraio 2022, che quindi adottava un approccio più ampio rispetto alle normative nazionali degli unici due Paesi UE che già hanno legiferato in materia, cioè Francia e Germania, il termine è stato sostituito da «chain of activities» negli emendamenti proposti dal Consiglio nel novembre 2022, salvo poi essere reinserito dal Parlamento europeo con gli emendamenti di fine aprile 2023.

6. L'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'obbligo di *due diligence* sui diritti umani

Sui generis la tecnica prescelta dalla Commissione per determinare l'ambito di applicazione *ratione materiae* della futura direttiva. L'art. 3, lett. *b*) e *c*), del testo licenziato il 23 febbraio 2022, infatti, nel fornire la definizione delle nozioni di 'impatto ambientale negativo' e 'impatto negativo sui diritti umani' rinvia alle violazioni dei divieti e degli obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia ambientale e dagli strumenti internazionali sui diritti umani elencati nelle Parti II e I dell'Allegato alla proposta di direttiva[59]. Si tratta di un elenco di fattispecie di violazioni ambientali e dei diritti umani, previsto nella Parte I dell'Allegato, cui ogni impresa dovrà indirizzare

business relationships) e ne adotta una definizione ampia come «any relationship between natural or legal persons including State and non-State entities, to conduct business activities, including those activities conducted through affiliates, subsidiaries, agents, suppliers, partnerships, joint venture, beneficial proprietorship, or any other structure or relationship as provided under the domestic law of the State, including activities undertaken by electronic means» (cfr. art. 1.5), che risulta essere maggiormente allineata con i Principi guida. Paradossalmente, la formulazione originaria della proposta di direttiva rischiava di introdurre nell'ordinamento europeo uno standard normativo meno stringente di quello oggetto di negoziazione a livello internazionale. Per un'analisi comparata della bozza di trattato internazionale e della proposta di direttiva v. R. GRECO, *Corporate Human Rights Due Diligence and Civil Liability: Steps Forward Towards Effective Protection?*, cit., p. 5 ss.

[59] Commisisone europea, *Annex to the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*, cit.

le proprie misure di mappatura, prevenzione e mitigazione. Tale elenco è completato da una clausola residuale di salvaguardia che, con una formulazione che non brilla per chiarezza, intenderebbe sancire l'estensione dell'ambito materiale della futura normativa ad ogni altra violazione di diritti umani che sebbene non menzionati nell'elenco di cui alla Parte I risultano inclusi in una lista di strumenti internazionali sui diritti umani elencati nella sezione 2 della Parte I. Tali violazioni rientrerebbero nell'ambito di applicazione della direttiva «(…), provided that the company concerned could have reasonably established the risk of such impairment and any appropriate measures to be taken in order to comply with the obligations referred to in Article 4 of this Directive taking into account all relevant circumstances of their operations, such as the sector and operational context»[60].

La formulazione del testo elaborato della Commissione presta il fianco a diverse critiche. Oltre alla vaghezza e genericità di alcune espressioni, la terminologia impiegata non risulta allineata con i Principi guida, né si evince in base a quali parametri dovrebbe operare la condizione sancita dalla clausola di salvaguardia secondo cui «il rischio di violazione debba essere ragionevolmente stabilito dall'impresa interessata». Il testo della Commissione, piuttosto, sembra adombrare un ambito di applicazione della futura direttiva "a due velocità". Esso opera, in effetti, una differenziazione tra i diritti della Parte I, garantiti da uno stringente ed incondizionato obbligo di *due diligence*, ed i diritti della sezione 2 che invece sarebbero sottoposti alle summenzionate condizioni. In aggiunta, l'approccio della Commissione sembra perseguire la necessità di un approccio selettivo delle norme sui diritti umani da applicare ai fini della *due diligence* d'impresa in materia di diritti umani e ambiente con la conseguenza di circoscriverne l'applicazione ad un particolare sottoinsieme di diritti fondamentali e di norme ambientali. Questa scelta sembra dettata da motivazioni di certezza del diritto volte a facilitare l'accertamento delle responsabilità delle imprese nelle situazioni di mancata *compliance*. L'obiettivo è, insomma, quello di armonizzare lo standard di riferimento dell'obbligo di *due diligence* evitando lo "shopping normativo" con cui le imprese riescono ad esternalizzare i costi degli impatti negativi sull'ambiente e sui diritti umani, imponendo alla casa madre o alla *lead company* di esercitare la diligenza necessaria per assicurare il rispetto di tale standard anche da parte delle imprese affiliate, dei fornitori e dei contraenti che operano in Stati che sono vincolati sul piano internazionale da standard meno rigorosi. Ebbene, se tali motivi sono comprensibili, bisogna anche ri-

[60] Così il par. 21.

conoscere che la soluzione adottata nel testo elaborato dalla Commissione si discosta dai Principi guida che, al Principio 12, affermano invece che le imprese con le loro operazioni economiche possono avere un impatto, diretto o indiretto, praticamente *sull'intero spettro dei diritti umani emersi a livello internazionale*, ivi incluse su quelle garanzie tradizionalmente considerate "esigibili" solo nei confronti degli Stati – si pensi ad esempio al diritto a libere elezioni – e che invece oggigiorno sono oggetto di intrusioni, anche gravi, da parte delle imprese[61]. Non solo, l'elenco contenuto nella sezione 2 della Parte I dell'Allegato omette sorprendentemente qualsiasi riferimento a strumenti internazionali particolarmente importanti per la materia *de qua agitur*. Tra i tanti: la Convenzione ILO n. 190 sulla violenza e le molestie sui luoghi di lavoro del 2019; la Convenzione internazionale sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie adottata dall'Assemblea generale ONU nel 1990; la Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata del 2006; la Convenzione ILO n. 169 sulle popolazioni indigene e tribali del 1989. Sono omessi, cosa non meno sorprendente, i principali strumenti regionali europei in materia di diritti umani e segnatamente la CEDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Medesime problematiche emergono con riferimento agli strumenti in materia ambientale e in tema di cambiamento climatico[62].

Bene ha fatto, conseguentemente, il Parlamento europeo con gli emendamenti votati il 1° giugno 2023 ad intervenire su alcuni di questi aspetti problematici. Oltre all'opera di razionalizzazione e chiarificazione della terminologia impiegata e all'allargamento della base sostanziale dell'ambito di applicazione materiale del testo della proposta con l'inserimento di diritti inizialmente non inclusi dalla Commissione[63], il Parlamento ha cercato di

---

[61] Proprio con riferimento al diritto a libere elezioni un esempio di palmare evidenza di quanto andiamo dicendo è rappresentato dallo scandalo *Cambridge Analytica* e le presunte interferenze esercitate sul diritto a libere elezioni di milioni di cittadini americani a causa della manipolazione di dati raccolti da Facebook e da essa condivisi con la società in questione. Per un analisi, cfr. D. DESIERTO, *Human Rights in the Era of Automation and Artificial Intelligence*, in *EJIL:Talk!*, 26 febbraio 2020.

[62] Insomma, sarebbe preferibile che la futura normativa assoggetti tutte le violazioni di diritti umani al medesimo regime, senza condizioni o requisiti ulteriori, e ciò sulla base di un elenco di violazioni che dovrebbe essere esemplificativo, anziché tassativo, in modo da evitare di incorrere nei rischi di lacune derivanti dalla mancata inclusione di norme e strumenti internazionali rilevanti, a causa di meri errori materiali del legislatore, oppure perché adottati dopo l'entrata in vigore della futura direttiva.

[63] Ad es. nel testo adottato dal Parlamento come base di discussione per la fase finale del processo legislativo sono finalmente presenti, *inter alia*, il diritto ad un salario minimo di sussistenza, quello ad un cibo adeguato e quello a standard di vita adeguati, il diritto all'autoderminazione delle popolazioni indigene. Tra gli strumenti internazionali aggiunti dal Parlamento ritroviamo la Convenzione ILO n. 169 sulle popolazioni indigene e tribali, la

muoversi anche nel senso di un maggiore allineamento con i Principi guida[64].

Oltre al numero stringato delle violazioni ambientali incluse nel testo presentato dalla Commissione risalta l'esclusione dei cambiamenti climatici dal perimetro di applicazione della direttiva. Sotto il primo punto di vista, tra gli strumenti chiave che non sono menzionati dall'Allegato alla proposta di direttiva figurano: l'Accordo di Parigi sul clima del 2015 (a dispetto dell'art. 15 che invece effettua un rinvio agli obblighi in materia di clima derivanti da tale trattato), la Convenzione di Ramsar sulle zone umide di importanza internazionale del 1971; la Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi (MARPOL 73/78); la Convenzione sul diritto del mare del 1982; la Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale. Sul punto, fortunatamente gli emendamenti adottati dal Consiglio dal Parlamento hanno colmato buona parte di siffatte lacune. Sotto il secondo punto di vista, il cambiamento climatico non è incluso tra i rischi oggetto degli obblighi di *due diligence* introdotti dalla direttiva. Esso è, invece, contemplato in una disposizione separata, l'art. 15, che introduce un obbligo più generico che impone alle imprese di adottare un mero *piano* «atto a garantire che il modello di business e la strategia aziendale perseguiti siano compatibili con la transizione a un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5° C in conformità dell'accordo di Parigi». Il testo presentato dalla Commissione prevede che il piano in questione fornisca, tra l'altro, «la misura in cui i cambiamenti climatici rappresentano un rischio per le attività della società ovvero un loro possibile impatto». Si tratta di un'attività di valutazione del rischio che è limitata, tuttavia, alle sole «informazioni di cui la società può ragionevolmente disporre». Gli emendamenti del Parlamento hanno meglio contestualizzato le disposizioni in esame sottolineandone il collegamento con le politiche unionali volte a

---

Convenzione ILO n. 155 sulla salute e sicurezza sul lavoro, gli strumenti di diritto internazionale umanitario e una serie di obblighi derivanti dalle convenzioni internazionali in materia di ambiente ivi inclusi quelli derivanti dagli strumenti internazionali sulla lotta al cambiamento climatico (v. *infra*).

[64] Rilevante in tal senso è il recepimento della definizione di «impatto negativo sui diritti umani» (c.d. *adverse human rights impact*) derivante dal sistema dei Principi guida in termini di «qualsivoglia tipo di azione che rimuove o riduce la capacità di un individuo o di un gruppo di persone di godere dei diritti o di ricevere protezione dai divieti contenuti nelle convenzioni e negli altri strumenti internazionali elencati nell'allegato» della direttiva (in materia cfr. Alto Commissariato sui diritti umani, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide*, cit., p. 5 e p. 15).

realizzare una "giusta transizione" (c.d. *just transition*)[65]. D'altro canto, risulta cassato il dovere per le imprese di realizzare attraverso il piano una valutazione del rischio di impatto negativo sul cambiamento climatico che era previsto nel testo della Commissione e che è stato sostituito con una più generica attività di «identification and explanation of decarbonisation levers within the company's operations and value chain»[66].

Infine, alle disposizioni di cui all'art. 15 si applica esclusivamente il regime di controlli di tipo amministrativo previsto dall'art. 18, risultando invece esclusa la possibilità di applicare i meccanismi di responsabilità civile sancita dall'art. 22 che è limitata esclusivamente agli obblighi di prevenzione e di intervento sugli impatti negativi come sanciti dagli art. 7 e 8 in relazione al processo di *due diligence*. Si tratta di una limitazione particolarmente grave ove si consideri l'importanza degli obiettivi di rafforzamento dell'accesso a dei rimedi per le vittime di violazioni della proposta di direttiva (v. *infra*) nonché la crescita del contenzioso giudiziario contro le imprese in tema di cambiamento climatico[67].

7. L'accesso ai rimedi, i meccanismi sanzionatori della proposta di direttiva e il problema della responsabilità civile dell'impresa per le violazioni dei diritti umani e dell'ambiente

Uno degli obiettivi della proposta è quello di facilitare l'accesso ai rimedi per le vittime di violazioni dei diritti umani che derivano dalla inosservanza da

---

[65] Significativo è, in tal senso, il rinvio al Programma d'azione generale dell'Unione per l'ambiente fino al 2030 (decisione (UE) 2022/591 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 aprile 2022 relativa a un programma generale di azione dell'Unione per l'ambiente fino al 2030) e la comunicazione del 2019 sul *Green Deal* europeo (cfr. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni dell'11 dicembre 2019, *Il Green deal europeo*).

[66] Cfr. art. 15, par. 1, lett. *c*), del testo votato dal Parlamento.

[67] Insomma, sotto il profilo del contenzioso climatico la proposta di direttiva rischia di incorporare principi meno 'garantisti' di quelli che già ora risultano applicati dalla giurisprudenza di alcuni tribunali interni degli Stati membri dell'Unione. Emblematica è a tal fine la decisione resa dalla Corte distrettuale dell'Aja nel 2021 nel caso *Shell* in cui la società convenuta è stata condannata a ridurre le proprie emissioni di gas serra. Si tratta della prima volta in cui una azione in materia di contenzioso climatico presentata da parti private – un'associazione ambientalista – contro altre parti private – un colosso dell'industria petrolifera – ha avuto esiti positivi (cfr. Corte distrettuale dell'Aja, *Milieudefensie v. Royal Dutch Shell PLC and Shell Petroleum Development Company of Nigeria*, del 26 maggio 2021, C/09/571932/HAZA 19-379. In dottrina cfr. M.-P. WELLER, M.-L. TRAN, *Climate Litigation against Companies*, in *Climate Action*, vol. 14, 2022, p. 1 ss. V. anche, per un inquadramento del problema alla luce degli standard internazionali su impresa e diritti umani, C. MACCHI, *Business, Human Rights and the Environment: The Evolving Agenda*, Berlin, 2022, in part. p. 111 ss.

parte delle imprese degli obblighi in essa fissati[68]. In effetti, è soprattutto la garanzia del diritto di accesso a dei rimedi a risultare carente quando si esaminano le violazioni dei diritti umani che avvengono nel quadro delle attività delle imprese. Ciò dipende dall'*accountability gap* originato dalle asimmetrie tra attività delle imprese e la capacità degli ordinamenti, tanto quello internazionale quanto quelli interni dei singoli Stati, di affrontare efficacemente le conseguenze negative che tali attività possono generare. Tali asimmetrie si traducono in vere e proprie barriere all'accesso ai rimedi per le vittime, togliendo 'sostanza' ad una delle pietre angolari del sistema di tutela dei diritti umani: avere la possibilità di rivolgersi ad un giudice per ottenere un ristoro della violazione[69]. In estrema sintesi, da un lato i meccanismi internazionali sui diritti umani individuano come oggetto del proprio scrutinio esclusivamente gli Stati e non le imprese; dall'altro lato, i meccanismi giudiziari nazionali che invece hanno la possibilità di 'giudicare' le condotte delle imprese, spesso non garantiscono l'effettività dell'accesso ai rimedi per le vittime a causa delle diverse tipologie di ostacoli che caratterizzano le controversie transnazionali: ostacoli di tipo giurisdizionale; quelli a carattere procedurale originati dalla difficoltà di accesso alle informazioni, quelli collegati ai costi di rappresentanza legale, quelli derivanti dal regime di amministrazione delle prove e dai differenti rapporti di forza che caratterizzano le vittime e le imprese; quelli derivanti dall'applicazione di principi del diritto societario che 'proteggono' la società madre dai comportamenti delle filiali (ad es. il c.d. velo societario); quelli derivanti dalla applicazione delle norme di diritto internazionale privato (ad es. sulla competenza giurisdizionale, sull'individuazione del diritto applicabile, ecc.)[70].

Ora, la proposta di direttiva non contiene una disposizione specifica in materia di accesso ai rimedi; tuttavia, essa include un sistema di rimedi che ruota intorno a due meccanismi complementari. In primo luogo, le disposizioni degli art. 20 e 21 istituiscono un sistema di controlli, con annesse san-

---

[68] In tal senso il rapporto esplicativo della proposta secondo cui «This Directive will (…) improve access to remedies for those affected by adverse human rights and environmental impacts of corporate behaviour»» (cfr. Commissione europea, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*, COM(2022)71 final del 23 febbraio 2022, *Explanatory Memorandum*, p. 3.

[69] Cfr. Agenzia dell'Unione Europea per i diritti fondamentali, *Improving access to remedy in the area of business and human rights at the EU level Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights*, Parere n. 1/2017, del 10 aprile 2017.

[70] Per una rassegna di tali ostacoli esistenti nei diversi Paesi UE cfr. Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, *Business and Human Rights – Access to Remedy*, Luxemburg, 2020. Cfr. anche Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Human Rights and Business*, Recommendation CM/Rec(2016)3, del 2 marzo 2016, par. 35-36.

zioni, che è affidato ad autorità di supervisione nazionale; in secondo luogo l'art. 22, prevede la responsabilità civile da risarcimento del danno delle imprese che violino gli obblighi fissati nella futura normativa.

Con riferimento al sistema di controlli, l'art 17 della proposta prevede l'obbligo degli Stati membri di istituire delle autorità nazionali di controllo – cui corrisponde a livello europeo un network europeo di tali autorità – incaricate di vigilare il rispetto degli obblighi previsti dalle disposizioni nazionali adottate in attuazione della direttiva, ivi incluso quelle relative all'obbligo di *due diligence* aziendale[71]. Agli Stati membri è richiesto, in particolare, di istituire delle autorità di controllo dotate di indipendenza che avranno il potere di richiedere informazioni e svolgere indagini d'ufficio, oppure in seguito ad una "segnalazione circostanziata" (c.d *substantiaded concern*) trasmessa ai sensi dell'art. 19, qualora vi siano notizie sufficienti a indicare una possibile violazione da parte di una impresa degli obblighi sanciti dalle disposizioni nazionali adottate in attuazione della direttiva. Il testo della proposta di direttiva, in particolare, prevede che le autorità di controllo dispongano come minimo dei seguenti poteri: *a*) ordinare alle imprese la cessazione della violazione, di astenersi da qualsiasi reiterazione della condotta in questione e, se del caso, di adottare i provvedimenti correttivi proporzionati alla violazione e necessari per porvi fine; *b*) imporre sanzioni ai sensi dell'art. 20 che siano, secondo una formula di rito nei processi legislativi di armonizzazione minima delle istituzioni legislative eurounitarie, "effettive, proporzionate e dissuasive".

Con riferimento alla responsabilità civile delle imprese, l'art. 22 richiede agli Stati membri di garantire che le imprese siano responsabili dei danni causati dalla inosservanza degli obblighi di prevenire, mitigare e porre fine gli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente[72]. Si tratta, senz'altro, di una disposizione che rappresenta una indiscutibile novità dal punto di vista del rafforzamento della tutela effettiva dei diritti umani dalle violazioni che avvengono nel quadro delle operazioni economiche delle imprese ma che non è immune da alcune criticità. Innanzitutto, la lettera della disposizione in esame chiarisce che la responsabilità civile dell'impresa emerge solo ed esclusivamente in relazione alle violazioni degli obblighi di *due diligence* – e tra l'altro nemmeno tutti – sanciti nel suo testo. In altre parole, nella futura di-

[71] Gli emendamenti votati dal Parlamento europeo al testo della proposta prevedono che al network europeo potranno partecipare anche le agenzie dell'Unione europea aventi competenze in materia come, ad esempio, l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, l'Agenzia europea dell'Ambiente, l'Autorità europea del lavoro (cfr. art. 21, par. 1, sottoparagrafo 2).

[72] Cfr. l'art. 22, par. 1.

rettiva il meccanismo di responsabilità non si applicherà alle violazioni dei diritti umani e ai danni all'ambiente che si verificheranno nell'ambito delle attività del gruppo aziendale in generale. Inoltre, e come anticipato, la disposizione dell'art. 22 sancisce la responsabilità civile delle imprese ma a condizione che *a*) l'impresa non abbia ottemperato agli obblighi imposti dagli articoli 7 e 8, e *b*) purché in conseguenza di tale inadempienza si sia verificato un impatto negativo che avrebbe dovuto essere individuato, prevenuto, mitigato, arrestato o minimizzato mediante le misure previste dagli articoli 7 e 8, e sempre che tale impatto negativo abbia originato dei danni. Così come formulata la lettera della disposizione solleva il più che reale dubbio che alle vittime sarà consentito agire in giudizio per far valere la responsabilità civile dell'impresa esclusivamente in relazione alla violazione di un numero limitato di obblighi di vigilanza, e cioè quelli fissati dagli art. 7 e 8 e relativi all'inosservanza del dovere di prevenire e mitigare i potenziali impatti negativi o porre termine o minimizzare gli impatti negativi già in essere. Non sono inclusi, insomma, nel regime di responsabilità l'inosservanza di altri obblighi di *due diligence* come quelli relativi all'identificazione degli impatti negativi reali o potenziali (art. 6), al monitoraggio dell'efficacia della *policy* aziendale e delle misure di *due diligence* (art. 10). Inoltre, va osservato come la responsabilità delle imprese potrà essere fatta valere esclusivamente se risulti provato il diretto nesso causale tra l'inosservanza degli obblighi di *due diligence* da parte dell'impresa e l'evento dannoso. La prova di tale nesso causale, in assenza di meccanismi volti a riequilibrare le diverse posizioni di forza tra le parti processuali[73], costituisce una delle principali barriere all'accesso delle vittime a delle vie di rimedio, a causa della opacità delle relazioni intrasocietarie e della scarsa trasparenza circa le informazioni a tal fine rilevanti per le vittime.

C'è un ulteriore elemento di criticità che caratterizza il meccanismo di responsabilità civile. Se la *ratio* dell'intervento del legislatore europeo è quello di assicurare che le vittime possano agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni derivanti da tale omissione tanto quando inerenti le relazioni tra casa madre e società affiliate quanto derivanti dalle attività lungo le catene del valore, la soluzione raggiunta nel corso dei lavori legislativi lascia perplessi.

Nel testo presentato dalla Commissione la responsabilità delle imprese deriva dal mancato rispetto dei loro obblighi di prevenire gli impatti negativi

[73] Un esempio, peraltro piuttosto controverso, è rappresentato dall'inversione dell'onere della prova dalle vittime alle imprese.

potenziali e di porre fine agli impatti attuali originati nell'ambito delle proprie operazioni, delle operazioni delle loro controllate o affiliate, nonché nell'ambito delle operazioni lungo la catena del valore che sono realizzate da enti con cui l'impresa ha una relazione commerciale consolidata, qualora tale inadempienza provochi un danno[74]. Alla luce del testo licenziato dalla Commissione ne discende che una società può essere responsabile degli impatti negativi delle operazioni di una sua società affiliata (c.d. *subsidary*)[75], nonché di quelli originati dalle operazioni condotte da enti con cui l'impresa ha un "rapporto d'affari consolidato" (c.d. *established business relationship*)[76]: la conseguenza è che, come anticipato *supra*, risulterebbe esclusa la responsabilità civile dell'impresa per gli impatti nella catena del valore derivanti da attività di enti con cui l'impresa non ha un rapporto consolidato, con la possibilità data alle imprese di creare facili *escamotage* per eludere l'applicazione degli obblighi di vigilanza, semplicemente frammentando le proprie relazioni commerciali lungo la catena del valore. Proprio per evitare tali conseguenze, si è detto, il riferimento al 'rapporto d'affari consolidato' è stato, pertanto, cassato tanto dal Consiglio quanto dal Parlamento, optandosi per una rivisitazione integrale della disciplina.

Nel testo approvato dal Parlamento il 1° giugno 2023, in effetti, la responsabilità civile delle imprese da risarcimento dei danni derivanti dalla mancata osservanza degli obblighi sanciti dalla futura normativa si applica a condizione che tale omissione «abbia *causato* o *contribuito a causare* un impatto negativo che avrebbe dovuto essere identificato (…) prevenuto, mitigato, portato a termine, rimediato o minimizzato attraverso le misure appropriate, e ha portato a un danno»[77]. In altre parole, alla luce della lettera dell'art. 22 come da emendamenti proposti dal Parlamento, la responsabilità civile delle imprese sarà applicata, esclusivamente a due dei tre criteri di attribuzione fissati dai Principi guida, e recuperati nel testo del Parlamento, che sono stati analizzati precedentemente. Nulla si dice, quindi, relativamente al terzo criterio di attribuzione – quello del *collegamento diretto* tra l'impatto negativo ed i prodotti ed i servizi dell'impresa – e che, invece, è a nostro giudizio decisivo ai fini dell'attribuzione delle responsabilità per le violazioni che si verificano nelle catene del valore. Le modifiche apportate

[74] Così la lettura congiunta degli art. 1 e 22 del testo della proposta di direttiva presentata dalla Commissione.
[75] Come visto più sopra la nozione di controllo societario adottata dalla direttiva è piuttosto flessibile includendo anche il controllo di fatto e l'esercizio effettivo di un'influenza dominante (v. *supra*, par. 5).
[76] Secondo la definizione datane dall'art. 3, lett. f), del testo proposto dalla Commissione.
[77] Cfr. art. 22, par. 1, lettere *a*) e *b*), del testo del Parlamento. L'enfasi è nostra.

dal Parlamento, insomma, sembrerebbero andare nella direzione di escludere la responsabilità civile delle *lead company* nelle ipotesi di collegamento, fissando tale regime di responsabilità esclusivamente quando l'impresa partecipi alla violazione, causandola, oppure contribuendo alla sua commissione da parte di enti terzi. Si tratta di una evidente discrasia rispetto quanto stabilito dai Principi guida ONU e in modo particolare dal Principio 13, lett. *b*). Secondo tale disposizione, a ben vedere, alle imprese è richiesto di «impegnarsi a prevenire o mitigare gli impatti negativi sui diritti umani direttamente collegati alle loro operazioni, ai loro prodotti o ai loro servizi in virtù di una relazione commerciale, anche se esse non abbiano contribuito a tali impatti». La responsabilità da "collegamento diretto" riguarda, insomma, quelle fattispecie in cui l'impresa non ha causato l'impatto negativo, non ha contribuito al suo verificarsi, ma ciononostante esiste un collegamento tra le sue operazioni economiche, i suoi prodotti o i suoi servizi e l'impatto negativo che si verifica attraverso le relazioni commerciali dell'impresa stessa … nelle catene del valore! La caratteristica saliente di tale terza forma di responsabilità dell'impresa sancita dai Principi guida risiede nel fatto che essa incorpora uno standard di diligenza, e cioè adottare le misure necessarie per prevenire l'impatto negativo[78]. In altri termini è l'omessa adozione da parte dell'impresa delle misure necessarie per prevenire l'impatto, in presenza del proseguimento della relazione commerciale con l'ente terzo che lo causa, ad originare la responsabilità dell'impresa[79].

Questa omissione nel testo del Parlamento deriva, a nostro avviso, da una errata interpretazione delle rilevanti disposizioni dei Principi guida ONU e segnatamente del Principio 22, e del relativo commentario, lì dove si afferma che «[w]here adverse impacts have occurred that the business enterprise has not caused or contributed to, but which are directly linked to its operations, products or services by a business relationship, *the responsibility to respect human rights does not require that the enterprise itself provide for remediation*, though it may take a role in doing so»[80]. In altri termini, la disposizione in esame, ed il suo commentario, intendono esonerare l'impresa collegata all'impatto negativo dall'onere di provvedere ai meccanismi rimediali del ca-

[78] Sia consentito il rinvio a M. FASCIGLIONE, *The Enforcement of Corporate Human Rights Due Diligence: From the UN Guiding Principles on Business and Human Rights to the Legal Systems of the EU Countries*, in *Human Rights and International Legal Discourse* 2016, p. 94 ss.
[79] Cfr. C. MACCHI, *Business, Human Rights and the Environment*, cit., p. 69.
[80] Cfr. Consiglio dei diritti umani, *Report of the Special Representative of the SecretaryGeneral on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, cit. L'enfasi è nostra.

so[81], posto che questi ultimi sono di competenza diretta dell'ente terzo (il partner commerciale). Essa non intende, invece, esonerare l'impresa da eventuali responsabilità da risarcimento dei danni che dovessero risultare in assenza dei – o nonostante i – tentativi rimediali a causa della mancata adozione da parte dell'impresa delle misure del caso. La disposizione del Principio 22, in altre parole, collocata nel secondo pilastro nulla ha da vedere con l'eventuale responsabilità da risarcimento del danno per l'omissione dell'obbligo di *due diligence* che grava sulla *lead company* collegata per il tramite dei suoi servizi e prodotti alla violazione[82].

7.1. Gli aspetti di diritto internazionale privato (non) "toccati" dalla proposta di direttiva

Abbiamo già avuto modo di sottolineare come la complessa realtà delle dinamiche produttive globali, in particolare in relazione alle attività transfrontaliere delle imprese, comporta che diversi ordinamenti giuridici entrino in contatto tra loro e che ciò costituisce la causa maggiormente rilevante di ostacoli giuridici che i ricorrenti devono affrontare quando intendono agire per ottenere un risarcimento dei danni derivanti dalle operazioni che coinvolgono diverse imprese di un gruppo societario o di imprese che operano all'interno delle catene del valore. Insomma. in queste situazioni, un ruolo cruciale è svolto dalle norme di diritto internazionale privato e la *centralità* di questo sistema «nelle strategie di esternalizzazione dei rischi e di affrancamento dalla responsabilità civile posta dalle imprese» è oramai un elemento pacificamente riconosciuto[83]. Ora, la proposta di direttiva non contiene disposizioni specifiche volte a regolare le questioni riguardanti la competenza giurisdizionale o il diritto applicabile che possano emergere quando un'azione civile intentata in base ad una futura normativa nazionale di tra-

[81] Si tratta dei c.d. *operational level grievance machanisms* citati dalla disposizione in esame.
[82] L'analisi di questi aspetti non rientra tra gli obiettivi di questo lavoro. Ci limitiamo ad evidenziare in questa sede che a nostro giudizio tale obbligo di *due diligence* ingloba uno standard di condotta, cioè il dovere di adottare le misure necessarie a prevenire l'impatto negativo causato da terzi con cui l'impresa intrattiene relazioni commerciali. Esso origina una responsabilità il cui elemento saliente risiede nel fatto che l'impresa trascuri di proposito il fatto che enti terzi compiono violazioni dei diritti umani nell'ambito delle proprie relazioni commerciali, traendone un vantaggio e rimanendo …passivamente silente! Per un'analisi approfondita rinviamo a M. FASCIGLIONE, *Impresa e diritti umani nel diritto internazionale. Teoria e prassi*, Torino (in corso di pubblicazione).
[83] In tal senso cfr. G. CARELLA, *Art. 19 della risoluzione dell'*Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law*: attuazione della responsabilità sociale d'impresa e diritto internazionale privato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, p. 169 ss.

sposizione dell'articolo 22 sollevi elementi transfrontalieri come avviene, ad esempio, quando il danno si verifichi al di fuori dell'Unione[84].

Con riferimento ai problemi di giurisdizione, in tali fattispecie troveranno applicazione le norme uniformi che l'Unione ha armonizzato da ultimo con il regolamento Bruxelles I *bis*[85]. Tali norme consentono che le imprese domiciliate in uno dei Paesi membri possano essere citate in giudizio presso le corti dello Stato in cui esse hanno domicilio anche per i danni causati da fatti illeciti posti in essere in Paesi terzi. Per le imprese, il domicilio è determinato ai sensi dell'art. 63, par. 1, ed è individuato come il luogo in cui una società o altra persona giuridica ha la sua sede legale, l'amministrazione centrale o il centro principale di attività[86]. Ne deriva che, le vittime di abusi dei diritti umani e di danni ambientali derivanti dall'inosservanza da parte di un'impresa europea degli obblighi di *due diligence* previsti dalla direttiva potranno citare in giudizio l'impresa nello Stato membro in cui essa è domiciliata. Più complessa è, tuttavia, la situazione qualora un'impresa soggetta agli obblighi che saranno fissati dalla direttiva non sia domiciliata in uno Stato membro. Infatti, le norme uniformi dell'Unione in materia di conflitto di giurisdizione non assicurano un titolo giurisdizionale *ad hoc* per le azioni di risarcimento del danno delle vittime di violazioni dei diritti umani compiuti in Stati terzi da parte di imprese europee o imprese ad esse collegate[87]. Né il testo della proposta, almeno per come esso vive allo stato attuale, è di ausilio a tale fine. La proposta di direttiva, a ben vedere, non utilizza il criterio del domicilio per determinare quali società siano soggette agli obblighi di *due diligence*, ma rinvia, invece, ai requisiti dimensionali di cui agli art. 2 e 3 e ricorre, per quanto riguarda le imprese create in base all'ordinamento giuridico di Paesi extra-europei, a precisi criteri di fatturato nell'Unione (v. *supra*). Insomma, nel caso di azioni da risarcimento dei danni intentate nei confronti

---

[84] Per un'analisi delle diverse problematiche di diritto internazionale privato solelvate dalla proposta di direttiva v. A. BONFANTI, *Catene globali del valore, diritti umani e ambiente, nella prospettiva del diritto internazionale privato*, cit. p. 295 ss. e in part. 312 ss.

[85] Cfr. Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (rifusione).

[86] Per quanto riguarda l'Irlanda, Cipro e il Regno Unito, per "sede statutaria" si intende il «registered office» o, se non esiste alcun «registered office», il «place of incorporation» (luogo di acquisizione della personalità giuridica), ovvero, se nemmeno siffatto luogo esiste, il luogo in conformità della cui legge è avvenuta la «formation» (costituzione).

[87] Per una ricostruzione dei termini della questione, cfr. F. MARRELLA, *I Principi Guida dell'ONU sulle imprese e i diritti umani del 2011 e l'accesso ai rimedi tramite gli strumenti di diritto internazionale privato europeo: una valutazione critica*, in M. CASTELLANETA, F. VESSIA (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa tra diritto societario e diritto internazionale*, Napoli, 2019, p. 315 ss.

di imprese soggette agli obblighi sanciti dalla direttiva ma non domiciliata nell'UE, e in conformità con il regolamento Bruxelles I *bis*, toccherà al diritto nazionale dello Stato membro in cui l'azione legale è stata intentata determinare se il tribunale dello Stato membro sarà competente a conoscere l'azione legale, con soluzioni che potranno variare in base alle caratteristiche di ciascun caso concreto. In assenza di disposizioni volte a riconoscere il *forum necessitatis* come titolo residuale di giurisdizione[88], ciò può comportare il verificarsi di disparità nell'accesso alla giustizia tra gli Stati membri, nonché una mancanza di certezza per le vittime quando esse cerchino di far valere la responsabilità di imprese non domiciliate nell'UE ai sensi delle future normative nazionali di trasposizione delle disposizioni dell'articolo 22.

Le cose non cambiano allorquando si volga lo sguardo al problema dell'individuazione del diritto applicabile ambito in cui trovano applicazione le norme uniformi adottate da ultimo con il regolamento Roma II[89]. In effetti, anche qualora i tribunali europei dovessero riconoscere la propria giurisdizione sulle azioni di risarcimento del danno depositate, ai sensi della futura normativa, da vittime di violazioni dei diritti umani compiuti in Stati terzi da parte di imprese europee, imprese extra-europee ma operanti nel mercato UE, e dalle imprese loro collegate, l'identificazione del diritto applicabile (c.d. *choice of law*) può comunque condurre a risultati insoddisfacenti dal punto di vista dell'accesso ai rimedi delle vittime, negando ad esempio il diritto ad un risarcimento del danno, qualora essa conduca il giudice ad applicare una normativa più favorevole per l'impresa convenuta – come può avvenire quando si applichi la normativa del luogo in cui si è verificato l'illecito (*lex loci delicti* o *lex loci damni*) in luogo di quella dello Stato in cui si svolge il giudizio. La casistica giurisprudenziale in materia è piuttosto ampia: ostacoli derivanti dalla individuazione del diritto applicabile hanno riguardato,

[88] In ambito regionale europeo, in particolare in quello allargato del Consiglio d'Europa, l'applicazione del *forum necessitatis* è sostenuta dalla già citata raccomandazione del 2016 del Comitato dei Ministri su diritti umani e imprese secondo cui «[q]uando le imprese non sono domiciliate nella loro giurisdizione, gli Stati membri dovrebbero considerare la possibilità di permettere ai loro tribunali nazionali di esercitare la giurisdizione sulle azioni civili contro le imprese per le violazioni dei diritti umani ad esse collegate, se non è disponibile un altro foro efficace che garantisca un processo equo (forum necessitatis) e sussista una connessione sufficientemente stretta con lo Stato membro interessatc». L'esistenza di un obbligo degli Stati membri della CEDU ad assicurare una qualche forma di universalità della giurisdizione civile o a prevedere un titolo residuale di giurisdizione fondato sulla necessità è al centro del caso *Naït-Liman* deciso dalla Grande camera della Corte europea dei diritti umani nel 2018 (cfr. Corte EDU [GC], *Naït- Liman c. Svizzera*, ricorso n. 51357/07, sentenza del 15 marzo 2018, par. 84 ss.).

[89] Cfr. Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II).

ad esempio, l'applicazione di specifici obblighi di vigilanza sulle imprese convenute[90], oppure l'applicazione dei termini di prescrizione che le vittime avevano per agire in giudizio[91]. Insomma, a differenza di quanto avviene per altre fattispecie, come ad esempio il risarcimento del danno ambientale, per le quali il regolamento Roma II contiene disposizioni speciali prevedendo la facoltà per la parte attrice di scegliere la legge del foro in cui si è verificato l'evento che ha originato il danno (*lex loci actus*)[92], nessuna disposizione analoga è prevista nel sistema armonizzato dell'Unione per le azioni concernenti violazioni dei diritti umani dirette contro le imprese. In realtà, proprio con riferimento alla proposta di direttiva, un'interessante proposta era stata avanzata dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo nel rapporto del 2020 contenente le raccomandazioni circa l'elaborazione di un atto legislativo dell'Unione in materia. Il Parlamento, in effetti, proponeva di intro-

[90] Cfr. Corte superiore dell'Ontario, *Das v. George Weston Limited*, sentenza del 5 luglio 2017, ONSC 4129. Nel caso in esame, avente ad oggetto una *class action* intentata contro la società canadese George Weston Ltd per le sue responsabilità in relazione al crollo del Rana Plaza, la corte canadese ha ritenuto che la legislazione applicabile in base al diritto internazionale privato dell'Ontario dovesse essere quella del Bangladesh e non quella dell'Ontario e che, pertanto, non potesse applicarsi sulla società canadese l'obbligo di vigilanza (c.d. *duty of care*) sancito dalla normativa dell'Ontario ma non contemplato invece da quella del Bangladesh.

[91] Con riferimento al quadro giuridico europeo è nota la decisione del tribunale regionale di Dortmund nel caso *KiK*. I giudici tedeschi erano stati investiti di un ricorso depositato dai parenti delle vittime e dai lavoratori sopravvissuti all'incendio della fabbrica Pakistana dell'Ali Enterprises e che riforniva tessuti alla società tedesca di abbigliamento KiK. I ricorrenti affermavano che l'impresa tedesca esercitava un potere di direzione e controllo sulla fabbrica – in modo particolare in relazione alla normativa in materia di salute e sicurezza sul lavoro – poiché KiK, che acquistava il 70% dei tessili prodotti in quello stabilimento, fissava gli standard da rispettare oltre a prevedere un sistema di monitoraggio circa la loro osservanza attraverso audit ed ispezioni. Il tribunale ha riconosciuto la propria competenza giurisdizionale ma ha respinto nel merito la richiesta di risarcimento accertando il decorso del termine biennale di prescrizione stabilito dalla normativa Pakistana, individuata dai giudici come applicabile al caso concreto in base alle norme di diritto internazionale privato tedesche. Va notato che ovemai, accedendo alle richieste delle parti attrici, il tribunale avesse potuto optare per l'applicabilità del diritto tedesco, l'esito sarebbe stato verosimilmente diverso potendo i ricorrenti beneficiare del termine di prescrizione più lungo sancito dalle sezioni 203 e 204 del codice civile tedesco (cfr. *Muhammad Jabir and Others v. KiK Textilien und Non-Food GmbH* – 7 O 95/15, sentenza del 10 gennaio 2019). Per altri contesti regionali cfr. Corte superiore dello Stato del Delaware, *Abdur Rahaman et al. v. J.C. Penney Co. Inc., The Children's Place and Wal-Mart Stores Inc.*, sentenza del 4 maggio 2016, avente ad oggetto un altro caso originato dal disastro del Rana Plaza, in cui le corti statunitensi erano state chiamate a decidere su di una domanda di risarcimento dei danni depositata dai familiari di uno dei lavoratori deceduto e da un altro lavoratore che era rimasto ferito. I ricorrenti lamentavano che le imprese convenute, aventi sede in quella giurisdizione, avevano mancato di osservare l'obbligo di garantire condizioni di lavoro sicure. Nella sentenza del maggio 2016 la Corte ha respinto la richiesta dei ricorrenti accertando il decorso del termine di prescrizione di un anno previsto dalla normativa del Bangladesh, individuata come diritto applicabile in luogo di quella del Delaware, che prevede invece un termine di prescrizione più lungo, come invece era sostenuto dai ricorrenti.

[92] Cfr. art.7.

durre una disposizione specifica che attraverso una modifica delle norme di diritto uniforme unionali consentisse, in relazione alla individuazione del diritto applicabile alle violazioni dei diritti umani compiute da imprese europee in Paesi extra-europei, di individuare come diritto applicabile le norme dell'ordinamento con le «migliori garanzie in materia di diritti umani»[93]. Le raccomandazioni del Parlamento non hanno avuto accoglimento ma la proposta di direttiva include una disposizione di chiusura proprio in relazione alle potenziali fattispecie di contenzioso proveniente da Paesi extra-europei. Il par. 5 dell'articolo 22 del testo licenziato dalla Commissione fissa l'obbligo degli Stati membri di assicurare che il regime di responsabilità civile sancito dalle norme nazionali di trasposizione di tale disposizione sia considerato *norma di applicazione necessaria* in quelle fattispecie in cui il diritto applicabile non sia il diritto di uno Stato membro. La disposizione non è stata oggetto di emendamenti né da parte del Consiglio né da parte del Parlamento europeo.

Infine, *mutatis mutandis*, analogo discorso può essere fatto in relazione alle norme degli Stati membri applicabili in materia di onere della prova. Come oramai riconosciuto dalle principali istituzioni regionali europee operanti in materia di diritti umani, tali normative interne costituiscono spesso un ostacolo rilevante per le vittime, non esistendo nella maggior parte Paesi membri UE un diritto di accesso alle informazioni che siano in possesso della parte convenuta o di una terza parte quando tali informazioni sono rilevanti per comprovare le rivendicazioni delle vittime. Ciò vale, ad esempio, per quelle informazioni utili a provare il controllo della casa madre europea sulle sussidiarie[94] o l'esistenza di connessioni sufficienti con enti operanti lungo le catene di approvvigionamento[95]. Insomma, la proposta di direttiva avrebbe potuto armonizzare anche tali aspetti fissando l'obbligo degli Stati di rivede-

---

[93] Cfr. Parlamento europeo, *Draft Report with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability*, 2020/2129(INL), dell'11 settembre 2020. La proposta era conforme alle raccomandazioni provenienti da diversi ambienti istituzionali e di gruppi di studio: v. ad esempio l'Opinione n. 6 del già menzionato rapporto dell'Agenzia dei diritti fondamentali dell'unione europea su *Business and Human Rights. Access to Remedy* (FRA, *Business and Human Rights. Access to Remedy*, cit.); ma anche la raccomandazione del gruppo europeo di diritto internazionale privato del 2022 sul testo presentato dalla Commissione europea il 23 febbraio 2023 (Cfr. *Recommendation of the European Group of Private International Law (GEDIP) concerning the Proposal for a directive of 23 February 2022 on Corporate Sustainability Due Diligence, following up on its Recommendation to the Commission of 8 October 2021*, www.gedip-egpil.eu/).

[94] C. BRIGHT, *The Civil Liability of the Parent Company for the Acts or Omissions of Its Subsidiary: The Example of the Shell Cases in the UK and in the Netherlands*, in A. Bonfanti (ed.), *Business and Human Rights in Europe*, cit., pp. 212 ss.

[95] Così FRA, *Business and Human Rights. Access to Remedy*, Opinione n. 3, cit.

re le norme interne di procedura civile quando le regole applicabili impediscano l'accesso alle informazioni e alle prove delle vittime e prevedere meccanismi volti a facilitare tale l'accesso[96].

6. Conclusioni

L'*iter* legislativo avviato dalle istituzioni europee relativamente alla proposta di direttiva sulla *Corporate sustainability due diligence* rappresenta un fondamentale tassello nel processo di consolidamento di un sistema internazionale su impresa e diritti umani volto a proteggere l'individuo dalle violazioni che scaturiscono dalle operazioni economiche delle imprese, anche quando dipanantesi lungo le catene globali del valore. La proposta di direttiva – a maggior ragione qualora il processo legislativo sia portato a compimento – si colloca, insomma, in quel quadro di *normative hardening*[97] degli standard internazionali in materia con il definitivo superamento dell'approccio fondato sul volontarismo e sull'autoregolamentazione aziendale in favore della creazione di veri e propri obblighi indirizzati alle imprese e fermo restando il riconoscimento del ruolo prioritario dello Stato tanto nella prevenzione delle violazioni quanto nella garanzia di meccanismi di rimedio per le vittime.

La proposta di direttiva, a ben vedere, opera in due direzioni complementari. Da un lato, essa chiarisce gli obblighi (positivi) sostanziali e procedurali che gravano sugli Stati nella materia *de qua*. Tali obblighi presuppongono il ruolo dello Stato in qualità di *regolatore generale* cioè come soggetto deputato al compito di 'organizzare' l'apparato statale e tutte le strutture attraverso le quali si esercita il potere pubblico secondo modalità funzionali anche al controllo sul rispetto dei diritti umani nel corso delle attività economiche delle imprese e all'effettiva protezione delle vittime di violazioni[98]. Ebbene, siffatto obbligo di protezione che grava sugli Stati è soddisfatto anche attraverso la previsione di norme legislative che fissano sulle imprese obblighi di *due diligence* in materia di diritti umani e ambiente. Dall'altro lato, e sebbene formalmente indirizzata agli Stati, la proposta di direttiva concentra la propria attenzione sulla responsabilità civile delle imprese secondo una lo-

[96] Cfr. Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, *Human Rights and Business*, RecommendationCM/Rec(2016)3, cit. par. 43.
[97] Cfr. C. MACCHI, C. BRIGHT, *Hardening Soft Law*, cit.
[98] Cfr. J. RUGGIE, *Letter to the Business and Human Rights Resource Centre*, del 19 settembre 2019, consultabile al sito www.media.business-humanrights.org. Sia consentito anche il rinvio a M. FASCIGLIONE, *Per uno studio dei Principi Guida ONU su imprese e diritti umani*, cit., in part. pp. 40-41.

gica che è funzionale alla garanzia dell'accesso ai rimedi per le vittime. In altri termini, l'imposizione di obblighi di *due diligence* sulle imprese persegue l'obiettivo di facilitare l'accesso ad un adeguato risarcimento alle vittime di violazioni dei diritti umani e dell'ambiente e l'eliminazione degli ostacoli e delle barriere che normalmente si frappongono, in modo particolare nell'ambito del contenzioso transnazionale, a siffatto accesso[99]. Normative come quelle previste dalla proposta di direttiva dovrebbero, quindi, rendere più agevole l'accertamento della responsabilità da risarcimento dei danni delle imprese per le violazioni dei diritti umani ad esse riconducibili negli ordinamenti nazionali che costituiscono, in assenza di una giurisdizione internazionale competente in proposito, il foro privilegiato a disposizione delle vittime per ottenere 'giustizia'.

Ovviamente la proposta di direttiva non è esente da criticità e problematiche evidenziate nel corso di questo lavoro ed il processo legislativo che resta da compiere sino alla auspicata adozione della normativa si annuncia ancora tortuoso e non privo di ostacoli. È vero che, una volta che la direttiva sarà adottata, gli Stati avranno la facoltà di ricorrere alla clausola di revisione contenuta nell'art. 29 per colmare le eventuali lacune che dovessero residuare nella futura legislazione ed intervenire sull'effettività delle norme da essa introdotte, e non da ultimo di quelle relative al funzionamento dei meccanismi di responsabilità civile dinanzi alle corti nazionali[100]. Ciò detto resta comunque auspicabile che il legislatore europeo riesca ad intervenire sin da subito, in senso migliorativo, sul contenuto delle disposizioni dove si concentrano le maggiori criticità e su quelle che risultano più distanti rispetto ai Principi Guida ONU.

Insomma, si tratta di un cruciale banco di prova, in uno dei settori che risulta essere in maggior fermento negli studi internazionalistici ... *for the Times they are A-changing*[101].

---

[99] Cfr. R. MARES, *Liability within corporate groups: parent companies' accountability for subsidiary human rights abuses*, in S. DEVA, D. BIRCHALL (eds), *Research handbook on human rights and business*, cit., p. 446 ss.; L. ENNEKING, I. GIESEN, A.-J. SCHAAP, C. RYNGAERT, F. KRISTEN, L. ROORDA (eds), *Accountability, International Business Operations, and the Law. Providing Justice for Corporate Human Rights Violations in Global Value Chains*, London-New York, 2020.

[100] Cfr. Art. 29, par. 1, lett. aa) del testo votato dal Parlamento il 1° giugno 2023.

[101] B. DYLAN, *The times they are a-changin'*, in *The Times They Are A-changin'*, New York City, 1964.

La dichiarazione di emergenza sanitaria pubblica di rilevanza internazionale: quale futuro? Alcune considerazioni tra quadro normativo esistente e possibili sviluppi alla luce dell'epidemia di vaiolo delle scimmie

ALESSIO AZZARITI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il quadro istituzionale e procedimentale in cui si inseriscono le dichiarazioni di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale. – 3. Le dichiarazioni di emergenza sanitaria previste dal RSI: tra normativa sostanziale e procedurale. – 3.1. Un sistema basato sulla condivisione delle informazioni. – 3.2. Dallo scambio di informazioni alla Dichiarazione di emergenza sanitaria: il ruolo del Direttore Generale dell'OMS. – 4. Applicare le lenti del diritto internazionale dei disastri alla normativa OMS: che ruolo per tali dichiarazioni nel diritto internazionale? L'effetto cascata: aspetti orizzontali e verticali. – 5. La determinazione del Vaiolo delle scimmie come emergenza sanitaria di rilevanza internazionale: alcune considerazioni alla luce delle norme esistenti. – 6. La proposta di revisione del Regolamento sanitario internazionale. – 7. Lo strumento di lotta alle pandemie in corso di negoziazione. – 8. Conclusioni.

ABSTRACT: Il 23 luglio 2022 il Direttore Generale dell'OMS ha dichiarato il Vaiolo delle scimmie un'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale, nonostante la maggioranza degli esperti del Comitato d'Emergenza fosse contraria. Tale determinazione contiene caratteri di novità, dovuti alla maggiore trasparenza attuata tramite la pubblicazione delle opinioni degli esperti consultati. Tuttavia, essa offre anche spunti di riflessione sulla normativa che porta a dichiarare emergenze sanitarie da parte dell'OMS. L'articolo intende offrire un esame generale del quadro istituzionale e sostanziale in cui tali dichiarazioni si inseriscono nonché della posizione particolare in cui si colloca il Direttore Generale in tale contesto. In secondo luogo, si useranno le lenti del diritto internazionale dei disastri al fine di concettualizzare ed integrare sistematicamente la normativa dell'OMS rispetto alla tutela della salute degli individui che avviene anzitutto per mezzo delle norme internazionali poste a tutela dei diritti uma-

* Dottorando in diritto internazionale, Università degli studi di Palermo, alessio.azzariti@unipa.it. Visiting Fellow, Graduate Institute of International and Development Studies, Global Health Centre (GHC), alessio.azzariti@graduateinstitute.ch.

ni. Infine, si esamineranno le norme degli emendamenti rilevanti in tema di modifica del Regolamento Sanitario Internazionale nonché quelle contenute nelle bozze del nuovo trattato sulle pandemie, concludendo con alcune riflessioni critiche rispetto al rapporto tra diritto, scienza e politica, tre aspetti che permeano l'implementazione effettiva delle norme in tema di diffusione intestatale delle malattie.

PAROLE CHIAVE: OMS – Emergenza sanitaria di rilevanza internazionale – sistema di allarme preventivo – diritto alla salute – pandemie – Regolamento Sanitario Internazionale.

1. Introduzione

Quando si parla di Vaiolo delle scimmie si fa riferimento ad una malattia che viene trasmessa agli uomini dagli animali e che rientra in quel tipo di malattie che vengono classificate sotto il termine di «zoonosi». L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) riporta che essa si può ritrovare in alcune tipologie di roditori nonché in primati non umani e altre specie[1]. In particolare, però, la prima trasmissione ad un essere umano, un bambino di 9 mesi, è stata accertata negli anni '70 in Repubblica democratica del Congo[2]. Quest'ultima è una malattia che può trasmettersi poi da uomo a uomo e che vede particolarmente colpiti gli uomini che hanno rapporti sessuali con altri uomini (*Male who have sex with men*, c.d. MSM)[3]. Tale malattia, ritenuta endemica negli Stati dell'Africa centrale o occidentale[4], è diventata oggetto di preoccupazione, prima, quando il 7 maggio 2022 il Regno Unito ha segnalato all'OMS l'infezione di un soggetto tornato dalla Nigeria[5], e poi, quando è seguita l'identificazione del virus in altri 11 Stati dove la malattia non veniva considerata endemica[6]. Infine, il 23 luglio 2022 il Direttore Generale (DG)

[1] OMS, *Monkeypox*, *Fact sheets*, 19 maggio 2022.
[2] *Ibidem.*
[3] OMS, *Perceptions of monkeypox from those most at risk: men who have sex with men having multiple sexual partners*, disponibile su www.who.int.
[4] OMS, *Multi-country monkeypox outbreak in non-endemic countries*, 21 maggio 2022. Secondo l'OMS, gli Stati in cui la malattia è endemica sono Camerun, Repubblica Centrafricana, Repubblica democratica del Congo e Nigeria.
[5] OMS, *Monkeypox - United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, *Disease Outbreak News*, 16 maggio 2022.
[6] OMS, *Multi-country monkeypox outbreak in non-endemic countries*, cit. In particolare, 92 casi erano stati confermati nei seguenti Stati: Australia, Belgio, Canada, Francia, Germania, Italia, Olanda, Portogallo, Spagna, Svezia, Regno Unito, USA.

dell'OMS ha dichiarato che l'epidemia di Vaiolo delle scimmie costituiva un'emergenza pubblica di rilevanza internazionale[7] (da ora in poi soltanto 'Dichiarazione di emergenza sanitaria'). Questa è stata la settima volta nella storia dell'OMS che una siffatta determinazione è stata adottata[8].

2. Il quadro istituzionale e procedimentale in cui si inseriscono le dichiarazioni di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale

La Dichiarazione di emergenza sanitaria è disciplinata dal Regolamento Sanitario Internazionale (RSI) che venne approvato nel 2005 e che entrò in vigore due anni più tardi, nel 2007[9]. Tale Regolamento si inserisce nel più ampio contesto istituzionale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità. Il potere normativo in tema di regolamenti dell'Assemblea mondiale della sanità è infatti disciplinato ai sensi degli artt. 21 e 22 del trattato istitutivo dell'organizzazione. Un regolamento è vincolante per gli Stati membri fin dal momento della notifica. In considerazione del fatto che gli Stati, successivamente alla notifica, hanno la possibilità di formulare delle riserve o rigettare il contenuto del regolamento entro il termine contenuto nella notifica[10], i regolamenti dell'OMS sono stati definiti in dottrina quali atti aventi natura *sui generis*, in quanto dotati delle caratteristiche di un trattato senza formalmente rientrare in tale categoria[11]. La quasi totalità degli Stati che compongono la comunità internazionale è oggi parte del RSI, essendone obbligati i 194 Stati parte

---

[7] OMS, *WHO Director-General declares the ongoing monkeypox outbreak a Public Health Emergency of International Concern*, 23 luglio 2022.

[8] I casi in cui il DG dell'OMS ha dichiarato un'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale sono stati i seguenti: H1N1 (2009); Polio (2014); Ebola (2014); virus Zika (2016); Ebola (2019), COVID-19 (2020). Essa non è mai stata dichiarata, nonostante una riunione del Comitato di Emergenza, nei seguenti casi: MERS (2013), Febbre gialla (2016), Ebola, (2018). Sul punto, si veda C. WHENAM, M.KAVANAGH, A. PHELAN, S. RUSHTON, M. VOSS, S. HALABI, M. ECCLESTON-TURNER, M. PILLINGER, *Problems with traffic light approaches to public health emergencies of international concern*, in *The Lancet*, 2021, p. 1856.

[9] La prima convenzione sanitaria internazionale venne adottata nel 1851 e ad essa si susseguirono numerose altre convenzioni nel corso dell'800 e del 900. Esse vennero poi sostituite dalle International Sanitary Regulations nel 1951. Nel 1969 si passò invece alle International Health Regulations che vennero poi modificate nel 1973 e nel 1981; tuttavia queste precedenti versioni avevano una limitazione, in quanto erano applicabili solo a determinate specifiche malattie; con la riforma del 2005 perciò si passò ad un approccio generalizzato volto ad affrontare tutte le minacce per la salute pubblica internazionale. Si veda D. P. FIDLER, *From International Sanitary Conventions to Global Health Security: The New International Health Regulations*, in *Chinese Journal of International Law*, 2005, p. 327 ss.

[10] Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità del 1946, art. 22.

[11] A. SPAGNOLO, *(Non) Compliance with the International Health Regulations of the WHO from the Perspective of the Law of International Responsibility*, in *Global Jurist*, 2017, p. 1 ss .

dell'OMS oltre che il Lichtenstein e la Santa sede. Questa categoria di strumenti normativi è adottata sulla base di una procedura semplificata che di regola richiede la maggioranza semplice degli Stati presenti e votanti all'Assemblea mondiale della sanità[12].

3. Le dichiarazioni di emergenza sanitaria previste dal RSI: tra normativa sostanziale e procedurale

La Dichiarazione di emergenza sanitaria è descritta dall'art. 1 del RSI. La sua definizione si basa sul principio di precauzione; nell'art. 1, infatti, si afferma che la l'emergenza sanitaria ha quale fatto costitutivo «*an extraordinary event which is determined, as provided in these Regulations: (i) to constitute a public health risk to other States through the international spread of disease and (ii) to potentially require a coordinated international response*»[13]. È pertanto evidente che, al fine di affermare la sussistenza di un evento avente tale connotazione, occorre una valutazione prognostica da compiere *ex ante* e che potrebbe non essere di facile realizzazione. Ciò alla luce del fatto che dovrebbe essere esaminata la possibilità che un determinato evento si tramuti anzitutto in un rischio per la sanità pubblica in altri Stati, nonché che esso possa richiedere una risposta coordinata degli Stati stessi.

3.1. Un sistema basato sulla condivisione delle informazioni

Alla base di questo sistema si pongono i sistemi di sorveglianza nazionale[14], nei quali si prevede un'autovalutazione delle informazioni di salute pubblica

[12] La Costituzione non richiede in modo esplicito la maggioranza semplice, ma essa potrebbe essere dedotta implicitamente confrontando l'art. 21 del trattato istitutivo con gli artt. 19 e 60 del medesimo strumento. Infatti, l'art. 60, lett. a), della Costituzione dell'OMS richiede una maggioranza qualificata di due terzi per le «questioni importanti». Tuttavia queste ultime non vengono definite tranne per il fatto che devono includere convenzioni nonché l'adozione di accordi con le Nazioni Unite, ovvero altre organizzazioni o agenzie. Ed è lo stesso art. 60, lett. b), a prevedere che siano decise a maggioranza di due terzi quelle questioni per le quali è stato così deciso tramite una votazione a maggioranza semplice. Per un'opinione favorevole alla maggioranza semplice si veda G. L. BURCI, C-H. VIGNES, *World Health Organization*, The Hague, 2004, p. 132. Altri autori ritengono necessario un voto a maggioranza qualificata di due terzi anche per i regolamenti: A. VON BOGDANDY, P. A. VILLAREAL, *International Law on Pandemic Response: A First Stocktaking in Light of the Coronavirus Crisis*, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (MPIL) Research Paper Series,* 2020, p. 4.

[13] OMS, *Regolamento Sanitario Internazionale*, 23 maggio 2005, traduzione non ufficiale disponibile sul sito del Ministero della salute al seguente link: www.salute.gov.it.

[14] OMS, *Regolamento Sanitario Internazionale*, 23 maggio 2005, art. 5.

da parte dello Stato colpito dall'evento, il quale deve notificare all'OMS entro 24 ore quegli eventi che potenzialmente potrebbero costituire un'emergenza sanitaria internazionale[15]. Qualora lo Stato avesse prova di un evento inaspettato o inusuale concernente la salute pubblica ha l'obbligo di condividere tutte le informazioni rilevanti con l'OMS[16]. L'Organizzazione può ricevere informazioni riguardanti tali eventi anche da fonti non statali e terze rispetto al territorio dello Stato interessato[17]; deve però verificare tali informazioni con lo Stato il cui territorio è interessato[18]. Tali informazioni sono poi funzionali alla determinazione di una Dichiarazione di emergenza sanitaria tanto che le stesse non devono essere comunicate in modo generalizzato a tutti gli Stati fino a che la dichiarazione di emergenza sanitaria non sia stata emessa[19], salvo nel caso di alcune eccezioni previste dal Regolamento[20].

3.2. Dallo scambio di informazioni alla Dichiarazione di emergenza sanitaria: il ruolo del Direttore Generale dell'OMS

Il passo logico e giuridico successivo rispetto a quanto illustrato dagli articoli precedenti concernenti la condivisione delle informazioni è sostanziato dalla previsione contenuta all'art. 12 del RSI. Tale articolo attribuisce al DG il potere di determinare se si è in presenza di un'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale. In particolare, qualora il DG ritenga che un'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale sia in corso deve consultarsi con lo Stato in cui sta avvenendo l'evento e, in caso di accordo nel considerarlo un'emergenza o meno, consultarsi poi con il Comitato d'Emergenza al fine di emanare le raccomandazioni temporanee[21]. Nel caso in cui tale accordo non venisse trovato entro 48 ore deve essere richiesto al Comitato d'Emergenza un parere secondo la procedura prevista dall'art. 49 del RSI[22].

---

[15] *Ivi*, art. 6.
[16] *Ivi*, art. 7.
[17] *Ivi*, art. 9
[18] *Ivi*, art. 10.
[19] *Ivi*, art. 11, par. 2, lett a.
[20] *Ivi*, Art. 11, par. 2, lett. b) e c). Essi sono casi in cui l'OMS ha confermato informazioni che riguardano la diffusione internazionale di una malattia. Ciò è possibile anche qualora esistano prove circa il fatto che le misure di controllo contro la diffusione internazionale di una malattia hanno scarsa probabilità di successo, o lo Stato parte non abbia sufficiente capacità operativa ad adottare le misure necessarie a prevenire un'ulteriore diffusione. Infine, qualora ciò sia richiesto dalla natura e dall'ambito degli spostamenti di persone o cose che potrebbero essere affetti dall'infezione o dalla contaminazione.
[21] OMS, *Regolamento Sanitario Internazionale*, cit., art. 12, par. 2.
[22] *Ivi*, art. 12, par. 3.

In particolare, il DG, al fine di determinare se l'emergenza sanitaria sussiste, deve tenere in considerazione i seguenti criteri dettati all'art. 12, par. 4 del RSI: «*(a) information provided by the State Party; (b) the decision instrument contained in Annex 2; (c) the advice of the Emergency Committee; (d) scientific principles as well as the available scientific evidence and other relevant information; and (e) an assessment of the risk to human health, of the risk of international spread of disease and of the risk of interference with international traffic*». L'art. 48 del RSI prevede che il Comitato d'Emergenza dia una propria opinione che abbia ad oggetto la possibilità che un evento costituisca un'emergenza sanitaria[23], la conclusione di un'emergenza sanitaria[24] ovvero la proposta di adozione, modifica, estensione o cessazione di raccomandazioni temporanee[25].

L'art. 49 nello specifico disciplina le riunioni del Comitato d'Emergenza, le quali possono tenersi anche in modalità a distanza[26]; in ogni caso il Comitato deve essere composto da individui scelti sulla base delle proprie competenze, dell'esperienza e tenendo in conto il criterio di rappresentazione geografica; almeno un esperto deve essere nominato dallo Stato interessato dall'evento[27]. Il ruolo centrale è proprio del Direttore Generale, che, oltre a convocare il Comitato d'Emergenza e a sceglierne i membri[28], fornisce a quest'ultimo le informazioni rilevanti, ivi incluse quelle ricevute dallo Stato coinvolto[29]. Il Comitato d'Emergenza elegge il suo presidente e prepara al termine di ogni riunione un breve rapporto contenente i verbali e le delibere adottati, incluso ogni consiglio relativo alle raccomandazioni[30]. Lo Stato coinvolto è invitato a fornire la propria opinione al Comitato d'Emergenza[31]. I pareri del Comitato d'emergenza sono poi trasmessi al Direttore Generale, al quale però spetta la decisione finale sulla questione[32] e il compito di comunicare agli Stati la determinazione (o la cessazione) di un'emergenza, ivi incluse le misure intraprese dallo Stato coinvolto e le raccomandazioni tem-

[23] *Ivi*, art. 48, par. 1, lett. a).
[24] *Ivi*, art. 48, par. 1, lett. b).
[25] *Ivi*, art. 48, par. 1, lett. c).
[26] *Ivi*, art. 49 par. 1.
[27] *Ivi*, art. 48, par. 2.
[28] Essi devono essere scelti tra gli esperti inclusi nella lista di esperti del RSI. Si veda OMS, *Regolamento Sanitario Internazionale*, cit., art. 47 per le regole sulla creazione della lista.
[29] *Ivi*, art. 49 par. 2.
[30] *Ivi*, art. 49 par. 3.
[31] *Ivi*, art. 49, par. 4
[32] *Ivi*, art. 49, par. 5.

poranee nonché ogni loro modifica, estensione o cancellazione, unitamente alle opinioni del Comitato d'Emergenza[33].

4. Applicare le lenti del diritto internazionale dei disastri alla normativa OMS: che ruolo per tali dichiarazioni nel diritto internazionale? L'effetto cascata: aspetti orizzontali e verticali

La Dichiarazione di emergenza sanitaria adottata dall'OMS, seppur non avente carattere vincolante, rappresenta un campanello d'allarme per l'intera comunità degli Stati. Essa è a tutti gli effetti quel meccanismo che viene definito dal diritto internazionale dei disastri come un «*early warning system*» o, in italiano, un sistema di allarme preventivo. Tale sistema di allarme preventivo è infatti descritto come «*The provision of timely and effective information, through identified institutions, that allows individuals exposed to a hazard to take action to avoid or reduce their risk and prepare for effective response*»[34]. Tale meccanismo si configura in modo verticale nel rapporto tra Stati e individui, ossia quando lo Stato deve informare gli individui, mentre ha carattere orizzontale quando ci si trova nei rapporti interstatali a livello internazionale[35]. Questo secondo caso è quello che inquadra il caso della dichiarazione di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale adottata dall'OMS, che è stato definito un modello di governo tramite l'informazione[36]. Infatti, siamo di fronte ad una modalità che gli Stati hanno scelto, seppur tramite la creazione di un'organizzazione internazionale dedicata, per prevedere obblighi di cooperazione che si sostanziano tramite delle norme in tema di notifiche e scambio di informazioni relative ad eventi straordinari che possano potenzialmente costituire un rischio per la salute pubblica di Stati diversi da quello in cui l'evento si verifica[37]. Tale conoscenza di informazioni dovrebbe poi generare un effetto cascata a livello verticale traducendosi in azioni appropriate dello Stato che siano volte a prevenire e mitigare i rischi a cui sono sottoposti gli individui rientranti nella propria giurisdi-

---

[33] *Ivi*, art. 49, par. 6.
[34] CDI, *Protection of persons in the event of disasters, Memorandum by the Secretariat*, *Addendum*, UN Doc. A/CN.4/590/Add.1 del 26 febbraio 2008.
[35] S. WHITBOURN, *The 'Protection of Knowing': The Evolving Concept of Early Warning and States' Obligations to Inform of Disaster Risk and Warn of Disaster*, in K. L. H. SAMUEL, M. ARONSSON-STORRIER, K. N. BOOKMILLER (eds.), *The Cambridge Handbook of Disaster Risk Reduction and International Law*, Cambridge-New York, 2019, p. 131.
[36] A. VON BOGDANDY, P A.. VILLAREAL, *International Law on Pandemic Response*, cit., p. 11 ss.
[37] *Ivi*, pp. 137, 141.

zione[38]. Tale effetto a cascata si verifica anzitutto per mezzo delle norme volte alla tutela dei diritti umani. Ciò determina, ad esempio, nel sistema regionale previsto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), obblighi di informare la popolazione dei rischi e di mantenere attivi i sistemi di allerta di emergenza, avendo quindi tutta la diligenza possibile nell'allertare la popolazione che può essere potenzialmente colpita; esiste, infatti, un obbligo positivo di proteggere il diritto alla vita ai sensi dell'art. 2 della CEDU. La valutazione della maggiore o minore diligenza nell'adempimento di tali obblighi deve tenere in considerazione, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo se la manaccia ha fonte naturale ovvero antropica, in quanto nel secondo caso la diligenza richiesta sarebbe maggiore[39]. Tale distinzione, a parere di chi scrive, dovrebbe avere minore importanza nel caso in cui il pericolo è stato individuato con sufficiente precisione in sede OMS in quanto renderebbe irrilevante la *ratio* sottesa a tale distinzione.

L'attività dell'OMS avrebbe poi una certa rilevanza anche nel sistema universale di tutela dei diritti umani. Il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali, nell'interpretare il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali[40], oltre a considerare i programmi sanitari dell'OMS tra gli approcci complementari possibili, volti a realizzare il diritto alla salute[41], ha indicato che gli Stati parte, dovrebbero avvalersi dell'assistenza tecnica e della cooperazione dell'OMS medesima[42]. Nell'ambito di quest'ultima potrebbero quindi venire in rilievo le raccomandazioni che vengono adottate nell'ambito di una Dichiarazione di emergenza sanitaria e le informazioni rilasciate dall'OMS. Tali atti hanno inoltre importanza per quanto concerne il rispetto del diritto alla vita sancito dal Patto internazionale sui diritti civili e politici[43], nei limiti in cui le minacce alla vita diventino ragionevolmente prevedibili[44] e, comunque, determinano l'obbligo per gli Stati di adottare appropriate misure volte a garantire l'accesso senza ritardi ai servizi sanitari in caso di malattie che pongono a rischio la vita delle persone, nonché, infine,

---

[38] CDI, *Draft articles on the protection of persons in the event of disasters*, 2016, art. 9

[39] Corte EDU, sentenza del 29 settembre 2008, ric. nn. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 e 15343/02, *Budayeva e altri c. Russia*, parr. 135-137; si veda anche: Corte EDU, sentenza del 28 febbraio 2012, ric. nn. 17423/ 05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05, *Kolyadenko e altri c. Russia*, parr. 181-182, 185.

[40] *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, del 16 December 1966.

[41] Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant)*, E/C.12/2000/4 dell'11 agosto 2000, par. 1.

[42] IVI, par. 63.

[43] *International Covenant on Civil and Political Rights*, del 16 December 1966.

[44] Comitato dei diritti umani, *General Comment no. 36, Article 6: right to life*, UN doc. CCPR/C/GC/36 del 3 settembre 2019, par. 18.

sviluppare piani di emergenza necessari ad incrementare la preparazione e la risposta a disastri che possono risultare in una distruzione dei servizi essenziali[45].

5. La determinazione del Vaiolo delle scimmie come emergenza sanitaria di rilevanza internazionale: alcune considerazioni alla luce delle norme esistenti

Il 23 luglio 2023 il DG ha dichiarato il Vaiolo delle scimmie un'emergenza sanitaria di rilievo internazionale. Tale determinazione, tuttavia, solleva alcune questioni che necessitano essere analizzate.

Anzitutto è in gioco la legittimità delle decisioni prese dal DG. Nella riunione del Comitato d'Emergenza tenutasi il 21 luglio, infatti, quest'ultimo ha visto realizzarsi una spaccatura in seno ai suoi membri; se 9 esperti avevano espresso una posizione contraria all'adozione della Dichiarazione di emergenza sanitaria, soltanto 6 esperti si erano espressi in modo favorevole. Il DG ha quindi adottato la Dichiarazione di emergenza sanitaria nonostante una maggioranza contraria e senza ottenere un'approvazione per consenso del Comitato d'Emergenza, come era sempre avvenuto in passato. Per la prima volta, inoltre, sono state riportate anche le opinioni favorevoli e quelle contrarie, seppur senza che queste fossero attribuite ai singoli esperti[46].

La seconda questione peculiare concerne la gravità della malattia. Infatti, la manifestazione clinica del Vaiolo delle scimmie consiste generalmente in quella che si definisce come 'malattia autolimitata', ossia una malattia che si risolve senza necessità di specifico trattamento e la cui sintomatologia consiste in lesioni cutanee localizzate che non si diffondono e che compaiono prima di altri sintomi quali febbre, linfoadenopatia, malessere, etc. Ciò si sostanzia in una bassa mortalità della malattia. Nel momento in cui è stata adottata la Dichiarazione di emergenza sanitaria si erano verificati 14.533 casi in 72 Paesi con 5 individui deceduti in totale, pari quindi allo 0,0003% dei casi[47].

La volontà di adottare una Dichiarazione di emergenza sanitaria interna-

---

[45] *Ivi*, par. 26.

[46] OMS, *Second meeting of the International Health Regulations (2005) (IHR) Emergency Committee regarding the multi-country outbreak of monkeypox*, 23 luglio 2023, disponibile su www.who.int; Aljazeera, *WHO declares monkeypox a global emergency amid surge in cases*, disponibile su www.aljazeera.com.

[47] OMS, *Second meeting of the International Health Regulations (2005) (IHR) Emergency Committee regarding the multi-country outbreak of monkeypox*, cit.

zionale, con probabilità, è stata influenzata dalle esperienze del passato, quando l'OMS era stata criticata per non essere stata celere nelle sue risposte alle epidemie, favorendo l'incremento della mortalità[48]. È necessario, quindi, chiedersi in che modo si colloca tale iniziativa nel contesto non soltanto fattuale, ma anche normativo. Il RSI è una normativa che è fortemente caratterizzata dal principio di precauzione che ne connota diverse disposizioni, in specie, secondo alcuni autori, l'art. 43 del RSI[49]. Tuttavia, a parere di chi scrive, neppure l'art. 1 del RSI fugge a questa logica; infatti l'art. 1 RSI, come abbiamo visto, definisce i tre elementi che devono essere soddisfatti per potere parlare di un'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale con un'ottica precauzionale. Tale definizione, quindi, non richiede necessariamente che l'evento transfrontaliero si verifichi, ma solo la sua possibilità in potenza, dilatando la discrezionalità del decisore. Tale discrezionalità è stata pienamente esercitata nel caso in questione da parte del DG dell'OMS, che ha ritenuto soddisfatto il criterio dell'evento straordinario con riguardo alla diffusione di una malattia che aveva limitate conseguenze fisiologiche per gli individui, nonché una bassa mortalità.

Nel caso che si analizza, comunque l'OMS si è comportata in termini più trasparenti rispetto al passato; infatti, per la prima volta sono stati indicati sia i pareri favorevoli che quelli contrari all'adozione della dichiarazione. Ciò, ad esempio, non avvenne nella prima riunione che tenne il Comitato d'emergenza nel caso del COVID-19, che non portò all'adozione di una Dichiarazione di emergenza sanitaria[50] e che suscitò diverse critiche sulla tem-

---

[48] P. A. VILLAREAL, *The World Health Organization's Governance Framework in Disease Outbreaks: A Legal Perspective*, in L. VIERCK, P. A. VILLAREAL, K. WEILERT (eds.), *The Governance of Disease Outbreaks*, Baden-Baden, 2017, p. 253; S. MOON, D. SRIDHAR, M. A. PATE, A. K. JHA, C. CLINTON, S. DELAUNAY, V. EDWIN, M. FALLAH, D. P. FIDLER, L. GARRETT, E. GOOSBY, L. O. GOSTIN, D. L. HEYMANN, K. LEE, G. M. LEUNG, J. S. MORRISON, J. SAAVEDRA, M. TANNER, J. A. LEIGH, B. HAWKINS, L. R. WOSKIE, P. PIOT, *Will Ebola change the game? Ten essential reforms before the next pandemic. The report of the Harvard-LSHTM Independent Panel on the Global Response to Ebola*, in *The Lancet*, 2015, p. 2207 ss.; S. SAMB, *WHO says Guinea Ebola outbreak small as MSF slams international response*, 1 aprile 2014, disponibile su www. reuters.com.

[49] R. HABIBI, S. J. HOFFMAN, G. L. BURCI, T. C. DE CAMPOS, D. CHIRWA, M. CINÀ, S. DAGRON, M. ECCLESTON-TURNER, L. FORMAN, L. O. GOSTIN, B. MASON MEIER, S. NEGRI, G. OOMS, S. SEKALALA, A. TAYLOR, A. ELY YAMIN, *The Stellenbosch Consensus on Legal National Responses to Public Health Risks: Clarifying Article 43 of the International Health Regulations*, in *International Organizations Law Review*, 2020, p. 59 ss; M. MELILLO, *When a Delay is a Denial: The Role of Scientific Evidence in the World Health Organization's Response to the Covid-19 pandemic*, in S. MURASE, S. ZHOU (eds), *Epidemics and International Law*, Leiden-Boston, 2021, p. 197.

[50] OMS, *Statement on the first meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, 23 gennaio 2020, disponibile su www.who.int.

pestività dell'azione dell'OMS nell'affrontare la pandemia[51]. Altre contestazioni riguardarono l'interpretazione da parte degli esperti del concetto di diffusione internazionale della malattia[52].

Un altro elemento da sottolineare riguarda la decisione del DG di procedere con l'adozione della Dichiarazione, nonostante una maggioranza di pareri contrari. Ciò diversamente rispetto alla prassi precedente che si basava su un consenso favorevole tra gli esperti. Tale decisione è stata adottata senza dubbio nel rispetto della normativa, la quale, all'art. 49 par. 5 del RSI, attribuisce al DG la decisione finale sulla determinazione da adottare, dopo che gli sono stati trasmessi i pareri degli esperti. Tale modo di operare, però, sbilancia la figura del Direttore generale su un'area un po' più 'politica' dotata di spazi discrezionali, andando oltre la definizione di figura squisitamente tecnica ed amministrava descritta dalla Costituzione dell'OMS[53]. Esistono però dei contrappesi? Tale potere del DG è bilanciato a livello 'istituzionale' dal fatto di essere eletto dai rappresentanti degli Stati in seno all'Assemblea mondiale della sanità[54]. Tuttavia, né la Costituzione dell'OMS, né le regole di procedura dell'Assemblea mondiale della sanità prevedono espressamente la possibilità di revocare un DG. Ci si potrebbe domandare comunque se tale potere debba essere implicitamente esercitabile dall'Assemblea mondiale della sanità in quanto quest'ultima ha il potere di esaminare e approvare le attività del DG[55].

6. La proposta di revisione del Regolamento Sanitario Internazionale

Nel maggio 2022, l'Assemblea mondiale della sanità ha deciso di rivedere il mandato del *Working Group on Strengthening WHO Preparedness and Response to Health Emergencies*, prevedendo che quest'ultimo lavori esclusivamente su specifici emendamenti al Regolamento Sanitario Internazionale, tanto da modificarne il nome in *Working Group on Amendments to the In-*

---

[51] J. COHEN, *WHO says no need – yet – to declare spread of novel virus is an international emergency*, 23 gennaio 2020, disponibile su www.science.org; THE ECONOMIC TIMES, *WHO's pandemic response: From criticism to Nobel?*, 11 marzo 2021, disponibile su www. economictimes.indiatimes.com.

[52] J. COHEN, WHO panel puts off decision on whether to sound alarm on rapid spread of new virus, 22 gennaio 2020, disponibile su www.science.org.

[53] Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità del 1946, art. 31. Tale articolo afferma infatti che «[…] The Director General, subject to the authority of the Board, shall be the chief technical and administrative officer of the Organization».

[54] *Ibidem*.

[55] *Ivi*, art. 18, lett. d).

ternational Health Regulations (2005) (WGIHR)[56]. Tale deliberazione ha fatto seguito alla decisione del Board esecutivo del gennaio dello stesso anno che faceva proprie le raccomandazioni di diversi comitati e panel interni, i quali, già in diverse occasioni, avevano sollecitato una modernizzazione del RSI anche ai fini di garantirne il rispetto da parte degli Stati[57]. Gli emendamenti proposti dagli Stati parte al RSI sono oltre 300 e riguardano 33 dei 66 articoli del RSI e 5 annessi, oltre a prevedere 6 nuovi articoli e 2 nuovi annessi[58]. Tra le proposte di modifica più rilevanti[59], ai fini dell'analisi che si propone in questo articolo, vi è quella dell'art. 12 del RSI, che vorrebbe disciplinare non più soltanto il caso dell'emergenza sanitaria di rilievo internazionale, ma anche il caso dell'emergenza di rilievo regionale ovvero il caso di un allarme di salute pubblica intermedio[60]. Tra le modifiche proposte agli artt. 48 e 49 del RSI invece rientrano le seguenti: per l'art. 48 RSI, la specificazione che la Dichiarazione di emergenza sanitaria internazionale debba essere fondata sugli artt. 1, 2 e 12, par. 4, del RSI e che gli esperti scelti debbano essere privi di conflitti di interesse; per quanto riguarda l'art. 49 del RSI, è rilevante la proposta secondo la quale, in un'ottica di maggiore trasparenza, la composizione del Comitato d'emergenza ed il suo report completo devono essere condivisi con gli Stati. Ciò in aggiunta al fatto che, in caso non vi sia unanimità tra gli esperti, ogni membro deve avere diritto ad esprimere le proprie opinioni professionali dissenzienti in una relazione che fa parte del report finale del Comitato[61], quasi che essa fosse una *dissenting opinion*, quali quelle redatte dai giudici. Questi sono sicuramente passi utili al fine di avvicinare l'OMS agli individui anche al fine di favorire una maggior comprensione delle decisioni adottate e si avvicinano alla prassi adottata nel caso del Vaiolo delle scimmie.

---

[56] OMS, *Second meeting of the Working Group on Amendments to the International Health Regulations (2005)*, 20-24 febbraio 2023, disponibile su www.who.int.
[57] OMS, *Strengthening the International Health Regulations (2005): a process for their revision through potential amendment*, EB150(3) del 26 gennaio 2022.
[58] OMS, *Second meeting of the Working Group on Amendments to the International Health Regulations (2005)*, cit.
[59] I singoli Stati proponenti, nonché i gruppi di Stati proponenti di singoli emendamenti possono essere visionati qui: OMS, *Proposed Amendments to the International Health Regulations (2005) submitted in accordance with decision WHA75(9) (2022)*, 14-15 Novembre 2022.
[60] OMS, *Article-by-Article compilation of proposed amendments to the International Health Regulations (2005) submitted in accordance with decision WHA75(9) (2022)*, A/WGIHR/2/7 del 6 febbraio 2023.
[61] *Ibidem*.

7. Lo strumento di lotta alle pandemie in corso di negoziazione

Nel dicembre 2021, durante la seconda sessione speciale dell'Assemblea mondiale della sanità, gli Stati hanno concordato di costituire un organo di negoziazione intergovernativo (*International Negotiating Body* – INB) al fine di redigere e negoziare una convenzione, un accordo o un altro strumento previsto dalla Costituzione dell'OMS per rafforzare la prevenzione, la preparazione e la risposta alle pandemie[62]. L'obiettivo è un'approvazione dello strumento nel maggio 2024 da parte della 74° Assemblea mondiale della sanità[63]. Nel luglio 2022 l'INB ha stabilito che tale strumento dovrà avere carattere giuridicamente vincolante e che ogni futura decisione sullo strumento dovrà essere adottata ai sensi dell'art. 19 della Costituzione dell'OMS[64]. Lo strumento in corso di negoziazione è stato denominato WHO CA+, la cui 'bozza zero' è stata presentata ad inizio 2023 al fine di una sua discussione durante il quarto incontro dell'INB[65]. In tale bozza zero viene definita pandemia «*the global spread of a pathogen or variant that infects human populations with limited or no immunity through sustained and high transmissibility from person to person, overwhelming health systems with severe morbidity and high mortality, and causing social and economic disruptions, all of which require effective national and global collaboration and coordination for its control*»[66]. La bozza zero - tuttavia - non definisce le modalità ed i criteri precisi per dichiarare la sussistenza di una pandemia, limitandosi ad affermare che «*[r]ecognizing the central role of WHO as the directing and coordinating authority on international health work, and mindful of the need for coordination with regional organizations, entities in the United Nations system and other intergovernmental organizations, the WHO Director-General shall, in accordance with terms set out herein, declare pandemics*»[67]. Tale potere è stato poi previsto come una possibilità anche nella successiva bozza dove si afferma che «[r]ecognizing the central role of WHO as the directing and coordinat-

---

[62] OMS, Assemblea Mondiale della sanità*, The World Together: Establishment of an intergovernmental negotiating body to strengthen pandemic prevention, preparedness and response*, SSA2(5) dell'1 dicembre 2021.
[63] OMS, *Countries begin negotiations on global agreement to protect world from future pandemic emergencies*, 3 marzo 2023, disponibile su www.who.int.
[64] OMS, *Pandemic instrument should be legally binding, INB meeting concludes*, 21 luglio 2022, disponibile a www.who.int.
[65] OMS, *Zero draft of the WHO CA+ for the consideration of the Intergovernmental Negotiating Body at its fourth meeting: WHO convention, agreement or other international instrument on pandemic prevention, preparedness and response ("WHO CA+")*, A/INB/4/3 dell'1 febbraio 2023.
[66] *Ivi*, art. 1.
[67] *Ivi*, art. 15, par. 2.

ing authority on international health work, and mindful of the need for coordination with regional organizations, entities in the United Nations system and other intergovernmental organizations, the WHO Director-General shall determine whether to declare a pandemic»[68]. La disposizione, quindi, confermerebbe il potere di adottare una dichiarazione in capo al DG. In questo senso, quindi, il DG continuerebbe a svolgere un ruolo delicato e ad avere di fatto l'ultima parola, come nel caso del Vaiolo delle scimmie sulla scelta di dichiarare un'emergenza sanitaria o, in questo caso, una pandemia.

8. Conclusioni

È bene rilevare che le discussioni relative alla modifica del Regolamento sanitario internazionale e quelle relative alla negoziazione del nuovo strumento pandemico sono ancora aperte. Allo stato dei fatti, quindi, non è possibile pronosticare in che modo effettivamente gli Stati decideranno di costruire i futuri strumenti per la dichiarazione di emergenze sanitarie internazionali, né se tali dichiarazioni genereranno conseguenze giuridiche specifiche. Alla luce delle esperienze passate e dell'ultima dichiarazione relativa al Vaiolo delle scimmie è comunque possibile compiere alcune riflessioni. Quest'ultimo caso ha anzitutto messo in luce che, nell'ambito delle decisioni prese dall'OMS, permane una questione relativa all'interpretazione dell'evidenza scientifica. Tale interpretazione, secondo il dettato del RSI, viene rimessa in ultima analisi al soggetto eletto dagli Stati e che, conseguentemente, ha il ruolo più 'politico' tra i soggetti che concorrono a formare la decisione di dichiarare un'emergenza sanitaria di rilevanza internazionale. In questo senso, le proposte di modifica del RSI non prevedono un cambiamento del ruolo del DG nell'adozione della dichiarazione, ma muovono verso una maggiore trasparenza delle opinioni degli esperti del Comitato d'emergenza. Tali proposte di emendamento promuovono senz'altro una maggiore comprensione da parte del pubblico delle discussioni e delle decisioni adottate all'esito delle riunioni dei Comitati d'Emergenza di volta in volta riuniti. Tale strada, tra l'altro, è già stata percorsa dal Direttore Generale nel caso della dichiarazione relativa al Vaiolo delle scimmie, che, come si è visto nel corso di questa analisi, ha avuto connotati più trasparenti. Essa, quindi, non sarebbe altro che la formalizzazione di una nuova prassi. Anche il WHO CA+, nella sua bozza zero ha

[68] OMS, *Bureau's text of the WHO convention, agreement or other international instrument on pandemic prevention, preparedness and response (WHO CA+)*, A/INB/5/6 del 2 giugno 2023.

previsto che sia il DG a adottare la Dichiarazione di pandemia. Se in un'ottica di armonizzazione sembra una decisione opportuna, nella stessa prospettiva resta il dubbio sul coordinamento tra le dichiarazioni previste dai due strumenti e quindi relativamente alla differenziazione tra la Dichiarazione di pandemia prevista dal WHO CA+ e la Dichiarazione di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale prevista dal RSI. Quest'ultima potrebbe ritenersi un allarme avente un livello di gravità inferiore rispetto a quello derivante da una pandemia. Anche in questo caso, il coordinamento tra questi nuovi strumenti andrebbe verso una formalizzazione di quella che è tutt'oggi la prassi 'in via di formazione' dell'OMS. Infatti, il DG aveva dichiarato l'esistenza di una pandemia, nonostante la mancata inclusione di tale fattispecie nel RSI, sia nel caso dell'influenza aviaria[69] che del COVID-19[70]. Ciò a causa dell'aggravamento della situazione successivamente all'adozione della Dichiarazione di emergenza sanitaria di rilevanza internazionale.

A parere di chi scrive, però, sarebbe opportuno che i diversi livelli di allerta tenessero in considerazione le specifiche caratteristiche delle malattie. Infatti, vi è il rischio di generare confusione in mancanza di criteri quali, ad esempio, contagiosità, severità e/o mortalità della malattia o altri. L'inclusione di tali criteri determinerebbe una diminuzione dell'aspetto 'politico' della decisione, senza eliminarlo, in quanto decidere i criteri rilevanti, quale peso darvi e come interpretarli sarebbe comunque una scelta influenzata dalla politica[71]. In questa direzione sembra pertanto positiva la proposta di modifica dell'art. 5 del RSI che prevederebbe l'aggiunta di un nuovo paragrafo che richiede lo sviluppo da parte dell'OMS di nuovi criteri di valutazione del rischio[72] Al fine di applicare tali criteri, però, rimarrebbe comunque centrale la questione della trasparenza nei dati trasmessi dagli Stati.

---

[69] OMS, *Director-General Statement following the fourth meeting of the Emergency Committee*, 11 giugno 2009, disponibile su www.who.int. Essa era stata già dichiarata emergenza sanitaria di rilevanza internazionale in precedenza: si veda OMS, *First meeting of the IHR Emergency Committee*, 25 aprile 2009, disponibile su www.who.int.

[70] OMS, *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*, 11 marzo 2020, disponibile su www.who.int.

[71] P. CAIRNEY, *The Politics of Evidence-Based Policy Making*, in *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, 2017.

[72] La proposta di aggiungere un nuovo paragrafo 5 all'articolo 5 del RSI prevede che «WHO shall develop early warning criteria for assessing and progressively updating the national, regional, or global risk posed by an event of unknown causes or sources and shall convey this risk assessment to States Parties in accordance with Articles 11 and 45 where appropriate. The risk assessment shall indicate, based on the best available knowledge, the level of risk of potential spread and risks of potential serious public health impacts, based on assessed infectiousness and severity of the illness», si veda A/WGIHR/2/7, cit.

Il genere nei diritti umani: narrazioni e contronarrazioni

GIOVANNA GILLERI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Sesso *versus* genere? – 3. Il sesso come costrutto. – 4. Cosa resta del corpo. – 5. Tre narrazioni. – 6. Alcune risposte alternative non conclusive.

ABSTRACT: Sulla scia delle teorie critiche giusfemministe e 'giusqueer', il contributo si interroga su come i diritti umani descrivano o sottintendano le relazioni di potere basate sul genere, ossia su come mascolinità e femminilità siano state costruite a partire dalle definizioni ed interpretazioni di genere contenute nelle fonti (soprattutto *soft*) internazionali. L'analisi offre, infatti, tre possibili risposte alla domanda 'che cos'è il genere nei diritti umani?'. Anzitutto, (1) il genere è sinonimo di donne: le donne sono una sineddoche, rappresentando una parte del tutto (*genere* = *donne*). La presente riflessione decostruisce, quindi, la dicotomia tra sesso-natura e genere-cultura, superando sia la configurazione essenzialista del sesso come dato puramente biologico, sia la sinonimia tra genere e donne. Inoltre, (2) le dinamiche di potere di genere riprodotte nella maggior parte degli strumenti internazionali riproducono, di fatto, il dualismo della società (occidentale del XX e XXI secolo), fondato sull'esistenza di due sole soggettività di genere (*uomo/donna*). (3) Il binarismo di genere è, infine, condizione di operatività dell'asimmetria di potere, che attribuisce una connotazione di dominio al lato maschile e di sottomissione a quello femminile (*uomo* > *donna*). La conclusione rintraccia, incoraggiandole, alcune narrazioni alternative, che considerano il genere come categoria globale di analisi, al di là del dualismo e dell'asimmetria. Si tratta, tuttavia, di interpretazioni minoritarie che occupano uno spazio, ad oggi, assai limitato nel discorso dei diritti umani e, spesso, privo di continuità istituzionale.

PAROLE CHIAVE: diritti umani; genere; sesso; studi giuridici critici; giusfemminismo; teoria *queer*.

---

* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale, Centro Studi Dipartimentale 'Law and Pluralism', Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Milano-Bicocca, giovanna.gilleri@unimib.it.

1. Introduzione

La neutralità del diritto, in particolare dei diritti umani, è un mito ormai sfatato. Gli studi critici hanno dimostrato – e continuano a dimostrare – come l'analisi della genesi delle norme e delle loro modalità di applicazione possano rivelare molto sulle concezioni e gli assunti (consci o inconsci) di chi le crea e le applica[1]. Il genere è uno degli ambiti in cui meglio si può cogliere che la neutralità del diritto sia un mito e l'universalità dei diritti umani sia un'aspirazione, lungi dal garantire, allo stato attuale, una protezione concreta a tutte le soggettività di genere che abitano il mondo degli esseri umani. Di genere e dei suoi concetti collegati quali sesso, orientamento sessuale, identità di genere e caratteristiche di sesso, si occupano da decenni le teorie critiche giusfemministe[2] e 'giusqueer'[3], le cui radici sono da rinvenire, tra le altre, nella sociologia, l'antropologia, la psicoanalisi, la filosofia politica, la letteratura e la linguistica. Ognuna di queste discipline esamina il genere – qui riferito in senso ampio, come comprendente tutte le dimensioni sopraccitate ad esso connesse – attraverso metodologie disparate, che sono trasversalmente collegate da una riflessione comune sulle dinamiche di potere originate dalle e nelle relazioni di genere.

L'applicazione degli studi femministi e queer e delle loro metodologie di analisi ai diritti umani ha svelato i limiti di questo sistema giuridico, tra cui il

---

[1] Si vedano, tra i numerosi riferimenti, D. KENNEDY, *The International Human Rights Movement: Part of the Problem?*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2002, p. 101 ss.; M. KOSKENNIEMI, *The Politics of International Law*, Oxford-Portland, 2011; R. M. UNGER, *Legal Analysis as Institutional Imagination*, in *The Modern Law Review*, 1996, p. 1 ss.; N. PURVIS, *Critical Legal Studies in Public International Law*, in *Harvard International Law Journal*, 1991, p. 81 ss.; A. BIANCHI, *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*, New York, 2016, p. 135 ss. Per una bibliografia di opere critiche: D. KENNEDY, C. TENNANT, *New Approaches to International Law: A Bibliography*, in *Harvard International Law Journal*, 1994, p. 417 ss.

[2] H. CHARLESWORTH, C. CHINKIN, S. WRIGHT, *Feminist Approaches to International Law*, in *American Journal of International Law*, 1991, p. 613 ss.; C. SMART, *The Woman of Legal Discourse*, in *Social and Legal Studies*, 1992, p. 29 ss.; C.A. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Mass., 1991; S. BADEN, A.M. GOETZ, *Who Needs [Sex] When You Can Have [Gender]*, in *Feminist Review*, 1997, p. 19 ss.; D. BUSS, A. MANJI (eds), *International Law: Modern Feminist Approaches*, Oxford, 2005; V. MUNRO, C. STYCHIN (eds), *Sexuality and the Law: Feminist Engagements*, London, 2007.

[3] D. OTTO (ed.), *Queering International Law: Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*, Abingdon-New York, 2018; J.E. HALLEY, *Split Decisions: How and Why to Take a Break from Feminism*, Princeton, 2006; B. COSSMAN, *Sexuality, Queer Theory, and "Feminism After": Reading and Rereading the Sexual Subject*, in *McGill Law Journal*, 2003, p. 848 ss.; M. FINEMAN, J.E. JACKSON, A.P. ROMERO (eds), *Feminist and Queer Legal Theory: Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations*, Farnham and Burlington, 2009; K. THOMAS, *Corpus Juris (Hetero)Sexualis: Doctrine, Discourse, and Desire in* Bowers V. Hardwick, in *GLQ - Journal of Lesbian and Gay Studies*, 1993, p. 33 ss.

fatto che, prima fra tutte, il soggetto di diritto non sia *qualsiasi* individuo, ma l'uomo bianco eterosessuale 'occidentale', che costituisce il termine di paragone e allineamento per tutti gli altri soggetti, o, meglio, i soggetti resi 'altri'[4]. Il patriarcato inteso come dominio del genere maschile e di una certa mascolinità egemone è, di fatto, ritenuto una delle cause alla base delle discriminazioni e degli stereotipi che portano alla negazione di una serie di diritti umani[5]. È chiaro che, in questo contesto, la configurazione binaria del genere – uomo o donna – sottesa alle norme socioculturali ha fatto sì che una maggiore attenzione si sia (dovutamente) posta sulla condizione di inferiorità cui sono relegate le donne, subendo queste strutturalmente e sproporzionatamente limitazioni al godimento dei propri diritti. È da tali premesse che prende le mosse questa riflessione, debitrice nei confronti di chi l'ha preceduta ed erede di quel sapere critico femminista che ha reso questo mondo più tollerabile per molte.

Questo contributo guarda al di là del soggetto 'donna', interrogandosi, in modo più ampio, su come i diritti umani descrivano o sottintendano le relazioni di potere basate sul genere, ossia su come mascolinità e femminilità siano state costruite a partire dalle definizioni ed interpretazioni di genere prevalenti contenute nelle fonti (soprattutto *soft*) internazionali, senza però – si badi bene – pretendere di offrire un'analisi critica sistematica della giurisprudenza di determinate corti internazionali. In poche parole: che cos'è il genere nei diritti umani? L'analisi che segue rintraccia tre possibili risposte, concettualmente distinte seppur difficilmente separabili nel modo in cui esse operano nelle narrazioni dei diritti umani.

2. Sesso *versus* genere?

Attribuire un significato al significante 'genere' non è affatto semplice. No-

---

[4] G. HEATHCOTE, *Feminist Dialogues on International Law: Successes, Tensions, Futures*, Oxford, 2019; R. COLLIER, *Masculinities, Law, and Personal Life: Towards a New Framework for Understanding Men, Law, and Gender*, in *Harvard Journal of Law and Gender*, 2010, p. 431 ss.; N. NAFFINE, R. OWENS (eds), *Sexing the Subject of Law*, North Ryde, 1997; S. KOUVO, Z. PEARSON (eds), *Feminist Perspectives on Contemporary International Law: Between Resistance and Compliance?*, Oxford-Portland, 2014.

[5] F. VALDES, *Unpacking Hetero-Patriarchy: Tracing the Conflation of Sex, Gender and Sexual Orientation to Its Origins*, in *Yale Journal of Law and the Humanities*, 1996, p. 161 ss.; H. CHARLESWORTH, *Feminist Critiques of International Law and Their Critics*, in *Third World Legal Studies*, 1994, p. 1 ss.; B. RUDOLF, M. FREEMAN, C. CHINKIN (eds), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: A Commentary*, Oxford and New York, 2012; A. HELLUM, H. AASEN (eds), *Women's Human Rights: CEDAW in International, Regional, and National Law*, Cambridge, 2013.

nostante l'abbondanza di trattati internazionali che vietano la discriminazione sulla base del sesso[6], nessuno di questi contiene una definizione di sesso o genere, né spiega la relazione tra i due concetti. Invero, il 'genere' è definito nello Statuto di Roma, nell'ambito dei crimini contro l'umanità, ma in maniera poco chiara: il genere si riferisce ai «due sessi, maschio e femmina, nel contesto della società. Il termine "genere" non indica nessun significato differente da questo[7]». Nello stabilire la sinonimia tra genere e sesso – *il genere è il sesso* – la (non-) definizione nulla dice su cosa sia il genere, né su cosa sia il sesso.

La definizione che prevale nel regime dei diritti umani è quella di genere come costrutto socioculturale, che si oppone al sesso come caratteristiche anatomiche, frutto dell'evoluzione interpretativa di cui è stato protagonista il Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne (Comitato CEDAW), che monitora il rispetto della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne[8] (CEDAW), a partire dalla sua General Recommendation 25[9]. Tale definizione è stata poi riprodotta nella General Recommendation 28 dello stesso Comitato CEDAW[10], nonché nella Convenzione di Istanbul[11] e, più in generale, nei principali documenti interpretativi delle corti regionali e dei comitati dei diritti umani del-

---

[6] Art. 2, *Universal Declaration of Human Rights* del 1948; art. 2(1), *International Covenant on Civil and Political Rights* del 1966; art. 2(2), *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* del 1966; art. 2, *African Charter on Human and Peoples' Rights* del 1998; art. 14, *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* del 1950; art. 1, *American Convention on Human Rights* del 1969.

[7] Art. 7(3), *Rome Statute of the International Criminal Court* del 1998.

[8] *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* del 1979.

[9] Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, General Recommendation No. 25: Article 4, Paragraph 1, of the Convention (Temporary Special Measures), UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. II) del 2004, nota 2.

[10] Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, *General Recommendation No. 28: The Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, UN Doc. CEDAW/C/GC/28 del 16 dicembre 2010, par. 5.

[11] Art. 3, *Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence* del 2011. Per uno studio degli obblighi internazionali derivanti dalla Convenzione, S. DE VIDO, T*he Istanbul Convention as an Interpretative Tool at the European and National Levels*, in J. NIEMI, L. PERONI, V. STOYANOVA (eds), *International Law and Violence against Women*, London, 2020, p. 57 ss. S. DE VIDO, *Donne, violenza e diritto internazionale. La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Milano, 2016. S. DE VIDO, *States' Due Diligence Obligations to Protect Women from Violence: A European Perspective in Light of the 2011 CoE Istanbul Convention*, in W. BENEDEK, F. BENOÎT-ROHMER, M.C. KETTEMANN, M. NOWAK (eds), *European Yearbook on Human rights*, Antwerp, Wien, Graz, 2014, p. 365 ss.

le Nazioni Unite[12]. In particolare, il Comitato CEDAW spiega nella General Recommendation 28:

«*The term "sex" here refers to biological differences between men and women. The term 'gender' refers to socially constructed identities, attributes and roles for women and men and society's social and cultural meaning for these biological differences resulting in hierarchical relationships between women and men and in the distribution of power and rights favouring men and disadvantaging women. This social positioning of women and men is affected by political, economic, cultural, social, religious, ideological and environmental factors and can be changed by culture, society and community*»[13].

Il sesso comprende, quindi, tratti del corpo umano sulla base dei quali avviene la determinazione dell'individuo come maschio o femmina alla nascita. Il genere, invece, fa riferimento alle aspettative che un determinato sistema socioculturale nutre in termini di ruoli, comportamenti e attitudini nei confronti di un certo soggetto ed in virtù del suo sesso. Opporre sesso come anatomia a genere come costrutto è, tuttavia, una risposta alla domanda che ci guida – che cos'è il genere nei diritti umani? – concettualmente non soddisfacente. Seppur l'opposizione natura *versus* cultura affascini, semplificandone la comprensione delle differenze, la distinzione tra 'ciò che si è' (sesso) e 'ciò che si fa' (genere) non è poi così netta[14]. La determinazione del sesso è generalmente intesa come un fatto innato. 'È maschio o femmina?' è una domanda, spesso posta ancor prima della nascita, che attende una risposta certa – *aut, aut*. Basandosi sull'esistenza di certe caratteristiche genitali, ormonali, gonadiche e/o genetiche, l'assegnazione del sesso è concepita come un automatismo. La questione, invece, è ben più complessa.

3. Il sesso come costrutto

Si devono distinguere due profili del 'sesso.' Da un lato, (I) i tratti fisici sono, effettivamente, un dato: ci sono ed esistono come fatto biologico. Dall'altro lato, (II) ogni società stabilisce i criteri secondo cui a certi tratti biologici cor-

---

[12] Si veda, ad esempio, Comitato per i diritti delle persone con disabilità, *General Comment No. 3 on Women and Girls with Disabilities*, UN Doc. CRPD/C/GC/3 del 25 novembre 2016, par. 4(b).
[13] UN Doc. CEDAW/C/GC/28, cit., par. 5.
[14] J. BUTLER, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New York, 1990; C. WEST, D. ZIMMERMAN, *Doing Gender*, in *Gender & Society*, 1987, p. 125 ss.

risponde l'assegnazione di un certo sesso[15]. Ne consegue che l'interpretazione che si dà alla presenza di certe caratteristiche non ha nulla di naturale, perché passa necessariamente attraverso la lente delle norme che governano il genere e, di conseguenza, le aspettative nei confronti dei corpi generati. Questo apparato regolatorio è proprio di una determinata società, in un certo tempo ed in un certo spazio[16]. Infatti, attraverso il tempo e lo spazio cambiano i criteri che guidano l'assegnazione del sesso (ad esempio, vagina = donna; pene = uomo), nonché la stessa scelta di connotare certe parti del corpo come 'sessuali' e rilevanti ai fini della determinazione del sesso (ovaie, testicoli, seno, livelli di testosterone, clitoride di una certa grandezza, …).

L'assegnazione del sesso alla nascita è, insomma, una determinazione sociale perché dipende dalle aspettative e presunzioni che chi osserva ha nei confronti dei corpi. Si può concludere, contro gli schemi prevalenti nei dibattiti correnti, che anche il sesso è un costrutto nell'ambito dell'accezione (II), nella misura in cui al dato concreto anatomico si sovrappone lo sforzo ermeneutico condizionato dalle norme di genere contingenti[17]. L'accezione di sesso come determinazione (II), invece che dato biologico (I), prevale nel discorso sociale e domina quello giuridico. Quando le fonti dei diritti umani parlano di 'sesso' e nei casi in cui 'sesso' non implichi un'interpretazione evolutiva nel senso di 'genere', esse si riferiscono non al complesso organico di gonadi, ormoni, genitali e geni, ma al risultato del processo socioculturale attraverso cui si attribuisce un significato a tale dato biologico. In questo senso, la Corte interamericana dei diritti umani ha adottato una definizione di sesso unica nell'ambito internazionale nell'opinione consultiva *OC-24/17*: il sesso è la «costruzione biologica» che si riferisce alle caratteristiche in base delle quali una persona è «classificata» come «uomo o donna alla nascita[18]». L'assegnazione del sesso è, quindi, connessa alla «determinazione del sesso come costrutto sociale», che non è «un fatto biologico innato»[19].

---

[15] T. LAQUEUR, *Making Sex: Body and Gender from the Greeks to Freud*, Cambridge, Mass., 1990, p. 149.

[16] M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité: La volonté de savoir*, Paris, 1976, p. 121.

[17] Si veda anche N. BEN-ASHER, *The Necessity of Sex Change A Struggle for Intersex and Transsex Liberties*, in *Harvard Journal of Law and Gender*, 2006, p. 53.

[18] Corte interamericana dei diritti umani, opinione consultiva del 24 novembre 2017, n. OC-24/17*, Opinión consultiva solicitada por la República de Costa Rica: identidad de género, e iIgualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo,* par. 32(a); per questa ed altre definizioni connesse ai concetti di genere e sesso, la Corte Interamericana si è basata sul precedente report della Commissione interamericana dei diritti umani: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes,* OEA/Ser.G CP/CAJP/INF.166/12 del 23 aprile 2012, par. 13 ss.

[19] Corte interamericana dei diritti umani, *OC-24/17*, cit., par. 32(b).

Nel descrivere il sesso come costrutto socioculturale, questa definizione supera le concezioni prevalenti e dicotomiche del corpo, fondate su una demarcazione netta tra tratti considerati maschili e quelli femminili, nonché l'essenzialismo dell'assegnazione del sesso come atto meccanico. Un caso paradigmatico di violazioni dei diritti umani connesse all'imposizione di norme di genere dannose – il binarismo e l'eteronormatività – è costituito dalle operazioni di cosiddetta 'normalizzazione' su3 bambin3[20] intersex, che nascono con caratteristiche genitali, ormonali, gonadiche e/o genetiche non rientranti nelle caratterizzazioni standard dell'anatomia femminile o maschile[21]. Innanzi a un clitoride 'allargato' o ad a un 'micropene', sono frequenti gli interventi per ricostruire il sesso (come anatomia) al fine di imporre un certo genere, riallineando i corpi ai tratti tipici del binario maschio/femmina, pur in assenza di documentate necessità od urgenza mediche[22]. Nonostante l'irreversibilità delle operazioni e le conseguenze fisiche e psicologiche connesse, i genitori spesso non sono adeguatamente informati in modo tale da consentire loro di prendere una decisione informata sulla procedura cui è soggettə lə loro figliə[23]. Inoltre, alcune di queste operazioni richiedono ulteriori interventi di *follow-up*, volti a, per esempio, ricreare il canale vaginale per permettere di ristabilire nella vagina l'armonia di un rapporto penetrativo eterosessuale, oppure a consentire di urinare in piedi a quello che dovrà diventare –

---

[20] Adottando in questo contributo lo *schwa* o *scevà* singolare (ə) e plurale (3), lettera dell'Alfabeto Fonetico Internazionale, si ovvia alla limitazione binaria della grammatica italiana (maschile/femminile), nonché al maschile sovraesteso (o 'neutro', 'inclusivo', 'universale') che sopprime le voci 'altre', rispettivamente non binarie e non binarie e femminili, venendo così ad abbracciare la moltitudine delle soggettività di genere. Lungi dall'opacizzare il genere o cancellare quello femminile, il simbolo non nasconde quest'ultimo, bensì evita le conseguenze cognitive collegate all'uso del maschile sovraesteso. Si vedano V. GHENO, *Femminili singolari. Il femminismo è nelle parole*, II ed., Firenze, 2021; F. FORMATO, *Gender, Discourse and Ideology in Italian*, London, 2019, p. 39 ss. Per uno studio delle soluzioni alternative, G. COMANDINI, *Salve a tuttə, tutt*, tuttu, tuttx e tutt@: l'uso delle strategie di neutralizzazione di genere nella comunità queer online*, in *Testo e senso*, 2021, p. 43 ss.

[21] P. CHAU, J. HERRING, *Defining, Assigning and Designing Sex*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2002, p. 327 ss.; S.J. KESSLER, *Lessons from the Intersexed*, New Brunswick-London, 1998; J. GREENBERG, *Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision between Law and Biology*, in *Arizona Law Review*, 1999, p. 265 ss.

[22] AMNESTY INTERNATIONAL, *First, Do No Harm: Ensuring the Rights of Children With Variations of Sex Characteristics in Denmark and Germany*, 2017, www.amnesty.org; HUMAN RIGHTS WATCH, INTERACT, *"I Want to Be Like Nature Made Me": Medically Unnecessary Surgeries on Intersex Children in the US*, 2017, www.hrw.org.

[23] WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Sexual Health, Human Rights and the Law*, 2015, www.who.int.

Sulle origini degli interventi da ricondurre al cosiddetto 'metodo Money', si rimanda a J. MONEY, *Hermaphroditism: An Inquiry into the Nature of a Human Paradox*, Cambridge, Mass., 1952; A.D. DREGER, *"Ambiguous Sex" - or Ambivalent Medicine? Ethical Issues in the Treatment of Intersexuality*, in *Hastings Center Report*, 1998, p. 24 ss.

secondo certe culture – un 'vero uomo'[24]. In ultima analisi, ciò che conta in queste operazioni non è quale sia l'apparenza anatomica, bensì come la società interpreti e categorizzi determinate caratteristiche di sesso e come quel sesso debba comportarsi dentro a quell'apparato sociale.

4. Cosa resta del corpo

Se il sesso è un costrutto, che cos'è, allora, il genere? Anche il genere è un costrutto, come si diceva, connesso fenomenologicamente al sesso come anatomia, poiché si esplica attraverso il corpo, ma concettualmente slegato dal sesso come risultato di un processo interpretativo, prescindendo l'identificazione soggettiva con un certo genere dal sesso assegnato alla nascita. Il genere è tanto una norma esterna che plasma le soggettività ed i loro corpi, quanto l'identificazione personalissima con un certo genere che ciascun soggetto compie inconsciamente – guardando anche alla propria fisicità, senza esserne, però, definitivamente determinatə. La dimensione normativa e quella intima, la 'norma' e l''identità' di genere, coesistono e sono in continua tensione dal momento che ogni soggetto si identifica inconsciamente con un certo genere affermandolo e, al contempo, rielaborando le norme di genere che ne restringono le possibilità di esistenza.

Si badi bene: dire che genere e sesso sono entrambi dei costrutti non significa svuotare le due categorie della loro relazionalità che ne rende imprescindibile la concretezza. Detta diversamente, non si inventa un genere, 'sciolto' da tutto e da tuttɜ. Il nostro esistere nel mondo è, infatti, intrinsecamente dipendente dalle norme di genere che lo governano, con cui ciascuna soggettività si incontra, scontra e negozia la propria posizione (rispetto alle norme e agli altri individui) ed identità (rispetto a se stessa). La dimensione corporea è indispensabile perché è sul corpo che la norma di genere si esplica[25] ed è attraverso il corpo che il soggetto afferma e manifesta il proprio genere. Agiamo e 'siamo agiti': genere e sesso agiscono nel e sul nostro corpo, condizionando il modo in cui lo concepiamo[26].

La questione è intricata, ma quale che sia la spiegazione dell'inter-

[24] M. BALOCCHI., *Un apparente paradosso: Le pratiche mediche di gestione dell'intersessualità in Italia*, in M. BALOCCHI (ed.), *Intersex: antologia multidisciplinare*, Pisa, 2019, p. 133; A. FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body: Gender Politics and the Construction of Sexuality*, New York, 2000, p. 62.
[25] J. BUTLER, *Gender Trouble*, cit., p. 146.
[26] A. FAUSTO-STERLING, *Gender/Sex, Sexual Orientation, and Identity Are in the Body: How Did They Get There?*, in *The Journal of Sex Research*, 2019, p. 529 ss.

relazione tra genere e sesso, una cosa è chiara: se il genere è una categoria relazionale, che esiste nella misura in cui due o più soggetti interagiscono, è indispensabile affrontare le relazioni che il genere implica. La prossima sezione descrive tre delle possibili risposte, o narrazioni, sui rapporti di genere che hanno prevalso ad oggi nei diritti umani a livello internazionale: (i) genere come sinonimo di donne; (ii) il dualismo uomo *versus* donna; e, infine, (iii) l'asimmetria tra dominio maschile e subordinazione femminile.

5. Tre narrazioni

(i) Genere = donne

Questa prima narrazione è il punto di partenza per le due successive. Guardando ai rapporti di genere, i diritti umani si sono concentrati sulla parte 'debole', 'vulnerabile', 'svantaggiata' della dinamica di potere. Abbiamo, forse, una possibile risposta alla domanda 'che cosa è il genere nei diritti umani?'. La risposta è: il genere sono le donne. Si tratta di una conclusione fondata sulla maggior parte degli strumenti e dei documenti globali e regionali dei diritti umani. La stessa CEDAW nasce come strumento sui diritti delle donne e non come convenzione sul genere come categoria discriminatoria, nonostante il modello per la sua creazione sia stata la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale[27], quest'ultima articolata intorno alla categoria 'razza', piuttosto che ad uno specifico gruppo. Un'ulteriore conferma di *genere = donne* nell'arena dei diritti umani si rintraccia nella pratica delle istituzioni internazionali: si pensi alle iniziative di '*gender mainstreaming*'[28] e '*gender budgeting*'[29] oppure ai vari '*gender team*'[30] costituiti all'interno di divisioni o dipartimenti specializzati.

Va da sé che le motivazioni alla base della sineddoche donne-per-genere sono antiche, evidenti e certamente più complesse della sintesi che segue[31].

---

[27] *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* del 1965.

[28] Entità delle Nazioni Unite per l'uguaglianza di genere e l'empowerment delle donne, *Gender Mainstreaming: A Global Strategy for Achieving Gender Equality and the Empowerment of Women and Girls*, 2020, www.unwomen.org; Consiglio d'Europa, *Gender Mainstreaming at the Council of Europe*, www.coe.int.

[29] Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, *Gender Budgeting Framework*, www.oecd.org.

[30] Gli esempi abbondano, tra cui Organizzazione internazionale del lavoro, *Gender, Equality, Diversity and Inclusion Branch*, www.ilo.org; Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura, *Inclusive Rural Transformation and Gender Equality Division*, www.fao.org.

[31] B.E. HERNANDEZ-TRUYOL, *Unsex CEDAW? No! Super-Sex It!*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2011, p. 215.

Basti qui ricordare che CEDAW ed i successivi sviluppi interpretativi[32] sono la risposta all'urgenza di rivendicazione (femminista) di diritti contro l'assoggettamento delle donne al patriarcato. Le donne erano e sono sproporzionatamente e strutturalmente soggette a discriminazione e violenza – che è, quest'ultima, essa stessa una forma di discriminazione. Dire che il genere è anche altro rispetto alle donne non significa, perciò, negare le conquiste in termini di protezione dei diritti umani degli ultimi decenni, né, tantomeno, relegare la lotta per l'eguaglianza ad altri ambiti. Piuttosto, l'utilizzo del genere come categoria di analisi del diritto implica l'esame di tutte quelle situazioni giuridiche in cui il genere come costrutto giochi un ruolo centrale, che riguardano le donne, gli uomini e qualsiasi genere. Le altre due narrazioni che questo contributo identifica sono intimamente connesse a *genere = donne*, nella misura in cui collocano uomo e donna nelle posizioni di dominio e oppressione rispettivamente, tali da far comprendere perché il genere sia stato inquadrato soltanto come 'questione femminile.'

(ii) Uomo/donna

Le dinamiche di potere di genere riprodotte nella maggior parte degli strumenti internazionali dei diritti umani riproducono, di fatto, il binarismo di genere della società (occidentale del XX e XXI secolo). Si prenda, ad esempio, l'art. 2(1) del Patto internazionale sui diritti civili e politici: «*Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status*»[33].

Il divieto di discriminazione sulla base del genere ('sesso', nel testo) è considerato strumentale alla realizzazione dell'eguaglianza tra due specifici gruppi di genere: uomini e donne. Una simile definizione si trova anche all'art. 2(2) del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali[34].

Nel contesto della dicotomia uomo-donna, le fonti internazionali dei diritti umani guardano alla donna come se fosse l'unico soggetto segnato dal genere[35]. Forse non pensavano alle fonti dei diritti umani Monique Wittig e

---

[32] Tra cui, in particolare, Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, General Recommendation No. 28, UN Doc. CEDAW/C/GC/28, cit.

[33] Art. 2(1), *International Covenant on Civil and Political Rights*, cit.

[34] *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, cit.

[35] H. CHARLESWORTH, *Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2005, p. 1 ss.

Luce Irigaray, quando avanzarono la loro critica sul genere come uno ed uno solo. Wittig affermava che il genere è singolare, costituendo il soggetto maschile l'universalità senza segno, mentre quello femminile la particolarità, dunque l'unico genere[36]. Irigaray, pur aderendo alla teoria del genere singolare, descriveva il genere maschile come l'unico che produce e rende 'altro' quello femminile[37].

Quale che sia la genesi del 'secondo' genere[38], la narrazione che oppone l'uomo alla donna nei diritti umani si basa sull'esistenza di due sole soggettività di genere. È questa la seconda risposta quesito su che cosa sia il genere nei diritti umani. In concreto, il dualismo *uomo/donna* è condizione di operatività dell'asimmetria di potere tra i 'due' generi, ovvero *uomo* > *donna*.

(iii) Uomo > donna

La terza risposta alla domanda sul genere nei diritti umani è quella narrazione che aggiunge una connotazione di dominio dal lato maschile e sottomissione da quello femminile al dualismo *uomo/donna*. L'asimmetria tra uomo e donna si incontra già in apertura di CEDAW. All'articolo 1 la discriminazione contro le donne è definita come: «*Any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field*»[39].

Nel focalizzarsi sul gruppo sociale 'donne', CEDAW ne valuta e misura il godimento dei diritti rispetto a quello dell' 'altro' gruppo sociale, gli 'uomini.' Non si tratta, tuttavia, di un confronto tra pari, poiché è il lato maschile ad essere il *benchmark*[40].

Gran parte dell'attività interpretativa degli organi internazionali dei diritti umani ha delineato (almeno) tre diverse forme di passività della donna, cui corrispondono altrettante posizioni di autorità maschile. La prima è quella della donna come bisognosa di un uomo 'protettore'[41]. La seconda è la pro-

---

[36] M. WITTIG, *The Straight Mind and Other Essays*, Boston, 1992, p. 59 ss.
[37] L. IRIGARAY, *Speculum of the Other Woman*, Ithaca, 1985, p. 11 ss.
[38] S. DE BEAUVOIR, *Le Deuxième Sexe - Vol. I*, Paris, 1949.
[39] Art. 1, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, cit.
[40] C. MACKINNON, *Substantive Equality Revisited: A Reply to Sandra Fredman*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2016, p. 744.
[41] Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale, *General Recommendation XXV on Gender-Related Dimensions of Racial Discrimination*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.6 del 2000, par. 2.

clamazione di uguaglianza formale della donna all'uomo nella vita pubblica, lì dove quest'ultimo costituisce il termine di paragone in base a cui costruire l'uguaglianza, nonché l'ostacolo da rimuovere nella 'corsa' verso l'uguaglianza[42]. La terza dimensione di passività descrive la donna come soggetto estremamente vulnerabile e si connette, in questo senso, all'immagine della donna vittima di violenza commessa dall'uomo perpetratore[43]. Tra gli altri, il Comitato per i diritti umani sottolinea la posizione di vulnerabilità delle donne in tempi di guerra con queste parole: «*Women are particularly vulnerable in times of internal or international armed conflicts. States parties should inform the Committee of all measures taken during these situations to protect women from rape, abduction and other forms of gender-based violence*»[44].

Tuttavia, l'utilizzo esclusivo dello schema *uomo* > *donna* cristallizza mascolinità e femminilità nelle sole forme di mascolinità egemone (o tossica) e femminilità vulnerabile, trascurando che varie e plurali mascolinità e femminilità sono sottese alle relazioni di potere. Di conseguenza, molte violazioni di genere rimangono invisibili: per esempio, i casi di stupro tra uomini, che recano la 'macchia' dell'omosessualità[45]; la violenza tra donne nella coppia[46] e, più in generale, a quella nei confronti delle donne transgender, intersex e bisessuali; oppure gli abusi intergenerazionali tra adulto e minore dello stesso o diversi generi, al di fuori dell'asimmetria *uomo* > *donna*, come quelli commessi da leader di comunità o sacerdoti. Questi sono alcuni degli esempi che potrebbero portare alla luce una concezione dinamica del genere, inteso come l'apparato di potere che muove le interazioni tra una molteplicità di soggettività.

6. Alcune risposte alternative non conclusive

Tre formule riassumono tre delle possibili risposte alla domanda, tutt'altro

---

[42] Comitato per i diritti umani, *General Comment No 28: Article 3 (The Equality of Rights Between Men and Women*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 del 2000, par. 20-24.
[43] D. OTTO, *Disconcerting "Masculinities": Reinventing the Gendered Subject(s) of International Human Rights Law*, in A. MANJI, D. BUSS (eds.), *International Law: Modern Feminist Approaches*, Oxford-Portland, 2005, p. 108 ss.
[44] UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, cit., par. 8.
[45] S. SIVAKUMARAN, *Male/Male Rape and the "Taint" of Homosexuality*, in *Human Rights Quarterly*, 2005, p. 1274 ss.
[46] L. STEMPLE, A. FLORES, I.H. MEYER, *Sexual Victimization Perpetrated by Women: Federal Data Reveal Surprising Prevalence*, in *Aggression and Violent Behavior*, 2017, p. 302 ss.

che semplice, su cosa sia il genere nei diritti umani, con cui questo contributo si è aperto. Per i diritti umani, 'genere' si riferisce alle donne (*genere = donne*), situate sul binario *uomo / donna* che esaurisce le possibilità di esistenza (giuridica) del soggetto di genere. Le interpretazioni dominanti riconducono la responsabilità della violazione dei diritti all'uomo, rappresentante di un'unica mascolinità, quella tossica, cui è subordinata l'unica femminilità della donna, quella vulnerabile (*uomo > donna*). Queste tre risposte-narrazioni, che si intersecano nell'accumularsi di definizioni ed interpretazioni di genere e dei concetti connessi, non detengono, tuttavia, il monopolio della storia del genere nei diritti umani.

Esistono delle risposte alternative alla domanda-guida sulla forma del genere nei diritti umani, che guardano ad esso ed attraverso di esso come categoria globale di analisi. Abbandonando l'asimmetria *uomo > donna*, alcune di queste alternative rintracciano l'esistenza di forme di discriminazione contro gli uomini – ovviamente, non strutturalmente equiparabili a quelle contro le donne visto il carattere sistematico in queste ultime della subordinazione di matrice patriarcale. Per esempio, il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali condanna il rifiuto di concedere il congedo di paternità come segue: «*The Covenant guarantees the equal right of men and women to the enjoyment of economic, social and cultural rights. [...] Refusal to grant paternity leave may also amount to discrimination against men*»[47].

Altre interpretazioni, invece, spiegano che certe femminilità possono essere tossiche, alimentando forme di violenza[48], tra cui quella terroristica. C'è chi ha offerto una definizione ampia di genere, sia esplicitando il superamento della metonimia tra donne e genere, sia evidenziando lo stretto legame tra, da un lato, i costrutti sociali sottesi a ruoli e funzioni di genere e, dall'altro, l'orientamento sessuale e l'identità di genere. È l'ex Relatore speciale per la lotta al terrorismo e i diritti umani, Martin Scheinin: «*Gender is not synonymous with women but rather encompasses the social constructions that underlie how women's and men's roles, functions and responsibilities, including in relation to sexual orientation and gender identity, are defined and understood*»[49]. Analogamente, l'Esperto indipendente sulla protezione contro la

---

[47] Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No 20: Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (art. 2, para. 2)*, UN Doc. E/C.12/GC/20, par. 20.

[48] Comitato contro la tortura, *General Comment No 2: Implementation of Article 2 by States Parties*, UN Doc. CAT/C/GC/2 del 2008, par. 22.

[49] Assemblea generale, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism*, UN Doc. A/64/2011 del 2009, par. 20.

violenza e la discriminazione basate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere, Victor Madrigal-Borloz, ha chiarito nel suo report del 2021 che «*there is nothing in the definitional system [of international law] that restricts gender to women*»[50], superando così la nota sineddoche.

Nel complesso, però, il discorso dominante dei diritti umani si avvale delle interpretazioni-narrazioni metonimiche, binarie ed asimmetriche che escludono dall'orbita di taluni diritti umani una serie di soggetti e di relazioni tra soggetti. Queste ultime narrazioni alternative sono, di fatto, delle interpretazioni minoritarie dal momento che lo spazio da loro occupato nel discorso dei diritti umani resta, ad oggi, assai limitato e, spesso, privo di continuità istituzionale. Dimenticarle, però, sarebbe tradire la promessa di universalità dei diritti umani.

[50] Assemblea generale, *Report of the Independent Expert on Protection against Violence and Discrimination Based on Sexual Orientation and Gender Identity: The Law of Inclusion*, UN Doc. A/HRC/47/27 del 2021, par. 14.

Finito di stampare nel mese di novembre 2023
dalla *Grafica elettronica* - Napoli

Amministrazione
Editoriale Scientifica srl
80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081.5800459
info@editorialescientifica.com
www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile
Pasquale De Sena

Legale rappresentante
Pasquale De Sena

Rivista annuale gratuita pubblicata esclusivamente on-line su
www.sidiblog.org
www.editorialescientifica.com

Registrazione
Tribunale di Napoli n. 3134/15 del 29 luglio 2015