

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXVI

2021

N. 2

RIVISTA TRIMESTRALE
DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

INDICE

STORIA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

- ARNO DAL RI – Pasquale Stanislao Mancini e la scienza del Diritto internazionale in Brasile.....245

ARTICOLI E SAGGI

- PIA ACCONCI – La cooperazione economica internazionale tra multilateralismo e unilateralismo al tempo dell'emergenza Covid-19.....269
FRANCESCA IPPOLITO – Isolated Should not Mean Excluded: The Non-Derogable Status of Participatory Rights of Indigenous Peoples at the Time of the Covid-19 Pandemic...299

OSSERVATORIO EUROPEO

- MICHELE VELLANO – The Chimera of Transparency in European Union Negotiations on International Agreements.....331

NOTE E COMMENTI

- ELENA CARPANELLI – The Mysterious Abduction and Confinement of Two Princesses: A Tentative Analysis under International Law.....353

RASSEGNE

ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Nazioni Unite

Assemblea generale (72^a-75^a sessioni ordinarie), p. 383

QUESTIONI ECONOMICHE E FINANZIARIE

1. Premessa, p. 383; 2. Lo sviluppo sostenibile, p. 383; 3. Le questioni macroeconomiche, p. 386; 4. Conclusioni, p. 388.

Federico Di Dario

Istituti specializzati delle Nazioni Unite e altre organizzazioni e istituzioni internazionali

ORGANIZZAZIONI REGIONALI IN AMERICA LATINA E NEI CARAIBI
L'attività nel 2018-2020, p. 391

Piero Pennetta, Elisa Tino

RECENSIONI

ROBERTO VIRZO, *La confisca nell'azione internazionale di contrasto ad attività criminali*,
Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 248 (*Eduardo Savarese*), p. 417.

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXVI

2021

N. 2

QUARTERLY JOURNAL
OF THE ITALIAN SOCIETY FOR INTERNATIONAL ORGANIZATION

SUMMARY

HISTORY OF INTERNATIONAL LAW

ARNO DAL RI – Pasquale Stanislao Mancini and the Science of International Law in Brazil.....245

ARTICLES AND ESSAYS

PIA ACCONCI – Multilateralism and Unilateralism within International Economic Cooperation at the Time of the Covid-19 Emergency.....269

FRANCESCA IPPOLITO – Isolated Should not Mean Excluded: The Non-Derogable Status of Participatory Rights of Indigenous Peoples at the Time of the Covid-19 Pandemic.....299

EUROPEAN OBSERVATORY

MICHELE VELLANO – The Chimera of Transparency in European Union Negotiations on International Agreements.....331

NOTES AND COMMENTS

ELENA CARPANELLI – The Mysterious Abduction and Confinement of Two Princesses: A Tentative Analysis under International Law.....353

SURVEYS

ACTIVITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

United Nations

General Assembly (72nd-75th ordinary sessions), p. 383

ECONOMIC AND FINANCIAL ISSUES

1. Preliminary remarks, p. 383; 2. Sustainable development, p. 383; 3. Macroeconomic issues, p. 386; 4. Conclusions, p. 388.

Federico Di Dario

Specialized agencies of the United Nations and other international organizations and institutions

REGIONAL ORGANIZATIONS IN LATIN AMERICA AND IN THE CARIBBEANS
The activities in 2018-2020, p. 391

Piero Pennetta, Elisa Tino

REVIEW OF BOOKS

ROBERTO VIRZO, *La confisca nell'azione internazionale di contrasto ad attività criminali*,
Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 248 (*Eduardo Savarese*), p. 417.

STORIA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

PASQUALE STANISLAO MANCINI E LA SCIENZA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE IN BRASILE

ARNO DAL RI JR.

1. *Introduzione.*- L'itinerario storico percorso dalla scienza del diritto internazionale in Brasile attraverso manuali, trattati ed anche *pamphlet* è stato segnato da un dialogo proficuo con varie correnti di pensiero europee e americane che non arrivarono necessariamente a consolidarsi come riferimento teorico tra gli accademici del Paese d'oltreoceano. Ovviamente alcune dottrine, rappresentate soprattutto da autori come Emmer de Vattel, Georg von Martens, Henry Wheaton, James Kent, Karl Heinrich Triepel, Dionisio Anzilotti, Hans Kelsen e Alfred Verdross, sono state lungamente discusse dai brasiliani e nel corso degli anni alcuni dei principali presupposti teorici sono stati assorbiti dalla cultura giuridica locale ottenendo nuova vita nelle opere internazionaliste del grande Paese del Sudamerica. In quasi due secoli di scienza giuridica un numero immenso di dottrine e autori apportarono contributi nelle bibliografie brasiliane, ma per motivi di natura scientifica, politica e ideologica, non ottennero alcun seguito. Tali dottrine, nel corso degli anni, sono state oggetto di un lento e graduale processo di storicizzazione all'interno degli stessi manuali e trattati.

Il "principio delle nazionalità" proposto da Pasquale Stanislao Mancini nella prolusione svolta a Torino nel 1851 viene inserito fra le tante proposte teoriche nella dottrina brasiliana, tuttavia, a seguito di lunghi dibattiti e accese discussioni sia nel diritto internazionale pubblico, sia in quello privato, è stato rifiutato dall'accademia. Considerato inapplicabile alla realtà brasiliana e latino-americana, presto è stato sottoposto ad un intenso processo di storicizzazione.

Il presente elaborato ripercorre ed esamina l'approccio dei giuristi brasiliani al principio di nazionalità elaborato da Pasquale Stanislao Mancini nell'ambito delle scienze del diritto internazionale pubblico e del diritto internazionale privato, vagliando dapprima il modo in cui i manuali e i trattati brasiliani di diritto internazionale pubblico si sono avvicinati alla proposta di Mancini, abbracciandone inizialmente i contenuti, discostandosene poi con scetticismo, infine dichiarandone la non applicabilità, considerando tali teorie circoscritte a fenomeni non più riscontrabili nella Comunità internazionale.

Nel corso del presente saggio, verrà inoltre analizzato come i manuali e i trattati di diritto internazionale privato brasiliani abbiano superato in modo incisivo e pragmatico il principio manciniano, mai accolto con fiducia. Infine, si verificherà come i dibattiti tenuti nei due universi giuridici internazionalisti riguardo al principio delle nazionalità si siano collegati con le iniziative legislative brasiliane del XX secolo.

2. Il principio delle nazionalità e la scienza brasiliana del diritto internazionale pubblico.- La produzione di manuali e di opere più generiche dedicate all'esame del diritto internazionale nel periodo dell'Impero del Brasile¹ è stata segnata da alcune caratteristiche proprie che l'allontanano dagli altri cicli della storia giuridica brasiliana².

¹ Fra i principali manuali del periodo, ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta, *Elementos do Direito das Gentes*, Recife, 1851; PINTO, Antonio Pereira, *Apontamentos para o direito internacional ou Collecção completa dos tratados celebrados pelo Brasil com diferentes nações estrangeiras*, Rio de Janeiro, 1864; DRUMMOND, Antonio de Vasconcellos Menezes de, *Prelecções de direito internacional com referencia e applicação de seus principios ás leis particulares do Brasil até 1867*, Recife, 1867; ID., *Prelecções de diplomacia com referencia e applicação de seus principios ás leis particulares do Brasil até 1867*, Recife, 1867; FREITAS, Carlos Vidal de O. *Elementos de direito internacional marítimo para uso dos GG. M. do 4º anno da Escola de Marinha*, Rio de Janeiro, 1884; SOUZA, João Silveira de, *Licções Elementares de Direito das Gentes sobre o Compendio do Sr. Conselheiro Autran*, Recife, 1889. Anche se non è un'opera specificamente di diritto internazionale o di diritto delle genti, è impossibile non citare in questo elenco il classico scritto da Pimenta Bueno sul diritto pubblico dell'Impero, che in diversi momenti esamina la disciplina: SÃO VICENTE, José A. Pimenta Bueno, marquês de, *Direito Público brasileiro e análise da Constituição do Império*, in KUGELMAS, Eduardo (org.), *José Antônio Pimenta Bueno, marquês de São Vicente*, São Paulo, 2002. Le affermazioni di Pimenta Bueno sono particolarmente interessanti quando viene considerata non solo la sua carriera fra magistratura e parlamento, ma soprattutto i suoi passaggi nella diplomazia.

² Vedi a riguardo, SILVA JR, Airton Ribeiro da, *Teaching International law in the Nineteenth-Century Brazil: A history of appropriation and assimilation (1827-1914)*, tesi di dottorato di ricerca. Università degli Studi di Firenze, 2018, disponibile in: <http://hdl.handle.net/2158/1124811>.

In primis, dal punto di vista del contenuto, sussiste una tensione fra correnti giusnaturalistiche e contrattualistiche. Nonostante il giusnaturalismo si perda tra le pagine dei volumi pubblicati in quel periodo, Georg Friedrich von Martens³ e Johann Ludwig Klüber⁴, ma anche Emmerich Vattel⁵ sono presenze costanti che con il tempo verranno associate ad autori del nuovo continente, seguaci del primo⁶, come Henry Wheaton⁷ e Andrés Bello⁸. Al contrario, le correnti contrattualistiche ottengono una prospettiva crescente nei decenni fra 1822 e 1899: fragili e con poco impatto nei primi decenni, lentamente conseguono chiare sfumature positivistiche e ottengono uno spazio significativo, senza mai diventare egemoniche.

Il volume *Principios de Direito Internacional*⁹ del 1902, scritto da Lafayette Rodrigues Pereira – senatore dell’Impero, ministro di Stato e diplomatico – è una delle ultime opere dalle quali emerge una chiara tensione tra le due correnti, tipica del periodo imperiale. Il grande laboratorio giuridico costituitosi nei vari decenni dell’Impero brasiliano ha segnato l’opera in modo indelebile: ravvisandosi i pensieri e le teorie tipiche del XIX secolo. Le pagine di Lafayette riportano un concetto di “Nazione” concepito in termini differenti dal concetto di “Stato”. Per la prima volta, nelle pagine di Lafayette viene menzionato proprio Pasquale Stanislao Mancini. Invero, appare in una nota: «Mancini foi na Italia o inventor do principio das nacionalidades, como base e fundamento do Direito Internacional. Elle proclamou pela primeira vez essa theoria em uma Licção de abertura em Turim em 22 de Janeiro de 1851. Adoptaram-na e proclamaram-na um grande numero de publicistas italianos, de que dá noticia Mr. Rivier § 118»¹⁰.

³ MARTENS, Georg Friedrich von, *Precis du droit des gens modernes de l’Europe fondé sur les traités et l’usage*, Gottingen, 1789.

⁴ KLÜBER, Johann Ludwig, *Droit des Gens Moderne de l’Europe*, Stuttgart, 1819.

⁵ VATTEL, Emmer de, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle*, Neuchâtel, 1758.

⁶ Si tratta di un insieme di autori abbastanza comune nelle dottrine latino-americane del XIX secolo, presente ormai nei primi internazionalisti, come il venezuelano Andrés Bello, su cui v. E. FIOCCHI MALASPINA, N. KELLER-KEMMERER, *International Law and Translation in the 19th century*, in *Rechtsgeschichte – Legal History*, 2014, 220 ss.; ma anche nell’uruguayano Gregorio Perez de Gomar (*Curso elemental de Derecho de Gentes*. Montevideo: El Pueblo, 1866) e nell’argentino Amancio Alcorta (*Tratado de derecho internacional*. Buenos Aires, 1878).

⁷ WHEATON, Henry, *Elements of International Law*. Boston, 1836.

⁸ BELLO, Andrés, *Principios de Derecho Internacional*. Lima, 1844.

⁹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Principios de Direito Internacional*, t. I. Rio de Janeiro, 1902.

¹⁰ Ivi, 59, nota 1.

Da una fonte francese emerge che Lafayette conosce Mancini. I rinvii presenti nella nota successiva, infatti, sono tutti a testi pubblicati in francese, ovvero a commenti alla prolusione del 1851 per opera di Terenzio Mamiani¹¹, Heinrich Ahrens¹², Robert Piédelièvre¹³ e Alphonse Rivier¹⁴, autori che aderiscono in gradi diversi al principio delle nazionalità. Pare quindi che Lafayette non abbia avuto l'occasione di leggere i testi di Mancini in lingua originale, anche se dimostra conoscere bene i lineamenti che caratterizzano il concetto da lui fornito, così come la sua opera complessiva.

Nonostante Mancini venga menzionato in modo esplicito, non sembra che ci siano delle simpatie nei suoi confronti. Se da una parte il giurista brasiliano dichiara nel suo manuale la parità fra le nazioni ed accetta come elementi fondanti di queste gli stessi presupposti del principio delle nazionalità, da un'altra non sminuisce per niente il ruolo dello Stato nello scenario internazionale, contemplandolo come «[...] o conjuncto de orgãos, pelos quaes a nação manifesta a sua vida e acção politica, ou antes, é o poder publico organizado em todas as suas ramificações»¹⁵.

Da Lafayette in poi, in modo saltuario, i lineamenti del principio delle nazionalità emergono nella letteratura brasiliana accompagnati da adesioni o da critiche¹⁶. È il caso di José Mendes, ordinario di diritto internazionale presso l'Universidade de São Paulo, che nel volume pubblicato nel 1913 riporta un concetto di “*Nação*” fortemente segnato sia dallo storicismo, sia dal positivismo sociologico: «conjunto de indivíduos e familias fortemente ligados pelos vinculos de comunhão de origem, de tradições históricas, de lingua, de crenças, sentimentos e ideias»¹⁷. A questi elementi Mendes associa un altro elemento, ossia quello volitivo proposto soprattutto da

¹¹ MAMIANI, Terenzio, *Des traités de 1815 et d'un nouveau droit européen*, Paris, 1862.

¹² AHRENS, Henri, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit. Complète dans les principales matières, par des aperçus historiques et politiques*, Leipzig, 1838.

¹³ PIÉDELIÈVRE, Robert, *Précis de droit international public, ou, Droit des gens*, Paris, 1894.

¹⁴ RIVIER, Alphonse, *Principes du droit des gens*, vol. I, Paris, 1896.

¹⁵ PEREIRA, *op. cit.*, 65.

¹⁶ Su questo aspetto v. Sá Vianna, professore di Diritto internazionale nella Facoltà di Scienze giuridiche e sociali di Rio de Janeiro, statalista convinto, che qualche anno dopo, nel 1908, pubblicò il suo manuale senza fare riferimento al concetto di *Nação* come oggetto di analisi, indicando in modo preciso e oggettivo che «devemos reconhecer que as pessoas internacionais effectivamente são três – O Estado, o Homem e o Papa». In SÁ VIANNA, Manoel Álvaro de Souza, *Elementos de Direito Internacional*, vol. 1, Rio de Janeiro, 1908, 300.

¹⁷ MENDES, José, *Direito Internacional Público. Prelecções*, São Paulo, 1913, 124.

Ernest Renan: «individuos e familias unidos por sympathias, que não existem entre eles e outros individuos e familias, e que os levam a agir de acordo muito mais facilmente do que com outros, e a desejar as mesmas instituições, ahi póde-se dizer que existe uma nação»¹⁸.

Al contrario, Raul Pederneiras pubblica nel 1931 il suo *Direito internacional compendiado*, allontanandosi delle dottrine che elevavano le “nazioni” ad enti autonomi detentori di personalità giuridica internazionale. Subito dopo aver riconosciuto l’originalità del principio proposto da Mancini¹⁹, affermava che se tali dottrine avessero dilagato «em suas linhas geraes, muitos Estados perderiam sua razão de ser, fatalmente absorvidos pelas velhas metropoles ou pelos governos que os dominaram antanho, como dependencias ou colonias»²⁰. Lettore assiduo di Paul Fauchille, Pederneiras abbraccia le critiche svolte dal giurista francese nel *Traité de Droit International* del 1922, quando sostiene che «Nasceria dahi, ou um reduzido numero de Estados de enorme tamanho em terras descontinuas, ou uma incontavel quantidade de estados minusculos, uma poeira de Estados»²¹. Al contempo, sullo sfondo emerge con forza l’opposizione fra l’idea di *Nação* quale fenomeno etnico e la storia propria brasiliana, ovvero di un Paese con grandi flussi immigratori europei e di recente indipendenza dal Portogallo²². Accettare la vigenza del principio di Mancini potrebbe perciò significare per il Brasile la relativizzazione della propria esistenza quale Stato indipendente. Per Pederneiras, quindi, il principio delle nazionalità non sarebbe ammissibile né potrebbe essere ritenuto vigente dato che «considerava

¹⁸ Ivi, 124. Continua l’autore, salientando i lineamenti eminentemente sociologici del concetto: «A nação, que habita um território, é uma sociedade; mas ha sociedade, que constitue nação. A sociedade mundial não é uma nação. Nem sempre a palavra nação é empregada no sentido da noção dada: significa, ás vezes, estado. Dahi, a denominação – direito internacional».

¹⁹ «A escola de Mancini dá como fundamento da doutrina o denominado princípio da nacionalidade; attribue á coexistencia das nacionalidades a base do Direito Internacional. Esta teoria grangeou proselytos notáveis e exerceu influencia, fazendo entrar o typo ethnico da nação no domínio do Direito». In: PEDERNEIRAS, Raul, *Direito internacional compendiado*, Rio de Janeiro, 1931, 26.

²⁰ Ivi, 26-27.

²¹ *Ibidem*.

²² Ivi, 70: «Os laços ethnicos de uma nação, sem duvida, aliados aos elementos políticos do Estado, tornam mais homogenea a constituição da pessoa internacional, mais cohesa, mais consistente, mais durável e mais sentida, porque o elemento racial é poderoso unificador. Fazer, porém, cabedal da nacionalidade, como essencial á constituição do Estado, é destruir a essencia da personalidade, que não determina o padrão individual uniforme. Dado apoio a essa opinião, teríamos de ceder a vara á velha metrópole lusitana ou absorvel-a como provincia ou dependencia de nossa federação».

a nação como pessoa natural do Direito Internacional e o Estado como pessoa artificial, o que facilmente se refuta»²³.

Le oscillazioni del tema in dottrina, talvolta contrarie, altre volte a favore, ottengono più rilevanza con Braz de Sousa Arruda, autore che in un saggio pubblicato nel 1938, dedica un intero capitolo esclusivamente alle *Lições da história do direito internacional* abbracciando il principio di Mancini: «Quando uma comunhão de alguns milhões de indivíduos, ligados pelo mesmo sangue, mesma língua e mesmos interesses, torna-se tão poderosa para formar um Estado próprio, no qual possam viver de acôrdo com seus ideais e construir uma civilização nacional, conseguirá certamente, formar um Estado, cedo ou tarde»²⁴. In un volume successivo, pubblicato nei primi anni del dopoguerra, lo stesso autore approfondisce la tematica senza fare menzioni esplicite al giurista italiano, adottando tuttavia un approccio abbastanza simile a quello di Mancini, in cui però sottolinea l'elemento volitivo. Quest'ultimo servirebbe da cemento: «Uma Nação é uma alma, uma família espiritual, resultante, no passado, de lembranças, de sacrificios, de glórias, às vezes de dores e recordações comuns; no presente, do desejo de continuar vivendo juntamente»²⁵. La volontà di stare e rimanere insieme sarebbe quindi il principale elemento che unisce differenti popoli sotto una stessa *Nação*: «O que constitue uma nação não é o fato de falar certo número de pessoas a mesma língua, ou pertencer ao mesmo grupo etnográfico: é ter feito juntamente grandes coisas no passado e querer ainda fazê-las no futuro»²⁶. Quest'ultima frase denuncia ancora una volta l'associazione fatta dai brasiliani delle idee di Mancini con quelle di Ernest Renan²⁷, citato dall'autore brasiliano subito dopo. Lo stesso volume presenta inoltre un collegamento diretto del principio di Mancini con quello proclamato dal Presidente USA Wilson riguardo la protezione delle minoranze e indicando quest'ultimo come più moderno, una «garantia dos interesses nacionais, linguísticos e religiosos das minorias étnicas

²³ *Ibidem*.

²⁴ ARRUDA, Braz de Sousa, *Estrutura do direito internacional. Preleções para o curso de doutorado*, in *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1938, 551.

²⁵ ARRUDA, Braz de Sousa, *Curso de Direito Internacional. Na era atômica*, São Paulo, s.d., 220.

²⁶ *Ivi*, 551.

²⁷ Seconso RENAN, Ernest, *Qu'est-ce qu'une nation? Et autres essais politiques*, Paris, 1992, 55: «Une nation est donc une grande solidarité, constitué par le sentiment des sacrifices qu'on a faits et de ceux qu'on est disposé à faire encore (...). L'existence d'une nation est (pardonnez-moi cette métaphore) un plébiscite de tous les jours, comme l'existence de l'individu est une affirmation perpétuelle de vie».

dentro de fronteiras determinadas»²⁸. Si tratta di un fatto significativo: Braz de Arruda è il primo giurista brasiliano a mettere i due principi in una stessa linea, in un ordine discendente, identificando l'approssimazione del principio manciniano con i dibattiti che posteriormente condurranno all'elaborazione dei concetti centrali dei meccanismi di tutela delle minoranze nel sistema multilaterale della Società delle Nazioni.

Poco dopo la conclusione della II guerra mondiale, Jorge Americano, nel 1945 pubblicava *O novo fundamento do direito internacional e seu esteio na consciencia universal*, cercando di offrire una lettura differenziata per i temi tipici dei manuali dell'area. Il principio delle nazionalità non è stato espressamente richiamato, ma l'argomento emerge nel capitolo dedicato ai soggetti di diritto internazionale, quando l'autore afferma che «extremamente difícil é caracterizar juridicamente o que seja uma nação»²⁹. Contestando l'idea di omogeneità che caratterizza il principio, diceva: «Há nações típicas, isto é, caracterizadas por um conjunto de elementos inconfundíveis – território, povo, consciência nacional consolidada principalmente por unidade racial, histórica, idiomática, religiosa, cultural, governo soberano. Entretanto, nem tôdas as nações do mundo atual reúnem todos êstes elementos»³⁰.

Si tratta di un approccio che con differenti sfumature verrà seguito da successivi giuristi brasiliani. È il caso di Hildebrando Accioly, diplomatico e giurista, che nel suo trattato del 1956 inizia l'analisi del tema inserendolo subito in una dimensione storica diversa da quella da lui vissuta: «Houve tempo em que se defendeu e teve grande repercussão na Europa a tese de que cada nação, no sentido acima indicado, deveria constituir uma Estado»³¹. Il processo di storicizzazione al quale Accioly sottopone la tematica viene inoltre accompagnato da un flagrante rifiuto tecnico dell'idea del protagonismo delle "Nazioni": «Não é possível, entretanto, levar aos últimos extremos a aplicação do dito princípio»³², proprio perché «difícilmente se podem precisar os limites de uma nacionalidade»³³.

²⁸ Ivi, 221.

²⁹ AMERICANO, Jorge, *O novo fundamento do direito internacional e seu esteio na consciencia universal*, São Paulo, 1945, 21.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ ACCIOLY, Hildebrando, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I [1956], São Paulo, 2009, 153.

³² Ivi, 111.

³³ *Ibidem*.

Coerente con l'idea in cui gli Stati di composizione etnica eterogenea come il Brasile costituivano una nazione, Accioly non esitava in affermare che «a nação está, pois, constituída por um conjunto de fatores que se não confundem com os do próprio Estado, nem como os dos agrupamentos de homens a que se dá o nome de povo. Seu elemento básico é o fator subjetivo, representado pela consciência nacional»³⁴.

In seguito Accioly ha sottolineato le contraddizioni che secondo lui il principio presenterebbe in sé stesso: «muitas vezes, dificilmente se podem precisar os limites de uma nacionalidade, a realização prática do sistema poderia conduzir ao absurdo da (...) dissociação de alguns Estados, que vivem perfeitamente felizes com os seus povos pertencentes a mais de uma nacionalidade (como é o caso, por exemplo, da Suíça e, também, o da Bélgica)»³⁵. Nel caso specifico del Belgio le parole di Accioly si allontanano dell'opinione di François Laurent³⁶, uno fra i principali difensori del principio di Mancini in quel Paese: Laurent lo vedeva come esempio di Nazione, concretizzata soprattutto sull'elemento volitivo, oltre quello religioso. Per il brasiliano, sarebbero proprio quelle correnti dottrinarie che affermano il protagonismo delle "Nazioni" nello scenario internazionale a condurre alla disgregazione di stati come il Belgio, composto da tre gruppi etnici e linguistici molto diversi fra loro³⁷.

Nel 1958 Gerson de Britto Boson pubblica il suo *Curso de Direito Internacional Público*, in cui rifiuta anch'egli il principio di nazionalità: «Não só porque a expressão 'nacionalidade' tem hoje

³⁴ *Ibidem*. Continua l'autore: «Diz-se, assim, que uma nação é um conjunto de pessoas que possuem a mesma origem, as mesmas tradições, os mesmos costumes e aspirações comuns. Ordinariamente, os membros de uma nação falam língua idêntica, possuem a mesma religião, habitam o mesmo território. Mas há exemplos em sentido contrário. O que liga os membros de uma nação é um laço puramente moral, ao passo que no Estado existe um vínculo político» (ivi, 152).

³⁵ Ivi, 153.

³⁶ BRUYÈRE, Elisabeth, *Principes, esprit et controverses: l'avant-projet de code civil de François Laurent ou l'œuvre séditieuse d'un libre-penseur*. Tesi di dottorato di ricerca. Università di Ghent, 2019, 276.

³⁷ La critica mossa da Accioly non è del tutto originale, né recente. In verità nel secolo XIX In: PROUDHON, Pierre-Joseph. *Si les traités de 1815 ont cesse d'exister*, Paris, 1863, aveva già manifestato le sue perplessità al modo, secondo lui erroneo, con cui gli italiani concepivano ed applicavano l'idea di "Nazione" al difendere le iniziative volte a fare l'unificazione politica della penisola: «les Italiens tendaient, ils tendent encore à former un grand royaume de tous les peuples réputés de sang et de langue italiens, ce qui aboutit, d'abord à englober dans un État unique, en dépit de leur nationalité parfaitement distincte et de leurs frontières nettement accusées par la nature, des États jusque-là indépendants, tels que le royaume de Naples, la Sicile, les États de l'Église et la Toscane».

sentido preciso na técnica jurídica constitucional, como porque o conceito de ‘nação’, controverso que é (...) foge à realidade dos fatos, de vez que a nação não é aqui sujeito de Direito internacional, havendo Estados em que a população se constitui de nações diversas»³⁸. Accogliere tale teoria e trapiantarla nella cultura giuridica brasiliana potrebbe aver per effetto, secondo Boson ed anche altri autori a lui contemporanei, la delegittimazione della costituzione e della storia dello Stato brasiliano.

Luiz Faro nello stesso anno riprende le critiche a Mancini svolte precedentemente da Raoul Pederneiras, affermando che «apesar de todas as definições, nada mais vago do que a nacionalidade assim entendida. Vários elementos a constituem e nenhum, por si só, é suficiente para justifica-la»³⁹. Si potrebbe dire che le critiche di Faro sono andate anche oltre quelle di Pederneiras e di Accioly, in particolare quando si oppone ai principali argomenti che sorreggono l’architettura del principio del giurista italiano. In questo senso, egli smantella il concetto di razza affermando che «a identidade da raça não significa muito; todos os povos civilizados são o resultado da fusão de várias raças»⁴⁰, così come quello di identità linguistica, ritenuta «um fator importante da nacionalidade, mas está longe de ser decisivo»⁴¹, e quella culturale considerata non decisiva: «Sua importância tende a diminuir dado que, no mundo moderno, há um fundo comum de civilização facilitado pela frequência e rapidez das comunicações»⁴². Infine, «quanto à religião, deixou de ser um fator preponderante». La volontà di stare e rimanere insieme viene messa contro il proprio principio quando Faro afferma che è «a nação um laço puramente moral, constituído pela tradição e a consciência do destino comum»⁴³. Come è possibile costatare, anche nelle pagine di Luiz Faro incidono aspetti importanti della costituzione sociologica e

³⁸ BOSON, Gerson de Britto Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, Belo Horizonte, 1958, 247.

³⁹ FARO Jr., Luiz P. F., *Direito Público Internacional*, Rio de Janeiro, 1956, 96.

⁴⁰ Continua l’autore nello stesso senso: «A identidade da raça não significa muito; todos os povos civilizados são o resultado da fusão de várias raças» (*ibidem*).

⁴¹ Continua l’autore: «Há Estados, como a Suíça, que são dos mais perfeitos do mundo, e entretanto, seus habitantes falam idiomas diferentes. Por outro lado, povos da mesma língua, como americanos e ingleses, brasileiros e portugueses, são perfeitamente distintos» (*ibidem*).

⁴² «Sua importância tende a diminuir dado que, no mundo moderno, há um fundo comum de civilização facilitado pela frequência e rapidez das comunicações. Quanto à religião, deixou de ser um fator preponderante» (*ibidem*).

⁴³ Continua l’autore: «O elemento mais importante é o moral, a vontade dos diversos membros de uma comunidade de formarem uma mesma nação, mas só a reunião de todos esses elementos pode constituir a nacionalidade» (ivi, 55).

della storia del Brasile indipendente: questi collidono con l'ipotesi di una eventuale accettazione del principio delle nazionalità. È soprattutto in ragione di queste collisioni che l'autore rifiuta per intero la teoria di Mancini.

Nel 1968 Oliveiros Litrento sarà l'ultimo cultore brasiliano del diritto internazionale pubblico ad esaminare in modo approfondito il principio manciniano. Anche qui la critica è feroce. Per l'autore il principio è «insuficiente para servir de base à organização da sociedade internacional»⁴⁴. Anche premettendo «um critério para individualizar e estruturar os elementos da sociedade internacional» non riesce a dimostrare «qualquer norma para organizar as relações entre os Estados nem assegura a estabilidade e a paz na comunidade internacional». Il principio sarebbe quindi utile in contesti molto diversi e distanti di quello del Brasile del secolo XX, servendo naturalmente per introdurre «um movimento de fortalecimento da consciência coletiva dos povos, que se exteriorizou, por exemplo, na independência da Bélgica e da Grécia, culminando, na segunda metade do século XIX, na constituição do Império Alemão, após a guerra franco-alemã de 1870 e na unificação da Itália»⁴⁵.

Si potrebbe dire che i principali scrittori di diritto internazionale pubblico in Brasile hanno dedicato alcune pagine al principio delle nazionalità, anche se non lo legittimarono⁴⁶. Ma alcune assenze in questo elenco di scrittori sono veramente significative. Nella prima metà del secolo XX sono eloquenti i silenzi di Rui Barbosa⁴⁷, che nell'insieme della sua portentosa opera (cinquanta volumi) utilizza costantemente le espressioni “*nações*” e “*nacionalidades*” come sinonimi di “*Estado*”, così come quelli riportati nei manuali di Manuel de Souza Sá Vianna⁴⁸, di Epiácio Pessoa⁴⁹ e di Clóvis Bevilacqua⁵⁰.

⁴⁴ OLIVEIROS LITRENTO, *Manual de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, 1968, 57.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Situazione abbastanza differente occorre nella dottrina argentina, in cui il principio per molti decenni fu ampiamente applauso nella maggioranza dei manuali di diritto internazionale pubblico. A riguardo, v. DAL RI Jr., Arno, *Mancini in the Platine Basin: The Reception of the Principle of Nationalities in Argentina, Uruguay and Brazil*, in *Forum historiae iuris*, 2018, disponibile in <https://forhistiur.net/en/2018-12-dal-ri-jr/abstract/?l=en>.

⁴⁷ BARBOSA, Rui, *Obras completas de Rui Barbosa*, Rio de Janeiro, 1900.

⁴⁸ SÁ VIANNA, Manoel Álvoro de Souza, *Elementos de Direito Internacional*, vol. 1, Rio de Janeiro, 1908, 300.

⁴⁹ PESSOA, Epiácio, *Projecto de código de direito internacional publico*, Rio de Janeiro, 1911.

⁵⁰ BEVILAQUA, Clóvis, *Direito Público Internacional. A synthese dos principios e a contribuição do Brasil*, Rio de Janeiro, 1939.

Nei volumi da loro pubblicati si constata un approccio piuttosto statalista che non lascia spazio a riflessioni circa la possibilità di concessione della personalità giuridica internazionale alle *nações*. Bevilaqua, in particolare, sembra quasi disprezzare l'esistenza di queste correnti, ignorandole nel suo manuale di diritto internazionale pubblico e rifiutandole in modo esplicito nel suo manuale di diritto internazionale privato, come si potrà vedere in seguito.

Nel corso della seconda metà del XX secolo l'assenza di analisi sul principio manciniano nei manuali pubblicistici brasiliani – per esaltarlo o criticarlo –, si accentua sensibilmente, con un esteso elenco di autori consacrati nella dottrina che non lo prendono in considerazione, così come *Estudos de Direito Internacional*, di Gilda Russomano⁵¹, pubblicato nel 1965, nel *Curso de Direito Internacional Público*, di Celso Albuquerque de Mello, pubblicato per la prima volta nel 1967⁵² con quindici edizioni successive, e nel *Curso elementar* di Francisco Rezek, pubblicato per la prima volta nel 1991⁵³, oggi alla sua sedicesima edizione. In questi ultimi manuali, senza che venga fatta qualsiasi menzione al principio manciniano si imputa al concetto di *nação* un contenuto eminentemente sociologico con scarso valore giuridico.

Ma è possibile identificare un punto di partenza dal quale trarrebbe origine il crescente rifiuto al principio delle nazionalità nella dottrina internazionalista brasiliana? Nel corso dei decenni i manuali e i trattati di diritto internazionale pubblico si appropriano delle critiche e, posteriormente, del fermo rifiuto del principio storicizzandolo, ma senza che sia possibile identificare il fenomeno o il momento esatto in cui i fondamenti di questa riflessione si basano. Solo nell'ambito dei manuali e dei trattati di diritto internazionale privato, la cui analisi verrà affrontata nel prosieguo del presente saggio, sarà chiaro ed identificabile l'atteggiamento ora descritto, così come il rifiuto della dottrina avrà dei fondamenti più solidi.

3. *Mancini e le dottrine brasiliane di diritto internazionale privato.* - Ancora prima di essere oggetto di analisi nell'ambito delle dottrine pubblicistiche, le critiche al principio delle nazionalità sono

⁵¹ RUSSOMANO, Gilda, *Estudos de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, 1965.

⁵² MELLO, Celso Albuquerque de, *Curso de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, 1967.

⁵³ REZEK, José Francisco, *Direito Internacional Público. Curso elementar*, São Paulo, 1991.

sorte nell'universo privatista brasiliano praticamente alla vigilia del XX secolo. È il caso di Carlos Augusto de Carvalho, che nel 1899 estende la lunga introduzione del suo studio *Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis* dimostrando sfiducia nel principio elaborato da Mancini. Affermava essere quest'ultimo «cheio de seduções» e con «ardentes prosélytos»⁵⁴. Molto prima dei manuali di diritto internazionale pubblico, l'opera di Carvalho inizia il processo di storicizzazione del principio affermando che «surgindo em um momento histórico, devia ter caracter particularissimo e regional»⁵⁵. Apparentemente infastidito, denuncia il presupposto manciniano per essere riuscito del diritto internazionale privato «apoderar-se e para desalojá-lo não será pequena a resistencia»⁵⁶.

Dal punto di vista prettamente teorico, la proposta di Mancini per l'universo privatista diviene oggetto di feroci critiche perché, secondo una sintesi offerta da Haroldo Valladão, fondata su una logica pubblicistica territoriale, applicabile a tutti nel rispetto della sovranità statale; di diritto privato necessario, personale, di effetto extraterritoriale, avendo a riferimento la nazionalità di ogni individuo; e di diritto privato volontario, dipendendo dell'autonomia della volontà, sull'influenza diretta della libertà «com a ação dos princípios da liberdade, da nacionalidade e da soberania e independência políticas»⁵⁷. Ancora Valladão interpreta qualcosa di essenziale per la nostra analisi, valido ormai per le prime menzioni al principio delle nazionalità: la dottrina brasiliana contemplava il principio come un fenomeno più ampio, nato in Italia, ma maturato in proficuo dialogo

⁵⁴ CARVALHO, Carlos Augusto de, *Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis*, Rio de Janeiro, 1899, LXXVII.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ A questo fine menziona gli sforzi di importanti autori europei per dibattere la viabilità della sostituzione delle legge del domicilio con quella della nazionalità: «Sem refoho Henri Jacques, em parecer votado quasi unanimemente no 18º congresso da sociedade alemã dos juristas (Wiesbaden, 1886) sobre a these 'Em que casos deve-se substituir a lei do domicilio pela da nacionalidade', opinando por esta, lançou significativo conceito: 'Un des intérêts les plus importants d'un État est d'augmenter la force du sentiment patriotique de ses sujets, le sentiment du elevoir envers leur patrie; il est conforme à cet objet de maintenir, même à l'extérieur, l'autorité de la loi nationale'. Não é possível accentuar melhor os intuitos ela doutrina. Tem ella elous aspectos, político e jurídico. Em notabilissimos estudos Pillet e Bartin salientão a difficuldade de estabelecer regras geraes para resolver os conflictos de leis. O primeiro observa: 'Tout conflit de lois recouvre un conflit de souveraineté et doit emprunter a solution à des raisons de droit public'. O segundo: 'La solution du conflit des lois en matière personnelle nous apparait comme étroitement liée à ce qu'il a y de plus intime et de plus profond dans l'État qui la donne, je veux dire, aux conditions même d'existence de cet État dans l'ordre des faits sociaux et politiques'» (ivi, LXXIX).

⁵⁷ VALLADÃO, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1971, 130.

con i giuristi francesi e belgi ed ampiamente propagato dall'Institut de Droit International⁵⁸. La prova di quel che afferma Valladão si riscontra ormai nel 1906, con la pubblicazione dei *Principios elementares de Direito Internacional Privado* di Clovis Bevilacqua, in cui l'autore intitola il par. VIII: *Escola Italiana e Franco-Belga*⁵⁹, esaminandola come se fosse *un unicum*: «As idéas geraes da eschola italiana foram acceitas por Laurent, Lainé, Surville e Arthuis, Audinet, Weiss e outros, alguns mantendo-lhes a feição rigorosa dos primeiros mestres, outros additando-lhes conceitos hauridos aliunde»⁶⁰.

Tornando a Carvalho e alla sua dura reazione nel 1899, vengono superati i confini delle questioni meramente teoriche laddove egli solleva anche motivazioni di natura politico-ideologica, preoccupandosi dei rischi eventualmente procurati alla sovranità degli Stati americani innanzi alla possibilità di applicazione dagli Stati europei del principio delle nazionalità nell'ambito privatistico: qui è abbastanza evidente il riferimento agli innumeri immigrati italiani, spagnoli, tedeschi, austriaci, irlandesi, polacchi che in quegli anni si stanziavano nei Paesi del Nuovo Mondo. Sono dei rischi presi in considerazione anche nelle sessioni del Congresso Sudamericano di Diritto Internazionale Privato tenutosi a Montevideo fra il 1888 e il 1889⁶¹, i cui moniti vengono citati da Carvalho⁶². Ancora possono

⁵⁸ «Assim divulgada no Institut de Droit International e no Clunet (a grande revista de DIP até hoje circulando), com o projeto de uniformização para todos os Estados, por um ou vários tratados internacionais (...) a nova doutrina obteve grandioso sucesso na Europa continental e mundo e, em parte, na América Latina» (*ibidem*, 130).

⁵⁹ BEVILAGUA, Clóvis, *Principios elementares de Direito Internacional Privado*, Salvador, 1906, 37 (alcuni anni più tardi Irineu STRENGER, nel suo *Curso de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1978, 239, identificherà nell'opera dello statuario Charles Dumoulin (1500-1566) quelle che ritiene essere le origini più remote dell'influsso dottrinario italiano nell'universo giuridico francofono, affermando che «Dumoulin é o elemento de ligação entre a escola italiana e a escola francesa, tanto assim que muitos chamam a escola italiana de escola ítalo-francesa»).

⁶⁰ *Ivi*, 41.

⁶¹ Il Congresso Sud-americano de Derecho Internacional Privado, convocato a Montevideo il 25 agosto 1888 e terminato il 18 febbraio 1889, fu un'iniziativa dei governi argentino e uruguayano, a cui sono stati invitati gli altri Paesi del subcontinente (Brasile, Bolivia, Cile, Paraguay e Perù).

⁶² «A exposição de motivo dos Drs. Quintana e Ramirez, este relator da comissão de direito commercial e aquele da maioria da de direito civil, reclama attenta leitura. 'Juridico en la superficie, politico en el fondo, disse o Dr. Quintana, el sistema de la nacionalidad confunde á sabienda dos órdenes de ideas y de relaciones tan distintas entre sí, que en realidad son diametralmente opuestos. El derecho politico no es el civil y el ejercicio de la ciudadanía es independiente de la capacidad de contratar. El primero solo afecta al nacional; mientras que el segundo tiene por sujeto al hombre. La ciudadanía determina el goce de funcione publicas; mientras que la capacidad gira en la esfera de los derechos privados. La naciones americanas,

essere osservati tra gli argomenti opposti dal giurista brasiliano contro l'applicazione del principio manciniano diffuso dall'*Institut de Droit International*, il fallimento delle Conferenze dell'Aja di 1893 e di 1894 nel tentativo di codificarlo, nonché il fatto che le conferenze successive abbiano maggiormente adottato la legge del domicilio⁶³. La stessa opinione è in parte condivisa da Bevilaqua, che nel volume del 1906 lo criticava in modo fermo: «Si é offensivo da soberania dos Estados impor aos seus súbditos leis extranseiras, quando elles se acham no estrangeiro, pode também ser desrespeito a essa mesma soberania tolerar dentro de um Estado que imperem outras leis além das que elle entendeu necessárias á direcção da vida social a que preside. Depois, si o argumento procedesse, como justificar as excepções oriundas da ordem publica e da forma dos actos? O Estado tem o direito de conservar-se e defender-se, e, por consequência, dizem, 'de repellir as leis que contradizem as bases fundamentaes sobre que assenta a sua própria organização'. Perfeitamente; mas, neste caso, não é pelo seu character pessoal que as leis se tornam extra-territoriaes, e sim porque os Estados estrangeiros as toleram em seu seio, e elles naturalmente as admittem, porque ellas são uma forma, uma expressão da idéa de justiça que elle tenta realizar em suas próprias leis»⁶⁴.

recibiendo continuamente millares de inmigrantes de toda las nacionalidades existentes, perderian rápidamente su propia cohesión, si la capacidad de los inmigrantes, su estado y familia hubieran de continuar regidos para siempre por las de las leyes patrias abandonadas. Su unidad politica, expresión elevada de la soberania, no tardaria tampoco en resentirse de su falta de unidad legislativa y el fraccionamiento seria con el tiempo la amenaza constante de su integridad. Ahora bien, si los pueblos pueden jugar su independencia al azar de las batallas, jamás la abdicar voluntariamente en aras de nada ni de nadie». In: CARVALHO, Carlos Augusto de, *op. cit.*, LXXXII (anche così, come riprende RAMOS, André de Carvalho, *Pluralidade das fontes e o novo Direito Internacional Privado*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 2014, 607, «para o Império brasileiro, o princípio da nacionalidade seria um atrativo ao estrangeiro, que, sem ele, não seria estimulado a aceitar a imigração à América do Sul. O Brasil não ratificou nenhum dos tratados aprovados na Conferência»).

⁶³ *Ivi*, LXXXIII.

⁶⁴ BEVILAQUA, Clóvis, *op. cit.*, 42. La questione coinvolgendo l'ordine pubblica, la legge nazionale e il principio delle nazionalità, sollevata da Bevilaqua in questo passaggio ha avuto dei riflessi significative in vari ambienti della dottrina brasiliana in diversi modi. Alcuni decenni più tarde OLIVEIRA FILHO, João, *Ordem Pública*, in SANTOS, João Manuel de Carvalho (Org.), *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, vol. XXXV, Rio de Janeiro, 1945, 250 s., ha cercato di presentare un quadro più approfondito del concetto di ordine pubblica fra i difensori europei del principio, estraendo di loro la comprensione di che, in tutti i Paesi «o respeito aos princípios superiores da moral humana e social, tais como são estabelecidos e praticados no país, os bons costumes, os direitos primitivos inerentes à natureza humana e as liberdades aos quais, nem as instituições positivas, nem qualquer

Un decennio dopo, nel 1916, Rodrigo Octávio pubblica un articolo nel secondo volume della *Revista Jurídica* in cui anche lui muove delle critiche ai presupposti manciniani non ritenendola più una mera «expressão filosófica» delle idee delle antiche scuole statutarie⁶⁵ e concludendo che «se de um lado o estrangeiro fora da pátria e em qualquer paiz estranho, como homem e em nome do princípio de Liberdade e de Nacionalidade, póde reclamar em qualquer territorio e de qualquer soberania o reconhecimento e a conservação de seu direito privado; de outro lado a soberania imperante, em qualquer territorio dentre de seus limites, em nome do outro principio da independência politica do Estado, póde repellir qualquer alteração ou offensa ao seu Direito Publico e á Ordem Publica, como aprouver á autonomia da vontade nacional constituir e regular, e ainda póde com inteira legitimidade negar aos estrangeiros o reconhecimento de qualquer qualidade e o exercício de qualquer faculdade que se traduza n'uma lesão do direito publico do paiz que o hospede, coagindo-o a pautar suas proprias acções a todas as leis de segurança publica e de policia, meios preservativos e tutelares da tranquillidade e ordem publicas, dos bons costumes e dos direitos primitivos inherentes á natureza humana e á liberdade»⁶⁶.

Nello stesso anno, entrava in vigore in Brasile il primo Codice civile⁶⁷. Le norme che allora reggevano il diritto internazionale privato brasiliano venivano disciplinate nell'ambito della *Lei de Introdução do Código Civil*, eleggendo come elemento di connessione proprio la nazionalità⁶⁸. La legge del domicilio in questo primo momento poteva essere soltanto oggetto di applicazione sussidiaria⁶⁹,

governo, nem os atos da vontade humana, poderiam impor derrogações válidas e obrigatórias para os Estados. Se as leis positivas de um Estado, um julgamento estrangeiro ou os atos e os contratos feitos no estrangeiro violam estes princípios ou estes, cada soberania, longe de aceitar estas ofensas à natureza e à moralidade humanas, poderá, a justo título, recusar qualquer efeito e toda execução sobre o seu território. Pode-se regular, não somente as instituições incompatíveis com a ordem econômica estabelecida em determinada sociedade, ordem econômica que se compreende na ampla acepção da ordem pública».

⁶⁵ Il testo di Octávio intendeva criticare il principio manciniano, ma alla fine incluse tutte le altre teorie europee che a questo si avvicinano. Vedi a riguardo, OCTÁVIO, Rodrigo, *A theoria de Mancini*, in *Revista Jurídica*, 1916, 428.

⁶⁶ Ivi, 430.

⁶⁷ Legge n. 3.071, del 1° gennaio 1916, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*.

⁶⁸ Art. 8: «A lei nacional da pessoa determina a capacidade civil, os direitos de família, as relações pessoais dos cônjuges e o regime dos bens no casamento, sendo lícito quanto a este a opção pela lei brasileira».

⁶⁹ Art. 9: «Aplicar-se-á subsidiariamente a lei do domicilio e, em falta desta, a da residência: I. Quando a pessoa não tiver nacionalidade. II. Quando se lhe atribuírem duas

quando la persona fosse apolide o possedesse più di una nazionalità⁷⁰. È una chiara adesione al modello proposto dal gruppo di giuristi che alcuni decenni prima dominava il panorama teorico dell'Institut de Droit International, fra cui lo stesso Mancini. L'adesione del Legislatore brasiliano a questo modello, contro il parere di gran parte della comunità dei giuristi, è volta soprattutto ad esercitare una pressione sul governo, che riteneva di poter operare il mantenimento della nazionalità di origine da parte dagli stranieri presenti in modo permanente nel territorio brasiliano al fine di stimolare la crescita dei flussi migratori verso le *fazendas* di caffè all'interno del Paese⁷¹.

L'idea dell'esistenza di una *Escola italo-franco-belga* sul principio delle nazionalità, ormai diffusa da Bevilacqua nel volume del 1906, sembra inizialmente riprendere un parere favorevole nel manuale di Aducto Fernandes, del 1955⁷², nel quale si ribadisce che tale scuola «influiu consideravelmente no progresso e estudo do direito internacional privado, não só no seu aspecto científico, como especialmente de modo benéfico impôz-se na reforma das legislações modernas»⁷³. E come membri dell'*Escola* vengono citati diversi autori (Pasquale Fiore, Pietro Esperson, Enrico Catellani, Sebastiano Gianzana, tra i francofoni François Laurent e Antoine Pillet) aventi in comune con Mancini un pensiero per il quale: «A lei, quando disciplina uma relação privada, tem por objeto e utilidade o interesse da pessoa; no entanto não pode reger senão aquêles atos e fatos para que foi feita, mas, em princípio a norma deve governar essa relação,

nacionalidades, por conflito, não resolvido, entre as leis do país do nascimento, e as do país de origem; caso em que prevalecerá, se um deles for o Brasil, a lei brasileira».

⁷⁰ Nel 1922, pochi anni dopo l'entrata in vigore del primo Codice civile, fu organizzato a Rio de Janeiro il Convegno in cui Rodrigo Otávio ha preso la difesa dell'adozione del principio del domicilio, suggerimento approvato dall'assemblea. In questo periodo, come ci informa MOURA, Aline Beltrame de, *O critério de conexão da nacionalidade na doutrina e na legislação de Direito Internacional Privado brasileiro (1863-1973)*, in *Sequência*, 2018, 212, «o Brasil permanecia isolado no continente latino-americano, rompendo com a antiga tradição somente em 1942, com a reforma da Lei de Introdução ao Código Civil que substituiu o elemento de conexão da nacionalidade por aquele do domicílio, cuja redação se mantém inalterada ainda hoje».

⁷¹ Flussi di lavoratori non solo rurali ma anche operai per la nascente industria, che dovevano per forza essere bianchi, cristiani (di preferenza cattolica) e oriundi di Paesi di forte cultura gerarchica ed autoritaria. V., a riguardo, DAL RI Jr., Arno, *El tratamiento jurídico del extranjero en Brasil: De la 'Gran naturalización' de la Primera República a la seguridad nacional en el Estado Nuevo (1889-1945)*, in M. MECCARELLI, P. PALCHETTI (Org.), *Derecho en movimiento. Personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Madrid, 2015, 107-144.

⁷² FERNANDSE, Aducto, *Elementos de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1955.

⁷³ Ivi, 92-93.

onde quer que se ache a pessoa, e quaisquer que sejam as relações de direito por ela disciplinadas, salvo, juridicamente, as exceções resultantes da ordem pública internacional, da regras locus regit actum, e da autonomia da vontade»⁷⁴.

Il rifiuto non tarda ad arrivare con l'allontanamento dell'applicabilità pratica della teoria proprio nel suo principale postulato: il principio della personalità delle leggi. La cui ammissione è possibile solo laddove risulti in tale accezione: «como princípio de reação ética, de benevolência e de bondade, que todos nós reconhecemos agradecidos pelo muito que tem feito em favor dos indivíduos. Mas não é possível confundí-lo com a realidade que oferecem as ideias de territorialidade e extraterritorialidade. As vitórias alcançadas pela escola (...) resultaram como conquista realizadas pelo espírito de liberdade e de justiça de seus postulados, mas nunca como aplicação rigorosa da lei territorial como império absoluto em país estrangeiro»⁷⁵.

Nel volume pubblicato nel 1956, al capitolo in cui presenta le *Quatro escolas do século XIX*, Amílcar de Castro parla di Mancini, esprimendo tuttavia un parere negativo. L'esame – basato soprattutto sulle critiche di Martin Wolff e di Étienne Bartin –, muoveva dal presupposto per cui il principio non potesse condurre ad una costruzione giuridica solida, limitandosi piuttosto a mera retorica che bloccava l'elaborazione di una teoria avente una successione logica di proposizioni astratte, incapace di sfociare in un sistema⁷⁶. Ironizzando, Castro sosteneva che: «Os adeptos da escola italiana, diante de um fato internacional, não cuidam de analisar seu conteúdo, de sondar sua natureza, para procurar o direito que lhe seja mais adequado, e sim tratam apenas de saber qual seja a nacionalidade das pessoas. Ora, a nacionalidade é uma das várias circunstâncias de conexão que costumam ser consideradas na especial apreciação dos fatos anormais (...), nem ao menos é mais importante, não podendo por isso mesmo servir de base a um sistema de direito internacional privado»⁷⁷.

La critica di Castro diventa ancora più cruda e severa quando sottolinea l'incoerenza della dottrina, la quale «funda-se em nacionalidade num sentido, e aplica-se pela nacionalidade noutro sentido, isto porque não há a imaginada coincidência de nação com

⁷⁴ Ivi, 96.

⁷⁵ Ivi, 97.

⁷⁶ Ivi, 196.

⁷⁷ Ivi, 198.

Estado»⁷⁸. La dottrina sarebbe quindi il risultato di una strategia politica tipica del Risorgimento e perciò non applicabile alla realtà brasiliana: «como a Itália se encontrasse subdividida em principados dominados por Estados diferentes, e principalmente sob jugo austríaco, logo após a revolução de 1848, políticos, pensadores, agitadores patrióticos, intentaram congrega-los em nação independente. Mancini, então político notável e orador afamado, defendeu com ardor o princípio da nacionalidade afirmando que a cada nação devia corresponder um Estado, pois a unidade em que o direito internacional devia preponderar era a nação, e não o Estado»⁷⁹.

Muovendo da tali premesse, relative alla realtà brasiliana e latino-americana, egli sottolinea l'incapacità di adattare tale principio agli Stati del Nuovo Mondo, le cui popolazioni sono in gran parte fatte da immigrati: «o povo da maioria dos Estados compõe-se de indivíduos provenientes de diversas nações; e além disso, pela naturalização, passam de um para outro Estado»⁸⁰; e che alla fine anche per i nazionalisti «o direito que acompanha a pessoa ut cicatrix in corpore é sempre o do Estado, e não o da nação a que o indivíduo pertence». Per tale motivo e dinnanzi «relações estabelecidas entre indivíduos de nacionalidade diferentes, outro remédio não indica senão o abandono do princípio básico, o que basta para mostrar a inconsistência da doutrina»⁸¹.

Wilson Campos Batalha nel 1961 menziona la scuola italiana nel suo manuale, così come critica Mancini «e seus seguidores por terem formulado uma doutrina popular de cunho político e não uma doutrina científica»⁸². Il giurista brasiliano praticamente si limita a ripetere le linee fondamentali della dottrina dell'italiano e a questionare le sue «pretensões universalistas»⁸³ i cui argomenti riprendono il pensiero del predecessore Amilcar de Castro, per il quale risulta inapplicabile il principio delle nazionalità nei Paesi ricettori di flussi immigratori.

Nel 1970 Oscar Tenório ha saputo operare una sintesi di quasi un secolo di critica privatistica brasiliana al principio manciniano quando afferma che l'importanza «dada ao vínculo de nacionalidade (cidadania) é excessiva», e che viene fondata in «uma concepção de

⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁹ Ivi, 196.

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² BATALHA, Wilson de Souza C., *Tratado elementar de direito internacional privado*, vol. I, São Paulo, 1961, 198.

⁸³ *Ibidem.*

generalizar incompatível com a realidade» e con la pratica della disciplina⁸⁴.

Molto probabilmente insieme agli scritti di Amilcar de Castro, il volume pubblicato nel 1978 da Irineu Strenger è quello che meglio presenta le idee di Mancini nella dottrina privatista brasiliana. L'approccio di Strenger approfondisce in modo compito il tema del presente articolo laddove presenta le *principais escolas* dottrinarie. Il principio delle nazionalità viene inserito come elaborazione della *escola nacionalista*, raggruppamento di autori che avrebbe per principale presupposto il seguente assunto: «o direito internacional privado é um conjunto de regras estabelecidas pelos legisladores do Estado, formando uma parte do direito nacional de cada país»⁸⁵.

Per quel che concerne specificamente la prolusione del 1851, Strenger mette in risalto la natura politica propria di un progetto che sarebbe prima di un uomo e solo successivamente di un giurista: «Na política jurídica visava Mancini a unificação da Itália e o estabelecimento de uma confraternização política universal». Tale punto di vista si riflette immediatamente nella prolusione laddove presuppone la nascita dello Stato soltanto «porque a nação se organiza politicamente»⁸⁶. Una dottrina i cui fini risultano evidenziati anche nel suo connotato «essencialmente nacional ou nacionalista», basato su un'idea di Governo che «interferir na vida do cidadão até o instante em que não fira a sua liberdade inofensiva, que devia se respeitada também no estrangeiro»⁸⁷.

⁸⁴ TENÓRIO, Oscar, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 10^a ed., Rio de Janeiro, 1970, 411, che afferma inoltre: «Ademais, o 'rattachement' da nacionalidade da pessoa não é o mesmo em todos os países, porque as condições de aquisição e perda da nacionalidade são geralmente fixadas pela legislação interna dos Estados» (*ibidem*). A tale riguardo LORETO FILHO, Sérgio, *Curso de Direito Internacional Privado*, Recife, 1973, 61, parla inoltre dell'esistenza di un "surto della dottrina" negli Stati europei e che le teorie del protagonismo delle Nazioni hanno fatto emergere una nuova dottrina, abbastanza estremista «endossando o princípio da lei nacional como representando o verdadeiro estatuto pessoal, exagerou a sua aplicação ao ponto de encarar essa mesma aplicação como uma regra geral para a solução de todos os conflitos de leis».

⁸⁵ STRENGER, Irineu, *Curso de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1978, 148. Non solo Pasquale Stanislao Mancini, ma anche Étienne-Adolph Bartin, Franz Kahn, Theodor Niemeyer, Albert Venn Dicey e François Laurent sono citati come esponenti di questa scuola, imputandoli come argomento principale «de que o direito internacional privado constitui uma parte do ordenamento jurídico nacional, portanto, direito estatal com as suas fontes de produção jurídica igualmente estatais» (ivi, 152). Gli argomenti offerti dalla scuola nazionalista, ancora nell'opinione di Strenger, «não resistem a algumas críticas, tendo em vista as novas dimensões de nossa disciplina» (ivi, 153).

⁸⁶ Ivi, 269.

⁸⁷ Ivi, 271.

Anche se critico, nelle pagine del suo manuale Strenger è abbastanza generoso con la teoria del giurista italiano. Lui non risparmia pensieri volti a presentare i lineamenti del principio delle nazionalità, né i suoi sviluppi ed articolazioni in Italia e nel resto dell'Europa, indicandolo come una «influência gigantesca na promoção direito internacional privado»⁸⁸ all'inaugurare «o princípio da nacionalidade, da personalidade do direito, que não se confunde com o princípio da personalidade do direito no período das invasões bárbaras, quando o juiz aceitava a professio iuris». L'impossibilità di confusione fra i due principi – quello medioevale e quello risorgimentale – emergerebbe proprio dal fatto che per Mancini esiste «a aplicação do princípio da nacionalidade relativa do direito, expressa no princípio de autonomia da vontade (...) e dentro de um direito espacial»⁸⁹.

Malgrado l'ampio spazio dedicato all'esame della teoria proposta da Mancini e dei suoi sviluppi nell'universo privatistico, Strenger conclude la sua analisi affermando che «a teoria de Mancini é interessante, mas defeituosa»⁹⁰. Rompe invero con l'iniziale descrizione dei presupposti manciniani, che sembra accogliere con simpatia. Tuttavia, la critica mossa sorprende, laddove egli non si avvale degli argomenti politici e ideologici che i suoi predecessori estraggono dalla Conferenza di Montevideo del 1899. Per Strenger il grave errore si troverebbe soprattutto «ao admitir que o direito internacional privado se circunscrevia às nações, pois não são as nações que se diferenciam do ponto de vista do conflito legislativo porque há possibilidade de nações, de raças, costumes diversos, estarem abrangidas pela legislação de um mesmo Estado»⁹¹.

Così come per la dottrina pubblicistica, anche fra i privatisti brasiliani l'analisi del principio delle nazionalità non si protrae oltre gli anni '70 del XX secolo. Successivamente, la presenza di Mancini nei manuali si esaurisce in poche righe, limitandosi per di più alla descrizione di un contesto in cui la sua teoria si incontra con il pensiero di altri due teorici del diritto internazionale privato moderno: Friedrich Carl von Savigny e Joseph Story, senza tuttavia fornire alcun approfondimento in merito.

⁸⁸ Ivi, 269.

⁸⁹ Ivi, 270.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Ivi, 272.

5. *Conclusioni*.- La dura reazione al principio delle nazionalità emersa nell'ambito della Conferenza di Montevideo del 1899 sembra essere subito diventata il riferimento per la scienza brasiliana del diritto internazionale, di natura sia pubblicistica sia privatistica. La pluralità degli autori si esprime in modo scettico, talvolta contrario rispetto al principio di cui sopra. Pur tuttavia, diciassette anni dopo, con l'approvazione da parte del Parlamento brasiliano del primo Codice civile, verrà recepito come principio della legge nazionale sul quale si fonderanno le relazioni nel panorama internazionale privato. Si tratta di una situazione assai complessa, in cui i legislatori ed i grandi autori della disciplina non andavano allo stesso passo, almeno fino al 1942 con la riforma della *Lei de Introdução ao Código Civil*⁹². Quest'ultima ha definitivamente abbandonato la "nazionalità" come criterio, sostituendola con il concetto di domicilio.

Nel corso dei quattro decenni avuti fra 1899 e 1942 le critiche rivolte dai pubblicisti e dai privatisti sono quasi tutte più moderate o più rigide rispetto a quelle proposte da Carvalho e da Bevilacqua, ma anche dalla propria Conferenza: gli Stati di destinazione dei grandi flussi migratori – come il Brasile e gli altri del continente americano – non avrebbero mai potuto applicare istituti di ordinamenti giuridici alieni, prevedendo la perpetuazione di un diritto esclusivo allo Stato da cui l'immigrato proveniva.

Oltre l'impatto della presa di posizione nell'ambito della Conferenza del 1899, possono essere indicati due altri eventi molto peculiari della storia brasiliana quali giustificatori dell'applicazione del criterio di connessione: per primo, il Decreto sulla *Grande Naturalização*⁹³ emanato dal governo neorepubblicano brasiliano il 15

⁹² L'art. 7 prevede: «A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família»; l'art. 10 dispone: «A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens». Sul tema, come ci informa MOURA, Aline Beltrame de, *op. cit.*, 212, «na Exposição de Motivos da citada reforma, fica claro o discurso a favor da lei do domicílio como sendo o critério mais apropriado para disciplinar tais relações, sendo considerado um vínculo jurídico mais seguro em um país de imigração como o Brasil. Dada a vasta extensão territorial e a necessidade de integrar melhor os estrangeiros aqui residentes, a adoção da regra do domicílio apresentava-se como uma necessidade de ordem pública, imposta por um sentimento de legítima defesa da vida nacional». Entrambi gli articoli hanno mantenuto la loro redazione originale nella riforma del 2010.

⁹³ Art. 1, decreto n. 58-A, 14 dicembre 1889: «São considerados cidadãos brasileiros todos os estrangeiros que já residiam no Brazil no dia 15 de novembro de 1889, salvo declaração em contrario feita perante a respectiva municipalidade, no prazo de seis mezes da publicação deste decreto».

novembre 1889, volto ad una naturalizzazione di massa degli stranieri presenti nel territorio brasiliano; così come l'inasprimento delle politiche di sicurezza riguardanti gli stranieri operato nel corso degli anni '20 e '30 del XX secolo, il quale raggiunge il suo apice nel periodo dello *Estado Novo* (1937-1945), in pieno conflitto bellico mondiale.

Entrambi i fatti hanno influito in modo significativo nel processo volto a sostituire il criterio principale di connessione: gli immigrati e i loro discendenti stanziati in modo definitivo nel territorio brasiliano sono stati sottoposti a un forzato allontanamento delle istituzioni delle patrie di origine e alla nazionalizzazione come cittadini brasiliani⁹⁴.

La nuova legge del 1942 non ha fatto riferimento esplicito alla teoria di Savigny per giustificare il domicilio come criterio di connessione⁹⁵. La *Exposição de motivos*⁹⁶ che precede il disegno di legge indica invece l'opera di un noto civilista brasiliano del XIX secolo, Augusto Teixeira de Freitas, come base teorica per tale cambiamento. Quest'ultimo, a sua volta, per rifiutare l'applicazione della legge nazionale ha utilizzato una *mélange* della dottrina tedesca con quelle di Henry Wheaton⁹⁷ e di Antoine Mailler de Chassat⁹⁸: «O estatuto

⁹⁴ Sul tema, vedi DAL RI Jr., Arno, *El tratamiento jurídico*, cit., 107-144.

⁹⁵ DOLINGER, Jacob, *Direito internacional Privado. Parte Geral*, Rio de Janeiro, 2011, 321. Il criterio di connessione presentato da Savigny viene basato nella natura dei rapporti giuridici, indicando come principio fondamentale quello della sede del rapporto giuridico. Il giurista tedesco concede un ruolo rilevante all'intenzione delle persone, inserendola come centro di tutto il rapporto giuridico. V., al riguardo, DAL RI Jr., Arno, *Apresentação*, in SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Sistema do direito romano atual*, cit., 12.

⁹⁶ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS AO DECRETO-LEI N. 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Brasília: Arquivos do Ministério da Justiça, 58 (cit. anche da DOLINGER, Jacob, *op. cit.*, 321 s.: «Onde, porém, reside a maior inovação no projeto anexo é nos arts. 7 e 10, que, rompendo com a tradição do nosso Direito Internacional Privado, firmaram o princípio da lei domiciliar, como reguladora da capacidade civil, dos direitos de família, das relações entre os cônjuges e da sucessão legítima ou testamentária. A legislação brasileira, desde 1850, adotada o princípio oposto, o da lei nacional, em vigor nos países do velho continente, interessados em manter seus filhos ligados à pátria, através dos seus costumes e da aplicação do direito desta. Desprezamos, por isso, em tempo oportuno, a sábia lição de Teixeira de Freitas, que acolheu em seu esboço o princípio da lei do domicílio, a qual foi adotada na Argentina e noutros países do continente».

⁹⁷ Teixeira de Freitas ha citato il giurista nordamericano tramite la sua edizione francese: «Chaque État indépendant possède le pouvoir exclusif de législation quant aux droits personnels de ses citoyens et quant aux biens mobiliers et immobiliers situés dans le territoire de l'État, et appartenant à ses citoyens ou à des étrangers (...). Chaque nation possède et exerce seule et exclusivement la souveraineté et la juridiction dans toute l'étendue de son territoire. De ce principe il résulte que les lois de chaque État affectent, obligent et régissent, de plein droit, toutes les propriétés immobilières et mobilières qui se trouvent dans son territoire, comme aussi toutes les personnes qui habitent ce territoire, qu'elles y soient nées ou non; enfin, que ces lois affectent et régissent tous les contrats passés, tous les actes consentis

pessoal é outra preocupação (...). As nações são entre si independentes, tem o poder exclusivo de promulgar suas leis; e estas obrigação, nos limites de cada território, todas as *cousas*, é todas as *pessoas*, que n'elle se-achão. Quaesquer effeitos, que as leis estrangeiras possam têr no território de um Estado, dependem absolutamente do consentimento expresso, ou tácito, d'esse Estado»⁹⁹.

La teoria di Teixeira de Freitas rompe così con la tradizione legislativa dell'epoca, facendo in modo che il Codice si avvicinasse, pur mantenendo le proprie peculiarità, alla teoria di Savigny¹⁰⁰. La sostituzione del criterio di connessione ha allontanato ancora di più il principio delle nazionalità della scienza giuridica brasiliana. La teoria di Mancini e la cosiddetta “*escola italo-franco-belga*” vengono considerate fenomeni dottrinari significativi per il loro tempo: entrambe sintomatiche del momento vissuto dalla scienza del diritto

dans les limites de ce même territoire. (...) tous les effets que les lois étrangères peuvent produire dans le territoire d'un État dépendent absolument du consentement exprès ou tacite de cet État. Un État n'étant point obligé d'admettre dans son territoire l'application et les effets des lois étrangères, il peut indubitablement leur refuser tout effet clans ce territoire: il peut prononcer cette prohibition à l'égard de quelques-uns seulement, et permettre que d'autres produisent leurs effets en tout ou en partie. Si la législation de l'État est positive sous l'un ou l'autre de ces points de vue, les tribunaux doivent nécessairement s'y conformer». In WHEATON, Henry, *Éléments du droit international*, Leipzig, 1852, 101 s.

⁹⁸ Nelle parole di MAILLER DE CHASSAT, Antoine, *Traité des statuts (lois personnelles, lois réelles), d'après le droit ancien et le droit moderne, ou Du droit international privé*, Paris, 1845, 214: «Je ramène à deux questions générales l'exposition de la seule doctrine que me paraisse comporter la matière. De là peut-être sortira le véritable sens des dispositions incohérentes qui la régissent. Une nation est-elle forcée de reconnaître et d'appliquer sur son territoire la législation étrangère, à l'effet de faire respecter dans chacun de ses membres sa nationalité, et d'en faire consacrer les résultats par cette nation? En cas d'affirmative, quelles sont les limites au-delà desquelles l'application de cette règle ne serait qu'une violence faite à l'indépendance de la nation étrangère? Si je sens bien la portée de ma première question, elle doit être l'équivalente de celle-ci: Une nation est-elle tenue de reconnaître dans l'étranger qui vient fouler son territoire, non un homme que protège dans toutes les hypothèses, dans tous les sens, le droit naturel, mais expressément le membre d'un corps politique étranger que couvre sa nationalité, et l'obligation précise, pour la nation au sein de laquelle il se trouve, de lui en assurer les résultats? Si la solution de cette question est écrite quelque part, ce que j'ignore, elle n'est entrée, du moins, ni dans les vérités généralement répandues, ni dans les usages constants et généralement reçus parmi les peuples, comme le produit d'une obligation donnant naissance à un droit certain».

⁹⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de, *Consolidação das leis civis*, 3^a ed., Rio de Janeiro, 1876, CXXXII, nota.

¹⁰⁰ «Depois da leitura do que tem escripto Savigny Tom. 8º do seu Dir. Rom. fica-se convencido, de que n'esta matéria não ha o arbitrário, que em geral se-supoe. Cada relação de direito tem sua sede própria, seu logar d'existência. Eis o que determina a applicação de leis estrangeiras. Investigando esse logar d'existencia, o legislador pôde erigir em preceito legislativo o que por ora reputa-se pertencêr á esphera do Direito das Gentes, e depende da controvérsia dos Escriptôres. É o que tenbo feito no Esboço do Código Civil, em cujas notas adiar-se-ha uma larga exposição de motivos» (ivi, CXXXIII, nota).

internazionale nel periodo europeo in cui sono state elaborate, ma ormai da tempo superate. Entrambe sono state inoltre prese in considerazione come frutto di discorsi estremisti del XIX secolo, proprio perché intimamente collegate a ideologie sottese alla lotta per l'unificazione degli Stati nazionali.

È così che in Brasile, Pasquale Stanislao Mancini, se da una parte è stato messo nel *pantheon* dei grandi nomi della scienza del diritto internazionale, dall'altra, con il suo principio delle nazionalità, nel corso del XX secolo, viene inserito nel capitolo storico dei manuali e dei trattati come qualcosa appartenente ad altri tempi e ad altre realtà.

ABSTRACT

Pasquale Stanislao Mancini and the Science of International Law in Brazil

The cultural translation, in the Brazilian science of international law, of the Principle of Nationality developed by Pasquale Stanislao Mancini and presented at the 1851 lecture did not happen without controversy and disputes. Since the end of the 19th century, public-law doctrine has highlighted the inconsistencies of the use of ethnic criteria for the formation of the idea of nation, being Brazil precisely a multi-ethnic country, as well as the possible legitimation of links with the former colonial metropolises based on linguistic and cultural criteria. The private-law doctrine, in turn, has denounced possible problems arising from the application of foreign norms to permanently immigrated individuals in the South American country – including a vast number of Italian citizens. The aim of this article is, therefore, to examine the arguments used by Brazilian jurists to first reject and then submit to an incisive process of historicization the elements that compose Mancini's Principle of Nationality.

ARTICOLI E SAGGI

LA COOPERAZIONE ECONOMICA INTERNAZIONALE TRA MULTILATERALISMO E UNILATERALISMO AL TEMPO DELL'EMERGENZA COVID-19

PIA ACCONCI

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Scelta del multilateralismo nell'assetto dell'ordine economico internazionale *post*-bellico, decolonizzazione e consolidamento del multilateralismo. – 3. (*Segue*) Confutazione del multilateralismo a seguito della crisi del capitalismo finanziario e manifestazioni di unilateralismo improntate alla rivendicazione della sovranità («sovranoismo»). – 4. Le risposte delle organizzazioni internazionali a vocazione economica all'emergenza sanitaria Covid-19. – 5. Conclusioni.

1. L'incidenza pregiudizievole dell'emergenza sanitaria Covid-19 – generata dal nuovo virus oggi noto come SARS-COV-2 – sui flussi di investimenti all'estero e sugli scambi commerciali transnazionali è risultata evidente in Europa sin dalle prime fasi, verso la fine del marzo 2020, in virtù della cessazione di tutte le attività economiche non essenziali decisa da numerosi Stati teatro di focolai aggressivi, quali Italia, Francia e Spagna. Effetti simili si sono registrati in altre zone del mondo, quand'anche siano state adottate misure di chiusura solo parziali. È così che, nei primi giorni di aprile 2020, alcune espressioni premonitrici di una crisi economica su scala mondiale, come «economic fallout»¹, «international economic disruption»², «the worst global crisis since World War II»³ o «a crisis like no other, an uncertain recovery»⁴, hanno iniziato a essere usate vuoi da organi di stampa vuoi da organizzazioni internazionali.

¹ Si veda, tra gli altri, *Coronavirus Economic Tracker: Latest Global Fallout*, in *Financial Times*, 13 maggio 2020, consultabile online www.ft.com.

² Segnalo *World Economic Situation and Prospects: April 2020 Briefing*, 1° aprile 2020, n. 136.

³ Si veda il rapporto dell'OIL *ILO Monitor 2nd edition: COVID-19 and the World of Work. Updated estimates and analysis* (la versione aggiornata il 25 gennaio 2021 è consultabile nella pagina dedicata del sito internet dell'OIL www.ilo.org).

⁴ Si veda il *World Economic Outlook* pubblicato dal Fondo monetario internazionale in giugno 2020 (consultabile nella pagina dedicata del sito internet del Fondo monetario internazionale www.imf.org).

La duplice emergenza si è manifestata in un contesto già di per sé complesso, eterogeneo e, in linea di tendenza, in squilibrio, a causa degli effetti di medio-lungo termine della grave crisi finanziaria sistemica del 2008, delle posizioni nazionalistiche di alcuni Stati protagonisti del commercio internazionale, come la posizione dell'amministrazione Trump tesa a paralizzare il funzionamento dell'Organo di appello dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) per il mancato rinnovo dei suoi membri, e dei conseguenti conflitti di interesse di natura economica tra potenze, come il conflitto tra Stati Uniti e Cina relativamente all'introduzione unilaterale di dazi agli scambi di certi prodotti, quali acciaio e suoi derivati⁵.

Altri Stati economicamente avanzati, come il Regno Unito, hanno evidenziato l'intento di privilegiare azioni e risposte unilaterali di stampo protezionista ad alcuni problemi della vita di relazione internazionale nel campo economico, quali il contrasto della disoccupazione e la regolamentazione dei mercati finanziari. Tali posizioni hanno contribuito al dibattito sull'opportunità di una ristrutturazione dei principi e metodi ispiratori del diritto internazionale dell'economia, in particolare del principio di non discriminazione attraverso il multilateralismo.

Quest'ultimo è stato il metodo di gestione dei rapporti economici internazionali concordato dalle potenze vincitrici al termine della Seconda guerra mondiale, accettato poi dalla maggioranza degli Stati di nuova indipendenza sorti dalla decolonizzazione e divenuto prevalente a partire dagli anni novanta del Secolo scorso con l'espansione del processo di liberalizzazione economica su scala mondiale tramite l'interdipendenza. Tale metodo è all'origine della stipulazione di molteplici accordi internazionali volti a regolare settori disparati, talvolta mediante l'istituzione di organizzazioni internazionali. Giova precisare che siffatti trattati, quelli istitutivi delle Comunità europee e poi dell'Unione europea (UE) inclusi, hanno generato limitazioni alla

⁵ Rileva il rapporto annuale dell'UNCTAD relativamente all'anno 2019 intitolato *Beyond Uncertainty* (consultabile al sito internet dell'UNCTAD, www.unctad.org). Per riflessioni al margine delle posizioni unilaterali dell'Amministrazione Trump, segnalo, tra gli altri, J. GOLDSMITH, A. TOGAWA MERCER, *International Law and Institutions in the Trump Era*, in *German Yearbook of International Law*, 2018, 11 ss.; S. PUIG, *Can International Trade Law Recover? The United States-Mexico-Canada Agreement: A Glimpse into the Geoeconomic World Order*, in *The American Journal of International Law*, 2019, 56 ss.; G. SACERDOTI, *Quo Vadis WTO after the Covid-19 Crisis?*, in P. ACCONCI, E. BARONCINI (a cura di), *Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione. Una prospettiva italiana*, Bologna, 2020, 47 ss. ([open access amsacta.unibo.it](http://openaccess.amsacta.unibo.it)).

sovranità degli Stati parti solo allorché questi vi abbiano consentito con la ratifica, essendo l'obbligo del rispetto della sovranità statale un principio cardine del diritto internazionale.

Il dibattito dottrinario e interstatale originato dalle contestazioni più recenti al multilateralismo, quale strumento pregiudizievole alla sovranità statale e agli interessi nazionali, ha, da un lato, confermato che il modo di essere del sistema-mondo può essere condizionato tuttora da un gruppo ristretto di Stati in una società internazionale caratterizzata da eterogeneità e dinamicità degli equilibri e, dall'altro, che gli Stati tipicamente forti, sotto i profili tanto politico quanto economico, possono essere oggi tra quelli più interessati a manifestare la volontà di cambiamento, finanche esprimendo orientamenti di politica economica di stampo protezionista. Queste considerazioni favoriscono nuove riflessioni sui parametri di riferimento dell'inquadramento giuridico della cooperazione economica internazionale.

Il consolidamento dell'interdipendenza tra Stati e mercati – quale conseguenza dell'espansione del processo di mondializzazione – portava a credere fino a un decennio fa circa che le forme di condizionamento prevalenti per la scelta dei metodi di cooperazione in campo economico e la determinazione dei principi rilevanti fossero il risultato dell'omogeneizzazione di stampo liberista tra interessi degli Stati e andamento dei mercati transnazionali, soprattutto di quelli finanziari.

Le organizzazioni internazionali a vocazione economica sono state strumentali alla facilitazione di tale omogeneizzazione⁶. Segnalo, in particolare, le azioni di Banca mondiale (BM), Fondo monetario internazionale (FMI) e OMC sul piano multilaterale a partecipazione tendenzialmente universale e UE e Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) sul piano regionale.

La rilevanza del multilateralismo non era stata contestata in modo acceso neppure dal gruppo dei Paesi in via di sviluppo e/o emergenti

⁶ Per la distinzione tra multilateralismo e attività di organizzazioni internazionali, si veda, per tutti, H. GRANT COHEN, *Multilateralism's Life Cycle*, in *The American Journal of International Law*, 2018, 47 ss, specialmente 50, là dove afferma che «(...) multilateralism describes a preference – a belief that, all things being equal, broader more inclusive regimes would best solve the problems at hand, whether functionally or normatively. Multilateralism is thus distinct both from the multilateral institutions that may reflect or embed that strategy and from the dispersion of state power in the system [polarity]». Cfr. già M. GIULIANO, *La cooperazione degli Stati e il commercio internazionale*, Milano, IV ed., 1978; G. SACERDOTI, *Cooperazione economica internazionale*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, 1989, 167 ss., specialmente 169-170, 173-177; P. PICONE, *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, in P. PICONE, G. SACERDOTI (a cura di), *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, IV ed., 1994, 31 ss., specialmente 68 ss.

in occasione di precedenti momenti di grave crisi economica e sociale di carattere transnazionale.

Successivamente alla crisi finanziaria del 2008, regionalismo, plurilateralismo e multipolarismo sono diventati anch'essi funzionali al multilateralismo per il mantenimento, da un lato, del processo di interdipendenza economica in chiave liberista su scala mondiale e, dall'altro, per la ricerca di soluzioni, pur sempre collettive sul piano del diritto internazionale, ai problemi generati da conflitti tra norme di natura eterogenea poiché dirette alla tutela di interessi diversi tanto di Stati quanto di privati: da una parte, il liberismo e, dall'altra, l'ambiente e i diritti sociali⁷.

L'emergenza sanitaria Covid-19 ha causato numerosi effetti pregiudizievoli sull'andamento degli scambi transnazionali di merci e servizi, nonché sui flussi di investimento all'estero e ha reso palesi alcune criticità di funzionamento del processo di liberalizzazione economica realizzato attraverso l'interdipendenza sul piano mondiale tra Stati e mercati.

Alcuni Stati economicamente avanzati, come Italia, Regno Unito, Spagna e Stati Uniti, sono risultati impreparati a far fronte all'emergenza sanitaria generata dal Covid-19 vuoi per la mancanza di servizi e piani pandemici specifici vuoi per le scelte di politica sanitaria poste in essere soprattutto nell'ultimo decennio, dopo la grave crisi finanziaria del 2008. Questi Stati hanno adottato politiche macroeconomiche volte alla riduzione graduale, ma costante della spesa pubblica per la

⁷ Segnalo, tra gli altri, C.M. DENT, J. DOSCH (eds.), *The Asia-Pacific, Regionalism and the Global System*, Cheltenham, Northampton, 2012; C.-F. LO, *Coordinative Approach to Resolve Normative and Operational Conflicts between Inner and Outer-FTAs*, in *Journal of World Trade*, 2016, n. 1, 147 ss.; A. ACHARYA, *After Liberal Hegemony: The Advent of a Multiplex World Order*, in *Ethics & International Affairs*, 2017, 271 ss.; M. LEKIĆ, C. OSAKWE, *WTO Rules, Accession Protocols and Mega-Regionals: Complementarity and Governance in the Rules-Based Global Economy*, in A. KIREYEV, C. OSAKWE (eds.), *Trade Multilateralism in the Twenty-First Century*, Cambridge, 2017, 98 ss.; P.M. PROTOPSALTIS, *The Development of the US and the EU Preferential Trade Agreement Networks: A Tale of Power and Prestige*, in F. AMTENBRINK, D. PRÉVOST, R.A. WESSEL (eds.), *Shifting Forms and Levels of Cooperation in International Economic Law: Structural Developments in Trade, Investment and Financial Regulation*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2017, 3 ss.; R.Y. SIMO, *The African Continental Free Trade Area in a Stagnating Multilateral Trading System: on the Likely (Ir)Relevance of the Enabling Clause*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2019, 53 ss.; G. PERONI, *Stabilità economica e sostenibilità nel diritto internazionale*, Milano, 2020. Relativamente all'esigenza di una correlazione tra liberismo e diritti sociali dopo la crisi finanziaria del 2008, si veda, in particolare, già la risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite contemplante *Human Rights Council, Report of the 2009 Social Forum (Geneva, 31 August–2 September 2009)* (A/HRC/13/51, 25 novembre 2009).

prestazione dei servizi sanitari e la realizzazione di programmi di assistenza specifici nel settore. Tali scelte sono state fondate anche su parametri quantitativi e sovente meramente contabili indicati da alcuni organismi internazionali a vocazione economica e finanziaria, quali Fondo monetario internazionale, OCSE e Commissione europea, per quanto concerne gli Stati membri dell'Unione europea, nel quadro di programmi di riforma condizionati. Si è assistito di conseguenza all'adozione di atti normativi nazionali di *austerità*. Più specificamente, nel settore sanitario numerosi Stati hanno scelto di affidare l'erogazione e la gestione dei servizi sanitari nazionali tanto ad amministrazioni pubbliche quanto ad attori privati secondo modelli di organizzazione mista.

L'Organizzazione mondiale della sanità (OMS) ha posto in essere attività di coordinamento e indirizzo per la realizzazione della «universal health coverage» nel quadro dei piani nazionali degli Stati membri di sorveglianza e prevenzione dell'incidenza delle malattie, tanto infettive quanto non. L'effettività di queste attività è stata intermittente. Prova ne è, tra l'altro, il fatto che nel 2019, alcuni mesi prima dello scoppio della pandemia Covid-19, un organismo congiunto della Banca mondiale e dell'OMS – il *Global Preparedness Monitoring Board* (GPMB) – avesse pubblicato un rapporto per segnalare, tra l'altro, l'imminenza di una situazione di emergenza per una malattia infettiva sconosciuta in grado di compromettere la garanzia della salute in qualunque Stato⁸. Tale rapporto invitava ogni Stato a prepararsi investendo nell'assistenza sanitaria quale contributo alla salute globale mediante la prevenzione di un'emergenza sanitaria su scala mondiale⁹. Il medesimo rapporto auspicava che gli Stati fossero sostenuti in quest'impegno di preparazione da organismi internazionali a vocazione economica e finanziaria, quali G7, G20, G77, organismi intergovernativi regionali, BM e FMI¹⁰. L'emergenza Covid-19 è scoppiata prima che potesse essere riscontrato se gli Stati membri stessero o meno attuando concretamente le azioni puntuali indicate dal rapporto.

La debolezza di effettività dell'azione di orientamento dell'OMS – dovuta, tra l'altro, alla sua mancanza di autonomia finanziaria – è

⁸ Si veda *Global Preparedness Monitoring Board* (GPMB), rapporto *A World at Risk. Annual Report on Global Preparedness for Health Emergencies* del settembre 2019, specialmente 27 (apps.who.int).

⁹ Ivi, specialmente 30-31.

¹⁰ Ivi, 36-37.

emersa in maniera evidente con l'emergenza Covid-19, anche a causa dei rapporti conflittuali tra Cina e Stati Uniti¹¹.

Lo svolgimento di considerazioni ulteriori sull'effettività del ruolo dell'OMS nella gestione e prevenzione delle emergenze sanitarie esula dall'ambito oggettivo del presente lavoro.

Questo trae spunto dalle considerazioni preliminari già svolte per delineare l'intensità degli sviluppi della cooperazione economica internazionale alla luce delle attività di risposta alla pandemia Covid-19 delle organizzazioni internazionali a vocazione economica operanti tanto nel sistema delle Nazioni Unite, quali Gruppo della BM, FMI e Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), quanto al di fuori di esso, come l'OMC e l'OCSE.

Dopo alcune riflessioni sulle tendenze affermatesi nel quadro della cooperazione economica internazionale a partire dalla fine della Seconda guerra mondiale, esaminerò queste risposte per individuarne interessi sottostanti e parametri di riferimento rilevanti sul piano del diritto internazionale in un contesto caratterizzato, da un lato, ancora dal multilateralismo e, dall'altro, da forme di «sovranoismo» sperimentate da alcuni governi nazionali di stampo populista.

Queste ultime sono emerse in maniera inequivoca nel corso della terza ondata della pandemia relativamente alla realizzazione concreta dei programmi multilaterali avviati dall'OMS col coinvolgimento di attori eterogenei per favorire ricerca, sviluppo e distribuzione di vaccini antiCovid-19 e dunque l'immunizzazione planetaria¹².

L'esame approfondito di questi programmi non è incluso nell'oggetto della presente indagine per ragioni di economia del lavoro.

2. Alla fine della Seconda guerra mondiale nel Secolo scorso, le potenze vincitrici hanno scelto multilateralismo, liberalismo e reciprocità quali parametri di riferimento della vita di relazione internazionale nel campo economico realizzata attraverso l'istituzione di organizzazioni internazionali a partecipazione tendenzialmente universale e la

¹¹ Cfr. M. BROBERG, *A Critical Appraisal of the World Health Organization's International Health Regulations (2005) in Times of Pandemic: It Is Time for Revision*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2020, 202 ss.; D. GRECO, *Diritto internazionale e salute pubblica: l'Organizzazione mondiale della sanità alla prova della pandemia di Covid-19*, in questa *Rivista*, 2020, specialmente 225 ss. Sul punto, mi permetto di richiamare P. ACCONCI, *Editoriale sull'Organizzazione mondiale della sanità alla prova dell'emergenza sanitaria Covid-19*, in *DPCE online*, 2020, n. 2, XV ss.

¹² Segnalo sul punto il numero speciale di *Eurojus* (www.eurojus.it) su *Accesso ai vaccini: diritto internazionale ed europeo*, giugno 2021.

stipulazione di accordi internazionali settoriali. Queste azioni sono state realizzate prevalentemente nel quadro delle Nazioni Unite con riguardo alla assistenza tecnica e finanziaria, mediante l'attività della BM e del FMI istituiti al termine della Conferenza di *Bretton Woods* nel 1944.

La stipulazione di trattati internazionali istitutivi di meccanismi di cooperazione a intensità variabile ha caratterizzato il periodo successivo alla fine della Seconda guerra mondiale allorché le potenze vincitrici hanno scelto di impostare i rapporti internazionali nel campo economico sulla base di principi antitetici a quelli che avevano ispirato le relazioni internazionali nel periodo tra le due guerre mondiali.

Il multilateralismo a partecipazione tendenzialmente universale è stato il principio più idoneo per la realizzazione di tale impostazione.

Questo è stato infatti accettato e utilizzato altresì dagli Stati di nuova indipendenza sorti dal processo di decolonizzazione quando essi hanno provato a reimpostare l'assetto delle relazioni economiche internazionali chiedendo un «nuovo ordine economico internazionale», negli anni sessanta e settanta del secolo scorso¹³. Tali Stati avevano la maggioranza in seno all'Assemblea generale e ritenevano che avrebbero potuto favorire il proprio sviluppo, a seguito del ricorso a principi quali discriminazioni compensatrici, equità economica e giustizia internazionale con l'approvazione di risoluzioni sulla revisione dell'assetto macroeconomico interstatale. Questo avrebbe portato alla redistribuzione della ricchezza su scala mondiale. L'intento di tali Stati era quello di promuovere la revisione dell'accezione rilevante di sovranità nel diritto internazionale e della reciprocità, quale principio alla base dell'ordine economico internazionale *post*-bellico.

Gli Stati di nuova indipendenza reclamavano l'esigenza di favorire l'effettività della propria indipendenza con la tutela internazionale della propria sovranità permanente sulle risorse economiche. A tal fine, questi Stati hanno favorito la conclusione di accordi internazionali in materia di scambi con gli Stati economicamente avanzati improntati al principio di discriminazione mediante l'introduzione di trattamenti preferenziali per le proprie esportazioni, l'istituzione di

¹³ Segnalo la Dichiarazione sull'istituzione di un «nuovo ordine economico internazionale» e quella recante il «programma di azione per l'istituzione di un nuovo ordine economico internazionale», ossia le Risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 3201 (S-VI) e n. 3202 (S-VI) adottate il 1° maggio 1974. Cfr. G. SACERDOTI, *Cooperazione economica internazionale*, cit., 178-180; ID., *New International Economic Order*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015 (consultabile online al sito internet opil.ouplaw.com).

numerosi organismi speciali nel quadro delle Nazioni Unite, quali la Conferenza su commercio e sviluppo delle Nazioni Unite (*United Nations Conference on Trade and Development*, UNCTAD) nel 1964 e l'Organizzazione per lo sviluppo industriale (*United Nations Industrial Development Organization*, UNIDO) nel 1979, e l'adozione di atti non vincolanti nel medesimo quadro per la riconcettualizzazione delle norme in materia di trattamento degli investimenti stranieri ritenute dagli Stati economicamente avanzati, sovente ex potenze coloniali, quale espressione di diritto internazionale generale.

Gli Stati di nuova indipendenza non contestavano, a ogni buon conto, il multilateralismo.

Con la successiva accelerazione dei processi di interdipendenza e liberalizzazione economica su scala mondiale, questo metodo è divenuto largamente accettato. Si è assistito alla proliferazione dei trattati internazionali in materia di investimento e istitutivi di zone di libero scambio e altre forme di regionalismo, alla conclusione dell'*Uruguay Round* del GATT con la nascita dell'OMC nel 1994, all'adesione a quest'ultima organizzazione di Stati emergenti asiatici come la Cina nel 2001 e il Vietnam nel 2007 e, in via più generale, alla consacrazione del processo di globalizzazione mediante l'espansione del multilateralismo.

Negli anni novanta del secolo scorso, è emersa la tendenza verso l'omogeneizzazione e la collettivizzazione degli interessi alla base della vita di cooperazione internazionale e l'iniezione di esigenze comuni, in termini di valori, nel diritto internazionale. Prova ne sono il dibattito teso all'individuazione di beni pubblici mondiali, anche detti «global public goods», quali pace, ambiente e salute, meritevoli di una tutela specifica sul piano internazionale, l'espansione dei settori materiali oggetto di trattati, agende, consultazioni e negoziati internazionali, nonché l'avvio nel quadro delle Nazioni Unite di numerose azioni per la sostenibilità dei processi di liberalizzazione del commercio e degli investimenti su scala mondiale fondate, tra l'altro, sulla partecipazione attiva di attori eterogenei pubblici e privati, sin dalla Conferenza delle Nazioni Unite a Rio de Janeiro del 1992.

Gli aspetti chiave del multilateralismo nei rapporti economici internazionali alla fine del secolo scorso sono apparsi essere sia quelli già consolidatisi in precedenza, ossia benessere economico-sociale generalizzato, quale corollario indispensabile del mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, e stabilità egemonica sia quelli manifestatisi successivamente all'accettazione, in linea di principio,

generalizzata, del liberismo, ossia interdipendenza tra Stati, bilanciamento tra interessi pubblici e privati, concezione qualitativa dello sviluppo – inteso tanto come sviluppo economico quanto come sviluppo sostenibile in quanto sociale, ossia volto alla garanzia del rispetto dell’ambiente e dei diritti della persona di stampo individuale e collettivo¹⁴ –, e unitarietà degli obiettivi di macrosistema.

3. All’inizio di questo millennio sono emerse le prime avvisaglie della crisi del processo di globalizzazione su scala mondiale, a seguito dell’opposizione di alcuni gruppi rappresentativi della società civile. Vale la pena ricordare le contestazioni della Conferenza ministeriale dell’OMC di Seattle nel 2000, del Consiglio europeo a Göteborg e del G8 a Genova nel 2001. Altre contestazioni si sono succedute per la presunta mancanza di rilevanza di interessi collettivi di carattere pubblico e sociale nel quadro delle norme internazionali e dell’Unione europea in materia di commercio e rapporti monetari. Queste contestazioni sono state le prime provenienti da gruppi di privati contro i risultati normativi e operativi del multilateralismo, quale metodo principale della cooperazione internazionale avente per oggetto i rapporti economici.

Le risposte delle organizzazioni internazionali e del diritto internazionale nel suo insieme hanno mirato all’integrazione tra attori e interessi eterogenei, alla promozione della responsabilità sociale di impresa, all’affermazione di una concezione giuridica dello sviluppo sostenibile attraverso, tra l’altro, la diffusione dei suoi principi quali prevenzione, trasparenza e democrazia partecipata.

In quegli anni si è esteso altresì il dibattito sulla funzione del diritto internazionale tra sovranità statale e interdipendenza¹⁵. Taluni studiosi hanno cercato di dimostrare come il consolidamento del processo di globalizzazione stesse generando, in linea di tendenza, un fenomeno di revisione della rilevanza della sovranità. Sul piano internazionale il dibattito ha avuto per oggetto anche la rilevanza del consen-

¹⁴ Segnalo, tra gli altri, M.E. SALOMON, *From NIEO to Now and the Unfinishable Story of Economic Justice*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, 31 ss., specialmente 47-52.

¹⁵ Cfr. A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge, 2005, specialmente 196-272; M. KOSKENNIEMI, *The Fate of Public International: between Technique and Politics*, in *The Modern Law Review*, 2007, 1 ss., specialmente 28-30; P. PICONE, *Recensione di Roland Pierik, Wouter Werner (eds.), Cosmopolitanism in Context: Perspectives from International Law and Political Theory*, Cambridge, New York, Cambridge University Press, 2010, pp. VI-298, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, 654 ss.

so in virtù delle idee di una parte della dottrina volte a postularne una perdita di centralità¹⁶, pur rimanendo cruciale nel quadro della vita di relazione internazionale allorché l'assunzione di obblighi sia in gioco.

L'intensificazione dell'interdipendenza ha generato altresì conflitti tra interessi e norme inattesi quali quelli sorti, in particolare, nel corso di alcuni casi arbitrari relativamente all'applicazione e interpretazione di trattati internazionali in materia di investimenti¹⁷. Questi trattati sono prevalentemente bilaterali, ma per decenni si sono caratterizzati per contenuti analoghi, prestandosi a essere considerati come elementi funzionali alla ricostruzione di un approccio unitario per la negoziazione di una soluzione multilaterale¹⁸, cui l'OCSE ha tentato di giungere quando lanciò i negoziati per un *Multilateral Agreement on Investment* (MAI). Tali negoziati iniziarono nel 1995 e cessarono nel 1998 a seguito del ritiro della Francia in risposta alle dimostrazioni e alle critiche manifestate da una parte considerevole dell'opinione pubblica transnazionale.

L'analisi più approfondita degli sviluppi della prassi di questi trattati esula dall'oggetto principale del presente scritto. Mi limito a segnalare che tali sviluppi si caratterizzano per eterogeneità in termini di contenuti e portata perché relativi prevalentemente a trattati che, a differenza dei trattati bilaterali in materia di investimento tradizionali, non sono espressione più di un approccio unitario funzionale alla negoziazione di una soluzione multilaterale. In questo contesto gli

¹⁶ Si vedano, tra gli altri, A.T. GUZMAN, *The Consent Problem in International Law*, 10 marzo 2011, <https://escholarship.org/uc/item/04x8x174>, 1 ss., specialmente 60-63; S. BESSON, *State Consent and Disagreement in International Law-Making. Dissolving the Paradox*, in *Leiden Journal of International Law*, 2016, 289 ss.; L. COTULA, *Reconsidering Sovereignty, Ownership and Consent in Natural Resource Contracts: From Concepts to Practice*, in *European Yearbook of International Economic Law*, 2018, 143 ss. relativamente a gestione e sfruttamento delle risorse naturali.

¹⁷ Segnalo, tra gli altri, i seguenti casi: *Metalclad c. Mexico*, ICSID Case n. ARB(AF)/97/1, sentenza, 30 agosto 2000, specialmente par. 99; *Tecmed c. Mexico*, ICSID Case n. ARB(AF)/00/2, sentenza, 29 maggio 2003, specialmente par. 157 ss.; *Waste Management c. Mexico*, ICSID Case n. ARB(AF)/00/3, sentenza, 30 aprile 2004, par. 98; *Tecmed c. Mexico*, ICSID Case n. ARB(AF)/00/2, sentenza, 29 maggio 2003, par. 154; *Saluka Investments BV c. The Czech Republic*, UNCITRAL, sentenza parziale, 17 marzo 2006, par. 302; *Duke Energy Electroquil S.A. et al c. Ecuador*, ICSID Case n. ARB/04/19, sentenza, 18 agosto 2008, specialmente par. 347; ed *El Paso Energy International Co. c. Argentina*, ICSID Case n. ARB/03/15, sentenza, 31 ottobre 2011, par. 348.

¹⁸ Mi limito a segnalare, tra gli altri, A.T. GUZMAN, *Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*, in *Virginia Journal of International Law*, 1998, 639 ss.; P. DUMBERRY, *Are BITs Representing the "New" Customary International Law in International Investment Law?*, in *Penn State International Law Review*, 2009-2010, 675 ss.

accordi plurilaterali sono il fenomeno più innovativo di quest'ultimo decennio, essendo conclusi tra piccoli gruppi di Stati. Essi possono essere configurati come una reazione al fallimento del multilateralismo per la realizzazione del processo di liberalizzazione in materia di investimenti. Questi accordi contribuiscono tuttavia alla diversificazione normativa e giudiziaria tipica del diritto internazionale e sono potenzialmente suscettibili di minare universalismo, trasparenza e inclusione nei rapporti economici internazionali tra Stati con sviluppo economico differente¹⁹.

La crisi del capitalismo finanziario iniziata nel 2008 e i conseguenti programmi di *austerity* hanno impoverito gradualmente, ma inesorabilmente, larghe fasce della popolazione degli stessi Stati economicamente avanzati, posto l'accento sulla questione della disuguaglianza, suscitato proposte di riforma dei presupposti dell'attività di assistenza finanziaria del Fondo monetario internazionale e della Banca mondiale, come il *Washington Consensus*²⁰. Gli Stati più esposti hanno attuato in ogni caso tagli alla spesa pubblica per l'erogazione di servizi sociali, quali istruzione e sanità.

Nel primo decennio di questo millennio si sono verificati inoltre tentativi di superamento dei concetti tipici del diritto internazionale, sulla base della proposta di nuovi schemi concettuali e paradigmi dei

¹⁹ Il *Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement* (RCEP) – firmato il 15 novembre 2020 dai dieci stati dell'ASEAN, ossia Brunei, Cambogia, Indonesia, Laos, Malesia, Myanmar, Filippine, Singapore, Thailandia e Vietnam, con altri cinque Stati dell'area Asia-Pacifico, specificamente Australia, Cina, Giappone, Nuova Zelanda e Corea del Sud – è un esempio rilevante, includendo clausole relative sia all'adesione di nuovi Stati, seppure solo entro diciotto mesi dalla sua entrata in vigore (art. 20.9, par. 1), sia al recesso (art. 20.7). L'inclusione o meno di meccanismi di «opt-in»/«opt-out» è sintomatica della natura funzionale o meno di un trattato plurilaterale al multilateralismo.

²⁰ Segnalo, tra gli altri, N. SERRA, J.E. STIGLITZ (eds.), *The Washington Consensus Reconsidered*, Oxford, 2008; G. ADINOLFI, *Poteri e interventi del Fondo monetario internazionale*, Padova, 2012, specialmente 437 ss.; S. CAFARO, *Il governo delle organizzazioni di Bretton Woods. Analisi critica, processi di revisione in atto e proposte di riforma*, Torino, 2012, p. 203 ss.; R. JANSE, *(Why) Was the World Bank Supposed to Be a Nonpolitical Organization? An Interpretation of the Original Meaning and Rationale of Article 4(10) of the Articles of Agreement of the International Bank for Reconstruction and Development, 1941–1948*, in *Journal of the History of International Law*, 2014, 113 ss.; D. CARREAU, *Le Fonds monétaire international et la gouvernance équitable*, in L. MANDERIEUX, M. VELLANO (sous la direction de), *Étique globale, bonne gouvernance et droit international économique*, Torino, 2017, 31 ss.; J. LINARELLI, M.E. SALOMON, M. SORNARAJAH, *The Misery of International Law. Confrontations with Injustice in the Global Economy*, Oxford, 2018; M.R. MAURO, *Diritto internazionale dell'economia. Teoria e prassi delle relazioni economiche internazionali*, Napoli, 2019, specialmente 239-258; A. MAZZONI, M.C. MALAGUTI, *Diritto del commercio internazionale. Fondamenti e prospettive*, Torino, 2019, specialmente 89-101, 167-172, 219-223.

rapporti tra Stati, mercati e privati, come il diritto amministrativo globale, l'iniezione di *accountability* e *rule of law* nelle attività delle organizzazioni internazionali²¹. D'altra parte, gli effetti della crisi finanziaria hanno rinnovato alleanze, equilibri e metodi di interazione sul piano internazionale, con l'avvio di azioni di consolidamento della cooperazione nei settori materiali rilevanti per la sicurezza in senso lato – non solo militare, ma anche sanitaria, alimentare e ambientale –, forme di coordinamento con riguardo a settori nuovi, quali l'economia digitale, e il rafforzamento di forme di diplomazia non convenzionali, quali quella scientifica e culturale.

La vitalità dei tentativi di indirizzo e coordinamento delle organizzazioni internazionali, la complessità dei fenomeni reali e le difficoltà tecniche insite nella finalizzazione degli sforzi intrapresi si sono concretizzate sovente nell'apertura di agende e negoziati su base continua come il *Doha Round*²² e nell'attribuzione di una rilevanza specifica alla questione della *governance* ad opera di alcuni Stati economicamente avanzati, quali gli Stati Uniti prima dell'amministrazione Trump, là dove altri Stati suscettibili di orientare i rapporti economici internazionali, in particolare Cina e Russia, hanno continuato a prediligere la logica tradizionale improntata alla ricerca di equilibri tra potenze²³. Il termine *governance* evidenzia l'esigenza di risposte comuni di coordinamento, indirizzo e orientamento alla molteplicità

²¹ Mi limito a richiamare, tra gli altri, J. WALDRON, *Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?*, in *European Journal of International Law*, 2011, 315 ss.; E. BENVENISTI, *The Law of Global Governance*, Maubeuge, 2014; H. KRIEGER, G. NOLTE, A. ZIMMERMANN (eds.), *The International Rule of Law: Rise or Decline? Foundational Challenges*, Oxford, 2019.

²² Cfr. A. HERWIG, *The WTO and the Doha Negotiation in Crisis?*, in M.K. BULTERMAN, W.J.M. VAN GENUGTEN (eds.), *Crisis and International Law: Decoy or Catalyst?*, Cambridge, 2014, 161 ss.

²³ Richiamo, tra gli altri, G.J. IKENBERRY, *Why the Liberal World Order Will Survive*, in *Ethics & International Affairs, Special Issue 1: Rising Powers and the International Order*, 2018, 17 ss. Più specificamente, si vedano S. TANG, *China and the Future International Order(s)*, *op. loc. ult. cit.*, 31 ss., in particolare 36 ss., relativamente alla posizione della Cina; e A.L. CLUNAN, *Russia and the Liberal World Order*, *op. loc. ult. cit.*, 45 ss., specialmente 53 ss.; A. GERRITS, *Russia in the Changing Global Order: Multipolarity, Multilateralism, and Sovereignty*, in M.O. HOSLI, J. SELLESLAGHS (eds.), *The Changing Global Order*, Berlin, Heidelberg, 2019, 85 ss., relativamente alla posizione della Russia in relazione a quelle di Unione europea e Stati Uniti. Quanto al protagonismo della Cina nelle relazioni economiche internazionali rileva la sua *Belt and Road Initiative*, oltre al risultato dell'Accordo RCEP già menzionato. Per approfondimenti, segnalo, per tutti, J. CHAISSE, M. MATSUSHITA, *China's 'Belt and Road' Initiative: Mapping the World Trade Normative and Strategic Implications*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2018, n. 1, 163 ss.; OECD, *The Belt and Road Initiative in the Global Trade, Investment and Finance Landscape*, in *OECD Business and Finance Outlook 2018*, Paris, 2018 (https://doi.org/10.1787/bus_fin_out-2018-6-en).

delle questioni economiche e sociali aventi portata transnazionale, stante la mancanza vuoi di un'autorità sul piano internazionale vuoi di soluzioni definitive al problema dell'effettività della gerarchia delle fonti del diritto internazionale, in virtù del carattere tuttora prevalentemente orizzontale della società da esso regolata²⁴. L'uso del termine *governance* intende porre in risalto altresì che la ricerca di risposte comuni si presta a essere realizzata sul piano internazionale mediante attività operative relative a settori disparati con la partecipazione di attori di natura diversa e che queste risposte sono strutturate sul piano normativo, in linea di principio, in atti non vincolanti eterogenei²⁵.

Gli orientamenti più recenti riconducibili a fenomeni di unilateralismo di stampo nazionalista – seppure con nuove denominazioni, il «sovranoismo», – meritano riflessioni specifiche non tanto per la riviviscenza dell'importanza della sovranità, quale perno basilare della produzione normativa internazionale, quanto perché esaltano la «sovranità economica» in maniera diversa dalle richieste nazionalistiche avanzate dagli Stati di nuova indipendenza a conclusione del processo di decolonizzazione. Quelle richieste erano volte a riformare i principi alla base della cooperazione economica internazionale *post*-bellica –

²⁴ Si vedano, fra gli altri, J.H.H. WEILER, *The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy*, in *Heidelberg Journal of International Law*, 2004, 547 ss.; D.C. ESTY, *Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law*, in *Yale Law Journal*, 2006, 1490 ss.; C. HARLOW, *Global Administrative Law: the Quest for Principles and Values*, in *European Journal of International Law*, 2006, 187 ss.; I.-J. SAND, *Varieties of Authority in International Law: State Consent, International Organisations, Courts, Experts and Citizens*, in P. CAPPS, H. PALMER OLSEN (eds.), *Legal Authority Beyond the State*, Cambridge, 2018, 161 ss.; A. VON STADEN, *No Institution is an Island: Checks and Balances in Global Governance*, in J. MENDES, I. VENZKE (eds.), *Allocating Authority. Who Should Do What in European and International Law?*, Oxford and Portland, 2018, 115 ss. Per la dottrina favorevole alla ricostruzione del «Global Constitutionalism», si vedano J.L. DUNOFF, J.P. TRACHTMANN (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, 2009; G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale?*, Bologna, 2012. *Contra*: P. PICONE, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 5 ss., secondo cui, in particolare, esisterebbero «momenti e/o livelli di 'global governance' quantomeno informali, riconducibili alla superiore 'autorità' della Comunità internazionale» (25).

²⁵ Cfr., tra gli altri, R.A.W. RHODES, *The New Governance: Governing without Government*, in *Political Studies*, 1996, 652 ss.; S. CHARNOVITZ, *Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance*, in *Michigan Journal of International Law*, 1997, 183 ss.; M. IOVANE, *La participation de la société civile à l'élaboration et à l'application du droit international de l'environnement*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 2008, 465 ss.; A. HARMES, *Neoliberalism and Multilevel Governance*, in *Review of International Political Economy*, 2006, 725 ss.; M.C. MALAGUTI, B. BOSSONE, S. CAFARO, S. DI BENEDETTO (eds.), *Legitimacy and Efficiency in Global Economic Governance*, Cambridge, 2013.

non discriminazione e reciprocità – per la salvaguardia degli interessi nazionali, in termini di «sovranità permanente sulle risorse naturali», «sicurezza economica collettiva» e «distribuzione equilibrata delle risorse e giustizia sociale internazionale». Siffatte richieste non negavano l'importanza del multilateralismo per i rapporti economici internazionali. Prova ne sono i diversi organismi sussidiari dell'Assemblea generale dell'ONU creati da tali Stati una volta divenuti membri della suddetta organizzazione e quindi titolari della maggioranza dei voti in seno alla medesima Assemblea, come i già menzionati UNCTAD e UNIDO.

Il «sovranoismo» è improntato invece alla esaltazione della rilevanza dell'interesse nazionale in senso stretto, relativamente anche alla presunta dicotomia tra interdipendenza e democrazia²⁶. Assunta la centralità della sovranità statale, i riflessi del «sovranoismo» sul diritto internazionale sono vari e in parte imprevedibili. Si assiste, in particolare, a un'avversione per l'istituzionalizzazione e la solidarietà sul piano internazionale, alla predominanza della diplomazia classica seppure secondo forme nuove²⁷, a una riscoperta del dibattito sul processo di decolonizzazione²⁸, a critiche al funzionamento delle organizzazioni internazionali, alla sospensione di negoziati e alla rinegoziazione o denuncia di trattati internazionali in vigore²⁹, a tentativi di misurazione degli effetti presunti negativi prodotti dal diritto internazionale dell'economia sui popoli degli Stati sovranisti, alla predilezione per una concezione classica dei rapporti economici sulla base di un'analisi quantitativa, più che qualitativa, dei processi e dunque alla diminuzione dell'attenzione per la sostenibilità. Alcuni Stati si esprimono a

²⁶ Cfr. J.E. NIJMAN, W.G. WERNER (eds.), *Populism and International Law*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2018, 3 ss.

²⁷ Segnalo, per tutti, J. MELISSEN, J. WANG (eds.), *Debating Public Diplomacy*, Leiden, Boston, 2019.

²⁸ Si vedano, tra gli altri, B. BOWDEN, *The Colonial Origins of International Law. European Expansion and the Classical Standard of Civilization*, in *Journal of the History of International Law*, 2005, 1 ss.; M. KOSKENNIEMI, *Colonial Laws: Sources, Strategies and Lessons?*, in *Journal of the History of International Law*, 2016, 248 ss.; C. REUS-SMIT, *On Cultural Diversity: International Theory in a World of Difference*, Cambridge, 2018; K. HUTCHINGS, *Decolonizing Global Ethics: Thinking with the Pluriverse*, in *Ethics & International Affairs*, 2019, 115 ss.; S.L.B. JENSEN, *Decolonization: The Black Box of Human Rights?*, in *Human Rights Quarterly*, 2019, 200 ss.

²⁹ Sul punto segnalo, in particolare, R. BREWSTER, *Exit from Trade Agreements: A Reputational Analysis of Cooperation and Fairness*, in *Journal of International Economic Law*, 2018, 379 ss.; J. CRAWFORD, *The Current Political Discourse Concerning International Law*, in *The Modern Law Review*, 2018, 1 ss.; M. KOSKENNIEMI, *Less is More: Legal Imagination in Context: Introduction*, in *Leiden Journal of International Law*, 2018, 469 ss.

favore di metodi di cooperazione ispirati a informalismo, reciprocità e bilateralismo. Si aprono così in via prospettica scenari internazionali caratterizzati da alleanze geopolitiche a geometria variabile, incertezza del binomio composto da reputazione e fiducia e fenomeni di deglobalizzazione (*slowbalization*)³⁰.

4. La correlazione tra l'emergenza sanitaria e quella economica ha segnato un'inversione di tendenza nella cooperazione internazionale in campo economico, come raccomandato già dal Segretario generale all'inizio della pandemia³¹. Prova ne è l'intensificazione dell'attività delle organizzazioni internazionali a vocazione economica, nell'obiettivo di orientare e coordinare le risposte degli Stati membri. Alcune di queste organizzazioni hanno istituito forme specifiche di collaborazione a tal fine.

Le risposte all'emergenza sanitaria Covid-19 delle suddette organizzazioni – operanti tanto all'interno quanto all'esterno del sistema delle Nazioni Unite – si sono concretizzate nell'assistenza agli Stati membri per l'adozione di piani vuoi di contenimento e prevenzione della propagazione del contagio vuoi di riduzione degli effetti recessivi sul piano economico e sociale prodotti dall'emergenza sanitaria. Queste risposte sono consistite nella pubblicazione di linee guida e rapporti di individuazione delle scelte di politica macroeconomica realizzabili per la predisposizione di servizi sanitari nazionali aggiuntivi e specifici, nel potenziamento di linee di credito esistenti, nell'istituzione di linee di credito speciali in termini di obiettivi e beneficiari,

³⁰ Si vedano, tra gli altri, H. JAMES, *Deglobalization: The Rise of Disembedded Unilateralism*, in *Annual Review of Financial Economics*, 2018, 219 ss.; P.A.G. VAN BERGELJK, *Deglobalization 2.0: Trade and Openness during the Great Depression and the Great Recession*, Cheltenham, Northampton, 2019.

³¹ Nazioni Unite, Segretario generale, rapporto di marzo 2020, *Shared Responsibility, Global Solidarity: Responding to the Socio-Economic Impacts of Covid-19*. Questo si riferisce agli orientamenti di politica economica e finanziaria ritenuti dal Segretario generale più appropriati, al fine di assicurare il rafforzamento dei sistemi sanitari nazionali di tutti gli Stati, la ricerca di trattamenti terapeutici specifici, la tutela dei diritti della persona, la liquidità, la sostenibilità, il sostegno alle imprese, l'adozione di strumenti di protezione sociale adeguati e la continuità del funzionamento dei mercati. Come illustrato in questo scritto, le organizzazioni internazionali e numerosi Stati si sono attivati per porre in essere effettivamente siffatti orientamenti a vantaggio della gestione della crisi generata dall'emergenza sanitaria e della impostazione della ripresa. A parere del Segretario generale, gli orientamenti proposti dovrebbero realizzarsi sulla base di multilateralismo, proporzionalità, inclusione e liberismo. Queste raccomandazioni del Segretario generale sono alla base del *Framework* pubblicato successivamente per coordinare e orientare l'attività di tutti gli organismi delle Nazioni Unite e dei suoi Stati membri (*A UN Framework for the Immediate Socio-Economic Response to Covid-19* dell'aprile 2020).

in tentativi di coordinamento del ricorso unilaterale a misure restrittive degli scambi di determinate merci rilevanti per il contenimento e la prevenzione della propagazione del contagio, e più in generale nella divulgazione di orientamenti tesi al mantenimento della sostenibilità nei processi produttivi e nei comportamenti individuali delle persone.

Per quanto concerne il potenziamento di linee di credito esistenti e l'istituzione di linee di credito speciali, la Banca mondiale e il Fondo monetario internazionale hanno scelto di sostenere la liquidità degli Stati emergenti e di quelli economicamente meno avanzati facilitandone l'accesso a fondi di finanziamento straordinari di risposta all'emergenza Covid-19³². All'inizio della pandemia, la Banca mondiale e la Società finanziaria internazionale hanno adottato un «package to fast-track financing» per assistere gli Stati e le imprese nella prevenzione, individuazione e risposta alla diffusione rapida del Covid-19³³. La Banca mondiale ha usato, a tal fine, la propria *Pandemic Emergency Financing Facility* (PEFF) istituita nel 2017 per il sostegno degli Stati economicamente meno avanzati nella gestione delle emergenze sanitarie³⁴. Anche l'Associazione internazionale per lo sviluppo (*International Development Association*, IDA) si è attivata a sostegno della ripresa resiliente dei suddetti Stati, mobilitando fino a cinquantacinque miliardi di dollari³⁵. Le banche regionali, specificamente quelle europea, interamericana, africana e asiatica per lo sviluppo, hanno ampliato sia le linee di finanziamento rese disponibili

³² Segnalo, in particolare, la dichiarazione congiunta del Presidente del Comitato monetario e finanziario e del *Managing Director* del Fondo monetario internazionale resa il 27 marzo 2020 (imf.org). La dichiarazione si riferisce al «reversal of capital flows and, for some [States], a sharp drop in commodity prices» e più specificamente alle «foreign exchange liquidity shortages in emerging market economies and high debt burdens in many low-income countries». Per informazioni ulteriori, si veda il sito *web* specifico sull'emergenza Covid-19 del Fondo monetario internazionale.

³³ Il 3 marzo 2020, la Banca mondiale ha adottato un «response package» di sei miliardi per il potenziamento dei sistemi sanitari e dei programmi di sorveglianza. Anche la Società finanziaria internazionale ha stanziato sei miliardi per facilitare il finanziamento delle imprese di piccole e medie dimensioni, in virtù della loro vulnerabilità ai cambiamenti repentini sul piano economico e finanziari. Successivamente i *Boards of Directors* di entrambe queste organizzazioni hanno approvato un aumento della dotazione finanziaria di tale «package» pari a quattordici miliardi per il miglioramento dei sistemi sanitari nazionali onde favorire «public health preparedness, (...) for disease containment, diagnosis, and treatment» e sostenere altresì il settore privato. Segnalo il comunicato stampa della Banca mondiale del 17 marzo 2020 (www.worldbank.org).

³⁴ Il *Framework* istitutivo del PEFF è consultabile nel sito pubdocs.worldbank.org.

³⁵ Segnalo la pagina del sito internet del Gruppo della Banca mondiale: www.worldbank.org.

per azioni di ristoro sul piano nazionale degli Stati membri sia le attività di assistenza tecnica³⁶.

Il FMI ha fornito linee di credito speciali, oltre a consolidare le opportunità di accesso a quelle tradizionali.

Per favorire la gestione delle implicazioni economiche e finanziarie dell'emergenza da parte degli Stati membri, il Fondo monetario internazionale si è concentrato su tre obiettivi prioritari di politica economica. Tali obiettivi sono «to guarantee the functioning of essential sectors, to provide enough resources for people hit by the crisis, and to prevent excessive economic disruption»³⁷. Come dichiarato già il 25 marzo 2020 dal Direttore generale, il FMI in collaborazione con la BM ha assicurato «relief for debt repayments» ai propri Stati membri economicamente meno avanzati nel quadro del proprio *Catastrophe Containment and Relief Trust*. Il Fondo si è adoperato per ampliare la dotazione di tale meccanismo con un miliardo e quattrocentomila dollari statunitensi, onde poter concedere due anni di «relief» e permettere agli Stati beneficiari di destinare le somme di denaro non versate per il servizio del debito alla realizzazione di obiettivi sociali. Almeno ventinove Stati si sono avvantaggiati di quest'opportunità. Il Fondo ha promosso inoltre la sospensione del pagamento del servizio del debito dovuto dagli Stati membri economicamente meno avanzati ai creditori bilaterali. I capi di Stato e di governo degli Stati parti al G20 hanno accordato successivamente tale sospensione per un valore di undici miliardi di dollari statunitensi. I medesimi organismi – FM, FMI e G20 – hanno domandato ai creditori privati di adottare anch'essi una decisione simile liberando gli Stati membri economicamente meno avanzati dal pagamento del servizio del debito per ulteriori sette miliardi di dollari statunitensi. Il Fondo si è impegnato altresì a mobilitare cento miliardi di dollari statunitensi per ampliare l'accesso alle proprie linee di credito di emergenza nel quadro dei due meccanismi

³⁶ Tutte le banche regionali per lo sviluppo hanno contribuito all'arricchimento della liquidità disponibile per azioni di ristoro e investimento sul piano nazionale. Relativamente alla Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo, si veda www.ebrd.com/. La Banca africana, quelle asiatica e interamericana si sono attivate anche per il sostegno alla ricerca di vaccini antiCovid-19 e allo sviluppo sostenibile. Segnalo www.iadb.org, anche per le attività della Banca interamericana di consulenza tecnica relativamente agli effetti dell'emergenza Covid-19 sulle condizioni di lavoro e sull'uso delle tecnologie informatiche; www.afdb.org, relativamente al sostegno agli Stati africani per il mantenimento di piani di azione coerenti con l'agenda sullo sviluppo sostenibile; e blogs.adb.org.

³⁷ Segnalo i *Remarks by IMF Managing Director Kristalina Georgieva During an Extraordinary Conference Call of G20 Finance Ministers and Central Bank Governors* su www.imf.org.

denominati *Rapid Credit Facility* e *Rapid Financing Instrument* a favore degli Stati membri bisognosi di rafforzare la loro capacità di risposta sotto il profilo sanitario³⁸. Tale accesso è previsto che avvenga senza condizioni. Grazie a donazioni straordinarie di alcuni dei propri Stati membri, tra cui Australia, Canada, Cina, Giappone, Regno Unito e Spagna, il Fondo ha ampliato l'accesso da parte di Stati economicamente meno avanzati alle proprie linee di credito a tasso zero mobilitando, a tal fine, fino a diciassette miliardi di dollari. Il Fondo ha istituito poi una linea di credito ulteriore a breve termine (detta *Short-term Liquidity Line*, SLL) per iniettare liquidità e fiducia nel sistema economico mondiale. Gli Stati con lievi squilibri della bilancia dei pagamenti e dotati di politiche macroeconomiche fondate su basi solide sono i beneficiari attesi di questa linea di credito. Il Fondo ha reso inoltre flessibile la realizzazione delle consultazioni *ex art. IV* del proprio Statuto nel periodo successivo alla revoca dei provvedimenti di quarantena decisi da diversi Stati durante la primavera 2020³⁹. Nel discorso alla riunione virtuale del G20 il 19 novembre 2020 il Direttore del Fondo ha ribadito l'esigenza della continuità delle azioni e degli impegni sul piano multilaterale per il sostegno alle economie degli Stati più colpiti dalla pandemia e la promozione effettiva della «global recovery» fondata, in particolare, su sostenibilità, protezione sociale e investimenti pubblici⁴⁰. Al termine di una riunione informale dei direttori esecutivi del Fondo, il 23 marzo 2021, il medesimo Direttore ha annunciato l'avvio di discussioni per l'approvazione entro giugno 2021 di una distribuzione aggiuntiva di diritti speciali di prelievo pari a seicento cinquanta miliardi di dollari statunitensi, al fine di aumentare la liquidità finanziaria disponibile per la gestione dell'emergenza Covid-19, senza peggiorare l'indebitamento degli Stati membri più bisognosi⁴¹. Il Fondo monetario internazionale ha istituito altresì un *browser* speciale, detto «policy tracker», per la raccolta delle risposte dei propri Stati membri all'emergenza economica generata dalla pandemia Covid-19⁴².

La BM e il FMI hanno sostenuto altresì la realizzazione di programmi di approvvigionamento e distribuzione dei vaccini antiCovid-19 su larga scala negli Stati membri meno avanzati, dedicando a que-

³⁸ Per informazioni ulteriori, www.imf.org.

³⁹ Per approfondimenti segnalo la pagina dedicata del sito internet del Fondo www.imf.org.

⁴⁰ Per approfondimenti, blogs.imf.org.

⁴¹ Per approfondimenti www.imf.org.

⁴² Si veda www.imf.org.

sto tema una parte delle discussioni degli incontri virtuali nella primavera 2021⁴³. Già il 13 ottobre 2020 il Consiglio dei direttori esecutivi della BM ha approvato un finanziamento di dodici miliardi di dollari statunitensi a favore di tali Stati per l'acquisto e la distribuzione di test diagnostici, vaccini e altri rimedi terapeutici, quale primo stanziamento di un pacchetto di finanziamenti di cento sessanta miliardi di dollari statunitensi da erogare entro giugno 2021⁴⁴.

Nella prospettiva di macrosistema la quantità di risorse finanziarie aggiuntive rese disponibili dalle organizzazioni a vocazione finanziaria, Unione europea esclusa, è insufficiente, a fronte del bisogno reale di iniezioni di liquidità ingenti⁴⁵. Prova ne è la continuità della richiesta di fondi ulteriori espressa dagli organi delle Nazioni Unite e dall'OMS. Tuttavia, si tratta di numeri importanti⁴⁶, anche in virtù dell'effetto catalizzatore da essi prodotto, in termini di attrazione e moltiplicazione di altre risorse finanziarie, soprattutto da fonti private, e del clima di fiducia da esse creato. Quest'effetto è variabile a seconda della dimensione reale dell'economia locale presa in considerazione.

Per quanto attiene l'incidenza negativa sugli scambi commerciali transnazionali della chiusura di molte attività economiche e produttive negli Stati con focolai più aggressivi, l'OMC⁴⁷ e la Commissione europea⁴⁸ hanno pubblicato dichiarazioni congiunte col sostegno della

⁴³ Per approfondimenti, www.worldbank.org e meetings.imf.org.

⁴⁴ Segnalo Banca mondiale, *Press Release No: 2021/045/HNP*, 13 ottobre 2020 (www.worldbank.org).

⁴⁵ Vale la pena precisare che la Commissione europea ha sostenuto la liquidità, stanziando settecentocinquanta miliardi di euro col programma *Next Generation EU*, mentre gli Stati sono intervenuti con lo stesso obiettivo stanziando risorse ingenti a deficit, ossia creando debito pubblico aggiuntivo.

⁴⁶ Secondo quanto affermato in un aggiornamento del suo sito internet del 16 marzo 2021, il Fondo ha reso disponibili duecentocinquanta miliardi di dollari in un anno per prestiti agli Stati membri. Si veda www.imf.org.

⁴⁷ Nel sito internet dell'OMC è consultabile una lista delle «Covid-19 trade-related measures» adottate e notificate dai suoi membri (www.wto.org). Segnalo altresì le note informative della medesima organizzazione *Standards, Regulations and Covid-19 – What Actions Taken by WTO Members? Information Note*, 4 dicembre 2020 (www.wto.org) e *Trade in Medical Goods in the Context of Tackling Covid-19: Developments in the First Half of 2020*, 22 dicembre 2020 (www.wto.org). Sul punto, G. ADINOLFI, *A tale of two crises: quali risposte dell'Organizzazione Mondiale del Commercio alla pandemia da Covid-19?*, in P. ACCONCI, E. BARONCINI (a cura di), *Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione. Una prospettiva italiana*, Bologna, 2020, 63 ss. ([open access amsacta.unibo.it](http://openaccess.amsacta.unibo.it)).

⁴⁸ Si vedano, in particolare, *European Commission COVID-19. Guidelines for border management measures to protect health and ensure the availability of goods and essential services*, Brussels, 16.3.2020 C (2020) 1753 def.; *European Commission Guidelines: Facilitating Air Cargo Operations during COVID-19 Outbreak*, Comunicazione della

Camera di commercio internazionale (CCI)⁴⁹, in rappresentanza degli operatori economici del settore, per il coordinamento degli orientamenti indirizzati in proposito agli Stati membri. Tali attività di coordinamento sono state poste in essere con riguardo particolare al ricorso a misure restrittive dei flussi di scambio transnazionali dei dispositivi di protezione individuale (DPI), quali mascherine, visiere facciali, occhiali speciali, prodotti igienizzanti, camici sterilizzati e ventilatori, in quanto merci necessarie in quantità consistenti per il contenimento e la prevenzione della propagazione del contagio. Le organizzazioni internazionali menzionate hanno istituito pagine speciali nei rispettivi siti internet e collaborato con altre organizzazioni internazionali, onde far fronte collettivamente all'interruzione delle catene di manifattura e distribuzione transnazionali utilizzate prevalentemente nei settori merceologici considerati⁵⁰. Queste catene, dette del valore, si sono sviluppate con l'espansione del processo di liberalizzazione e interdipendenza economica sul piano mondiale a partire soprattutto dagli anni novanta del secolo scorso, con la partecipazione di numerose imprese. Poiché l'organizzazione e l'impiego di catene globali del valore per la produzione e distribuzione si sono diffusi altresì nel settore agroalimentare, l'alterazione del funzionamento delle catene produttive e distributive causata dall'emergenza Covid-19 ha avuto per oggetto anche gli scambi di materie prime e prodotti delle filiere in siffatto settore. In diversi «policy briefs» l'Organiz-

Commissione, Brussels, 26.3.2020 C (2020) 2010 def. Segnalo altresì ec.europa.eu. Cfr. E. BARONCINI, *L'emergenza Covid-19: l'approccio dell'Unione Europea alle restrizioni all'esportazione e al rinnovamento della "governance" degli scambi internazionali per gli "healthcare products"*, in P. ACCONCI, E. BARONCINI (a cura di), *Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione. Una prospettiva italiana*, Bologna, 2020, 311 ss. ([open access amsacta.unibo.it](http://open.access.amsacta.unibo.it)).

⁴⁹ Relativamente alle restrizioni al commercio adottate unilateralmente dai membri dell'OMC quale risposta alla pandemia, segnalo www.wto.org, specificamente *Call for urgent action from G20 leaders in response to the COVID-19 outbreak*, lettera della CCI ai leaders del G20, 12 marzo 2020; *Calls for measures to mitigate the effects of COVID-19 on supply chains*, richiesta della *Global Business Coalition*, 19 marzo 2020; *Need for coordinated action by G20 leaders in response to the COVID-19 pandemic - an unprecedented health and economic crisis*, lettera aperta ai capi di Stato e di governo del G20 di OMS, OMC e CCI, 23 marzo 2020.

⁵⁰ Si veda per tutti C. GULOTTA, *La fragilità delle catene di fornitura globali di fronte all'emergenza da Covid-19*, in P. ACCONCI, E. BARONCINI (a cura di), *Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione. Una prospettiva italiana*, Bologna, 2020, 103 ss. ([open access amsacta.unibo.it](http://open.access.amsacta.unibo.it)); T. MEYER, *Trade Law and Supply Chain Regulation in a Post-COVID-19 World*, in *The American Journal of International Law*, 2020, 637 ss.; A.O. SYKES, *Select Short Supply Conditions and the Law of International Trade: Economic Lessons from the Pandemic*, *id.*, 647 ss.

zazione per l'alimentazione e l'agricoltura (FAO) ha sottolineato l'incidenza negativa della pandemia Covid-19 sulle suddette filiere, sotto il profilo della sicurezza alimentare intesa come accesso a materie prime e prodotti tanto nutritivi quanto di qualità. Quest'incidenza sarebbe derivata in particolare dalle restrizioni unilaterali al commercio di tali materie prime e prodotti adottate da numerosi membri dell'OMC, nonché dalle disuguaglianze già esistenti sul piano non solo internazionale nei rapporti tra Stati con sviluppo economico differente, ma anche nazionale di molti Stati indipendentemente dal livello di sviluppo economico preso in considerazione⁵¹. La FAO ha istituito inoltre forme di collaborazione con l'OMS e l'OMC per assicurare e controllare la continuità dell'offerta di materie prime e prodotti agroalimentari⁵².

L'OMC ha svolto anche attività di sorveglianza e stima dell'andamento degli scambi transnazionali pubblicando il proprio *Outlook* annuale l'8 aprile 2020 all'inizio della pandemia, il 22 giugno successivamente alla revoca delle prime misure di quarantena da parte di alcuni Stati e il 6 ottobre durante la seconda ondata di contagio in taluni di questi Stati. Con queste attività di raccolta, elaborazione e pubblicazione di dati l'OMC ha potuto tanto vigilare sulle risposte dei propri membri più colpiti quanto indirizzarle⁵³. In questo quadro l'OMC si è occupata altresì della sorveglianza degli effetti dell'emergenza Covid-19 sulla prestazione transnazionale dei servizi, stimando il tasso significativo di decrescita atteso in alcuni settori, quali trasporti e turismo, a causa delle restrizioni alla circolazione adottate da numerosi membri per il contenimento e/o la prevenzione del contagio⁵⁴.

⁵¹ Rileva, in particolare, il discorso del Direttore generale della FAO contro «food trade restrictions during the COVID-19 pandemic» nel corso del *World Economic Forum* del 30 marzo 2020 (www.fao.org).

⁵² Relativamente all'incidenza negativa dell'emergenza Covid-19 sulla sicurezza alimentare, si veda, in particolare, il *Joint Statement* di QU Dongyu, Tedros Adhanom Ghebreyesus e Roberto Azevedo, Direttori generali rispettivamente di FAO, OMS e OMC del 30 marzo 2020, consultabile all'indirizzo internet www.who.int. Si veda I. ESPA, *Sicurezza alimentare e commercio internazionale ai tempi del Covid-19*, in P. ACCONCI, E. BARONCINI (a cura di), *Gli effetti dell'emergenza Covid-19 su commercio, investimenti e occupazione. Una prospettiva italiana*, Bologna, 2020, 123 ss. (*open access* amsacta.unibo.it).

⁵³ Per approfondimenti sull'*Outlook* annuale pubblicato per gli anni 2020-2021, si veda www.wto.org.

⁵⁴ Per approfondimenti segnalo l'*Information Note* intitolata *Trade in Services in the Context of Covid-19* del 28 maggio 2020 (www.wto.org).

L'OMC ha pubblicato inoltre rapporti e note tecniche su vari profili rilevanti – trasparenza, commercio elettronico e sviluppo – per l'esame complessivo degli effetti pregiudizievoli della pandemia sulle transazioni commerciali transnazionali⁵⁵.

Gli organismi internazionali rappresentativi degli interessi degli Stati economicamente avanzati e di quelli emergenti hanno evidenziato l'esigenza di investimenti nella ristrutturazione dei servizi sanitari nazionali, onde adattarli al contenimento e, nella misura del possibile, alla prevenzione della propagazione del contagio.

Così si è espresso l'OCSE invitando i suoi Stati membri da subito a investire nell'offerta di servizi sanitari mirati e nella produzione di mascherine, altri dispositivi protettivi personali di base e farmaci. L'OCSE ha pubblicato dati, valutazioni e previsioni per orientare sia gli Stati membri sia altri attori internazionali, come il G20, a congegnare e realizzare piani di risposta fondati sul sostegno all'occupazione, alle imprese di piccola dimensione e a certe categorie vulnerabili delle popolazioni degli Stati più colpiti, quali i fanciulli e gli adolescenti⁵⁶. L'OCSE ha evidenziato come il livello di adeguatezza delle risposte sia suscettibile di variare a seconda della situazione specifica di ciascuno Stato, in ragione dell'eterogeneità dei settori economici determinanti nella composizione del suo prodotto nazionale lordo, delle condizioni del sistema sanitario, educativo e fiscale preso in considerazione⁵⁷. L'OCSE ha sostenuto inoltre l'approccio seguito dalle organizzazioni del sistema Nazioni Unite e dall'UE a favore

⁵⁵ L'elenco dei rapporti, delle statistiche, previsioni, note tecniche e infografiche pubblicate dall'OMC è consultabile nella seguente pagina del suo sito internet: www.wto.org/.

⁵⁶ Rileva, in particolare, il rapporto *OECD Economic Outlook* intitolato *Turning Hope into Reality* pubblicato a dicembre 2020 (www.oecd.org/).

⁵⁷ Il Segretario generale dell'OCSE si è impegnato a contribuire alla gestione dell'emergenza Covid-19 mediante un «global effort». Ciò emerge chiaro dalla pagina del sito *web* dell'OCSE dedicata a siffatta emergenza (www.oecd.org/), dalla nota su «evaluating the initial impact of Covid containment measures on activity» pubblicata dall'*Economic Department* dell'OCSE sotto la supervisione del medesimo Segretario e dalla dichiarazione di quest'ultimo durante l'incontro in videoconferenza del G-20 su Covid-19 del 26 marzo 2020 (entrambi in read.oecd-ilibrary.org). Secondo il Segretario generale, un piano di risposta comune dovrebbe «recapitalise health and epidemiological systems; mobilise all macro-economic levers: monetary, fiscal, and structural policies; lift existing trade restrictions especially on much needed medical supplies; provide support to vulnerable developing and low-income countries; share and implement best practices to support workers and all individuals, employed and unemployed – particularly the most vulnerable; keep businesses afloat, particularly small and medium-sized firms, with special support packages in hardest hit sectors such as tourism».

della realizzazione di piani di vaccinazione di portata universale improntati a equità e trasparenza⁵⁸.

I capi di Stato e di governo degli Stati parti al G20 hanno concordato già il 31 marzo 2020 l'avvio di un piano d'azione straordinario di sostegno agli Stati nella realizzazione di azioni di potenziamento dei servizi sanitari e contrasto dell'incidenza negativa dell'emergenza Covid-19 sui sistemi economici nazionali e sull'economia mondiale⁵⁹. Numerosi attori internazionali hanno evidenziato l'importanza di investimenti a favore degli Stati economicamente meno avanzati (*low- and middle-income States*, LMICs) in Africa, Asia e America Latina e delle persone più vulnerabili negli Stati economicamente avanzati. In effetti, la capacità di risposta degli Stati meno avanzati a una pandemia dipende largamente dall'assistenza tecnica e finanziaria esterna. L'innovazione in campo sanitario in questi Stati necessita di ingenti investimenti finanziari in virtù anche dei tagli della spesa pubblica da essi effettuati nel quadro di riforme nazionali di attuazione di programmi di aggiustamento strutturale.

La duplice esigenza di prevenire uno scenario di recessione economica mondiale prolungata, a causa della combinazione tra l'emergenza di carattere sanitario e quella di carattere economico, e indirizzare le risposte degli Stati membri, soprattutto di quelli più colpiti dalla pandemia, ha inciso inoltre sulle attività di alcune organizzazioni e agenzie internazionali a vocazione economica operanti nel sistema delle Nazioni Unite. Queste si sono occupate di alcuni rischi sistemici, istituendo forme di collaborazione speciali per l'adozione di *guidelines*, meccanismi e standard, nonché per raccolta, valutazione e/o divulgazione di dati e parametri scientifici.

L'UNIDO e l'UNCTAD hanno lavorato per facilitare soluzioni ai problemi generati dalle numerose restrizioni alle esportazioni introdotte dalle misure quarantenarie nazionali adottate da diversi Stati colpiti dalla pandemia soprattutto a danno della posizione degli Stati

⁵⁸ Per approfondimenti, OCSE, *Coronavirus (COVID-19) vaccines for developing countries: An equal shot at recovery*, *OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19)*, 4 febbraio 2021 (www.oecd.org).

⁵⁹ Si veda la dichiarazione sull'emergenza Covid-19 al termine del vertice straordinario dei capi di Stato e di governo degli Stati del G20 tenutosi in modalità virtuale il 26 marzo 2020 (www.g20.utoronto.ca). Rileva altresì la dichiarazione resa dai capi di Stato e di governo dei medesimi Stati in occasione del vertice del G20 tenutosi in modalità virtuale nei giorni 21 e 22 novembre 2020. Questa dichiarazione contempla un piano analitico delle azioni ritenute opportune per guidare «the world in shaping a strong, sustainable, balanced and inclusive post-COVID-19 era» (la dichiarazione è reperibile al sito internet www.consilium.europa.eu).

economicamente meno avanzati. Entrambi questi organismi hanno pubblicato studi e orientamenti al fine di evitare che la vulnerabilità dei suddetti Stati peggiori per effetto delle restrizioni⁶⁰. Entrambe hanno evidenziato l'esigenza della gestione dell'emergenza secondo un approccio sostenibile, con attenzione specifica al problema dei cambiamenti climatici⁶¹. L'UNCTAD si è adoperata altresì per l'individuazione di soluzioni fondate sull'interazione tra commercio e tecnologia, nonché l'ideazione di nuovi approcci, avvalendosi dell'attività del *Technology Facilitation Mechanism* (TFM). Si tratta di un altro organismo tecnico delle Nazioni Unite competente a fare proposte sulle soluzioni più adeguate per le istituzioni politiche (*policy-makers*), le imprese (*business community*) e la società civile, al fine della promozione dell'innovazione tecnologica funzionale alla realizzazione dei *Sustainable Development Goals*⁶². Nel rapporto *Transforming trade and development in a fractured, post-pandemic world* pubblicato in dicembre 2020 per la preparazione dei lavori della quindicesima sessione della Conferenza prevista in ottobre 2021 il Segretario generale dell'UNCTAD ha ribadito l'opportunità del sostegno agli investimenti per la realizzazione di un approccio integrato tra scienza, tecnologia e innovazione, nonché «a more gainful globalization and a more resilient form of multilateralism»⁶³. L'UNCTAD si sta occupando altresì dell'incidenza dell'emergenza Covid-19 sul rapporto tra investitori stranieri e Stati ospiti, con riguardo particolare all'attuazione dei trattati internazionali applicabili⁶⁴.

L'OIL ha pubblicato già all'inizio di aprile 2020 un rapporto sugli effetti dell'emergenza sul mercato del lavoro su scala mondiale. Come anticipato, questo rapporto si riferisce all'emergenza Covid-19 come «the worst global crisis since World War II». Esso include statistiche e altri dati utili alla stima dell'innalzamento del tasso di disoc-

⁶⁰ Segnalo, in particolare, UNIDO, rapporto *Responding to the Crisis: Building a Better Future* dell'aprile 2020; e UNCTAD, rapporto *Impact of the COVID-19 Pandemic on Trade and Development: Transitioning to a New Normal* del 19 novembre 2020 (consultabile nel sito internet dell'UNCTAD, all'indirizzo unctad.org).

⁶¹ Mi limito a segnalare UNIDO, rapporto del Segretario generale delle Nazioni Unite di trasmissione del rapporto del Direttore Generale dell'UNIDO all'Assemblea generale, *Industrial Development Cooperation*, UN Doc. A/75/158 del 14 luglio 2020.

⁶² Si veda la pagina specifica del sito internet dell'UNCTAD.

⁶³ Il rapporto (UNCTAD/OSG/2020/2) è consultabile al sito unctad.org/.

⁶⁴ Rileva, in particolare, il numero speciale dell'*Investment Policy Monitor* dell'UNCTAD *Investment Policy Responses to the COVID-19 Pandemic* pubblicato il 4 maggio 2020 (unctad.org/).

cupazione atteso nel corso del 2020, a causa della pandemia⁶⁵. L'OIL ha mobilitato inoltre gli Stati membri e le parti sociali a congegnare piani inclusivi di gestione della crisi occupazionale generata dall'emergenza Covid-19, relativamente ai lavoratori disabili⁶⁶ e alle madri lavoratrici⁶⁷. L'OIL ha istituito poi una pagina specifica nel proprio sito internet per la pubblicazione dei provvedimenti e delle azioni adottate da Stati membri per il contenimento degli effetti pregiudizievoli della pandemia sulle condizioni di lavoro, per quanto concerne in particolare la creazione di strumenti di protezione sociale addizionali, l'introduzione di correttivi dei redditi da lavoro e/o sgravi fiscali⁶⁸.

Anche l'Assemblea generale delle Nazioni Unite nelle risoluzioni dedicate alla gestione dell'emergenza Covid-19 si è espressa sull'urgenza del sostegno a certe categorie di lavoratori, in particolare di quelli marittimi data la loro rilevanza per il mantenimento della continuità delle catene di fornitura globali⁶⁹.

La collaborazione tra organizzazioni e agenzie internazionali si è incentrata inoltre sull'esigenza del mantenimento della sostenibilità nei processi produttivi e nei comportamenti individuali delle persone.

Al fine della promozione di azioni appropriate di prevenzione, il Programma Nazioni Unite per l'ambiente (*UN Environment Program*, UNEP) ha pubblicato rapporti, linee guida e comunicati stampa. L'UNEP ha evidenziato così la necessità della salvaguardia dell'ambiente sia durante la pandemia sia successivamente. A questi fini, l'UNEP ha lavorato, da un lato, per dimostrare la correlazione tra la pandemia Covid-19 e il degrado ambientale⁷⁰ e, dall'altra, per indurre gli Stati ad adottare metodi di gestione dei rifiuti generati dall'assi-

⁶⁵ Il rapporto – *ILO Monitor 2nd edition: COVID-19 and the World of Work. Updated estimates and analysis* – chiarisce che gli effetti negativi attesi dell'emergenza Covid-19 sarebbero eterogenei in termini di aree del mondo e settori economici colpiti. Secondo il rapporto i settori dei trasporti, agricoltura e servizi pubblici essenziali saranno tra quelli più pregiudicati dall'emergenza. Questo rapporto è consultabile su www.ilo.org/ Per aggiornamenti sulle attività di controllo dell'OIL degli effetti del Covid-19 su «the world of work», si veda la sezione dedicata nel medesimo sito web.

⁶⁶ Segnalo la pagina dedicata del sito internet dell'OIL.

⁶⁷ Anche a tale riguardo si veda la pagina dedicata del sito internet dell'OIL.

⁶⁸ Segnalo la pagina specifica del sito internet dell'OIL.

⁶⁹ Si veda Assemblea generale, *International cooperation to address challenges faced by seafarers as a result of the COVID-19 pandemic to support global supply chains*, UN Doc. A/RES/75/17 del 1° dicembre 2020.

⁷⁰ Si veda, in particolare, la dichiarazione sull'emergenza Covid-19 del Direttore esecutivo dell'UNEP del 6 aprile 2020 (www.unenvironment.org/). Questa dichiarazione sottolinea l'importanza della connessione tra «ecosystem stability, the environment, and human health».

stenza sanitaria conformi all'esigenza della salvaguardia dell'ambiente⁷¹. Sin dall'inizio dell'emergenza l'UNEP, come altri organismi del sistema Nazioni Unite, si è occupato inoltre di ideare nuovi scenari per il periodo successivo secondo l'approccio *Building Back Better*, in linea con l'Agenda 2030 sullo sviluppo sostenibile, prestando attenzione particolare alla questione della promozione della resilienza, della gestione dei rifiuti derivanti dall'uso della plastica e del sostegno alla ripresa di attività economiche, quali il turismo, in maniera funzionale a siffatti obiettivi⁷².

Come sottolineato da altri rappresentanti delle Nazioni Unite, l'approccio *Building Back Better* presuppone il rafforzamento della cooperazione internazionale e del multilateralismo, al fine tanto della gestione e prevenzione dei rischi sanitari quanto della creazione di opportunità di lavoro e del contrasto dei cambiamenti climatici mediante azioni di armonizzazione delle risposte normative nazionali, sostegno alla liquidità e comunicazione di dati attendibili, nonché investimenti e innovazione⁷³. Le organizzazioni internazionali a vocazione economica con le diverse azioni qui considerate dimostrano di voler contribuire al raggiungimento di questi obiettivi per il superamento dell'emergenza e la ripresa⁷⁴.

La posizione prevalentemente unilaterale degli Stati Uniti con l'amministrazione Trump e di altri governi orientati nello stesso modo, quali quelli brasiliano e britannico, non ha giovato né alla gestione e prevenzione della diffusione del contagio, né all'andamento dei mercati, né al contrasto degli effetti recessivi e di emarginazione sociale causati dall'emergenza Covid-19.

5. La prima considerazione conclusiva concerne l'intensificazione delle attività delle organizzazioni internazionali a vocazione econo-

⁷¹ L'*International Environmental Technology Centre* dell'UNEP ha pubblicato il *Compendium of Technologies for Treatment/Destruction of Healthcare Waste* per assistere i governi degli Stati membri e i lavoratori del settore sanitario a utilizzare tecnologie speciali per la gestione dei rifiuti sanitari generate dalla pandemia (www.unenvironment.org/).

⁷² La già menzionata dichiarazione sull'emergenza Covid-19 del Direttore esecutivo dell'UNEP del 6 aprile 2020 mira a promuovere la realizzazione di «green investments, such as renewable energy, smart housing, green public procurement, public transport» dopo l'emergenza, secondo quanto indicato dai *Sustainable Development Goals*. Per aggiornamenti segnalo il sito *web* dell'UNEP.

⁷³ Si vedano, tra le altre, le dichiarazioni consultabili nelle pagine *web* dedicate nel sito delle Nazioni Unite (www.un.org) ..

⁷⁴ Segnalo, in particolare, OCSE, rapporto, *Building Back Better: A Sustainable, Resilient Recovery after COVID-19*, 5 giugno 2020 (www.oecd-ilibrary.org).

mica, a partecipazione vuoi tendenzialmente universale vuoi regionale, a seguito dell'emergenza Covid-19. Numerose hanno contribuito all'elaborazione di risposte alla suddetta emergenza, a partire dal marzo 2020, quando la natura collettiva e insidiosa del nuovo virus all'origine della malattia è stata assodata.

Le organizzazioni internazionali a vocazione economica sono risultate coerenti nella gestione degli effetti dell'emergenza sui sistemi economici e sociali degli Stati membri più colpiti dalla pandemia, coordinandone le scelte di politica economica e finanziaria. Nell'insieme, siffatte organizzazioni hanno cercato sia di supplire all'impreparazione degli Stati e di buona parte degli attori privati, orientandone e influenzandone le reazioni, sia di contenere gli effetti recessivi prodotti dai vari provvedimenti nazionali di difesa, a beneficio anche degli Stati in via di sviluppo e meno avanzati.

Sotto questo profilo, può osservarsi che, nel periodo tra la primavera e l'autunno 2020, si è assistito alla riviviscenza del multilateralismo. La dinamicità dei rapporti internazionali generata dalla combinazione senza precedenti dell'emergenza sanitaria con quella economica ha mutato la plausibilità della posizione degli Stati «sovranisti», evidenziandone le criticità e ostacolando il riemergere del modello ordoliberalista.

La seconda considerazione conclusiva è relativa ai parametri di riferimento prevalentemente usati dalle organizzazioni a vocazione economica.

La rilevanza della sovranità e del corollario del consenso dello Stato, quali concetti cardine dei rapporti internazionali vuoi politici e diplomatici vuoi economici, permane. Questi concetti si concretizzano però sulla base di paradigmi nuovi di reazione e gestione della crisi. La combinazione delle emergenze sanitaria ed economica generata dal Covid-19 e l'uso degli strumenti digitali finanche per riunioni ufficiali tra capi di Stato e governo hanno portato all'accentuazione della trasparenza, dell'informalismo sul piano sia normativo sia politico, da un lato, e alla ricerca di posizioni convergenti, dall'altro. La duplice emergenza ha ridato risalto al binomio reputazione e fiducia alla base dei rapporti di interdipendenza e cooperazione consolidatisi alla fine del secolo scorso, al culmine dell'affermazione, attraverso il multilateralismo, del modello neoliberalista, seppure come fenomeno eterogeneo.

La terza considerazione conclusiva è relativa agli effetti sul piano normativo della combinazione senza precedenti di emergenze eterogenee.

Le iniezioni di liquidità, in particolare del FMI, della Banca centrale europea e delle banche regionali di sviluppo, le misure di intervento congegnate dalla Commissione europea, gli orientamenti dell'OIL e della stessa OCSE sono stati confacenti, secondo i rispettivi mandati, al sostegno del processo di liberalizzazione. Senza queste azioni, la crisi di siffatto processo si sarebbe dilatata, in virtù delle diseguaglianze e della vulnerabilità dei sistemi di protezione sociale in numerosi Stati, non solo di quelli meno avanzati, già dapprima dell'emergenza. Merita osservare che azioni siffatte sono, in linea di principio, in contraddizione con quelle attuate nei decenni scorsi, per favorire interdipendenza, apertura e libertà dei mercati su scala mondiale mediante la riduzione dell'intervento dello Stato e la limitazione del rilievo del settore pubblico quale attore economico.

Pare essere in atto un ripensamento di alcune concezioni ordolibériste come attuate negli ultimi decenni sul piano mondiale per la realizzazione di un sistema economico e sociale di libera concorrenza – frutto dell'azione dello Stato – funzionale all'iniziativa privata.

L'assistenza tecnica e finanziaria delle organizzazioni internazionali a vocazione economica ha mirato a infondere fiducia tanto agli operatori economici e alle persone quanto ai governanti della maggioranza degli Stati più colpiti. Si è assistito all'adozione sul piano nazionale di ammortizzatori sociali e altri strumenti di azione improntati a inclusione, tutela delle fasce più svantaggiate, coesione e solidarietà, dopo anni di tagli e depotenziamento della posizione degli Stati nell'impostazione ed erogazione del *welfare*.

La posizione di numerosi Stati economicamente avanzati pare essere all'origine di tale rinnovamento dell'approccio delle organizzazioni internazionali economiche, in linea peraltro con le raccomandazioni puntuali dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite⁷⁵.

L'attivismo delle organizzazioni internazionali si è accompagnato all'intensificazione della produzione di atti non vincolanti quali strumenti comuni per coordinamento, indirizzo e misurazione delle reazioni. Tali organizzazioni hanno sostenuto il processo di liberalizzazione e cercato di contribuire alla prevenzione nella misura del pos-

⁷⁵ Segnalo, in particolare, Assemblea generale, risoluzione, *Comprehensive and Coordinated Response to the Coronavirus Disease (COVID-19) Pandemic*, UN Doc. A/RES/74/306 dell'11 settembre 2020.

sibile della propagazione del contagio con la pubblicazione di programmi, rapporti e statistiche, da un lato, e la realizzazione di molteplici azioni di assistenza tecnica e finanziaria, dall'altro.

ABSTRACT

Multilateralism and Unilateralism Within International Economic Cooperation at the Time of the Covid-19 Emergency

The complex dimension – both social and economic – of the Covid-19 emergency has impacted on the approach of international economic organizations. Their technical and financial assistance has expanded in order to support their Member States to control and prevent the spread of the epidemic, as well as react to its adversarial economic effects. This article focuses on the main developments of international economic cooperation to identify relevant interests, trends and solutions from the World War 2 to the Covid-19 emergency. The aim is to show how multilateralism through international organizations has been implemented, under a number of challenges, such as bilateralism, regionalism, populism and unilateral actions of a few States.

ISOLATED SHOULD NOT MEAN EXCLUDED: THE NON-DEROGABLE STATUS OF PARTICIPATORY RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES AT THE TIME OF THE COVID-19 PANDEMIC

FRANCESCA IPPOLITO

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The theoretical framework of non-derogable rights in the Inter-American system: some general remarks. – 3. *Argument for* the Commission’s position: the *implicitness* of participatory rights of indigenous peoples within Art. 23 ACHR (Rights to Participate in Government). – 4. The debatable expansion to political participation of a non-derogable nature. – 5. The interconnection and interdependence with the other non-derogable right that is the right to life. – 6. *Argument against* the Commission position: the autonomous character of participatory rights of indigenous peoples in international law. – 7. Conclusion: reconciling the pros and cons.

1. As underlined by the UN Secretary-General Antonio Guterres, the COVID-19 pandemic represents not only a global public health emergency which is putting to the test national health-care systems and mechanisms for responding to infectious diseases, but also an economic crisis, a social crisis, and is fast becoming a human rights crisis. The latter profile becomes evident considering that seeking to protect populations from the threat of COVID-19 has altered the regular functioning of society in the light of the main protective measure required to combat the virus, namely confinement. Such measures undertaken inevitably encroach on rights and freedoms which are an integral and necessary part of a democratic society governed by the rule of law.

Some of these restrictive measures taken by States in response to the current COVID-19 threat may be justified on the grounds of the usual provisions of human rights conventions relating to the protection of health¹, while other measures of exceptional nature may require derogations from the States’ obligations under those universal and regional treaties enshrining individual human rights which legally

¹ See i.e. Art. 5(1)(e) ECHR, paragraph 2 of Art. 8 to 11 ECHR and Art. 2(3) of Protocol No. 4 to the ECHR.

permit temporarily suspending the enshrined rights during national emergencies².

While acknowledging that national emergencies require flexibility, human rights derogation clauses specify certain rights that are non-derogable at all times³. All require the right to life, prohibition of slavery and torture, and freedom from retroactive legislation, while the ICCPR and ACHR further maintain the right to legal personality and freedom of thought and religion, and insist domestic remedies via judicial processes remain protected at all times. The ICCPR prohibits imprisonment for inability to fulfill a contractual obligation. The ECHR, as later amended, prohibits the use of the death penalty even in times of crisis (Art. 2 of Protocol 13,) and protection from *ne bis in idem* or double jeopardy (Art. 4(3) of Protocol 7). The ACHR – which has the longest set of non-derogable rights – demands continued observance of humane treatment while in custody, freedom from

² On the derogation clauses in international human rights treaties see R. HIGGINS, *Derogations under Human Rights Treaties*, in *British Yearbook of International Law*, 1976-77, 281 ff.; T. BUERGENTHAL, *To Respect and Ensure: State Obligations and Permissible Derogations*, in L. HENKIN (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, New York, 1981, 72 ff.; C. SCHREUER, *Derogation of Human Rights in Situations of Public Emergency*, in *Yale Journal of World Public Order*, 1982, 113 ff.; S. R. CHOWDHURY, *Rule of Law in a State of Emergency: The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*, London, 1989; J. FITZPATRICK, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights during States of Emergency*, Philadelphia, 1994; J. ORAÁ, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, 1992; F. OUGUERGOUZ, *L'absence de clause de derogation dans certain Traités relatifs aux droits de l'homme: les reponses du droit international général*, in *Revue générale de droit international public*, 1993, 289 ff.; A.-L. SVENSSON-MCCARTHY, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, The Hague, 1998; D. MCGOLDRICK, *The Interface Between Public Emergency Powers and International Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2004, 380 ff.; I. VIARENGO, *Deroghe e restrizioni alla tutela dei diritti umani nei sistemi internazionali di garanzia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, 955 ff.; O. GROSS, FIONNUALA NÍ AOLÁIN, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge, 2006; V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, Milano, 2010; F. COWELL, *Sovereignty and the Question of Derogation: An Analysis of Article 15 of the ECHR and the Absence of a Derogation Clause in the ACHPR*, in *Birkbeck Law Review*, 2013, 135 ff.; G. CATALDI, *Le deroghe ai diritti umani in stato di emergenza*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie e prassi*, Milano, 2015, 752 ff.; J. REYNOLDS, *Empire, Emergency and International Law*, Cambridge, 2017, 111 ff.; T. MARINIELLO, *Prolonged Emergency and Derogation of Human Rights: Why the European Court Should Raise Its Immunity System*, in *German Law Journal*, 2019, 46 ff.; S. WALLACE, *Derogations from the European Convention on Human Rights: The Case for Reform*, in *Human Rights Law Review*, 2020, 769 ff.; E. SOMMARIO, *Misure di contrasto all'epidemia e diritti umani fra limitazioni ordinarie e deroghe*, in *SIDIBlog*, 27 March 2020, available online; C. NIVARD, *Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme en temps de crise sanitaire mondiale*, April 2020, journals.openedition.org/revdh/8989.

³ Art. 4(2) ICCPR; Art. 15(2) ECHR and Art. 27(2) ACHR.

forced labor, rights of the child and the family, rights of name and nationality, and the right to participate in government. All these restrictions and derogations must be temporarily limited⁴, legal⁵, adjusted to well-defined aims based on scientific criteria⁶, reasonable, absolutely necessary and proportionate⁷. If that is the case, according to Gerald L. Neuman, derogation clauses do not contradict the notion of human right but may on the contrary contribute to their effective protection.⁸

It is important to note that, given the nature of the pandemic, the restriction of or limitations on certain rights may have a disproportionate impact on the exercise of other rights by certain groups of people who are in more vulnerable situations.

This essay aims to look at the particular case of indigenous peoples whose reality, so rich and complex, is much more than a minority or a race, in addition, having their rights a simultaneous dual dynamic, consisting of the interconnection between individual rights and collective rights⁹. In particular, the idea is not to generally focus

⁴ Notice at that regard that while the *General Comment No. 29: States of emergency (Article 4)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 of 31 Aug. 2001, para 4, considers that duration, together with geographical coverage and material scope, must be strictly required by the exceptional situation; the European Court of Human Rights [GC] does not require a strict temporary nature of the adopted measures, admitting that they could last «many years» (see judgment of 19 Feb. 2009, *A and others v. the United Kingdom*, para 178). For an argument defending a more rigorous scrutiny by the European Court of Human Rights, see T. MARINIELLO, *op. cit.*

⁵ See again *General Comment No. 29*, cit., and S. DOLEZAL, *The Systematic Failure to Interpret Article IV of the International Covenant on Civil and Political Rights: Is There a Public Emergency in Nigeria?*, in *American University International Law Review*, 2000, 1163 ff.

⁶ See i.e. the Inter-American Commission which recommends in particular to the OAS Member States that «all restrictions or suspensions are based on the best scientific evidence» and *General Comment No. 29*, cit., para 27.

⁷ In that regard, see, i.e., most recently, the Human Rights Committee, *Statement on Derogations from the Covenant in Connection with the COVID-19 Pandemic*, 24 April 2020, CCPR/C/128/2, para 2(b): «Where possible, and with a view of the need to protect the life and health of others, States parties should replace COVID-19-related measures that prohibit activities relevant to the enjoyment of rights under the Covenant with less restrictive measures that allow such activities to take place, while subjecting them to necessary public health requirements such as physical distancing».

⁸ G. L. NEUMAN, *Constrained Derogation in Positive Human Rights Regime*, in E.J. CRIDDLE (ed.), *Human Rights in Emergencies*, Cambridge, 2016, 15 ff.

⁹ On the relationship between individual and collective rights, see, among others, D. SANDERS, *Collective Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1991, 368 ff.; A. BUCHANAN, *The Role of Collective Rights in the Theory of Indigenous Peoples' Rights*, in *Transnational Law & Contemporary Problems*, 1993, 89 ff.; P. JONES, *Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1999, 80 ff.; C. HOLDER, J. CORNTASSEL,

on the entirety of the disproportionate impact of the pandemic on their special requirements¹⁰. It is rather to limit the analysis to the impact that isolation measures, imposed by the governments in response to the COVID-19 pandemic, has *procedurally* on the legal uncertainty over their lands' tenure related to their customary tenure systems and their reliance on collective rights versus private ones¹¹. This is especially as regards the exploitation permits involving indigenous land. Thus, where indigenous consultation is concerned, it is to be noted that to develop these procedures States should take into consideration the cultural practices of indigenous peoples, particularly their ancestral traditions for collective organization, which often involve holding community assemblies. Therefore, those practices (such as that of Colombia responding directly to private sectors demands,¹² or in Brazil¹³) that pave the way to implement consultation and free, prior, and *informed* consent through digital platforms are absolutely questionable. Indeed, they have themselves been approved without the required consultation and free, prior, and informed consent of indigenous peoples, a large portion of which do not even have access to the Internet. Moreover, they are contrary to the own indigenous protocol expressly stating that consultations must take

Indigenous Peoples and Multicultural Citizenship: Bridging Collective and Individual Rights, in *Hum Rights Quarterly*, 2002, 126 ff.

¹⁰ See on indigenous rights and their special needs I. BROWNLIE, *Treaties and Indigenous Peoples*, Oxford, 1992; E. STAMATOPOULOU, *Indigenous Peoples and the United Nations: Human Rights as a Developing Dynamic*, in *Human Rights Quarterly*, 1994, 58 ff.; J. ANAYA, C. GROSSMAN, *The Case of Awas Tingni v. Nicaragua: A Step in the International Law of Indigenous Peoples*, in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 2002, 2 ff.; J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford, 2004; J. GILBERT, *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law: From Victims to Actors*, Ardsley, 2006; A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture, and Land*, Cambridge, 2007.

¹¹ On this and the still 'critical issue' represented by the identification of the land traditionally occupied by indigenous people see International Labour Organisation (ILO), *Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169): General observation, Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations* (Geneva 2019); and *The impact of COVID-19 on indigenous communities: Insights from the Indigenous Navigator*, Oct. 2020, available at www.ilo.org; FAO, *Covid-19 and Indigenous Peoples*, Aug. 2020, available at www.fao.org.

¹² *IACHR Warns of the Specific Vulnerability of Indigenous Peoples to the COVID-19 Pandemic, Calls on States to Adopt Targeted, Culturally Appropriate Measures that Respect These Peoples' Land*, 6 May 2020, available at www.oas.org.

¹³ There, i.e. the Planning and Logistics Company has tried to continue their process of consultation and consent regarding construction of the 'Ferrogrão' railway with the Mundurucu people via the Internet. See the Report by the specialists Biviany Rojas Garzón and Luís Donisete Grupioni available at www.socioambiental.org.

place on their territory, in order for officials to dialogue with the indigenous people and listen to their demands.

In this context, the Inter-American Commission of Human Rights (hereinafter the IACHR) has urged States to suspend administrative procedures to grant permits for extractive projects and other plans to exploit or develop natural resources in or around indigenous territories, in order to ensure respect for indigenous peoples' cultural practices and their effective participation in all decisions likely to affect them directly. In particular, in its Resolution No 1/2020 it has required States should «refrain from introducing legislation and/or moving forward to carry out production and/or extractive projects in the territories of indigenous peoples during the period the pandemic may last, given the impossibility of conducting prior informed and free consent processes (due to the recommendation of the World Health Organization (WHO) that social distancing measures be adopted) provided for in ILO Convention 169 and other pertinent international and national instruments»¹⁴.

In light of this statement, this article will discuss if the recognition of a non-derogable character of this right should be derived. In so doing it aims to contribute to the doctrinal debate on their identification and elaboration; and correlatively answer the question whether international institutions are properly situated to fulfill the promise for properly implementing indigenous peoples' right to give or withhold consent to development activities affecting their lands and territories¹⁵. Therefore the analysis after few general remarks on non-derogable rights in the Inter-American system of human rights protection (2) will address the arguments in favor of a non-derogable character of the consultation and free prior and informed consent of indigenous groups disclosing its possible implicitness in Art. 23 ACHR (3) and the interrelatedness of political participation with the right to life (4), both explicitly listed in Art. 27 ACHR as non-derogable rights during emergencies. The counter-argument of the autonomous nature of the right of consultation and free, prior and informed consent of indigenous will finally be addressed in a complementary fashion (5) to then make a synthesis of the Aristotelian argumentation reconciling pros and cons (6).

¹⁴ IACHR, Resolution No. 1/2020, 20 April 2020, paras 54-57.

¹⁵ This was the question posed by A. Page, *Indigenous Peoples' Free Prior and Informed Consent in the Inter-American Human Rights System*, in *Sustainable Development Law & Policy*, 2004, 16 ff.

2. Derogation clauses in international human rights treaties legally permit temporarily suspending enshrined rights during national emergencies¹⁶. But what should be conceived as «emergencies» is very flexible according to international human rights law which does not provide any specification of «time(s) of public emergency»¹⁷ or understands it as including war¹⁸ or more simply a «public danger»¹⁹; describing a threat against «the life of the nation»²⁰, or against «the independence or security of a State»²¹. From another standpoint, governments could suspend some internationally recognized human rights on the grounds of public health protection, as international human rights treaties allow not explicitly time constrained restrictions on any rights²² or on the right to manifest or practice one's religion²³, respect for private and family life²⁴, freedom of movement²⁵, freedom of assembly²⁶, freedom of association²⁷, and freedom of expression²⁸.

¹⁶ See Art. 4(2) of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR); Art. 27(2) of the American Convention on Human Rights (ACHR); Art. 15(2) of the European Convention on Human Rights (ECHR) and Art. 30 the European Social Charter (ESC). Instead, the African Charter on Human and Peoples' Rights contains no derogation provision. In the view of the African Commission on Human and Peoples' Rights, *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés v. Chad*, Communication No. 74/92, decision adopted during the 18th Ordinary session, Oct. 1995, para 40 of the text of the decision as published at www.up.ac.za/chr, this means that the Charter «does not allow for states parties to derogate from their treaty obligations during emergency situations». In other words, even a civil war cannot «be used as an excuse by the state [for] violating or permitting violations of rights in the African Charter». The civil war could not therefore be used as a legal shield for failure to fulfil the legal obligations under the African Charter, and Chad was held to have violated Arts. 4, 5, 6, 7 and 9 ACHR (paras 41-54).

¹⁷ Art. 4(1) ICCPR.

¹⁸ Art. 15(1) ECHR and Art. F(1) ESC.

¹⁹ Art. 27(1) ACHR defines the circumstances under which a State party might derogate from its obligations: «In time of war, public danger, or other emergency that threatens the independence or security of a State Party, it may take measures derogating from its obligations under the present Convention to the extent and for the period of time strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law and do not involve discrimination on the ground of race, color, sex, language, religion, or social origin». It was El Salvador that proposed to amend the text so as to have the terms «or other public calamity» («u otra calamidad pública») inserted because, in its view, it was «a situation that was not necessarily a threat to internal or external security, but which could nevertheless arise». The amendment was adopted although the text was subsequently modified to «of public danger» («de peligro público»). See OAS doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, 264 and 319.

²⁰ The ICCPR, ECHR, and ESC.

²¹ The ACHR.

²² Art. G (1) ECS.

²³ Art. 18(3) ICCPR, Art. 12(3) ACHR, Art. 9(2) ECHR.

²⁴ Art. 8(2) ECHR.

Art. 27 ACHR which regulates the «suspension of guarantees» in the Inter-American system presents some noticeable interpretive differences compared to other human rights treaties. A first one is the inclusion of «public danger» and «emergency that threatens the independence or security of a State Party» as grounds for derogation - which allows State parties significant discretion. A second one is the extensive number of rights which cannot be «suspended»²⁹ under any circumstances: the Right to Juridical Personality (Art. 3), Right to Life (Art. 4), Right to Humane Treatment (Art. 5), Freedom from Slavery (Art. 6), Freedom from Ex Post Facto Laws (Art. 9), Freedom of Conscience and Religion (Art. 12), Rights of the Family (Art. 17), Right to a Name (Art. 18), Rights of the Child (Art. 19), Right to Nationality (Art. 20), and the Right to Participate in Government (Art. 23), or of the judicial guarantees essential for the protection of such rights.

The inclusion of the right to participate in government in the list of non-derogable rights in Art. 27(2) of the American Convention is «an expression of the conviction of the American States of the fundamental importance of maintaining a democratic constitutional order for the purpose of meeting the exigencies of emergency situations»³⁰. In fact, in that regard, the Inter-American Court had emphasized the great risk posed by the state of emergency for democracy, arguing «that the suspension of guarantees cannot be disassociated from the ‘effective exercise of representative democracy’ referred to in Art. 3 of the OAS Charter»³¹. Should Art. 27 be used for undermining the democratic system, for instance in a *coup d'état*, «the suspension of guarantees lacks all legitimacy»³².

²⁵ Art. 12(3) ICCPR, Art. 22(3) ACHR, Art. 2(3) Protocol No. 4 to the ECHR, Art. 12(2) ACHPR.

²⁶ Art. 21 ICCPR, Art. 15 ACHR, Art. 11(2) ECHR, Art. 11 ACHPR.

²⁷ Art. 22(2) ICCPR, Art. 16(2) ACHR, Art. 11(2) ECHR.

²⁸ Art. 19(3)(b) ICCPR, Art. 13(2)(b) ACHR, Art. 10(2) ECHR.

²⁹ The term «suspension of guarantees», which is the title of Art. 27 ACHR which is found in Art. 27(2) and (3), while the expression «measures derogating from» is used in Art. 27(1) ACHR is not a real element of differentiation as it has been interpreted by I-A Court HR, Advisory Opinion OC-8-87, 30 Jan. 1987, *Habeas Corpus in Emergency Situations (arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights)*, Series A, No. 8, 37, para 18, as a mere limitation of full and effective exercise of human rights.

³⁰ Ch 16, *The administration of justice during states of emergency*, in *Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*, available at www.ohchr.org, 847.

³¹ *Ibid.*, para 20.

³² *Ibid.*

While each State has, of course, the legal duty effectively to protect the rights and freedoms of the individual, the State also has, according to the Inter-American Court of Human Rights, not only the right but the duty to guarantee its security³³. However, «regardless of the seriousness of certain actions and the culpability of the perpetrators of certain crimes, the power of the State is not unlimited, nor may the State resort to any means to attain its ends. The State is subject to law and morality. Disrespect for human dignity cannot serve as the basis for any State action»³⁴.

The content of Art. 23 ACHR does indeed provide one of the arguments that could sustain the legitimacy of the position of the Inter-American Commission regarding a non-derogable character of the indigenous' right to public participation during the COVID-19 pandemic. Thus, indigenous public participation and consultation could be interpreted as being implicitly included in Art. 23 (Right to Participate in Government) ACHR.

3. Art. 23 (Right to Participate in Government) ACHR is composed of three elements establishing that every citizen has the right to participate in public affairs, to vote and be elected to positions, and to have access to the public service of the State, whose effective exercise in the optimum conditions must be guaranteed by the State respecting the principles of equality and non-discrimination. Although, in the initial phase it was almost exhausted in the right to vote and be elected, the broad and general concept of the right «to take part in the conduct of public affairs» has been significantly refined as including components that can range from the right to supervise public administration, to have access to public information, to propose initiatives, to express opinions.

In this line of reasoning, it should be understood that granting the necessary facilities to «political organizations» or «other political organizations» is designed to generate the conditions for expanding and consolidating the participation of citizens in the conduct of public affairs, including a facilitated participation of specific sectors of society, as could be the case of indigenous peoples. This is evident from the jurisprudence as, in the few cases examined by the IACtHR, it is a right that has been especially declined for indigenous

³³ Inter-American Court of Human Rights, *Velásquez Rodríguez Case*, judgment of 29 July 1988, Series C, No. 4, 146, para 154.

³⁴ *Ibid.*, 147, para 154.

communities since the first case³⁵. On that occasion the participatory rights coincided with election participation and it was its effectiveness that had been tailored to indigenous vulnerability³⁶, being held that the obligation to guarantee these rights in condition of equality would not be fulfilled merely by issuing laws and regulations that formally recognize these rights, but requiring States to adopt the necessary measures to guarantee their full exercise «in the making of decisions regarding matters and policies that affect or may affect their rights and the development of such communities, in a manner that they can integrate themselves into the State institutions and organs and participate in a direct manner proportional to their population in the leadership of public affairs [...] and in accordance with their values, traditions, customs and forms of organization»³⁷.

In a subsequent case, that of *Norín Catrimán et al. (Leaders, Members and Activists of the Mapuche Indigenous People) v. Chile* (2014)³⁸, participatory rights were tailored upon indigenous with the specification that they should aim at strengthening the dual dimension of political participation realizing both the right of the individual to exercise the mandate or designation (direct participation) as well as the right of the indigenous community to be represented. In this sense, the violation of the first reverberates in the damage of the other right³⁹.

It was in the most recent case of *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname* that the IACHR embedded in Art. 23 (Right to Participate in Government), in relation to Art. 1(1) and Art. 2 of the Convention, the dimension of the free, prior and informed consent of indigenous in cases of occupation and expropriation of their land⁴⁰. Interestingly such an outcome was reached despite neither the victims nor the Commission alleging a violation of Art. 23 (Right to Participate in Government) while the IACHR had already explicitly acknowledged

³⁵ Inter-American Court of Human Rights, judgment of 23 June 2005, *Yatama v. Nicaragua*, Series C No. 127, para 195.

³⁶ *Ibid.*, para 202.

³⁷ See also the subsequent Inter-American Court of Human Rights, judgment of 6 Aug. 2008, *Castañeda Gutman v. Mexico*, Series C No. 184; and judgment of 26 May 2010, *Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*, Series C No. 213, paras 172-76.

³⁸ Inter-American Court of Human Rights, judgment of 29 May 2014, *Norín Catrimán et al. (Leaders, Members and Activist of the Mapuche Indigenous People) v. Chile*, Series C No. 279.

³⁹ *Ibid.*, paras 382-383.

⁴⁰ Inter-American Court of Human Rights, judgment of 25 Nov. 2015, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, Series C No. 309, paras 2 and 126.

that «the right of every person to participate in governance (Art. 23 ACHR) – applied to indigenous peoples in the framework of development projects carried out over the lands, territories and natural resources they use or occupy – translates into prior, free and informed consultation processes, as stated in ILO Convention No. 169»⁴¹.

The IACtHR anyhow exercised its right to examine and rule on the matter under the principle of *iura novit curia*.⁴² The Court declared that the Kaliña and Lokono peoples were denied the opportunity to effectively participate in discussions regarding land demarcation, property grants, mining concessions, and nature reserves (para. 127), while the State had knowledge of the victims' vehement opposition to such activities and a long history of frustrated attempts to exercise their land rights (para 153). Therefore, in failing to create the mechanisms by which the Kaliña and Lokono peoples could engage in «consultation process[es]», the State violated the victims' guaranteed right to participate in government (para 127). Of particular relevance here is the enhancement of the political participatory right on the part of the Court's *iura novit curia* ruling on Art. 23 (Right to Participate in Government) which has not distinguished the right to engage in «conduct of public affairs» from the right to «participate in decision-making» discussions that affect the victims' rights as indigenous peoples, where the latter regards private matters not covered by Art. 23. This was contested in fact by Judge Pérez Pérez in his partially dissenting opinion, who expressed in para 19 his disagreement with the Court's failure to describe how the State committed the violation.

4. The fact that the just mentioned participatory rights have been classed among those non-derogable rights in the Inter-American system of human rights does not necessarily stand alone in the context of derogation clauses in international human rights treaties. In fact, as theorized by Teraya Koji non-derogable rights are not a unitary category possible to identify according to a threefold model based on (a) a value-oriented, (b) a function-oriented and (c) a consent-oriented

⁴¹ IACHR, *Access to Justice and Social Inclusion: The Road Towards Strengthening Demo in Bolivia*, OEA/Ser.L/VAI, doc. 34, para 246 (28 June 2007); *Report on the Situation of Human Rights in Peru*, OEA/Ser.L/V/II. 1 06, doc. 59 rev. ch. X, para 26 (2 June 2000).

⁴² *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, cit., para 126. *Iura novit curia* gives the Court authority to look at additional violations that were not previously alleged by the Commission, so long as the parties are given a chance to state their position regarding the underlying facts of the violation.

criteria⁴³. In the first case, the accent is on their individual social and value-related implication. The drafters of some treaties in the *travaux préparatoires* have let this criterion emerge when they regarded non-derogable rights as «fundamental» and «essentiels au respect de nous-mêmes» and is echoed in some academic works which referred to non-derogable rights in terms of «the most basic human rights», «core rights», «irreducible core», «sacrosanct rights», as well as underlining the problem that «the characterisation of some rights as fundamental results largely from our own subjective perceptions of their importance»⁴⁴. In the other models, non-derogable rights represent the minimum core of human rights sharing a «humanitarian law type of non-derogable character» or are recognized as «the residuum remaining after States have declared their need to derogate from human rights norms»⁴⁵.

Or, if the basic choice with regard to identification and elaboration of non-derogable rights is whether these rights should include only those which are fundamental, absolute, well-recognized, and indispensable to human dignity, or whether it is appropriate to include all those rights whose suspension would not be justifiable in any conceivable emergency, the situation among those human rights treaties providing derogation clauses is jeopardized. Art. 15(2) ECHR, in fact, seems to recognize the peremptory nature of those fundamental rights which are made non-derogable (Arts. 2, 3, 4(1) and 7 ECHR), while the inclusion in the list of non-derogable guarantees *ex Art. 27 ACHR* and possibly Art. 4 ICCPR have been made just because it can never become necessary to derogate from these rights during a state of emergency.

⁴³ K. TERAYA, *Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-Derogable Rights*, in *European Journal of International Law*, 2001, 917 ff.

⁴⁴ See T. MERON, *On a Hierarchy of International Human Rights*, in *American Journal of International Law*, 1986, 1 ff.

⁴⁵ K. TERAYA, *Emerging Hierarchy*, cit., 923, referring to Y. DINSTEIN, *Human Rights in Armed Conflict: International Humanitarian Law*, in T. MERON (ed.), *Human rights in international law: Legal and Policy Issues*, Oxford, 1984, 345 ff., 350-354, and to the *travaux préparatoire* of those treaties such as the ACHR where the list tends to expand non-derogable rights. See also in that regard K. TERAYA, *Kokusaijinken no itsudatsufukanosei (Non derogability of international human rights)*, in *Journal of the Association of Political and Social Science*, 1999, 938-956, 978-989 and, generally, P. ALSTON, *Conjuring up New Human Rights: A proposal for Quality control*, in *American Journal of International Law*, 1984, 607 ff.

Regarding the scope of the present analysis, such an exceptionally narrow provision of the European Conventions' non-derogable right clarifies why it does not include Art. 3 of the First Protocol which requires only «free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature». It is in fact far narrower than Art. 25 of the ICCPR in that it does not guarantee universal suffrage, «genuine» elections, non-discrimination, or equal access to public service. Moreover, while Art. 3 do not contain a non-discrimination clause like Art. 25 of the ICCPR, Art. 3 is deemed bound by the ECHR Art. 14 anti-discrimination provision and any derogation should not be discriminatory⁴⁶. As well, both the European Commission and European Court of Human Rights have admitted an interpretation of Art. 3 more in accordance with Art. 25 of the ICCPR due to the «common democratic heritage» of European States⁴⁷.

In the case of ICCPR, instead, it becomes debatable whether the lists of non-derogable rights is exhaustive. According to the Human Rights Committee (hereinafter HRC), in fact in the view of the interconnectedness of certain human rights, other rights could also be considered as non-derogable⁴⁸. In particular, in line with such consideration in its General Comment on States of Emergency, the HRC significantly expanded its interpretation of the scope of non-derogable rights, first by narrowing the scope of possible derogation by reference to the concept of crimes against humanity so that if an action conducted under the authority of a State constitutes a basis for individual criminal responsibility for a crime against humanity by the persons involved in that action, Art. 4 of the Covenant cannot be used as justification that a state of emergency exempted the State in

⁴⁶ See European Court of Human Rights, judgment of 23 September 1998, Application No. 25599/94, *A. v. the United Kingdom*.

⁴⁷ On the ECtHR practice as to indigenous peoples see for all T. KOIVUROVA, *Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects* in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2011, 1 ff.

⁴⁸ That is the case for instance for Art. 7 ICCPR (the ban on torture or to cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment) which is mentioned in Art. 4(2) ICCPR as non-derogable, and Art. 10 ICCPR (humane treatment of persons deprived of their liberty) which is not mentioned in Art. 4(2) ICCPR. See *General Comment No. 29*, cit. See also C. OLIVIER, *Revisiting General Comment No. 29 of the United Nations Human Rights Committee: About Fair Trial Rights and Derogations in Times of Public Emergency*, in *Leiden Journal of International Law*, 2004, 405 ff.

question from its responsibility in relation to the same conduct⁴⁹. On another note, more specifically, the Human Rights Committee has indicated to States parties that it would be difficult to justify suspensions of the political rights in Arts. 14 and 25 ICCPR. The purpose of Art. 25 ICCPR is to secure individuals' democratic representation within their governmental organizations⁵⁰. Three principal guarantees are contained in Art. 25: (1) the right to participate in public affairs⁵¹; (2) the right to free elections, and; (3) non-discrimination in the participation of public affairs and free elections⁵². Or, the relationship between Art. 4 and Art. 25 ICCPR has been little explained in the HRC's responses to alleged State violations of the ICCPR in both its General Comments and decisions in individual communications⁵³, as well as in its concluding observations on State's periodic reports. The HRC limited itself to underly the greatest relevance of the right to public participation to the control of emergency measure⁵⁴. So, if the HRC has not explicitly extended non-derogation status to Art. 25 as a whole, when in its General Comment No 29 it discussed the relationship of several provisions within the ICCPR with Art. 4⁵⁵, it has nonetheless

⁴⁹ See the analysis of D. MCGOLDRICK, *The Interface between Public Emergency Powers and International Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2004, 380 ff.

⁵⁰ See UN Human Rights Committee, *General Comment No. 25: Article 25 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7 of 27 Aug. 1996, para 1, requiring States ensure citizens have «effective opportunity» to participate in government. Unlike other guarantees in the ICCPR, Art. 25 specifically protects the rights of «every citizen», and each State is required to define its legal provisions granting citizenship in accordance with Art. 25 and report such provisions to the HRC.

⁵¹ «Public affairs» extends to the exercise of political power, specifically in the exercise of legislative, executive, and administrative powers. According to the Human Rights Committee, «public affairs» are to «all aspects of public administration, and the formulation and implementation of policy at international, national, regional and local levels». During the formation of the ICCPR, the drafters elected to not expand citizen's right to exercise political power in «all organs of authority». As such, Art. 25 allows for appointed officials, so long as they are «in some way responsible to elected officials».

⁵² See Art. 25 ICCPR (identifying rights and restrictions) constitutes the heart of the ICCPR's democratic principles and is the direct protection of individuals' participation in government.

⁵³ See *General Comment No. 25*, cit.; *General Comment No. 29*, cit. (addressing Art. 25 only in the context of non-derogable nature of non-discrimination provisions), and *Jorge Landinelli Silva et al. v. Uruguay*, Communication No. 34, Views of 8 April 1981, CCPR/C/OP/1, exhibiting HRC's response to derogation of Art. 25 in Uruguay.

⁵⁴ International Law Association, *Enforcement of Human Rights Law Committee: Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Exception*, Paris Conference 1984, 37, had even suggested this as a basic customary norm.

⁵⁵ See *General Comment No. 29*, cit., 4, 7, 8, 9, 13(a), 13(e).

specifically addressed Art. 25 in the context of Art. 4 regarding the Art. 25 non-discrimination provision and how non-discrimination is inherently non-derogable under Art. 4⁵⁶. This could be of particular relevance for the case of the indigenous at hand and does not leave the just mentioned Resolution No 1/2020, and namely its specific point on the suspension of administrative procedures aimed at granting permits for extractive and other natural resource exploitation or development projects in or around indigenous territories, *in a vacuum*. In fact, the practice of both the Inter-American Commission of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights has regularly qualified indigenous peoples recurring to the notion of «vulnerable group», as such, in need of special legal protection from States due to the history of severe discrimination against them⁵⁷. Moving from this qualification and its rationale as a premise, the practice of the Human Rights Committee could be a source of inspiration for a first argument in favor of deducing from IACHR's Resolution No 1/2020 a non-derogable character for participatory rights of indigenous: the consultation and free prior and informed consent of indigenous could be subsumed in one of the non-derogable rights listed in Art. 27 ACHR, namely the right to participate in the government *ex* Art. 23 ACHR as seen in the previous paragraph.

⁵⁶ *Ibid.*, 8.

⁵⁷ Country reports that included chapters on indigenous peoples included: Bolivia (1996); Brazil (1997); Chile (1985); Ecuador (1997); Mexico (1998); Paraguay (1978, 1987); Peru (2000); Suriname (1983, 1985). Organization of American States, *Report on the Situation of Human Rights of a Segment of the Nicaraguan Population of Miskito Origin*, OEA/Ser.L/V/II.62, doc. 26 (29 Nov. 1983) [hereinafter Miskito Report]; Resolution on the Friendly Settlement Procedure regarding the Human Rights Situation of a Segment of the Nicaraguan Population of Miskito Origin, OEA/Ser.L/V/II.62, doc. 26 (16 May 1984); Special Report on the Human Rights Situation in the So-Called *Communities of People in Resistance* in Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.86, doc. 5 rev. 1 (16 June 1994). In the Third Report on the Situation of Human Rights in Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 16 (3 Oct. 1985); and Fourth Report on the Situation of Human Rights in Guatemala, OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 16 rev. 1 (1 June 1993) the IACHR concluded that no other sector had suffered as much from prejudice and violence as had indigenous communities. See also Inter-American Court of Human Rights, *Yanomami v. Brazil*, Case 7615, Res. No. 12/85, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 10 rev. 1 (Mar. 5, 1985) and the IACHR *Report on the Situation of Human Rights in Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, doc. 10 rev. 1 (Apr. 24, 1997) and IACHR, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights Over Their Ancestral Lands and Natural Resources*, OEA/Ser.L/V/II, doc. 56/09 ch. VIII (Dec. 30, 2009). Among scholars see M. MOONEY, *How The Organization Of American States Took The Lead: The Development Of Indigenous Peoples' Rights*, in *American Indian Law Review*, 2006, 533 ff., 558.

5. Beside anchoring the non derogable nature of the indigenous rights of participation on the implicitness of this kind of rights within those which are enshrined in Art. 23 ACHR, another favorable argument could be identified in the interconnection of these rights with other non-derogable rights, namely the right to life considering, in particular, the expansive interpretation to the right of life provided by General Comment No 36 as adopted by the Human Rights Committee⁵⁸. Accordingly, it has been recognized that the obligations of States parties under international environmental law should inform the content of Art. 6 of the Covenant, and the obligation of States parties to respect and ensure the right to life should also inform their relevant obligations under international environmental law. Art. 6 being included in the list of non-derogable rights in Art. 4(2) of the Covenant, the existence and nature of a public emergency that threatens the life of the nation may, however, be relevant to a determination of the scope of the positive measures that States parties must take. In particular, according to the Human Rights Committee, «although some Covenant rights other than the right to life may be subject to derogation, derogable rights that support the application of Art. 6 must not be diminished by measures of derogation; and such rights include procedural guarantees»⁵⁹.

The duty to protect by law the right to life has in fact also been interpreted within the Inter-American system of human rights protection as requiring States parties to organize all State organs and governance structures through which public authority is exercised in a manner consistent with the need to respect and ensure the right to life⁶⁰. With specific regard to indigenous groups, the IACHR had already interpreted the requirement of consent as «a heightened safeguard for the rights of indigenous peoples, given its direct connection to the right to life, to cultural identity and other essential human rights, in relation to the execution of development or investment plans that affect the basic content of said rights. The duty to obtain consent responds, therefore, to a logic of proportionality in relation to the right to indigenous property and other connected

⁵⁸ Human Rights Committee, *General Comment No. 36: Article 6 (Right to Life)*, CCPR/C/GC/35 of 3 September 2019.

⁵⁹ *Ibid.*, para 67; for other consideration see also *General Comment No. 29*, cit., para 16.

⁶⁰ Inter-American Court of Human Rights, judgment of 16 Nov. 2009, *González et al. ('Cotton Field') v. Mexico*, Series C No. 205, para 236.

rights»⁶¹. It is thus not a stand-alone right but an expression of a wider set of human rights protections that secure indigenous peoples' rights⁶².

Accordingly, the Commission has specified the free, prior and informed consent (FPIC)⁶³ and participation of the indigenous community upon any determination with regard to their lands⁶⁴ as a fundamental component of the State's obligations in giving effect to communal property rights⁶⁵: indigenous have the right to have the legal title to the property and use of territories and resources «changed only by mutual consent» when they have full knowledge and appreciation of the nature or attributes of such property⁶⁶, though the right to property is not absolute, but «may be restricted by the State under very specific exceptional circumstances»⁶⁷. At this regard, the Commission declined to find an independent basis for free prior and

⁶¹ IACHR, *Indigenous and Tribal Peoples' Rights over Their Ancestral Lands and Natural Resources*, OEA Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 Dec. 2009, para 333.

⁶² IACHR, *Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples*, A/HRC/21/47, 6 July 2012, para 51.

⁶³ «The element of 'free' implies no coercion, intimidation or manipulation; 'prior' implies that consent is obtained in advance of the activity associated with the decision being made, and includes the time necessary to allow indigenous peoples to undertake their own decision-making processes; 'informed' implies that indigenous peoples have been provided all information relating to the activity and that that information is objective, accurate and presented in a manner and form understandable to indigenous peoples; 'consent' implies that indigenous peoples have agreed to the activity that is the subject of the relevant decision, which may also be subject to conditions», www.ohchr.org, para 25. For an interpretation of free, prior and informed consent, see E/C.19/2005/3 and see the *Report of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples – Expert Mechanism advice No. 2 (2011): Indigenous Peoples and the Right to Participate in Decision-Making*, 26 May 2011, A/HCR/EMRIP/2011/2, 17-22.

⁶⁴ IACHR, *Dann v. United States*, Case 11.140, Report No. 75/02 OEA/Ser.L/V/II.117, doc. 5, rev. 1, para 171 (27 Dec. 2002); *Maya Indigenous Communities of the Toledo Dist. v. Belize*, Case 12.053, Report No. 40/04, OEA/Ser.L/V/II.122 doc. 5, rev. 1, No. 123 (12 Oct. 2004), para 153.

⁶⁵ *Maya Indigenous Communities of the Toledo Dist. v. Belize*, cit., para 155. See also J. ANAYA, *Indigenous Peoples' Participatory Rights in Relation to Decisions about Natural Resource Extraction: The More Fundamental Issue of What Rights Peoples Have in Lands and Resources*, in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 2005, 16 ff. In particular, according to the Inter-American organs there is a «customary international law norm which affirms the rights of indigenous peoples to their traditional lands».

⁶⁶ IACHR, *Dann v. United States*, cit., paras 130 and 131.

⁶⁷ Inter-American Court of Human Rights, judgment of 12 Aug. 2008 (*Interpretation of the Judgment of Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs*), *Saramaka People v. Suriname*, Series C No. 185. Property could be subjected to lawful restrictions based on «reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law», as clearly stated by Art. 21(2) of the American Convention; as well as in the whole «interest of the society».

informed consent in international law protecting rights to consultation and self-determination, however. Instead, the Commission acknowledged that «the duty to consult is a fundamental component of the State's obligations in giving effect to the communal property right» of indigenous in the lands they have traditionally used and occupied⁶⁸.

But consultation and free, prior and informed consent was set not only among the safeguards essential to guarantee indigenous property rights. It has been set up also as an obligation of result in regard to certain activities of large-scale development or investment projects being mandatory for purposes of granting extractive concessions or undertaking development or investment plans or projects over natural resources of indigenous or tribal territories⁶⁹. However, in those cases the protection of indigenous land rights is articulated from two interconnected perspectives: one is associated with the collective dimension of indigenous peoples' right to cultural integrity, and aims to prevent their extinction as distinct societies; the other is related to the individual dimension of indigenous communities members' rights to physical, mental and social well-being. In fact, there is a direct connection between the physical environment in which persons live, and the right to security and physical integrity, environmental contamination and degradation posing a persistent threat to life and health of indigenous as proved by the recent exponential growth in petitions alleging violations of indigenous peoples' rights as a consequence of the implementation of development or investment plans or projects or exploration and exploitation of natural resources in their territories⁷⁰.

In both cases the IACtHR has considered that the lack of an effective guarantee, on the part of States, of indigenous peoples' right to have access and *enjoy* their traditional territories may give rise to a

⁶⁸ Inter-American Court of Human Rights, *Maya Indigenous Communities of the Toledo Dist. v. Belize*, cit., para 154. Also Art. 19 of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples states that «States shall consult and cooperate in good faith with the indigenous peoples concerned through their own representative institutions in order to obtain their free, prior and informed consent before adopting and implementing legislative or administrative measures that may affect them». On the effectiveness of the instrument see F. LENZERINI, *Implementation of the UNDRIP around the World: Achievements and Future Perspectives. The Outcome of the Work of the ILA Committee on the Implementation of the Rights of Indigenous Peoples*, in *International Journal of Human Rights*, 2019, 1-2, 51-62.

⁶⁹ *Saramaka People v. Suriname*, cit., para 141.

⁷⁰ Inter-American Court of Human Rights, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District (Belize)*, cit., para 147.

violation of their individual right to life. Therefore, a deductive non-derogable character of the indigenous participatory rights according to IACHR's Resolution No 1 of 2020 within the framework of the adoption of measures aimed at social distancing adopted by States to mitigate the spread of the COVID-19 pandemic could stem from the connection with the right to life incontestably acknowledged as a non-derogable right in time of emergencies. In fact, the indigenous consultation and free prior and informed consent had already been affirmed in terms of a mandatory obligation of result in regard to certain activities of large-scale development or investment projects that would have a *major impact* within the indigenous territory on the physical or cultural *survival* of the group, as natural resources are those that have been traditionally used by people in a manner inextricably related to their survival⁷¹, or «the natural resources potentially affected by the project are integral components of the physical and cultural survival of the indigenous communities and the effective realization of their human rights more broadly»⁷². That acknowledgment has been even argued⁷³ to expand to *any* development, investment, exploration and mining on indigenous peoples' lands,⁷⁴ without qualifying this obligation according to the level of harm a project or activity may cause⁷⁵.

The notion of «survival» is not tantamount to the mere physical⁷⁶, but rather includes the guarantee of the continuance of indigenous interaction with their land or their culture⁷⁷. In other words the indigenous survival encapsulates both their material subsistence⁷⁸ and

⁷¹ Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka People v. Suriname*, cit., para 144.

⁷² Inter-American Court of Human Rights, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District*, cit. The Inter-American Court of Human Rights «has taken a similar approach to the right to property in the context of indigenous peoples, by recognizing the communal form of indigenous land tenure as well as the distinctive relationship that indigenous peoples maintain with their land»; Inter-American Court of Human Rights, *Mayagn (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, cit.

⁷³ Inter-American Court of Human Rights, judgment of 27 June 2012, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, Series C No. 245.

⁷⁴ *Ibid.*, par 165.

⁷⁵ *Ibid.*, par 167; IACHR, *Follow-up Report – Access to Justice and Social Inclusion: The Road Towards Strengthening Democracy in Bolivia*, OEA/Ser/L/V/II.135, doc. 40, para 157 (7 Aug. 2009).

⁷⁶ Inter-American Court of Human Rights, *Saramaka People v. Suriname*, cit.

⁷⁷ *Ibid.*, para 29.

⁷⁸ The protection of indigenous peoples' culture encompasses the preservation of aspects linked to their productive organization, which includes, among other elements, the issue of ancestral and communal lands. See Inter-American Court of Human Rights, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District Belize*, cit. The control of the land protected by Art. 21

their cultural integrity⁷⁹ requiring States not only negative obligations, but also positive obligations «regarding the conditions that affected their possibility of having a decent life»⁸⁰.

Therefore, contrastingly with the cases where the indigenous community's primary right to life claims are based on the deprivation of property rights, rather than the deprivation of resources, where the IACtHR had been reluctant to find violations of the right to life *per se*⁸¹; the same seems not to be valid for those cases where resources are at risk⁸². The use and enjoyment of the land and its resources have been intended as integral components of the physical and cultural survival of the indigenous communities and the effective realization of their human rights more broadly⁸³. Therefore, the duty to consult becomes a fundamental component of the State's obligations in giving effect to the indigenous individual right to life. The duty to obtain consent responds to a logic of proportionality in relation to the connected right. As the UN Special Rapporteur has explained, «a significant, direct impact on indigenous peoples' lives or territories establishes a strong presumption that the proposed measure should not go forward without indigenous peoples' consent. In certain contexts, that presumption may harden into a prohibition of the measure or project in the absence of indigenous consent, as an essential element of right to self-determination is constituted by the relations they have with their lands» as «necessary condition for reproduction of their culture, for their own development and to carry out their life aspirations»⁸⁴.

«refers both its capacity for providing the resources which sustain life, and to the geographic space necessary for the cultural and social reproduction of the group» (*Dann v. United States*, cit., para 128).

⁷⁹ The notions of family and religion are intimately connected to tradition where the ancestral cemeteries, places of religious meaning and importance patterns are linked to occupation and use of physical territories. See Inter-American Court of Human Rights, *Maya Communities of the Toledo District (Belize)*, cit., para 155.

⁸⁰ See Inter-American Court of Human Rights, judgement of 17 June 2005, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Series C No. 125, paras 157, 161-62 and 176.

⁸¹ See *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, cit.

⁸² *Ibid.*, para 151; *Saramaka people v. Suriname*, cit. The Court mentioned that this requirement is not only applicable to the Saramaka, but also to other indigenous or tribal peoples affected by development or investment projects, para 54.

⁸³ Inter-American Court of Human Rights, *Maya Indigenous Communities of the Toledo Dist. v. Belize*, cit., para 114.

⁸⁴ Inter-American Court of Human Rights, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, cit., para 146.

From another standpoint, the link of participatory rights with the right to life could be intended in even broader terms transcending the life of individuals in order to protect the existence of humanity. In that regard, the most recent jurisprudence of the IACtHR in *Indigenous Communities Members of the Lhaka Honhat Association v. Argentina*⁸⁵ illustrates the point when recognizing the «rights of nature»⁸⁶, because of its importance for other living organisms, rather than for its «usefulness» to or «effects» on human beings – though it also recognized that environmental damage can cause a violation of additional human rights⁸⁷ – there is a «universal interest» and a «fundamental right for the existence of humanity». This, as an autonomous right, it protects the components of the environment, such as forests, seas, rivers, and other natural features, as interests in themselves, even in the absence of certainty or evidence about the risk to individual people⁸⁸.

6. Despite the pros, at least one con exists in deducing a non-derogable character of participatory rights of indigenous applying from the content of the IACHR Resolution No 1/2020: the indigenous right to be consulted and to give their prior and informed consent is conceived as an autonomous right, which, as such, is not included in the list of non-derogable rights nor in the specific right of Art. 27 ACHR.

In fact, while conventionally the right to participate in public affairs has been understood as a civil and political right of the individual, in the context of indigenous peoples, the said right also takes on a collective aspect, implying a right of the group as a people to have decision-making authority. And, as such, a right of indigenous peoples to participate in decision-making has been affirmed in some regional human rights jurisprudence when it was recognized their right to organize themselves in ways that are consistent with their

⁸⁵ Inter-American Court of Human Rights, judgment of 6 Feb. 2020, *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina*, Series C No. 420.

⁸⁶ For more information regarding the concept of «the rights of nature», www.harmonywithnatureun.org; see also D.R. BOYD, *The Rights of Nature: A Legal Revolution That Could Save the World*, Toronto, 2017.

⁸⁷ Inter-American Court of Human Rights, *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina*, cit.

⁸⁸ Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC- 23/17 of 15 Nov. 2017, paras 59, 62, 64 and 203.

customs and traditions under State electoral laws⁸⁹, or it expressed concern about the exclusion of indigenous peoples from decision-making on the treatment of their lands⁹⁰. Moreover, an autonomous right to participate to public affairs for indigenous under their own laws, customs and protocols⁹¹ is enucleated, as such by the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples which dedicated its second thematic study to the right of Indigenous Peoples to participate in decision-making bodies⁹²; and a number of United Nations human rights treaty bodies have established that States have a duty, within the framework of their treaty obligations, to effectively consult indigenous peoples on matters affecting their interests and rights and, in some cases, to seek to obtain the consent of indigenous peoples⁹³.

First and foremost, however, an autonomous right of indigenous participation has been explicitly acknowledged in targeted instruments dedicated to emancipatory rights of indigenous peoples: the binding ILO Convention No 169, and the complementary Universal

⁸⁹ Inter-American Court of Human Rights, *Yatama v. Nicaragua*, cit.

⁹⁰ African Commission on Human and Peoples' Rights, communication No. 276/2003, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, report of 4 Feb. 2010.

⁹¹ See A/HRC/18/42; E/C.19/2005/3.

⁹² Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples (EMRIP), Progress Report on the Study on Indigenous Peoples and the Right to Participate in Decision-Making, 2010, A/HRC/EMRIP/2010/2; Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples (EMRIP), Final Study on Indigenous Peoples and the Right to Participate in Decision-Making, 2011, A/HRC/EMRIP/2011/2.

⁹³ See A/HRC/EMRIP/2010/2. See also Human Rights Committee, CCPR/C/79/Add.109 and Add.112, CCPR/CO/69/AUS and CCPR/CO/74/SWE; *Official Records of the General Assembly, Fiftieth Session, Supplement No. 40 (A/50/40)*, vol. II, annex X, section I, para 9.6; *Ángela Poma Poma v. Peru*, Communication No. 1457/ 2006, 27 March 2009, CCPR/C/95/D/1457/2006, para 7.6. See Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 21, Right of Everyone to Take Part in Cultural Life (Article 15, para 1(a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2009, E/C.12/GC/21 and General Comment No. 21 (2009) on the right of everyone to take part in cultural life, para 55 e) which highlighted the need for the participation of Indigenous Peoples in the design and implementation of laws and policies that affect them. See Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD/C/CAN/CO/18, paras 15 and 25; CERD/C/NZL/CO/17, para 20; CERD/C/IDN/CO/3, para 17; CERD/C/COD/CO/15, para 18; CERD/C/ECU/CO/19, para 16; CERD/C/USA/CO/6, para 29; CERD/C/NAM/CO/12, para 18; CERD/C/SWE/CO/18, para 19; CCPR/C/NIC/CO/3, para 21; CCPR/C/BWA/CO/1, para 24; CCPR/C/CRI/CO/5, para 5; CCPR/C/CHL/CO/5, para 19; *Official Records of the General Assembly, Fifty-second Session, Supplement No. 18 (A/52/18)*, annex V; and E/C.12/GC/21 or the «early warning» letter on this issue to the Government of Nepal, dated 13 March 2009 and available at www2.ohchr.org where the Committee emphasized the importance of participation by indigenous peoples' freely chosen representatives in processes of constitutional negotiation and has recommended respect for the principle of free, prior and informed consent in those negotiations.

Declaration of Indigenous and Peoples rights and the American Declaration of Indigenous Rights⁹⁴ which though not binding have been acknowledged in some parts among customary law.

The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) distinguishes indigenous participatory autonomous rights within the realm of their right to self-determination, and their rights in the larger political order of the State, adapting the general right to participation grounded in Art. 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights⁹⁵. The right is formulated in various ways, including as a right to participate; as an obligation for States to seek free, prior and informed consent from indigenous peoples under certain circumstances; as an obligation to reach an agreement with indigenous peoples; as a requirement of free agreement from indigenous peoples; as an obligation to take measure in conjunction with indigenous peoples; as an obligation to undertake certain activities in consultation and cooperation with indigenous peoples; and as an obligation for States to pay due respect to indigenous customs in the decision making process. If the use in the Declaration of the combined terms «consult and cooperate» (Art. 19) denotes a right of indigenous peoples to influence the outcome of decision-making processes affecting them, not a mere right to be involved in such processes or merely to have their views heard⁹⁶, and must be conducted «prior to the approval of any project affecting their lands or territories and other resources, particularly in connection with the development, utilization or exploitation of mineral, water or other resources»⁹⁷; a strongest participatory norm – free, prior, and informed consent (FPIC) – is also included in a large number of provisions. It is mandatory when indigenous relocation is concerned (Art. 10) or in cases of storage or disposal of hazardous materials in indigenous lands or territories (Art. 29); or of cultural, intellectual, religious and spiritual property; when there are confiscated lands (Art.

⁹⁴ In the Inter-American system there is a specific instrument – the American Declaration on indigenous rights – that recognizes in Art. XIV.2 a participation right of indigenous people; which should be exercised ex Art. XVI.1 without discrimination, if they so decide, «in all decision-making, at all levels with regard to matters that might affect their rights, lives and destiny». It is then accompanied in Art. XIII.2 with a specific recognition of a preliminary right to information for indigenous peoples of measures which will affect their environment.

⁹⁵ See UNDRIP Arts. 5, 10-12, 14, 15, 17-19, 22, 23, 26-28, 30-32, 36, 38, 40, 41.

⁹⁶ See A/HRC/18/42.

⁹⁷ Art. 32(2) UNDRIP.

28) and certain projects affect their lands, territories and resources (Art. 32).

Analogously to that product of a drafting process that fully included indigenous representatives, Arts. 6 and 7 of the binding ILO Convention No 169 of 1989 laid down the general framework regarding the consultation and participation of indigenous peoples. Art. 6(1)(a) of ILO Convention No. 169 obliges governments to consult indigenous peoples, through appropriate procedures and through their genuine representatives, whenever considering legislative or administrative measures which may affect them directly. Art. 6(1)(b) requires that indigenous peoples «can freely participate (...) at all levels of decision-making». Although, the obligation to consult under the provisions of the ILO Convention is interpreted as not requiring that an agreement is reached with indigenous peoples, «Article 6 (2) nonetheless requires that there shall be a good faith process of consultations, with the ‘objective of achieving agreement or consent’ to the proposed measure[s]»⁹⁸. Beside the requirement of Art. 7(1) that indigenous peoples are to decide their own priorities for the process of development as it affects their lives, beliefs, institutions and spiritual well-being and the lands they occupy or otherwise use, and to exercise control, to the extent possible, over their own economic, social and cultural development; Art. 7(3) entails another central element. Where certain development plans are being planned that may affect indigenous peoples, governments are to ensure that social, cultural, spiritual, and environmental impact assessments are conducted in cooperation with the peoples concerned.

In addition to provisions establishing an obligation to consult indigenous peoples in matters which affect them, ILO Convention No 169 also contains «numerous other elements of the concept of participation, including the right to ‘participation’ (Arts. 2, 5, 6, 7, 15, 22, 23); the right to be ‘consulted’ (Arts. 6, 15, 17, 22, 27, 28); the obligation to ‘cooperate’ with indigenous peoples (Arts. 7, 20, 22, 25, 27, 33); the right for indigenous peoples to ‘decide their own priorities’ (Art. 7); the obligation not to take measures contrary to the freely-expressed wishes of indigenous peoples (Art. 4); the obligation to seek ‘agreement or consent’ from indigenous peoples (Art. 6); the obligation to seek ‘free and informed consent’ from indigenous

⁹⁸ John B. HENRIKSEN, *Key Principles in Implementing ILO Convention No. 169, Research on Best Practices for the Implementation of the Principles of ILO Convention No. 169*, 2008, available at www.ilo.org, 21.

peoples (Art. 16); the right to ‘exercise control’ (Art. 7); the right to ‘effective representation’ (Arts. 6 and 16)»⁹⁹.

Besides this broad and general requirement to consult, there are a number of provisions in ILO Convention No 169 that include more specific, targeted consultation norms. Art. 2 calls for indigenous peoples’ participation in developing «coordinated and systemic action» to protect the rights of indigenous peoples and it should be read in conjunction with Art. 33, which requires forming «agencies or other appropriate mechanisms» to administer government programs, and furthermore dictates that these programs are to be implemented in cooperation with the peoples concerned.

Additionally, Art. 4(2) includes the requirement that special measures for the protection of indigenous peoples «shall not be contrary to the freely-expressed wishes of the peoples concerned».

The IACHR, in its most recent resolution of 2020, required States to «refrain from introducing legislation and/or moving forward to carry out production and/or extractive projects in the territories of indigenous peoples during the period the pandemic may last, given the impossibility of conducting prior informed and free consent processes (due to the recommendation of the World Health Organization (WHO) that social distancing measures be adopted)». In doing so, it made explicit reference to ILO Convention No 169 beside the other pertinent international instruments¹⁰⁰. Consequently, such a reference – which apparently consecrates this form of political participation as an autonomous right but not in absolute terms – could question a derived non-derogable character of participatory rights. But what seems at face value a con could be transformed into a pro looking at the interpretative method used by the IACHR in referring to that instrument.

7. As a matter of principle, interpretation of the American Convention by its monitoring bodies follows the traditional international law method of interpretation, relying both on general and supplementary rules of interpretation, which find expression in Arts. 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties

⁹⁹ J.B. HENRIKSEN, *Key Principles in Implementing ILO Convention No. 169*, cit.

¹⁰⁰ Inter-American Commission Human Rights, Resolution No. 1/2020, cit., paras 54-57.

(hereinafter VCLT)¹⁰¹. Accordingly, the first guidance in the interpretation of the Convention is provided by its own object and purpose, which in the case of the American Convention on Human Rights is – as the Court clearly stated – the «effective protection of human rights»¹⁰², and by the principle *pro homine* of the international law of human rights «which requires the interpretation that is conducive to the fullest protection of persons, all for the ultimate purpose of preserving human dignity»¹⁰³.

But, an effective protection of conventional rights also requires a consideration of all circumstances and relevant contextual factors of the case under analysis¹⁰⁴, taking into account not only the instruments and agreements directly related to it¹⁰⁵, but also «any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties»¹⁰⁶, including soft law¹⁰⁷. The latter provision introduces the principle of systemic integration in general international law, which «points to a need to take into account the normative environment more widely»¹⁰⁸,

¹⁰¹ See Inter-American Court Human Rights, Advisory Opinion OC-1/82 of 24 September 1982, 'Other Treaties' Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court (Art. 64 American Convention on Human Rights), Series A No. 1, para 33.

¹⁰² In this sense, as to the interpretation of Art. 23 ACHR the Inter-American Court Human Rights has said that «[t]he safeguard of the individual in the face of the arbitrary exercise of the powers of the State is the primary purpose of the international protection of human rights». See Inter-American Court Human Rights, *Yatama v. Nicaragua*, cit., para 167.

¹⁰³ See Inter-American Court Human Rights, *Awás Tingni v. Nicaragua*, Concurring Opinion of Judge Sergio García Ramírez, para 2.

¹⁰⁴ Cf. Inter-American Court Human Rights, *Yatama v. Nicaragua*, cit., Concurring Opinion of Judge Sergio Garcia-Ramirez, para 7.

¹⁰⁵ Art. 31(2)(a)(b) VCLT.

¹⁰⁶ Art. 31(3)(c) VCLT.

¹⁰⁷ On soft law generally, see C. CHINKIN, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, 850 ff.; and A. BOYLE, *Soft Law in International Law-Making*, in M. EVANS (ed.), *International Law*, Oxford, 2nd ed., 2006, 141-158. For a critical view of soft law, see J. KLABBERS, *The Undesirability of Soft Law*, in *Nordic Journal of International Law*, 1998, 381 ff. On the difficulties in drawing clear-cut distinctions between soft and hard law see D. SHELTON, *Law, Non-Law and the Problem of 'Soft Law'*, in D. SHELTON (ed.), *Commitment and Compliance: the Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, 10, highlighting how soft law instruments may have a specific normative content that is actually 'harder' than certain 'soft' obligations included in some treaties, and, equally importantly, that non-binding instruments may provide for supervisory mechanisms characteristic of hard law texts. On the role of soft law applied to indigenous peoples see M. BARELLI, *The Role of Soft Law in the International Legal System: The Case of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, 957 ff.

¹⁰⁸ See 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*, A/CN.4/L.682 of 13 April 2006, 209, para 415. According to

not limiting to the text of the ACHR but rather including other regional or universal human rights instruments that would allow a better understanding of the rights recognised within the American Convention in a given case¹⁰⁹.

Or, the need of accommodating cultural diversity in judicial interpretation determined that indigenous peoples' specific cultural manifestations, expressions and practises (e.g., language, religion, or land tenure systems) require the adoption of specific measures of protection in order to have equal chances to be practised and developed, in the light of the serious situation of vulnerability in which most of these populations live¹¹⁰. Therefore, in order to avoid potential discriminatory situations *vis-à-vis* indigenous communities¹¹¹, the ILO Convention No 169 has become a culturally tailored reference point for the IACHR and IACtHR in recognizing positive obligations upon States of taking into account «the specific characteristics that differentiate the members of the indigenous peoples from the general population and that constitute their cultural identity»¹¹². The IACHR has considered the provisions of ILO Convention No 169 a relevant factor in interpreting Inter-American human rights norms in respect to petitions filed against OAS member States, even non party to the ILO Convention on the basis that the

this study, «[w]ithout the principle of 'systemic integration' it would be impossible to give expression to and to keep alive, any sense of the common good of humankind, not reducible to the good of any particular institution or 'regime'». Such a principle of systematic integration is considered to have the «status of a constitutional norm within the international legal system». See C. MCLACHLAN, *The principle of Systematic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, 279 ff., 280.

¹⁰⁹ Inter-American Court of Human Rights, *Sarayaku v. Ecuador*, cit., para 161; see *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, 17 September 2003; Advisory Opinion OC-18/03, Series A No. 18, para 120. See also *The Right to Information on Consular Assistance*, cit., para 115.

¹¹⁰ See Inter-American Court of Human Rights, judgment of 29 March 2006, *Sawhoyamaya v. Paraguay*, Series C No. 146, para 168. Regarding the situation of indigenous communities in Latin America, see generally – among other authors – R. STAVENHAGEN, *Cultural Diversity in the Development of the Americas. Indigenous Peoples and States in Spanish America*, Washington, 2002; L. RAY, *Language of the Land. The Mapuche in Argentina and Chile*, Copenhagen, 2007, 132.

¹¹¹ For instance, in Inter-American Court of Human Rights, *Yatama v. Nicaragua*, cit., the Court found that Nicaragua «did not adopt the necessary measures to guarantee the enjoyment of the right to be elected of the candidates proposed by (...) indigenous and ethnic communities (...), because they were affected by legal and real discrimination, which prevented them from participating, in equal conditions, in the municipal elections». See Inter-American Court of Human Rights, *Yatama v. Nicaragua*, cit., para 224.

¹¹² Inter-American Court of Human Rights, *Yakye Axa v. Paraguay*, cit., para 51.

terms of that treaty «provide evidence of contemporary international opinion concerning matters relating to indigenous peoples, and therefore that certain provisions are properly considered in interpreting and applying the articles of the American Declaration in the context of indigenous communities»¹¹³.

It is therefore not surprising that in the most recent Resolution of the IACHR, No 1/2020, the autonomous participatory rights of indigenous, as established under the ILO Convention (and the UDIPR) targeted to that vulnerable group, had been used as source of inspiration for recognizing a non-derogable character to the indigenous consultation and their FPIC in relation to the introduction of legislation and/or moving forward to carry out production and/or extractive projects in the territories of indigenous peoples during the period of the pandemic.

The interpretative foundation of that outcome on the ILO Convention through the method of interpretation of systemic integration could reserve to the autonomous nature of participatory rights of indigenous peoples the function of interpretative criterion for *tailoring upon indigenous cultural diversity the interpretation of non-derogable rights recognized in the American Convention* that are Art. 23 ACHR (the right to participation in the government) and Art. 4 ACHR (right to life), both explicitly listed among those not suspendible guarantees ex Art. 27 ACHR.

In so doing, the argument of the IACHR could find additional support in the jurisprudence of the monitoring body in charge of the interpretation of the explicit autonomous participatory rights of indigenous as established in the ILO Convention No 169, which should also be included in the method of interpretation of the ACHR according to a systemic integration. The latter, in fact, is not unusual for the Inter-American system in the light of both the IACHR and the IACtHR explicit references to the jurisprudence of other UN monitoring bodies or other regional human rights courts. If it is the case, a development of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) seems to introduce also an indirect recognition of a non-derogable nature of the autonomous participatory right of indigenous people as such, in cases of development projects affecting them and their resources. In fact, in

¹¹³ Inter-American Court of Human Rights, *Maya Indigenous Communities of the Toledo District v. Belize*, cit.

its observations on Convention No 169, the CEACR asked the government of Peru to «suspend the exploration and exploitation of natural resources which are affecting the peoples covered by the Convention until such time as the participation and consultation of the peoples concerned is ensured through their representative institutions in a climate of full respect and trust, in accordance with Articles 6, 7 and 15 of the Convention»¹¹⁴. The CEACR, in the same year, made similar requests to suspend activities to the governments of Colombia and Guatemala. While the employers objected to this interpretation and «pointed out that such requests did not have a basis in the Convention and had to be eliminated as soon as possible – the Committee of Experts was not a court of law and could not, in effect, request economic activity to stop»¹¹⁵ – the Committee of Experts addressed this issue in a general observation published in 2011. In that context it clarified that not being a court of law as a result cannot issue injunctions or provisional measures. However it made (and it is legitimate to do so) a recommendation that has been interpreted as such, having communicated with the countries concerned for a number of years requesting them «to take the necessary measures to consult the indigenous and tribal peoples concerned in accordance with the provisions of the Convention». Applying such a reasoning to the ACHR means to decline indigenous participation as an essential element of the right to participate in the government and so legitimises de jure its non-derogable character.

From the contrasting perspective of a qualification of the indigenous participatory rights as free standing rights not implicit in Art. 23 ACHR, and so not included in the derogation clauses of Art. 27 ACHR, neither could be excluded its non-derogable character. Thus, it could be argued that derogating it would be contrary to the purpose of Art. 27 ACHR, creating a conflict of purposes. In fact, the latter is intended to protect the very institutions that the derogation of participatory rights of indigenous would suspend¹¹⁶. The security of the nation clearly includes a community's political structure and it has been indeed the Inter-American Commission to clarify that the life of

¹¹⁴ Report of the CEACR, 2010, 784.

¹¹⁵ *Ibid.*, Part 1, para 54.

¹¹⁶ See analogously in parallel Art. 2(3), requiring members to remedy their violations of the ICCPR, is identified as non-derogable because it is a «fundamental obligation» of the ICCPR, the derogation of which would conflict with the object and purpose of the treaty (*General Comment No. 29*, 14).

a nation is threatened when «the organized life» of the community is threatened. This definition expands «life of the nation», encompassing the means by which the entire population of a nation organizes its community life and stating that a valid emergency will threaten this means¹¹⁷.

Or, if the active and passive electoral forms ensure a democratic functioning of the government of contracting States, their suspension undermines the legitimate control of the State by removing citizen participation which is not deemed necessary during an emergency threatening the life of a nation¹¹⁸. But beyond the political rights expressed in the electoral form which are confirmed in Art. 23 ACHR and listed in Art. 27 ACHR; the same reasoning could be extended to the content of the participatory rights of consultation and free, prior informed consent of indigenous. Democracy is substantially a method of taking collective valid decisions and peacefully resolving disputes. What is and should always be guaranteed, in a free, open, pluralist and democratic society, is for all individuals – regardless of their ethno-cultural appurtenance – to have the possibility to participate and dialogically engage in decision-making procedures that govern a given society. In this sense, the right to participation and consultation of members of indigenous communities in matters affecting them or their territories and resources – through their representative institutions – could be seen as a procedural and inclusive guarantee that reinforces and facilitates that dialogical process. States have already been specifically recognized to be under the duty «to carry out special and differentiated consultation processes when certain interests of indigenous peoples and communities are about to be affected»¹¹⁹, as well as and in particular in instances where decisions may have a

¹¹⁷ Note that in addition to requiring that an emergency threaten the «organized life» of the State, the Inter-American Commission requires that a threat be «sufficiently grave» to qualify for derogation under Art. 27 ACHR.

¹¹⁸ The distinction between derogable and non-derogable provisions lies in the relevancy of the provisions to the control of the state; if suspension of a right will not aid a state during an emergency, it is non-derogable see *General Comment No. 24* as to ICCPR specifying that the eight provisions identified in Art. 4(2) as non-derogable are considered as such because «their suspension is irrelevant to the legitimate control of the state of national emergency». Moreover, in *General Comment No. 29*, cit., 13, it has been asserted that Art. 20, prohibiting war propaganda and the advocacy of hatred constituting incitement to discrimination, hostility, or violence, though not expressly identified as non-derogable under Art. 4 (2), is considered non-derogable by the Human Rights Committee because the HRC cannot foresee any state of emergency that would justify such state-sanctioned actions.

¹¹⁹ See Inter-American Court Human Rights, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, cit., para 165.

disproportionately significant effect on indigenous peoples¹²⁰. Thus the analogous combination of a non discrimination rationale to the derogation clauses to participatory rights which we have seen potentially applicable to Arts. 25 and 4 ICCPR, could be replicated with regard to indigenous participatory rights and derogation clause of Art. 27 ACHR. Indeed, this is all the more the case with the Inter-American system where a stronger substantive equality discourse has been developed as derived from the qualification of indigenous as a vulnerable group and the consequence of a relevant impact on the content of State positive obligations, reduced margin of discretion and accrued due diligence standard. Specifically, the obligation to consult indigenous peoples in any administrative or legal measure that could affect their rights, and to participate in decisions on matters that concern their interest, not only is crucial to their ability to maintain and develop their identities, languages, cultures and religions within the framework of the State in which they live¹²¹; but «is directly related to the general obligation to guarantee the free and full exercise of the rights recognized in the Convention (Article 1 (1))»¹²². Hence, according to this jurisprudence, the right to consultation of indigenous peoples in all matters that could directly affect them is not only a general principle of international law, but also a conventional standard¹²³, an interpretation of whose derogable character would be contrary to the purpose of the ACHR, in particular in those cases where mechanisms that guarantee the representation of indigenous peoples in State parliaments are not yet present, but even those cases

¹²⁰ See A/HRC/12/34, paras 42-43.

¹²¹ Art. 3 of the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples mirrors common Art. 1(1) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights. Consequently, indigenous peoples have the right to determine their own economic, social and cultural development and to manage, for their own benefit, their own natural resources. The duties to consult with indigenous peoples and to obtain their free, prior and informed consent derive from their right to self-determination. As a result of Arts. 5 and 18 of the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, and within the ambit of the right to self-determination, indigenous peoples have the right to make independent decisions in all matters relating to their internal and local affairs, and to effectively influence external decision-making affecting them if they choose to participate in external. Thus, the duty to obtain the free, prior and informed consent of indigenous peoples is not only a procedural process but a substantive mechanism to ensure the respect of indigenous peoples' rights.

¹²² See Inter-American Court Human Rights, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, cit., para 166.

¹²³ *Ibid.*, para 164.

where the election of indigenous individuals is provided for do not always translate into influence in decision-making.

ABSTRACT

*Isolated Should not Mean Excluded:
The Non-Derogable Status of Participatory Rights
of Indigenous Peoples at the Time of the Covid-19 Pandemic*

In response to the current COVID-19 threat, most States have introduced restrictive measures which may be justified on the grounds of the usual provisions of human rights conventions relating to the protection of health, or may require derogations from the States' obligations under those universal and regional treaties enshrining individual human rights which legally permit temporarily to suspend enshrined rights during national emergencies. Since restriction of or limitations on certain rights may have a disproportionate impact on the exercise of other rights by certain groups of people who are in more vulnerable situations, this article aims to look at the specific case of indigenous peoples through the lens of the Inter-American Commission of Human Rights' Resolution No 1/2020. In particular it will discuss if the recognition of a non-derogable character of such a right should result from the statement that States should refrain from introducing legislation and/or moving forward to carry out production and/or extractive projects in the territories of indigenous peoples during such a pandemic period, given the impossibility of conducting prior informed and free consent processes (due to the recommendation of the World Health Organization, WHO, of adopting social distancing measures).

OSSERVATORIO EUROPEO

THE CHIMERA OF TRANSPARENCY IN EUROPEAN UNION NEGOTIATIONS ON INTERNATIONAL AGREEMENTS*

MICHELE VELLANO

TABLE OF CONTENTS: 1. Foreword: confidentiality *versus* transparency in international negotiations. – 2. International negotiations and secret treaties. – 3. The impact of the way the negotiations are conducted on the institutional balance in the European Union. – 4. The practice in agreements included in trade policy: the TTIP, CETA, ACTA and TiSA cases. – 5. The practice in agreements on migration flows: the *EU-Turkey Statement* case. – 6. Towards a new model for international negotiations by the European Union: the case of the new trade partnership with the United Kingdom. – 7. Conclusions.

1. *Foreword: confidentiality versus transparency in international negotiations.* - The mythological figure of the chimera – a fantasy animal described as a monster with a lion's body and head, a dragon's tail and a goat's head protruding from its back – has become, over the centuries, a symbol of illusions, daring fantasies, but also unrealizable and even dangerous dreams.

The search for transparency in international negotiations seems to call into question some of these dreams. Moreover, the apparently inseparable link between confidentiality and the effectiveness of international negotiation is rooted in a practice that goes back a long way, when, not infrequently, even the text of the agreement, reached at the end, remained shrouded in secrecy, jealously guarded through the so-called secret diplomacy¹. Even today the combination of transparency

* This contribution develops and expands the contents of the report carried out by the Author during the webinar entitled “La (in)visibilità della produzione normativa in ambito nazionale e sovranazionale”, organised by the University of Pisa on 27 November 2020.

¹ Perhaps the best-known case of a secret agreement is the protocol attached to the non-aggression pact signed by Molotov and von Ribbentrop on 23 August 1939 concerning the partition of Poland and the annexation of the three Baltic States to the Soviet Union. On these and other related issues, please refer to the pages written by E. SERRA, *Trattato segreto e segreto diplomatico* and by G. ANDRE, *Trattato segreto e diplomazia segreta nella prassi del XX secolo* in the book edited by P. FOIS, *Il trattato segreto. Profili storici-diplomatici e*

and international negotiation seems to represent a true oxymoron². There is, however, a clear perception of a demand for greater transparency in the conduct of international negotiations mainly within and by the European Union and in particular in trade negotiations.

This contribution focuses therefore on the analysis of the various implications of transparency in the institutional system of the European Union in international negotiations.

In the text of the judgment of the General Court (Second Chamber) of the European Union of 19 March 2013, concerning the refusal by the European Commission to disclose the content of certain documents relating to the draft International Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), it is stated that «it cannot be denied (...) that the negotiation of international agreements can justify, in order to ensure the effectiveness of the negotiation, a certain degree of confidentiality to allow the mutual trust of the negotiators and the development of a free and effective discussion»³. This passage, which forms the basis for the partial rejection of the proceeding against the decision of the European Commission, expresses, in a clear and peaceful way, a prevailing and still very topical

regime giuridico, Padua, 1990, which remains, thirty years after its publication, a fundamental reference work in relation to the subject under examination. Among more recent contributions, see M. DONALDSON, *The Survival of the Secret Treaty: Publicity, Secrecy, and Legality in the International Order*, in *The American journal of international law*, 2017, 575 ff.; A.S. DEEKS, *A (Qualified) Defense of Secret Agreements*, in *Arizona State Law Journal*, 2017, 713 ff.; D. AZARIA, *Secret Treaties in International Law and the Faith of States in Decentralized Enforcement*, in *The American journal of international law unbound*, 2017, 469 ff.

² For a conceptual framework of the subject, we can read the considerations of A. BIANCHI, *On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law*, in A. BIANCHI and A. PETERS (eds), *Transparency in International Law*, Cambridge, 2013, 8 ff. and, with reference to international economic law, C.S. ZOELLNER, *Transparency: An Analysis of an Evolving Fundamental Principle in International Economic Law*, in *Michigan Journal of International Law*, 2006, 579-628. See also A. PETERS, *The Transparency Turn of International Law*, in *The Chinese journal of global governance*, 2015, 3 ff.

³ Judgment of General Court (Second Chamber) of 19 March 2013, in *Veld v European Commission*, T-301/10, paragraph 119. In the same judgment, in the following paragraph, it further states: «that the initiative and conduct of negotiations for the conclusion of an international agreement are, in principle, the responsibility of the executive, and that public participation in the procedure for the negotiation and conclusion of an international agreement is necessarily limited, taking into account the legitimate interest not to disclose the strategic elements of the negotiations». Previously, in the same sense, read the judgment of General Court (Second Chamber) of 4 May 2012, in *Veld v Council*, T-529/09, paragraph 88. For a comment, see V. MICHEL, *Accès aux documents et relations extérieures de l'Union. Le principe de transparence cède devant les impératifs de discrétion, indispensable à la bonne conduite, dans un climat de confiance mutuelle, des négociations d'un accord international*, in *Europe*, 2013, 11 ff.

reading of the notion and function of international negotiations⁴, including those involving the European Union.

Before any other consideration, it may then be worth assessing whether confidentiality in the negotiations⁵, aimed at concluding an international agreement, takes on a clear and shared scope and, if so, whether the matter is properly and comprehensively regulated.

The answer to this question is less simple and less clear-cut than, at least in the first place, we would expect. Certainly, we can say that confidentiality in international negotiations rests, at least implicitly, on the mutual trust of the negotiators. It finds its motivation in allowing them to express themselves freely and thus to conduct negotiations in the best possible way in terms of mutual concessions with a view to achieve a mutually convenient outcome. It is not always, and indeed rarely, the issue of confidentiality in negotiations that is addressed *ex professo*, perhaps on the very assumption that it is taken for granted⁶.

The Vienna Convention on the Law of Treaties does not address the point⁷. The issues traditionally regulated by said Convention concern the legitimacy of the negotiators or, at most, the language(s) of negotiation and, above all, the manner in which the agreed text is adopted. If the procedure carried out is solemn and, *a fortiori*, multilateral, the Presidency of the Conference may, at the start of the proceedings, ask for the approval of rules of conduct of the negotiators which also cover the issue of the confidentiality of the negotiations. While there are no doubts that the negotiation should be conducted in good faith, it is equally

⁴ The topicality of this debate, also within the Italian legal system, is confirmed, for example, by TAR Lazio (Regional Administrative Court of the Lazio region) ruling no. 11125 of 16 November 2018 ordering the Italian Government to make public the contents of the agreement signed by Italy with Niger in September 2017. On this issue, please refer to the considerations of A. SPAGNOLO, *The conclusion of bilateral agreements and technical arrangements for the management of migration flows: an overview of the Italian practice*, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, 2019, 209-230. See also V. PUPO, *Le istanze di accesso civico come strumento di trasparenza democratica in tema di accordi internazionali in forma semplificata*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2019, 211 ff.

⁵ According to the brief and precise description of D. CARREAU and F. MARRELLA, *Diritto internazionale*, Milan, 2016, 110, negotiation is the phase in which negotiations take place and, if they succeed, the text of the agreement, which contains the rules of the treaty, is drafted.

⁶ For an overview of the subject of the negotiations for the conclusion of international agreements, please refer to the monographic work of G. MASTROJENI, *Il negoziato e la conclusione degli accordi internazionali*, Padua, 2000.

⁷ The Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980. On this topic, see among many comments that of O. DORR and K. SCHMALENBACH (eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, Heidelberg, 2012. According to Article 80 of the Vienna Convention, however, the publication and registration of treaties are required.

undeniable that entering into negotiation does not *per se* create any legal obligation with respect to the drafting of a final text let alone to its final adoption.

One element that indirectly and *ex post* brings the issue of the transparency of the negotiations into play during the negotiations is the rule, enshrined in Article 32 of the Vienna Convention, according to which “preparatory works” are a complementary means for interpretation of the text of the Treaties. The latter, therefore, are assumed, unless otherwise agreed by the Contracting Parties, to be made public or, in any case, to be rendered accessible to interested third parties. This circumstance is particularly important in what we shall say in last Section of this contribution.

2. *International negotiations and secret treaties.*- What must be kept separate is the issue of secrecy in negotiations from that of the value of the secret treaty. It is true, in fact, that a secret treaty can only be preceded by a secret negotiation, while a secret negotiation can certainly end with the publicity of its outcome and thus with the publication (and subsequent registration in accordance with the provisions of Article 102 of the Charter of the United Nations) of the text of the agreement reached⁸.

In the event that the negotiations take place secretly and are concluded with the signing of a treaty destined to remain secret, attention to the implications of secrecy will inevitably focus on the scope of the agreement reached⁹. According to the prevailing view in the literature¹⁰,

⁸ On the secret treaty and international law, the reconstruction of international practice and the considerations contained in the article by P. FOIS, *Il trattato segreto nel sistema degli accordi internazionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1990, 809-831, still apply. The A. points out that the secret agreement cannot be governed by the same rules of international law as those applicable to international treaties in general: «The rules in question, moreover, were formed with the obvious agreement as their point of reference, and certainly not the secret agreement: an examination of international practice and the Vienna Convention allows us to state this with certainty» (original text in Italian). The conclusion reached by the A. is as follows: «By far the prevailing indication is in fact in the sense of assimilation of the regime of secret agreements not to that of legally binding treaties, but to the legislation applicable to non-binding agreements, and in particular to *gentlemen's agreements*» (original text in Italian), i.e. agreements that are valid as long as they are so and, in any case, cannot be invoked before bodies of justice, as expressed in Article 102 of the Charter of the United Nations. According to the latter provision, as is well known, none of the parties «to any such treaty or international agreement which has not been registered in accordance with the provisions of paragraph 1 of this Article may invoke that treaty or agreement before any organ of the United Nations».

⁹ As shown by the well-known and already mentioned case of the secret protocol attached to the non-aggression pact signed by Molotov and von Ribbentrop on 23 August 1939, there can also be the case of an openly negotiated agreement whose outcome is made public but

the latter is assimilated, in the international legal system, to an agreement destined to be valid as long as it is observed by the Contracting Parties; in other words, a treaty, in the event of non-compliance, cannot be relied upon by the parties before a judicial body¹¹. Domestically, secret agreements shall be considered lawful or illegal according to the provisions – normally at a constitutional level – of each national system. In the latter case, they are usually deemed to have no legal effects.

As far as the Italian legal system is concerned, the procedure for the solemn conclusion of treaties, provided for in Article 80 of the Constitution, makes the treaties, with special content, necessarily public¹². The identification of the content of the treaties may, however, lend itself to more or less rigorous interpretations. The practice contemplates agreements concluded by the Italian Government in a simplified form although with reference to matters peacefully falling under the categories of Article 80 of the Constitution¹³. Therefore, an agreement concluded in a simplified form in areas covered by the reservation provided for by Article 80 of the Constitution, and even more

accompanied by a protocol that remains secret. The case in question was made public first in the West and then, only in 1989, in the Soviet Union.

¹⁰ The positions of the doctrine, with respect to the value to be recognised internationally to such agreements, are not, however, unequivocal. That of P. FOIS has already been mentioned earlier. B. CONFORTI, *Diritto internazionale, XI ed* (edited by M. IOVANE), Naples, 2018, 80, states, instead, that if the laws of the Contracting States allow the bodies competent to enter into treaties to do so in secret, and if the non-binding nature of the secret agreement is not fulfilled, it does not appear that international law can be invoked to deprive the agreement of its validity and binding force. Surely, the States which contravene the secret agreement intend, at least in principle and from a subjective point of view, to bind themselves, through it, in the same way as the customary rule according to which *pacta sunt servanda*.

¹¹ According to an extensive interpretation of Article 102, paragraph 2, of the United Nations Charter, already referred to.

¹² According to Article 80 of the Constitution, the Chambers authorize by law the ratification of international treaties that are political in nature, or provide for arbitrations or judicial regulations, or import changes in the territory, or charges to finances, or changes in the law. Please refer to the considerations of A. CASSESE, *Art. 80*, in G. BRANCA (ed.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1979.

¹³ On this practice, which contemplates agreements of various kinds – even very important ones such as, for example, the *Memorandum of Understanding for Trieste of 5 October 1954* which attributed "administration" of Trieste to Italy in zone A and Yugoslavia in zone B – reference is made again to B. CONFORTI, *op. cit.*, 83. According to some authors (for example, F.M. PALOMBINO, *Sui pretesi limiti costituzionali al potere del Governo di stipulare accordi in forma semplificata*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, 870-878) a real custom has been established, by derogation of the provisions of Article 80 of the Constitution, in the sense of extending the power of the Government to have recourse to the simplified procedure also in relation to treaties whose subject matter falls within the scope of this provision.

so if kept secret¹⁴, is not capable, at least in abstract terms, of producing binding effects with respect to the Italian domestic legal system. The Government which, nevertheless, concludes and executes it over time will assume political responsibility for it before the Parliament – either immediately or when the agreement becomes public – and possibly also legal responsibility before the competent court if harmful consequences for individuals derive directly from it and the latter invoke them¹⁵.

If, on the other hand, the text of the agreement reached is made public immediately at the time of its signature¹⁶, the attention will shift to the question of whether or not the secrecy kept during the negotiations that led to the agreement was lawful.

In this second scenario, the subdivision of the two systems – the international system and the internal system of the States involved or, as we shall see in the following paragraph, of the European Union – will be repeated.

As a matter of principle, no general principle requiring the publicity of bilateral or multilateral negotiations seems to exist within the international legal order. On the contrary, practice suggests that the conduct of delegations engaged in negotiations is quite often confidential¹⁷.

¹⁴ Once again B. CONFORTI, *op. cit.*, 81, specifies, in this regard, that a limit to the competence of the Government to enter into agreements in simplified form is given by the prohibition – which prevailing doctrine considers as implicitly provided for in Article 80 of our Constitution ("agreements of a political nature") – to enter into secret agreements.

¹⁵ In any case, Article 4, Law no. 839, of 11 December 1984, provides for a precise obligation to publish. Under this Article: «The Department of Diplomatic Litigation, Treaties and Legislative Affairs of the Ministry of Foreign Affairs shall transmit, for quarterly publication in a special supplement to the Official Gazette, all international acts which the Republic is obliged to comply with in foreign relations, treaties, conventions, exchanges of notes, agreements and other acts however named, which are also communicated to the Presidencies of Parliamentary Assemblies. The transmission shall take place no later than one month after the signing of the act by which the Republic is bound» (original text in Italian). It is controversial whether this obligation can be overcome on the basis of the provisions of Article 39 of Law no. 124 of 3 August 2007 on State secrecy. Pursuant to this Article: «Acts, documents, news, activities and anything else whose disclosure is likely to damage the integrity of the Republic, also in relation to international agreements, the defence of the institutions set out in the Constitution at its foundation, the independence of the State with respect to other States and relations with them, and the preparation and military defence of the State are covered by State secrecy» (original text in Italian). This could possibly happen only with reference, of course, to agreements concluded by the Government in a simplified form, without prejudice to the provisions of Article 80 of the Constitution. The D.P.C.M. (Presidential Decree) of 22 July 2011 on "Provisions for the administrative protection of State secrecy and classified information" should also be taken into consideration.

¹⁶ The signature will make the agreement, if concluded in a simplified form, immediately effective, or mark the first functional fulfilment of its entry into force within the framework of the solemn procedure with ratification.

¹⁷ For feedback on this practice, please refer again to G. MASTROJENI, *op. cit.*, 200 ff.

In order to draw up any requirements regarding transparency in the negotiations it is therefore necessary to focus, on a case by case basis, on the specific national legal systems concerned by the negotiations and, for the purposes of this paper, on the European Union's legal system too. The latter may be relevant in relation to two competing, albeit distinct, aspects. The first concerns the strict respect of the division of competences between Member States' bodies and the institutions of the European Union (an effect that we might define as horizontal); the second, more broadly, refers to the protection of the citizens' expectation to be informed of the contents of the negotiations and, ultimately, to review the work of those who conduct the negotiations and who are the expression of executive power before they are signed, i.e. *ex ante*, or, if necessary, only after their entry into force, i.e. *ex post* (an effect that we could define as vertical)¹⁸.

For the purpose of this contribution, we will leave aside the typical perspective internal to nation-states and we will focus on the secrecy or transparency of the negotiations conducted by the European Union and the resulting purely institutional implications¹⁹.

3. *The impact of the way the negotiations are conducted on the institutional balance in the European Union.*- The general considerations made in the previous Section also apply to the conduct of international negotiations carried out by the European Union. The latter, however, take on certain very specific features that are worth exploring in greater depth.

So far, the analysis of the implications of international negotiations by the European Union has not received in the literature the attention it deserves. Studies have been devoted mainly to negotiations within the

¹⁸ From this point of view, *ex post* control could be achieved by having access to the preparatory work that led to the conclusion of the individual treaty.

¹⁹ The issue of access by EU citizens to negotiation documents through Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents (OJ 2001 L 145, p. 43) is not examined in this study as it involves a different kind of perspective. Due to its scope and implications, it requires a dedicated and autonomous examination, which cannot find enough space in this context. For an introduction, see: F. DONATI, *L'accesso ai documenti nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Naples, 2011, 1411 ff. and the extensive bibliography contained therein as well as inter alia L. ROSSI, P. VINAGRE E SILVA, *Public access to documents in the EU*, Oxford, 2017; A. RIZZO, *Il regolamento (CE) n. 1049/2001 e la "nuova" politica comunitaria della trasparenza*, in questa *Rivista*, 2002, 87 ff. See also judgment of the Court (First Chamber) of 3 July 2014, *Council v. In 't Veld*, C-350/12, paras. 104-105 with comments by V. ABAZI and M. HILLEBRANDT, *The legal limits to confidential negotiations: Recent case law developments in Council transparency: Access Info Europe and In 't Veld*, in *Common Market Law Review*, 2015, 825.

European Union²⁰. Similarly, there is no lack of work dedicated, more generally, to the conclusion of international agreements by the European Union, as provided for in Article 218 TFEU²¹, as well as to the implications of the issue of transparency in the European Union's external relations²².

To describe and analyse in detail the procedure for the conclusion of international agreements by the European Union is beyond the scope of this paper. Here, it seems more useful to focus the analysis on paragraphs 3 and 4 of the aforementioned Article 218 TFEU concerning the conduct of negotiations²³.

According to these paragraphs, the power to propose the opening of negotiations lies in the hands of the Commission and the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy (hereinafter referred to as the High Representative). If the proposal is accepted, the Council, in its relevant configuration, will adopt a decision authorising the opening of negotiations and will designate, again depending on the subject matter of the envisaged agreement, either the negotiator (i.e. the Commission or the High Representative²⁴) or the head of the Union negotiating team (where appropriate, in view of the matters under negotiation, the Commission and the High Representative²⁵). In

²⁰ See N. VEROLA, *Il punto d'incontro. Il negoziato nell'Unione europea*, Rome, 2020.

²¹ For a concise but precise comment on Article 218 TFEU see S. SANNA, Art. 218 TFEU, in F. POCAR and M.C. BARUFFI (eds), *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, Padua, 2014, 1187 ff., and A. MIGNOLLI, Art. 218, in A. TIZZANO (ed.), *Trattati dell'Unione europea*, Milan, II ed., 2014, 1788 ff.

²² Leaving aside the contributions on specific topics that we will refer to later, we hereby refer, for example, to the monographic issue of *Politics and Governance*, Vol 5, No 3 (2017), entitled *EU Institutional Politics of Secrecy and Transparency in Foreign Affairs*, and, in particular, to P. LEINO, *Secrecy, Efficiency, Transparency in EU Negotiations: Conflicting Paradigms?*, 6-15. See also the contribution of D. CURTIN, *Official secrets and the negotiation of international Agreements: is the EU executive unbound?*, in *Common Market Law Review*, 2013, 423-458.

²³ According to Article 218(3) TFEU: «The Commission, or the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy where the agreement envisaged relates exclusively or principally to the Common Foreign and Security Policy, shall submit recommendations to the Council, which shall adopt a decision authorising the opening of negotiations and, depending on the subject of the agreement envisaged, nominating the Union negotiator or the head of the Union's negotiating team». According to Article 218(4) TFEU: «The Council may address directives to the negotiator and designate a special committee in consultation with which the negotiations must be conducted».

²⁴ The High Representative will be designated if the matter falls exclusively or principally under the Common Foreign and Security Policy, otherwise the Commission will be responsible for conducting the negotiations. In particular, in the field of trade policy, the Commission is responsible for the negotiation and management of trade agreements involving tariff modulation, customs and trade provisions, and protective measures.

²⁵ It should be borne in mind, however, that the High Representative also holds, as is widely known, the position of Vice-President of the Commission.

both cases, during the international negotiations the negotiator will represent the European Union as a whole rather than one of its institutions in particular²⁶.

What is most relevant here, however, is Article 218 TFEU, paragraph 4, whereby the Council is empowered, on the one hand, to issue directives to the negotiator and, on the other hand, to designate a special committee to be consulted during the negotiation process. As is clear, there are two aspects of the items of the aforementioned provision that are relevant: a) the availability of directives addressed by the Council to the negotiator; b) the accessibility of the content of the consultations between the negotiator and the special committee for the purpose designated by the Council, as they take place.

The directives respond to the need to avoid that the negotiator (the Commission and/or the High Representative) contributes to the drafting of a text that could subsequently cause difficulties for the Council itself when it adopts the decision on the signing and then the conclusion of the international agreement. The negotiations are, in principle, confidential. The purpose of confidentiality is to allow the negotiator, especially in the first phase of negotiations, to play his cards close to the vest so to avoid benefits for the other negotiators. The content of the directives obviously relates to the subject of the negotiation, but may also cover procedural aspects, such as, for example, the maximum duration of the negotiation. Such aspects may affect, and sometimes even determine, the success or failure outcome of the negotiation.

The setting up of a special committee, designated by the Council, is intended to allow a periodic update on the progress of negotiations and an immediate debate, if necessary, on specific points of the negotiations. The consultation activity, whether periodic or occasional, takes place in a confidential manner too, just as the communication of the initial directives addressed by the Council to the negotiator. The reason is, once again, to allow the negotiator to conduct negotiations in the best possible way and thus, in the first instance, to make as few concessions as possible while obtaining as many as possible of them from the other parties.

²⁶ On this subject, please refer to M. GATTI and P. MANZINI, *External representation of the European Union in the conclusion of international agreements*, in *Common Market Law Review*, 2012, 1703-1734. The Authors underline that this circumstance strengthens the role of the negotiator, guaranteeing him a certain room for manoeuvre during the negotiations, withdrawing him from a condition of mere representative of the Council and making him impartial to the recommendations received. Of course, the room for manoeuvre will have to be used with extreme reasonableness by the negotiator, because otherwise his work will be vitiated because it is not done by the Council.

The subject matter of the future agreement affects and justifies in different ways the variable degree of confidentiality surrounding the issuance of directives to the negotiator and the consultations between the negotiator and the special committee appointed by the Council. It is very difficult, however, to identify guidelines to be followed systematically.

A very strong push in the direction of ensuring a certain level of information on the progress of international negotiations conducted on behalf of the European Union has been obtained, quite recently, due to the efforts of the European Parliament²⁷.

Article 218 TFEU reserves, as is well known, an effective role for the European Parliament in the final stage of the procedure for the conclusion of international treaties: the decision of the Council on the conclusion of the agreement, upon proposal by the negotiator, can be adopted only following the approval or simple consultation (depending on the subject matter of the treaty) of the European Parliament²⁸, «except where the agreement concerns exclusively the Common Foreign and Security Policy»²⁹.

Nevertheless, the role played by the European Parliament has become more and more evident also during the negotiation phase itself, finding its legitimacy in paragraph 10 of Article 218 TFEU, according to which «Parliament shall be immediately and fully informed at all stages of the procedure»³⁰. In this respect, it is now clear that the provision in question – although included, as outlined in section 9 hereinafter, in the procedure for suspending the application of an agreement and establishing the positions to be adopted on behalf of the Union in a body set up by an agreement – is of general scope.

²⁷ For an overview of the topic see: E. BARONCINI, *The Role of the European Parliament in the Conclusion and Implementation of Free Trade Agreements - An Introduction* (with P.T. STOLL and M. TRUNK-FEDOROVA), in *European Investment Law and Arbitration Review*, 2017, 315-317 and P. EECKHOUT, *EU External Relations Law*, Oxford, 2011, 197-198.

²⁸ As regards, in general, the approval of international agreements by the European Parliament, see: A. OTT, *The European Parliament's Role in EU Treaty-Making*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, 1009-1039; J. SANTOS VARA, *The role of the European Parliament in the conclusion of international agreements in the Post-Lisbon period*, in J. SANTOS VARA and A. RODRIGUEZ SÁNCHEZ-TABERNEIRO (eds), *The Democratisation of EU International Relations Through EU Law*, London, 2019, 63-81 and A.P. VAN DER MEI, *EU External Relations and Internal Inter-institutional Conflicts: The Battlefield of Article 218 TFEU*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, 1051 ss.

²⁹ This is provided for in Article 218(6) TFEU.

³⁰ The provision in question – although included in paragraph 9 hereinafter in the procedure for suspending the application of an agreement and establishing the positions to be adopted on behalf of the Union in a body set up by an agreement – is considered to be of general scope.

The new role of the European Parliament has been supported by the Court of Justice through the adoption of seminal judgments such as that of 24 June 2014 in Case C-658/11 (*Affaire Mauritius*)³¹. According to such judgements, the obligation – laid down in Article 218(10) TFEU, to ensure that Parliament is immediately and fully informed at all stages of the procedure for the conclusion of an international agreement – extends to the stages preceding the conclusion of such an agreement and, in this way, includes the negotiation phase in particular³². In addition, on the basis of the subsequent judgment of 14 June 2016 in Case C-263/14 (*Affaire Tanzania*)³³, it has been definitively clarified that the obligation to inform the European Parliament during negotiations also applies when dealing with matters falling within the scope of the Common Foreign and Security Policy³⁴, despite the different regime applicable to said sector. Therefore the role of the European Parliament is recognised extensively precisely because of its positive nature.

³¹ See N. LAZZERINI, *Il ruolo del Parlamento europeo e della Corte di Giustizia nella conclusione degli accordi PESC*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, 834 ff. and P. VAN ELSUWEGE, *Securing the institutional balance in the procedure for concluding international agreements: European Parliament v. Council (Pirate Transfer Agreement with Mauritius)*, in *Common Market Law Review*, 2015, 1379 ss.

³² In this respect, read paragraphs 81 and 82 of the judgment of 24 June 2014 in Case C-658/11: «That rule is an expression of the democratic principles on which the European Union is founded. In particular, the Court has already stated that the Parliament's involvement in the decision-making process is the reflection, at EU level, of the fundamental democratic principle that the people should participate in the exercise of power through the intermediary of a representative assembly (see, to that effect, Case 138/79 *Roquette Frères v Council* EU:C:1980:249, paragraph 33, and *Parliament v Council* EU:C:2012:472, paragraph 81). From that point of view, the Treaty of Lisbon has even enhanced the importance of that rule in the treaty system by inserting it in a separate provision that is applicable to all types of procedures envisaged in Article 218 TFEU».

³³ In particular, with regard to the well-known "Tanzania" and the previous "Mauritius" cases, see M.E. BARTOLONI's considerations, *Base giuridica sostanziale e accordi "interpilier": quale ruolo per il Parlamento Europeo? Note a margine del caso Tanzania*, in *European Papers*, 2016, 599-609.

³⁴ Read paragraph 68 of the judgment of 14 June 2016 in Case C-263/14: «In accordance with the Court's case-law, the obligation imposed by Article 218(10) TFEU, under which the Parliament is to be 'immediately and fully informed at all stages of the procedure' for negotiating and concluding international agreements, applies to any procedure for concluding an international agreement, including agreements relating exclusively to the CFSP (judgment of 24 June 2014, *Parliament v Council*, C-658/11, EU:C:2014:2025, paragraph 85). Article 218 TFEU, in order to satisfy the requirements of clarity, consistency and rationalisation, lays down a single procedure of general application concerning the negotiation and conclusion of international agreements by the European Union in all the fields of its activity, including the CFSP which, unlike other fields, is not subject to any special procedure (see, to that effect, the judgment of 24 June 2014, *Parliament v Council*, C-658/11, EU:C:2014:2025, paragraphs 52 and 72)». See: M.E. BARTOLONI, *Sulla partecipazione del Parlamento europeo alla formazione di accordi in materia di politica estera e di sicurezza comune*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, 796-808.

The conduct of negotiations takes on additional sensitivity when they take place on behalf of the European Union and in coordination with the Member States, which participate individually, in order to reach so-called mixed agreements³⁵. In this case, the same procedure governed by Article 218 TFEU shall apply and the negotiator shall act in close coordination with the negotiators of the Member States in order to ensure a representation, as uniform as possible, during the negotiations³⁶. In such case, Member States' delegations may grant the Commission a leading, but not exclusive, role during the negotiations. In such situation, which is quite recurrent in practice, relations between the Commission and the Member States delegations will be confidential. Confidentiality will be all the more necessary in order to avoid the disclosure to the negotiators of the other contracting parties of any divisions or, in any case, different visions that may emerge among the delegations of individual Member States which, otherwise, would weaken the negotiating position of the European Commission to the benefit of the counterparts. In this specific type of negotiation, confidentiality is more clearly justified than elsewhere.

4. *The practice in agreements included in trade policy: the TTIP, CETA, ACTA and TiSA cases.*- As a matter of principle, also in the specific case of agreements falling within the common commercial policy, the mechanism for conducting the relevant negotiations is essentially the same as that used in other contexts. However, Article 207 TFEU expressly provides that the Council should normally set up a special committee and that the Commission should³⁷ report regularly, in addition to the committee, also to the European Parliament on the progress of the negotiations. The provisions in question have further motivated the members of the European Parliament (MEPs) to follow the negotiations closely and to play an active role, not infrequently encouraged by civil society either directly (also through the use of the

³⁵ For an overview of the subject, see A. PISAPIA, *Gli accordi misti nel quadro delle relazioni esterne dell'Unione europea*, Torino, 2019. See, also, A. DASHWOOD and M. MARESCEAU, (eds), *Law and Practice of EU External Relations. Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge, 2008 and S. AMADEO, *Unione europea e treaty-making power*, Milan, 2005.

³⁶ On this subject, see Council Decision 16632/10 of 6 January 2010. See F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea*, Napoli, 2020, 227-237.

³⁷ The Commission is, with regard to the common commercial policy, the only body responsible for negotiating the international agreement.

petition³⁸ or the citizens' initiative³⁹) or indirectly (through the media and social media in particular).

Certain positions taken by the European Parliament have thus helped to guide the progress of the negotiations and the final outcome of some very important international trade agreements. For example, queries and resolutions supported by MEPs in the case of the first "SWIFT" agreement, concerning the transfer to the United States of database on EU citizens, and the "ACTA" agreement, dedicated to counterfeiting, computer piracy and the protection of copyright and patents, are well known and ultimately behind the conduct of the negotiations⁴⁰. Equally significant was the European Parliament's contribution regarding the (failed) agreement on the "Transatlantic Trade and Investment Partnership - TTIP" with the US and the CETA trade agreement, now provisionally in force, with Canada⁴¹.

In particular, during these last two negotiations, civil society made its voice heard, and contested a very opaque conduct, especially in the TTIP case. It should, indeed, be made clear that the confidential modalities of the negotiations were requested by the counterparts⁴² and

³⁸ Under Article 227 TFEU, any citizen of the Union has the right to petition the European Parliament, individually or in association with other citizens, on a matter falling within the Union's fields of activity and which affects him or her directly.

³⁹ A European Citizens' Initiative (ECI) invites the European Commission to recommend to the Council to repeal the negotiating mandate for the TTIP and not to conclude the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA). See A. SANTINI, *L' iniziativa dei cittadini europei. Quale contributo alla legittimità democratica dell'Unione?*, Naples, 2019.

⁴⁰ On the ACTA case, in particular, see www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20120703IPR48247/european-parliament-rejects-acta.

⁴¹ On these events, please refer to the contribution by K. MEISSNER, *Democratizing EU external relations: the European Parliament's informal role in SWIFT, ACTA and TTIP*, in *European Foreign Affairs Review*, 2016, 269 ff., according to which: «applying the democratic feature of parliamentary power to the EU, one way the EP can contribute to democratize the EU's external relations is by expanding its informal role in the conclusion of international agreements». See also the contribution, from a political point of view, by L.M. YOUNG and R.A. CHAFIZ, *The Promise of Transparency: Stakeholder Views on Changes to the EU Trade Negotiation Process*, in *Journal of International Law and Trade Policy*, 2019, 115-132. See also, for further critical considerations M. WENDEL, *International trade agreements and democratic participation*, in *Eur. YB Int. Econ. Law*, 2017, 61 ff. and P. DELIMATSIKIS, *TTIP, CETA, TiSA Behind Closed Doors: Transparency in the EU Trade Policy*, in *TILEC Discussion Paper No. 2016-020*, 2016, 1-28.

⁴² The US Administration, in particular, has demanded respect for considerable confidentiality. The practice at the US Embassies in European capitals equipped with the so-called reserved chambers to allow, during negotiations, to read the documents, but without making photocopies or taking notes, is well-known.

that the Commission has, as far as possible, made the European Union position public, albeit with a certain, at least initial, reticence⁴³.

In the specific case of the negotiations on the International Agreement on Trade in Services (TiSA), conducted within the framework of the World Trade Organisation (WTO), the negotiation talks took place in a confidential manner and the documents remained accessible to the participants only. In March 2015, however, the Council decided, in view of a growing public interest for this plurilateral agreement, to declassify and then make public the directives given to the Commission two years earlier for the conduct of the negotiations. The Commission, for its part, has published a number of documents relating to its position and sent regular reports to the Council and the European Parliament on the progress of the negotiations. Negotiations have, however, gradually become less frequent, and were later officially suspended.

If more than one clue is a proof of change, we are currently witnessing the Parliament's attempt to gain a more active and conscious role in the negotiation phase of international treaties designed to affect the European Union at least commercially⁴⁴, all the more so in areas considered strategic and fundamental for citizen-consumers. The monitoring exercised by the European Parliament, in particular during the negotiations conducted by the European Commission in the aforementioned cases, has contributed significantly to putting the issue of transparency back at the centre of the debate during the negotiations. The European Parliament has shown, on these occasions, that it is able to act as a spokesperson for civil society (and, in particular, for non-governmental organisations), by accepting and taking on board certain demands and requests for clarification addressed ultimately to the European Commission.

5. *The practice in agreements on migration flows: the EU-Turkey Statement case.*- There is one area that has recently been affected by a rather frequent recourse to secret negotiations aimed at reaching agreements in a simplified form or, in any case, technical arrangements without solemnity. These are, in particular, the agreements on irregular

⁴³ On the negotiation dedicated to the TTIP see, in particular, the considerations by M. CREMONA, *Guest editorial: Negotiating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, in *Common Market Law Review*, 2015, 351-362 and by N. GHEYLE and F. DE VILLE, *How much is enough? Explaining the continuous transparency conflict in TTIP*, in *Politics & Governance*, 2017, 16-28.

⁴⁴ In this vein see inter alia M. FRENHOFF LARSÉN, *The Increasing Power of the European Parliament: Negotiating the eu-India Free Trade Agreement*, in *International negotiation*, 2017, 473 ff.

migration flows concluded both by the European Union and its Member States with countries of origin and/or transit of these irregular migrants.

With particular reference to the European Union, the document that encouraged this practice is the *European Agenda on Migration* of 2015. The well-known *EU-Turkey Statement* of 18 March 2016⁴⁵ was reached on the basis of the *Agenda* and constituted the model followed to conclude similar agreements on the containment of illegal immigration with other States near the external borders of the European Union⁴⁶. As is widely known, the joint declaration between the European Union and Turkey concerns the pattern to be followed for the return to Turkey of illegal migrants who have entered the territory of the Member States, in particular migrants with Syrian citizenship.

The negotiations that preceded the achievement of the Statement were conducted in an absolutely informal and confidential manner, all the more so since the whole process, which led to the progressive convergence of the will expressed by the Parties involved, did not culminate in a genuine international agreement, not even in a simplified form. This, at least, is the opinion expressed by the General Court in its order of 28 February 2017 in relation to case T-192/16 *NF v. European Council*⁴⁷.

⁴⁵ *EU-Turkey Statement*, 18 March 2016, available at: www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/ commented by F. ARRIBAS, *The EU-Turkey Agreement: A Controversial Attempt at Patching Up a Major Problem*, in *European Papers*, 2016, 1097 ff. See also F. CHERUBINI, *The 'EU-Turkey Statement' of 18 March 2016: A (Umpteenth?) Celebration of Migration Outsourcing*, in S. BALDIN and M. ZAGO (eds), *Europe of Migrations: Policies, Legal Issues and Experiences*, Trieste, 2017, 32-47. See also M. ZOETEWELJ and O. TURHAN, *Above the law beneath contempt: The end of the EU-Turkey deal*, in *Swiss Review of International and European Law*, 2017, 151-166; C. AKIN YAVUZ, *Analysis of the EU-Turkey Readmission Agreement: a Unique Case*, in *European Journal of Migration and Law*, 2019, 486 ff.; C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 40 ff.; A. LIGUORI, *Violazioni conseguenti all'attuazione della "Dichiarazione UE-Turchia" e giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani sugli "hotspots" greci: la sentenza "Kaak"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, 246 ff.

⁴⁶ On this topic, in addition to the above-mentioned contribution by A. SPAGNOLO, *The conclusion of bilateral agreements and technical arrangements for the management of migration flows: an overview of the Italian practice*, op. cit., 209 ff., see also F. DE VITTOR, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di "accordi" per il controllo extraterritoriale delle migrazioni*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, 1 ff.

⁴⁷ Paragraph 71 of the order of the General Court cited above states: «It follows from all of the foregoing considerations that, independently of whether it constitutes, as maintained by the European Council, the Council and the Commission, a political statement or, on the contrary, as the applicant submits, a measure capable of producing binding legal effects, the EU-Turkey statement, as published by means of Press Release No 144/16, cannot be regarded as a measure adopted by the European Council, or, moreover, by any other institution, body,

The negotiation phase, which took place in the absence of transparency, and the outcome of the negotiations, a *Statement* deliberately devoid of any formality that would have entailed the implementation of a complex and unpredictable ratification process regarding the final results, appear to be strongly correlated. The mechanism of the agreement in question – as well as the bilateral ones between the States that have taken it as a model – is in itself grounded on a *trick* as simple as it is ambiguous. In practice, the European Union (*rectius*, its Member States), instead of resorting to a *push-back policy towards migrants* (more easily censurable before national and supranational jurisdictions⁴⁸), cooperates with a *pull-back policy* in favour of the migrant's state of citizenship or even only the transit state (in particular, Turkey and Libya).

In such a sensitive area, the balance to be struck between the protection of confidentiality in the negotiations and the protection of individuals whose fate is directly impacted by the decisions taken by the contracting parties seems to be in favour of the former. Indeed, the need for confidentiality in the negotiations seems to be effectively diminishing and losing importance in favour of full transparency that would allow not only that the positions held by the negotiators can be grasped but also that, if necessary, it is possible to timely intervene in order to correct the outcome of the negotiations⁴⁹.

6. *Towards a new model for international negotiations by the European Union: the case of the new trade partnership with the United Kingdom.*- A further area of interest, in view of the main subject matter of this analysis, is the negotiations which took place between the European Union and the United Kingdom during 2020 and, precisely, since the political withdrawal which took place, as is known, with the entry into force of the relevant agreement (the so-called *Withdrawal Agreement*) on 1 February 2020.

office or agency of the European Union, or as revealing the existence of such a measure that corresponds to the contested measure».

⁴⁸ See, for example, the condemnation of Italy by the European Court of Human Rights, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, 23/02/2012.

⁴⁹ See also the considerations expressed in E. CANNIZZARO, *Denialism and the Supreme Expression of Realism – A Quick Comment on NF v. European Council*, in *European Papers*, 2017, 256-257. According to the Author, attributing the conclusion of such an informal agreement to the Member States sitting in the European Council represents a dangerous precedent for the future. Certain agreements, plainly falling within a competence of the EU, would nevertheless be concluded outside the EU law framework, in avoidance of the basic constitutional guarantees of transparency and protection of fundamental rights.

This second negotiation (the first being the one that led to the conclusion of the United Kingdom's political withdrawal agreement from the European Union) was initiated by the Commission's recommendation to the Council to authorise the opening of negotiations for a new trade partnership with the United Kingdom⁵⁰. The recommendation is based on the guidelines and conclusions of the European Council existing at that time and on the political declaration agreed between the European Union and the United Kingdom in October 2019. The document includes a comprehensive proposal for negotiating directives setting out the scope and modalities of the European Union's future relations with the United Kingdom.

On the basis of this recommendation, the Council, in its General Affairs composition, adopted on 13 February 2020 the resulting decision by which the Commission is appointed *Union negotiator* and authorised to open negotiations with the United Kingdom on the basis of the directives contained in an *Addendum* to the decision. In recital 7 of the Decision, the Council welcomes the Commission's intention to appoint «Mr. Michel Barnier for the negotiations on the future relationship with the United Kingdom»⁵¹.

This is clearly not the place to analyse the contents of the directives, which are indeed complete and rather detailed with respect to the individual dossiers on the table. Our aim is rather to give an account of the procedural aspects addressed and regulated in paragraphs 164 to 167 of the *Addendum*.

The mechanism set up provides for a continuous and permanent exchange of information on the ongoing negotiations between the European Commission, on the one hand, and the Permanent Representatives Committee (COREPER) and the Specialised Committee on the UK (*Working Party on the UK*) on the other, in order to enable the

⁵⁰ The recommendation is contained in the document COM (2020) 35 final of 3 February 2020. The first paragraph of the recommendation reads «with this recommendation, the European Commission invites the Council of the European Union to authorise the opening of negotiations for a new partnership with the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, to nominate the Commission as Union negotiator and to address directives to the negotiator and designate a special committee in consultation with which the negotiations must be conducted».

⁵¹ It should be borne in mind that in international negotiations each party may, at its own discretion, compose the delegation conducting the negotiations and, therefore, it is peacefully accepted that the Commission may invite a party whose role is extraneous to the topic in concern. What constitutes a rather rare circumstance is that such an entity should assume a role of primary importance, to the point of being considered the *chief negotiator*. Mr. Michel Barnier is a French politician who has previously held important roles in the French Government, as Minister for Foreign Affairs, and in the European Commission, for two terms (1999-2004 and 2010-2014).

Council to update the negotiating directives as a last resort. Paragraph 170 of the Addendum expressly states that the Commission shall provide in a timely manner all necessary information and documentation relating to the negotiations. It is not specified, perhaps because it is implicitly understood, that the information and documents in question shall be provided in a confidential manner.

In the last two paragraphs of the *Addendum* (171 and 172) it is clarified that the Commission, on the one hand, will inform the European Parliament, in line with the provisions of Article 218(10) TFEU, and that, on the other hand, it will cooperate with the High Representative on matters falling within the latter's competence, i.e. those covered by the Common Foreign and Security Policy.

The conduct of the negotiations, in a manner not dissimilar to that of the *Withdrawal Agreement*, has revealed, first of all, a strong control exercised by the Council, and ultimately by the Member States, over the progress of the dealings⁵². Secondly, probably also as a consequence of the attention given by the European media to the content of the affair⁵³, the Commission has adopted a transparent approach as to the profile of the negotiation modalities, making public in advance not only the dates of the sessions but also the topics addressed and, in summary form, even the outcome. Periodically, and in particular at the end of the main sessions, Mr. Michele Barnier had an account published of the results achieved and the critical issues still unresolved, without going into individual details. In the meantime, in a special section of the European Union's website, the underlying documents of the negotiations and even the more advanced versions of the agreements provisionally reached on certain dossiers at the centre of the proceedings have been published⁵⁴.

⁵² For an introduction to the topic see: M. KENDRICK and G. SANGIULO, *Transparency in the Brexit negotiations. A view from the EU and the UK*, in *Federalismi.it*, 2017, vol. 15, p. 18 ff. See also: P. KOUTRAKOS, *On Transparency-but do not mention Brexit!*, in *European Law Review*, 2019, 587: «Viewed from this angle, whatever the outcome of this sad story, Brexit has shown us that the move from the transnational to the national does not necessarily entail more transparent decision-making».

⁵³ From this point of view, it appears to mean that the Commission is responsible for publishing in a special section of the website specific press releases related to the results of the individual negotiation tables. It can be consulted via the link: <https://ec.europa.eu/info/european-union-and-united-kingdom-forging-new-partnership/>. On citizen involvement, see: N. ATHANASIADOU, *Facilitating the Participation of EU Citizens in the Brexit Negotiation Process*, in T. CHRISTIANSEN and D. FROMAGE (eds), *Brexit and Democracy*, Berlin, 2019, 293-320.

⁵⁴ Documents available in the section https://ec.europa.eu/info/european-union-and-united-kingdom-forging-new-partnership/future-partnership/guide-negotiations_en. See, in particular, the draft text of the Agreement on the New Partnership with the United Kingdom – prepared by the Commission at the beginning of the negotiations and notified to the United Kingdom delegation – including the Foreign Policy, Security and Defence part of the draft

This transparent approach, which is also the result of experience during the TTIP and CETA negotiations⁵⁵, may have helped to maintain the cohesion of the 27 Member States and, more in general, the public opinion, given that during the negotiations in question, as in the previous one in view of the *Withdrawal Agreement*, no critical positions emerged with regard to the work of the Commission, which was thus able to speak with a single voice to its interlocutor until the final agreement is successfully reached⁵⁶.

It seems equally significant that the Members of the European Parliament⁵⁷, not dissimilar to the citizens of the Member States, have had access to the calendar of the negotiation sessions and, in summary form, to the results of the negotiations as reported on the Commission's website.

The experience of negotiating a new trade partnership between the European Union and the United Kingdom (the *Trade and Cooperation Agreement*), such as and perhaps more so than the achievement of the *Withdrawal Agreement*, could be a paradigmatic model for transparent negotiation in the future, at least in the area of international trade.

7. *Conclusions.*- The analysis of the practice of international law in general⁵⁸, and that referring specifically to negotiations with the involvement of the European Union, shows that the introduction of transparency in international negotiations still meets widespread resistance. It is, however, difficult to find a valid paradigm for any negotiation, given that the variables are numerous and important,

text. Operational guidelines to be held during the negotiations from an organisational and logistical point of view have also been published, such as the Guidelines approved on 25 October 2020 to speed up and simplify the negotiation procedures in order to complete them in the shortest possible time.

⁵⁵ On the change of approach, especially of the European Commission, see: P. TEREM and V. MULLER, *Transparency in EU Trade Negotiations: Parallels and Differences between TTIP and Brexit* (conference paper), *International Conference on European Integration*, 2018, 1514-1521.

⁵⁶ According to O. PATEL, *The EU and the Brexit Negotiations: Institutions, Strategies and Objectives*, in *UCL European Institute papers*, 2018, 6 : «In sum, the EU has used transparency as a negotiating tool to control the public narrative, exert control over the content of the negotiations, and put pressure on the UK. It has used it efficiently to expose the UK's difficulties, and to increase its bargaining power».

⁵⁷ On the role of the European Parliament, see C. CLOSA, *Inter-institutional cooperation and intergroup unity in the shadow of veto: the construction of the EP's institutional role in the Brexit negotiations*, in *Journal of European public policy*, 2020, 630 ff.

⁵⁸ In this vein, see also M. LIMENTA, *Open trade negotiations as opposed to secret trade negotiations: From transparency to public participation*, in *The New Zealand Yearbook of International Law*, 2012, 73 ff., dealing in particular with the lack of transparency of the so-called Trans-Pacific Partnership (TPP) negotiating process.

including, just to mention the most significant and recurrent, the attitude of the individual Contracting Parties, the object of the negotiation, and the geo-political context.

In the case of negotiations involving the European Union, there are further and peculiar profiles which increase the overall complexity. On the one hand, the mechanisms for the division of competences between the different institutions and, in some cases, between the European Union and its Member States come into play and, on the other hand, the synthesis of Member States national interests and the ways in which it is to be achieved are as delicate as they are controversial, especially in the so-called mixed agreements.

In this overall picture, characterised by constant and rapid evolution, there is a clear perception of a widespread demand for greater transparency in the conduct of international negotiations by the European Union. This call has been particularly supported by the European Parliament which, by invoking Article 218, paragraph 10, TFEU, in the last years has begun to exert and will continue to exert pressure on the negotiators (Commission and/or High Representative) to make public, insofar as possible, not only the manner and timing of the negotiations but also the results achieved and the position of the European Union with regard to them. This new role has become particularly evident and effective during the negotiation of trade agreements such as, in particular, TTIP, CETA, ACTA and TiSA. The transparent negotiation model, which led to the *Withdrawal Agreement* and to the *Trade and Cooperation Agreement* between European Union and the United Kingdom, could be replicated in future EU negotiations.

It is clear that the degree of transparency tends to be inversely proportional to the content of the negotiations when they concern aspects of the Common Foreign and Security Policy. On the other hand, it should be pointed out that, especially when the negotiations deal with issues directly involving the fundamental rights of individuals, the degree of transparency should even be higher, otherwise the outcome of the agreements reached may prove – as in the case of the well-known *EU-Turkey Statement* of 18 March 2016 – particularly disappointing and questionable⁵⁹.

⁵⁹ See Opinion A.G. Sharpston in *In 't Veld*, EU:C:2014:88, para 73: «Executive acts cover a wide range of different activities, including the negotiation and conclusion of international agreements. Where such activities concern matters that have an impact on EU citizens – in particular where they concern those citizens' fundamental rights – openness is an important part of the decision-making process. Transparency strengthens democracy allowing citizens to be informed and to participate in decision making. (49) In that respect, the considerations that apply to legislative acts are equally relevant to executive activities. That

True transparency, just like the mythological animal known as the chimera, is still elusive and feared by negotiators during negotiations. It could, however, usefully manifest itself in the real world if the documents related to the negotiations were made public in full and automatically, at least *ex post*, i.e. immediately after the entry into force of the agreement in question. This would allow negotiators to have a certain degree of confidentiality but not be induced to abuse it, knowing that, even at a later date, their positions would be made known to the public⁶⁰.

ABSTRACT

The Chimera of Transparency in European Union Negotiations on International Agreements

The analysis of the practice of international law in general, and that referring specifically to negotiations with the involvement of the European Union, shows that the introduction of transparency still meets widespread resistance. There is, however, a clear perception of a demand for greater transparency in the conduct of international negotiations by the European Union. This contribution analyses the various implications of transparency in the institutional system of the European Union, takes into account the growing role of the European Parliament – in particular in trade negotiations – and explains why the experience of negotiating a new trade partnership between the European Union and the United Kingdom, such as and perhaps

makes it difficult to justify applying a different standard of review to institutional acts based on how the institution's activity should be classified in a particular instance».

⁶⁰ The exception would prove the rule only on those occasions when express reference is made to state secrecy or its equivalent within the European Union, as expressed in Article 4(1)(a) of Regulation 1049/2001, which establishes that «The institutions shall refuse access to a document where disclosure would undermine the protection of the public interest as regards public security; defence and military matters; international relations; the financial, monetary or economic policy of the Community or a Member State», or Article 9, stating that «sensitive documents are documents originating from the institutions or the agencies established by them, from Member States, third countries or International Organisations, classified as "TRÈS SECRET/TOP SECRET", "SECRET" or "CONFIDENTIEL" in accordance with the rules of the institution concerned, which protect essential interests of the European Union or of one or more of its Member States in the areas covered by Article 4(1)(a), notably public security, defence and military matters», thus delaying, for a number of years, the publication of preparatory work. In this respect, see: E. DE CAPITANI, *European Union and State Secret: a regulatory framework still in full development*, in *Astrid*, 2010, 1-8. For aspects related to external relations see P. LEINO, *The principle of transparency in EU external relations law-Does diplomatic secrecy stand a chance of surviving the age of Twitter?* in M. CREMONA (ed.), *Structural Principles in EU external relations law*, Oxford, 2018, 201-223 and the extensive bibliography cited therein.

more so than the achievement of the *Withdrawal Agreement* and the *Trade and Cooperation Agreement*, could be a paradigmatic model for transparent negotiation in the future, at least in the field of international trade.

NOTE E COMMENTI

THE MYSTERIOUS ABDUCTION AND CONFINEMENT OF TWO PRINCESSES: A TENTATIVE ANALYSIS UNDER INTERNATIONAL LAW

ELENA CARPANELLI

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The UK High Court of Justice’s fact-finding judgment. – 3. Potential breach of international obligations. – 3.1. Exercise of sovereign enforcement powers in the territory of another State. – 3.2. Exercise of coercive measures against foreign ships at sea. – 4. Potential breach of human rights obligations. – 4.1. Applicable law and the definition of “enforced disappearance”. – 4.2. Positive and negative obligations. – 5. Attribution of the wrongful conducts. – 6. Legal consequences. – 7. Conclusive remarks.

1. In January 2020, the United Kingdom (UK) High Court of Justice (Family division) ruled in favour of the publication of a fact-finding judgment, issued on 11 December 2019, concerning the allegations, made by Princess Haya bint Al Hussein, that her former husband, His Highness Sheikh Mohammed bin Rashid Al Maktoum – the ruler of the Emirate of Dubai as well as Vice-President and Prime Minister of the United Arab Emirates (UAE) –, had intimidated her and had ordered and orchestrated the forcible return to Dubai of two of his older daughters, who have been deprived of their liberty and have been kept away from public sight ever since¹. Notably, in the fact-finding ruling, the family division judge underlined that the allegations made by the Princess «may well involve findings, albeit on the civil standard of behaviour, which is contrary to the criminal law of England and Wales, *international law, international maritime law, and internationally accepted human rights norms*»². Whereas the High Court referred to international law in general and to some of its branches in particular, it did not specify what the relevant norms are, nor did it examine their potential breach and the consequences thereof.

This contribution will take the cue from the abovementioned statement, and from the finding of facts contained in the judgment, to

¹ [2019] EWHC 3415 (Fam) (hereinafter also “fact-finding judgment”).

² Emphasis added. See fact-finding judgment, para. 29.

delve into the complex international legal issues underlying the case³. Despite its specificity and regardless of any debate concerning the truthfulness of the judicial findings, in fact, this case study brings legal issues of broader reach under the spotlight. Accordingly, after an assessment of the facts as reported in the UK High Court's fact-finding judgment (section 2) and a short discussion about the potential breach of other international rules relevant in the case at stake (section 3), the article will focus on the potential violation of human rights obligations binding on the States involved (section 4). It will then investigate attribution issues (section 5) and highlight further challenges related to the implementation of State responsibility (section 6).

2. After Her Royal Highness Princess Haya bint Al Hussein left Dubai to move to England on 15 April 2019, accompanied by her children, aged respectively 12 and 8 years old, their father, His Highness Sheikh Mohammed bin Rashid Al Maktoum, commenced wardship proceedings in the UK seeking their return to Dubai⁴. The mother counter-claimed requesting a forced marriage protection order, arguing that a plan existed to marry her daughter to the Crown Prince of Saudi Arabia. In the context of these proceedings, on 27 January 2020, the UK High Court of Justice (Family division) issued a judgment, later upheld by the Court of Appeal on 28 February 2020⁵, ruling in favour of the publication of previous decisions handed down by the same Court during the trial. As previously underlined, these included a fact-finding judgment concerning the allegations made by Princess Haya bint Al Hussein that the ruler of Dubai had ordered and orchestrated the forcible return to the United Arab Emirates of two of his elder daughters, that His Highness Sheikh Mohammed bin Rashid Al Maktoum had from his former wife. According to Princess Haya bint Al Hussein, the first, Princess Shamsa, was allegedly abducted from the streets of Cambridge in 2000, when she was 19 years old. The second, Princess Latifa, who is now 35 years old, was forcibly returned to Dubai after two unsuccessful attempts to flee, respectively

³ Since the alleged abductions at stake were not finalized to bring the two Princesses outside their country of habitual residence without the other parent's consent and, rather, in one case, did not even concern an underage individual, this contribution will not take into account private international law instruments concerning international child abduction.

⁴ [2020] EWHC 122 (Fam).

⁵ [2020] EWCA Civ 283.

in 2002 and 2018. On the second occasion, she was abducted from a yacht at sea, near the coast of India, and returned to Dubai⁶. Princess Haya contended that the treatment of her children's half-sisters was highly relevant for any determination on the future arrangements for contact between the minors and their father, who had meanwhile renounced to seek their return from England to Dubai, but nonetheless wanted to have regular contact with them.

In the fact-finding judgment, which contains a detailed account of the circumstances surrounding the alleged abduction of the two Princesses, the UK High Court of Justice found that the above-mentioned allegations were proved on the balance of probability. According to the judgment, consistent evidence supports the finding that, in early summer 2000, Princess Shamsa, while in England with her family, separated from them and sought immigration advice to stay in the country⁷. On 19 August 2000, after a few days spent in a hostel, she booked a night at a hotel in Cambridge but, on that day, she was taken in a car by three or four men who were working for her father and took her to his home in Newmarket, where she spent the night⁸. She was then flown by an helicopter to France and transferred onto a private jet, owned by her father, on which she was returned to Dubai⁹. One of the men orchestrating the transfer was the Director of Dubai Air Wing, a company that is normally used by government officials¹⁰. Although investigations were conducted in the aftermath of the abduction, they were soon halted after the Crown Prosecution Service refused permission for the detective in charge of the investigation in Cambridgeshire to visit Dubai to interview witnesses¹¹. Later on, the Foreign and Commonwealth Office (FCO) also denied a request for disclosure of information, under the Freedom of Information Act, concerning the UK investigation as the release could have undermined the relationship between the UK and the UAE¹².

⁶ Her failed attempt to escape attracted much media attention and was even the subject of a BBC documentary, *Escape from Dubai: The Mystery of the Missing Princess*, available at www.bbc.co.uk. The release of the fact-finding judgment also attracted media attention. See, e.g. *The Guardian's View on Dubai's Abducted Princess: Her Rights, Our Laws*, in *The Guardian*, 6 March 2020, available online.

⁷ *Ibid.*, para. 66.

⁸ *Ibid.*, para. 67.

⁹ *Ibid.*, para. 69.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*, para. 71.

¹² *Ibid.*, para. 57.

The fact-finding judgment also established, on the basis of witness accounts and a YouTube video recorded by Princess Latifa, that, in 2018, the latter was abducted after trying to escape from Dubai, where she complained she had been unlawfully detained and subject to inhumane and degrading treatment after her first attempt to run away in 2002 had failed¹³. On 24 February 2018, she left Dubai with a friend for Oman and then took a dinghy before being transferred onto the United States (US)-flagged Nostromo yacht, where another man and other crewmembers were waiting for her¹⁴. After they had sailed for eight days, on 4 March 2019, while the yacht was in international waters 30 miles away from Goa, Indian military forces, armed with guns and teargas, boarded it¹⁵. They were later replaced by members of the UAE army, who reached the yacht on Indian coastguard boats and took all those on board, with the exception of Princess Latifa, back to Dubai, where they were interrogated and forced to make false statements before being released¹⁶. Princess Latifa was later seen in Dubai, where she met a journalist in June 2019 and was visited several times by Princess Haya bint Al Hussein – who described her conditions as being akin to a prison – and once by the former UN High Commissioner for Human Rights, Mary Robinson, who was invited by the latter¹⁷.

The family judge's findings were based, *inter alia*, on the fact that the ruler of Dubai did not deny the allegations concerning the events at stake, arguing, however, that the search for his daughters and their "rescue" were motivated by his concerns for them: in the case of Princess Shamsa's abduction, because she was underage according to UAE law at the time of her attempted escape¹⁸; and in the case of Princess Latifa's abduction, because she had been allegedly manipulated and abducted by a man called Hervé Jaubert, who was with her on the vessel, and possibly others¹⁹.

¹³ *Ibid.*, paras 127-136. The full video is available on www.youtube.com.

¹⁴ *Ibid.*, para. 102.

¹⁵ *Ibid.*, para. 104.

¹⁶ *Ibid.*, paras 105-110.

¹⁷ *Ibid.*, paragraphs 117-122. On this controversial visit, after which the former High Commissioner for Human Rights denied the ill-treatment of Princess Haya see, *ex multis*, *Robinson's Visit to Dubai in Spotlight after UK Court Ruling*, available at www.irishtimes.com.

¹⁸ *Ibid.*, para. 59.

¹⁹ *Ibid.*, para. 131.

Finally, with respect to both Princesses, the family division judge established that they were deprived of their liberty following their return to Dubai²⁰. In doing so, he relied on Princess Latifa's account concerning the fate of her sister and on the fact that Latifa had never again communicated with a close friend after the events on board the *Nostromo* had taken place²¹. The judge also placed value on the fact that the father had never denied the confinement of Princess Latifa, but rather argued that special arrangements had been made to her benefit²². Thus, he refused to give weight to the UAE ruler's claims, also expressed in a letter sent to the United Nations (UN) Working Group on Enforced or Involuntary Disappearance (UNWGEID), that Princess Latifa had never been arrested, detained or disappeared²³, and to her siblings' assertions, that she had never been ill-treated²⁴.

As will be seen in the sections that follow, the events reported in the fact-finding judgment call for a reflection on an alleged breach of the international obligations of the States involved, thus falling, for instance, under the definition of enforced disappearance, and whether those acts are attributable to them. So far, these issues have not been examined by the UK judiciary. The UNWGEID has sought clarification from the UAE as to whether Princess Latifa remains alive and well, whether she is being detained and what investigations have been undertaken into her disappearance²⁵. Given the lack of official information concerning the status of Princess Latifa after an initial reply, on 6 April 2021 the UNWGEID – together with the Working Group on Arbitrary Detention, the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, and the Working Group on discrimination against women and girls – requested to the UAE further information and assurances of her well-being²⁶. On 6 May 2021, the UNWGEID

²⁰ *Ibid.*, paras 137-141.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*, para. 138.

²³ *Ibid.*, para. 124. The text of the UAE's response to the UNWGEID, which refers to the family's allegations and the family allegations referring to a presumed execution (Doc. ARE 3/2018 of 6 December 2018) are both available at: <https://spcommreports.ohchr.org>.

²⁴ *Ibid.*, para. 138.

²⁵ Following the UAE Government's response, the Working Group decided to clarify her case. See UNWGEID Report 2021, UN Doc. A/HRC/WGEID/122/1, 8 December 2020, par. 157.

²⁶ Doc. ARE 2/2021, 6 April 2021.

informed that the UAE Government had responded to its request, but decided to postpone the publication of the document²⁷.

3. The circumstances established by the family division judge suggest the involvement – albeit in different ways – of several States in the abduction of the two Princesses and their subsequent captivity. Accordingly, even though these findings are incidental to family proceedings concerning wardship of other children and can hardly be considered conclusive as far as the alleged treatment of the two Princesses is concerned, one may speculate on the international responsibility of those States. This requires an assessment of, first, whether the relevant acts and omissions constitute a breach of their international obligations and, second, whether they are attributable to them under international law²⁸. Whereas the facts at stake are relevant especially from the perspective of international human rights law²⁹, the conduct of the States concerned also casts doubt over the potential breach of several other international obligations, which are worth mentioning, albeit briefly.

3.1. It is unquestionable that the abduction of Princess Shamsa on UK soil violated this State's sovereignty. Under general international law, in fact, a State that exercises power in the territory of another State, without its consent, would violate its sovereignty, in breach of international law. The Security Council's condemnation of Mossad's abduction of Adolf Eichmann in Argentina, and the consequent request to Israel to make appropriate reparations, is just one example of how forcible abductions in foreign territory violate, in principle, State's sovereignty³⁰.

Remarkably, this applies also when a State exercises law enforcement powers in the territory of another State. As has been recently recalled with respect to the arbitrary killing of the journalist Jamal Khashoggi by Saudi agents in the US Embassy in Turkey in 2018, customary law prohibits, in fact, States from exercising enforcement jurisdiction in another State's territory, that is sending

²⁷ See information available on the website of the UNWGEID, at <https://spcommreports.ohchr.org/TmSearch/Results>.

²⁸ Art. 2 of the 2001 International Law Commission Draft Articles on the Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts (hereafter also 'ILC Draft Articles').

²⁹ See *infra*, para. 4.

³⁰ Security Council, Resolution 138 (1960) of 23 June 1960.

their agents to the territory of another State to execute their own laws or policies³¹. It follows that, in the absence of the consent of the UK (which would preclude wrongfulness), the abduction of Princess Shamsa, which was conducted on the latter's territory, would have breached UAE's international obligations, even if it was aimed at executing its own law (for instance, if the latter grants custody of an underage children to the father).

Whether the same forcible abduction amounted to an extraterritorial use of force by one State – the UAE – against people located in the territory of another State – the UK–, in breach of the prohibition on the use of force, is controversial. Such a prohibition – as embedded in Art. 2(4) of the UN Charter³², is generally believed to cover only physical force that engages international relations and surpasses a certain gravity threshold³³. Abductions of individuals in another State's territory would not reach such a threshold and, therefore, would fall outside of the scope of application of the prohibition on the use of force³⁴. Some scholars contest, however, such an assumption arguing that State practice would support a more cautious stand with respect to the *de minimis* threshold³⁵. According to

³¹ S. RATNER, *The Khashoggi Murder: How Mohammed Bin Salman Underestimated International Law*, in *Lawfare*, 22 October 2018, available online.

³² Charter of the United Nations, adopted in San Francisco on 26 June 1945, entered into force on 24 October 1945, 1 UNTS XVI.

³³ See, among many, M.E. O'CONNELL, *The Prohibition on the Use of Force*, in N.D. WHITE, C. HENDERSON (eds.), *Research Handbook of International Conflict and Security Law*, Cheltenham, 2013, 102; C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Padova, 2013, 1772; C. HENDERSON, *The Use of Force and International Law*, Cambridge, 2018, 65 ff.

³⁴ *Ibid.*, 67. See also Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, *Report*, September 2009, vol. II, 242, footnote 49.

³⁵ T. RUYTS, *Armed Attack and Article 51 of the UN Charter*, Cambridge, 2010, 12-13; ID., *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 International Law*, 2014, 195. On this controversial issue see also E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, IV ed., Torino, 2018, 29 and N. RONZITTI, *Diritto internazionale*, VI ed., Torino, 2019, 442-443. See also, more generally, the International Law Association's *Final Report on Aggression and the Use of Force*, 2018, where it was stated that: «A further question is whether there is any threshold of seriousness below which a use of force does not fall within the Article 2(4) prohibition. While it has been claimed that there is a *de minimis* threshold, there is no conclusive evidence to support either this or the contrary view. Cases in which States did not claim a violation of Article 2(4) do not necessarily prove that an incident was below the force threshold, but may simply indicate a political decision not to invoke a violation of Article 2(4). There may also be law enforcement activities such as the enforcement of a State's fisheries jurisdiction, kept within a limit of reasonableness and necessity, which do not qualify as a use of force for the purposes of Article 2(4). Of course, a law enforcement situation may evolve into one involving a prohibited use of force. It may be that the differentiation in these cases should be based on the level of force or the nature of force» (at 5). For a commentary on this

such a view, the exclusion of minimal uses of force cannot rely, for instance, on the lack of reference to an alleged violation of the prohibition on the use of force by the affected State, given that omissions, although integrating State practice, are often ambiguous and can have several reasons³⁶. The aforementioned abduction of Eichmann, which Argentina did not condemn as a violation of Art. 2(4) of the UN Charter, would be an example in this respect, as Argentina had several motives to remain silent, including possible allegations concerning its own responsibility for hosting a Nazi criminal³⁷. The territorial State on which a small operation takes place can, moreover, refuse to condemn a violation of the prohibition on the use of force due to its consent or involvement in it, as arguably has occurred in cases of extraordinary renditions or targeted killings, or not to hinder its friendly relations with the intervening State³⁸. As a consequence, the view that targeted operations in the territory of another State would remain outside the scope of Art. 2(4) of the UN Charter would not find support in State practice and, rather, the application of this rule would extend to «any deliberate projection of (potentially) lethal force onto the territory of another State, even if not targeting the State itself»³⁹. That being the case, only self-defence could preclude the wrongfulness of the use of force; yet, such circumstance would not be applicable in the specific case at stake, lacking a previous instance of an armed attack⁴⁰.

This doctrinal debate notwithstanding, the lack of sufficient factual evidence concerning the presence of armed people in the abduction perpetrated in Cambridge could alone cast doubt over the existence of a «deliberate projection of (potentially) lethal force» in the case at stake.

Report see the guest editorial by N. LUBELL, M. WOOD, *The ILA's Report on Aggression and the Use of Force*, in *Journal on the Use of Force and International Law*, 2019, 4-11.

³⁶ T. RUYSS, *The Meaning of "Force"*, cit., 168.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, 169-170.

³⁹ *Ibid.*, 197.

⁴⁰ See Art. 51 of the UN Charter and Art. 21 of the ILC Draft Articles. The same conclusion would apply even if the violation of the use of force triggering the invocation of "self-defence" is not intended narrowly. On the concept of self-defence and the debate concerning its meaning see, among many, C. FARHANG, *Self-defence as Circumstance Precluding the Wrongfulness of the Use of Force*, in *Utrecht Law Review*, 2015, 1-18; C. GRAY, *International Law and the Use of Force*, IV ed., Oxford, 2018, 134 ff.; F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, V ed., Milano, 2019, 242 ff.

3.2. The abduction of Princess Latifa by Indian and UAE military forces raises a further issue, namely that of the legality of coercive measures against foreign ships at sea. According to the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)⁴¹, in the absence of the flag-State consent, enforcement actions on the high seas are allowed only in exceptional situations, such as in case the vessel engages in piracy or slave trade⁴². It follows that law enforcement operations that do not fall within the scope of application of any of these exceptional situations constitute a breach of the international obligations enshrined therein.

The 2018 abduction of Princess Latifa, which occurred on a US-flagged boat on the high seas, did not fall into any of the exceptions provided for in UNCLOS. It was therefore apparently inconsistent with treaty obligations binding on India⁴³. The UAE is not a party to UNCLOS, but the norms on law enforcement on the high seas are generally considered to reflect well-established customary rules of international law⁴⁴.

One could also wonder whether the characterization of the conduct at stake as a use of inter-state force could moreover translate into a violation of Art. 2(4) of the UN Charter and Art. 301 of UNCLOS. In this respect, it has been held that «unless there is a possible nexus to one of the jurisdictional grounds for enforcement action mentioned in the [UNCLOS] convention, forcible action against (...) vessels on the high seas normally comes within the ambit of UN Charter Article 2(4)»⁴⁵. Yet, this assumption will once again trigger the debate over the *de minimis* threshold. As a result, whether the abduction on the high seas, which the fact-finding judgment found to be undertaken by armed military individuals, also breached the prohibition on the use of force depends on whether one believes that even minimal operations fall within its scope.

⁴¹ Montego Bay, 10 December 1982, entered into force on 16 November 1994, 1833 UNTS 397.

⁴² *Ibid.*, Articles 100-111.

⁴³ India ratified UNCLOS on 29 June 1995.

⁴⁴ See J. ASHLEY ROACH, *Today's Customary International Law of the Sea*, in *Ocean Development and International Law*, 2014, 248 ff. The fact that the UAE is a signatory of UNCLOS is also relevant. According to Art. 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (Vienna, 22 May 1969, entered into force on 27 January 1980, 1155 UNTS 331) a State that has signed a treaty is obliged to refrain from acts which would defeat the object and the purpose of a treaty.

⁴⁵ T. RUYS, *The Meaning of "Force"*, cit., 208.

But what if one accepted the argument that Princess Latifa had previously been abducted and held for ransom, which the family judge seemingly discarded? Would this be a legitimate exception?

Whether rescue operations to free national hostages abroad, without the consent of the territorial (or the flag) State, are an acceptable exception to the prohibition on the use of force is, again, the object of a debate⁴⁶. The “protection of nationals” doctrine supports the view that a State may intervene in other States if it is protecting its own nationals, provided that they are in imminent danger, the territorial State is unable to rescue them, and the action is strictly meant to free them⁴⁷.

Those who argue in favour of the lawfulness of such an exception, affirm, however, that States’ right to rescue their own nationals is not unlimited⁴⁸. Its characterization as a type of self-defence would trigger, for instance, the application of the necessity, immediacy and proportionality requirements⁴⁹. Yet, this “assimilation” may be rejected for rescue operations related to hostage-taking at sea, in light of the latter being a less grave form of the use of force, not amounting to an “armed attack” as per Art. 51 of the UN Charter, and due to the difficulties of attributing hostage-taking to the flag State⁵⁰. In a similar way, the plea of necessity would require that the action taken did not impair the essential interest of another State or of the international community as a whole⁵¹. Again, however, such a circumstance would not arise in the case of hostage-taking at sea, as the latter arguably does not amount to a situation of grave and imminent peril for the essential interests of the State of nationality of the hostage⁵².

In any case, limits to the use of force for hostage rescue stem also from international human rights law. According to human rights

⁴⁶ See, e.g., N. RONZITTI, *Rescuing National Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1985; K. E. EICHENSEHR, *Defending Nationals Abroad: Assessing the Lawfulness of Forcible Hostage Rescues*, in *Virginia Journal of International Law*, 2008, 451-484.

⁴⁷ See, e.g., T. RUYS, *The ‘Protection of Nationals’ Doctrine Revisited*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2008, 233-271.

⁴⁸ *Ibid.*, 484.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ M.C. NOTO, *Hostage-Taking Rescue Operations at Sea. Duties and Limits under International Law and Human Rights Protection*, in A. DI STEFANO (a cura di), *Un diritto senza terra? Funzioni e limiti del principio di territorialità nel diritto internazionale e dell’Unione europea*, Torino, 2015, 545-569.

⁵¹ ILC Draft Articles, Art. 25.

⁵² M. C. NOTO, *op. cit.*, 545 ff.

monitoring bodies, in order not to impinge on the enjoyment of the right to life, force can be used to rescue individuals only if it is necessary, proportionate and precautionary measures have been set in place⁵³. Moreover, negotiations can be a way for the State to meet its human rights obligations, as they could help in saving the life of the hostage⁵⁴.

In the case at stake, it is doubtful whether the “rescue” operation met the conditions for it to be lawful. There is no evidence, for instance, that the flag-State was unable or unwilling to intervene or the use of force was undertaken respecting the limits stemming from international human rights law (given the absence, *inter alia*, of any negotiations between the States concerned).

4. While the facts at stake, as reported in the judgment, raise issues in terms of breach of several international rules, the alleged violation of the Princesses’ human rights appears to be the crux of the matter and the most challenging aspect. Contentious issues concern the substance of the law applicable to the case, but also compliance with procedural obligations.

4.1. The UNWGEID and the UN Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, in their joint letter sent to the UAE in December 2018 following the communication they received about the alleged abduction of Princess Latifa, noted that: «any person deprived of his or her liberty shall be held in an officially recognized place of detention and, in conformity with national law, be brought before a judicial authority promptly after detention to determine the grounds and legality of his/her detention. Accurate information on the detention of such persons and their place or places of detention, including transfers, shall be made promptly available to their family members, their counsel or to any other persons having a legitimate interest in the information unless a wish to the contrary has been manifested by the persons concerned»⁵⁵. This is provided for in the United Nations Declaration on the Protection of All Persons from

⁵³ *Ibid.* See also S. GALANI, *Terrorist Hostage-Taking and Human Rights: Protecting Victims of Terrorism under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2019, 149-171.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ See again Doc. ARE 3/2018.

Enforced Disappearance (Art. 10)⁵⁶, which was mentioned also in the letter sent by the UNWGEID and other special procedures to the UAE Government on 6 April 2021, and, albeit in different terms, in the International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance (Art. 17)⁵⁷, which more generally prohibits the «arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law» (Art. 2)⁵⁸.

Arguably, the events reported in the fact-finding judgment meet in principle all three elements of an enforced disappearance⁵⁹: a deprivation of liberty against the will of the person; the involvement of governmental officials, at least indirectly; the denial that a deprivation of liberty took place or the concealment of the fate and whereabouts of the victim. As far as this last element is concerned, the facts reported in the UK High Court's judgment lead us to assume that, even if there was no denial of the deprivation of liberty, there was concealment of the fate and whereabouts of the two Princesses. The motive of the perpetrator is therefore irrelevant in qualifying the crime of enforced disappearance as such and to trigger the State's responsibility, as long as the previous elements are met.

One point of debate could be however whether the fact that Princess Latifa has been seen in public a few times lately and that some information has started being released concerning her fate

⁵⁶ General Assembly, *Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, adopted on 18 December 1992.

⁵⁷ New York, 20 December 2006, entered into force on 23 December 2010, 2716 UNTS 3.

⁵⁸ Art. 3 of the Convention requires furthermore that States parties investigate and bring to justice those responsible even where the acts concerned were committed without tolerance, acquiescence or the support of the State.

⁵⁹ On the subject of enforced disappearance see, *inter alia*, G. CITRONI, T. SCOVAZZI, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden, 2007; L. OTT, *Enforced Disappearance in International Law*, Cambridge-Antwerp, Portland, 2011; and M. LOT VERMEULEN, *Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012. On the work of the United Nations Committee on Enforced Disappearance see, in particular, G. CITRONI, *The First Years of the United Nations Committee on Enforced Disappearances: Achievements and Future Challenges*, in *Réciprocité et universalité: sources et régimes du droit international et des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur de Professeur Emmanuel Decaux*, Paris, 2017, 391-409.

(including in the response to the UNWGEID's requests for information) may prevent her from being considered a victim of enforced disappearance. Two sets of considerations are relevant in this respect. First, while she was seen in public, information concerning her whereabouts – and, more generally, her fate – continued to be scarce and allegations have been repeatedly advanced that she was deprived of her liberty. Second, it has been argued that each practice of secret detention would amount to a case of enforced disappearance, irrespective of any temporal requirement⁶⁰. The UNWGEID has indeed consistently recognized that there is no time limit for an enforced disappearance to occur⁶¹.

Yet, the UN Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance is not legally binding *per se* and none of the States involved in the case is a party to what would be the most relevant human rights treaty applicable to the present case, namely the Convention on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance. However, the Declaration itself is considered to enshrine customary law on enforced disappearance⁶². Moreover, it has been argued that the prohibition of enforced disappearance and the corresponding obligation to investigate would amount to a customary norm of *jus cogens*⁶³.

⁶⁰ See G. CITRONI, *Short-Term Enforced Disappearance as a Tool of Repression*, in *SidiBlog*, 13 June 2016, available online.

⁶¹ Human Rights Council, *Report of Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, UN Doc. A/HRC/39/46, of 30 July 2018, para. 143. See also UN Committee on Enforced Disappearances in its views on the case *Yrusta v. Argentina* of 11 March 2016, CED/C/10/D/1/2013 of 12 April 2016.

⁶² In this sense, see Human Rights Council, Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, *Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances on its mission to Peru*, UN Doc. A/HRC/33/51/Add.3 of 8 July 2016, para. 3.

⁶³ See, e.g., Inter-American Court of Human Rights, judgment of 22 September 2006, *Goiburú and others v. Paraguay*, Series C No. 153, para. 84. On this aspect see A. A. CANÇADO TRINDADE, *Enforced Disappearances of Persons as a Violation of Jus Cogens: The Contribution of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*, in *Nordic Journal of International Law*, 2012, 507-536; N. KYRIAKOU, *The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance and its Contribution to International Human Rights Law, With Specific Reference to Extraordinary Rendition*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2012, 15; J. SARKIN, *Why the Prohibition of Enforced Disappearance Has Attained the Status of Jus Cogens in International Law?*, in *Nordic Journal of International Law*, 2012, 537-584. On the customary norm of the prohibition of enforced disappearance in time of armed conflict see also J-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge, 2005, reprinted with corrections in 2009, Rule 98, available at: www.icrc.org. As it is well known, if part of a widespread or systematic attack against any civilian population, enforced disappearances could also amount to crimes against humanity. See Art. 7 of the

The UK and India have also ratified the International Covenant on Civil and Political Rights⁶⁴ and the UK is a party to the European Convention on Human Rights⁶⁵. Both these instruments have been interpreted by human rights monitoring bodies – albeit with some divergences with regard to which fundamental human rights and freedoms would be violated by such practice and the applicable burden of proof – as prohibiting enforced disappearance, the latter being a continuous violation of many rights protected thereunder, such as the right to personal liberty, the right of the disappeared and of his or her relatives not to be subjected to torture or other ill-treatment, the right to recognition as a person before the law, and the right of all persons deprived of their liberty to be treated with humanity and with respect for the inherent dignity of the human person⁶⁶. Enforced disappearance also violates or constitutes a grave threat to the right to life and places on States parties an obligation to investigate or prosecute those responsible.

The UAE is instead a party to the Arab Charter of Human Rights⁶⁷, which protects most of the above-mentioned rights, such as the right to liberty (Art. 8) and the right not to be subjected to torture and other ill-treatment (Art. 13).

Remarkably, even if international human rights norms allow restrictions to the enjoyment of certain rights, such as the right to liberty and security, they imply specific requirements – *i.e.* that the deprivation of liberty should not be arbitrary and must be carried out with respect to the rule of law⁶⁸ – that seems to have hardly been the reality in the case at stake. The justifications raised for the abduction and confinement of the two Princesses – their being underage according to domestic law or victims of an alleged abduction – do not amount *per se* to grounds for permissible restrictions to their right to liberty and security and do not legitimate a deprivation of liberty not

Statute of the International Criminal Court (Rome, 17 July 1998, entered into force on 1 July 2002, 2187 UNTS 3). This hypothesis will however not be taken into account in the present contribution given that the case at stake does not refer to a widespread or systematic attack against a civilian population.

⁶⁴ New York, 16 December 1966, entered into force on 23 March 1973, 999 UNTS 171.

⁶⁵ Rome, 4 November 1950, entered into force on 3 September 1953, ETS No. 005.

⁶⁶ See, among many, Human Rights Committee, *Sarma v. Sri Lanka*, *Communication No. 950/2000*, CCPR/C/78/D/950/2000 of 16 July 2003; European Court of Human Rights, judgment of 25 May 1998, *Kurt v. Turkey*.

⁶⁷ Tunis, 22 May 2004, entered into force on 15 March 2008.

⁶⁸ See, e.g., Human Rights Committee, *General Comment No. 35 - Article 9 (Liberty and security of person)*, CCPR/C/GC/35 of 16 December 2014.

undertaken on the basis of the law or according to the procedure set by the law. Rather, one may even argue that, under international human rights law, States are under an obligation to adopt enhanced protective measures for minors. In a case involving minors, the responsibility of the State should indeed be considered “aggravated”, because of the circumstances and vulnerability of the victims⁶⁹.

4.2. There are negative and positive obligations stemming from the recalled international human rights rules. Negative obligations require States not to make someone forcibly disappear or, more generally, to arbitrarily deprive him/her of his/her liberty. In the case at stake, the UAE (and, possibly, India for the time in which Princess Latifa was in custody on the Nostromo vessel) seemingly breached these obligations.

Yet, while no problem arises with respect to the conduct undertaken in the UAE’s territory, more doubts could arise with respect to acts undertaken in the UK and on the Nostromo vessel. The extra-territorial reach of the reported obligations could nonetheless be asserted on the grounds of both the personal model⁷⁰ (as the UAE would exercise authority and control over the two Princesses) and of the so-called functional approach, which requires States to protect human rights when they can do so (in the case at stake, the UAE could ensure the protection of the two daughters’ rights)⁷¹. A relevant precedent in this respect, although under a system of regional human rights protection that would not be directly relevant for the UAE, is the European Court of Human Rights’ findings with respect to USA authorities’ responsibility for human rights violations perpetrated in European territory in the context of the extraordinary renditions programme⁷².

States also have positive obligations, including the duty to prevent human rights violations affecting individuals under their jurisdiction and the duty to investigate and punish such violations. As

⁶⁹ See, for instance, Art. 7(2) of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance.

⁷⁰ M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*, Oxford, 2011, 118 ff.

⁷¹ Y. SHANY, *Taking Universality Seriously: A Functional Approach to Extraterritoriality in International Human Rights Law*, in *Law & Ethics of Human Rights*, 2013, 47-71.

⁷² See European Court of Human Rights, judgment of 24 July 2014, *Al Nashiri v. Poland*, para. 516 and *Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland*, judgment of 24 July 2014, para. 511. For comment see, *inter alia*, M. SCHEININ, *The ECtHR Finds the US Guilty of Torture - As an Indispensable Third Party?*, in *EJIL:Talk!*, 28 July 2014, available online.

it has been underlined by the Human Rights Committee, «under the obligation to protect, States must act with due diligence to protect against actions by a Third Party that may infringe on a person's human rights»⁷³. State responsibility may be invoked in this case even with respect to the obligation to provide protection from acts by foreign States, regardless of whether they acted with the acquiescence or agreement of the hosting State⁷⁴. In the case at stake, the UK (and possibly the USA as the flag-State of the Nostromo vessel) had an obligation to protect the individuals (*i.e.* the Princesses, but also the other people on board of the vessel) under their territorial or quasi-territorial jurisdiction by the acts of a foreign State, regardless of whether they were in agreement with it or not. Compliance with such an obligation depends on whether they know or ought to know that there was a threat and did not do all that could be reasonably expected of them to avoid the violations. Yet, the fact-finding judgment does not provide sufficient evidence that the UK (or the USA) knew or ought to have known of the upcoming enforced disappearances.

Positive preventive obligations also include the prohibition of surrendering a person to another State where there are substantial grounds to believe that she or he could be subjected to enforced disappearance⁷⁵. Human rights bodies have already found, especially in the aforementioned context of extraordinary renditions, that States parties to human rights treaties violated their human rights obligations by surrendering individuals to States where they would have been at risk of being subjected to enforced disappearance⁷⁶. In this respect, it is plausible that India violated its international human rights obligations by handing over Princess Latifa to UAE authorities.

Positive obligations stemming from the human rights norms at stake also impose a duty to investigate and prosecute serious

⁷³ See, for instance, Human Rights Committee, *General Comment No. 36 – Article 6: right to life*, CCPR/C/GC/36 of 3 September 2019, paras 57-58.

⁷⁴ Human Rights Committee, *Concluding Observations: Poland*, CCPR/C/POL/CO/6 of 15 November 2010, para. 15.

⁷⁵ See, for instance, Art. 16 of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance; Committee against Torture, *General Comment No. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of Article 22 of 9 February 2018*, para. 29. See also Art. 8 of the United Nations Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance.

⁷⁶ See, for instance, European Court of Human Rights [GC], judgment of 13 December 2012, App. No. 39630/09, *El Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, paragraphs 239-240.

violations of human rights⁷⁷. While no information is given in the fact-finding judgment on whether the USA investigated the enforced disappearance of Princess Latifa, the UK undertook investigations on the enforced disappearance of Princess Shamsa. However, they were soon suspended after the request of the principal investigator to go to Dubai to interview witnesses was denied by the Crown Prosecution Office. In light of that, whether the UK complied with its obligation to investigate and prosecute may be doubtful.

Finally, States also have a duty of international cooperation in investigations, particularly when the latter concern alleged crimes under international law, such as extrajudicial execution or enforced disappearance⁷⁸. While the fact-finding judgment did not discover evidence that the UAE exercised pressure on the UK not to allow the continuation of investigations in Dubai, if this circumstance was ever proved, the UAE could arguably be held responsible for lack of cooperation in the investigations.

5. a) *Direct responsibility for the conduct of State organs acting in their official capacity.*- According to customary international law, a State incurs direct responsibility for the acts of its organs acting in breach of an international obligation of that State in their official capacity, even if they acted *ultra vires*⁷⁹. Direct State responsibility does not arise, instead, if the conduct of its organs is so removed from the scope of their official functions to be assimilated to that of private individuals⁸⁰.

The facts at stake call into question such a general rule and, more specifically, whether and when acts committed by State officials for the fulfillment of private reasons may be considered to have been undertaken in their official capacity⁸¹. According to the fact-finding judgment, indeed, the abduction of the two Princesses and their arbitrary confinement in Dubai were orchestrated by the Prime

⁷⁷ See Articles 13-16 of the United Nations Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance and Articles 8-12 of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance. See also N. ROHT-ARRIAZA, *State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law*, in *California Law Review*, 1990, 451-513.

⁷⁸ Inter-American Court of Human Rights, judgment of 29 November 2006, *La Cantuta v. Peru*, Series C No. 162, para. 160. See also Articles 14-15 of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance.

⁷⁹ *Ibid.*, Articles 4-7.

⁸⁰ *Ibid.*, Commentary, 7.

⁸¹ J. CRAWFORD, *State Responsibility. The General Part*, Cambridge, 2013, 136 ff.

Minister and Vice-President of the UAE and were likely undertaken or facilitated by other State organs, *de jure* – e.g. the UAE military being involved in the “capture” of princess Latifa – or *de facto* – e.g. individuals that abducted Princess Shamsa acting on instructions by the Dubai’s ruler⁸². Yet, these actions were allegedly carried out due to a father’s concerns for his daughters’ fate.

Whereas these circumstances suffice *per se* to argue that these actions lay outside the competence of the organs involved according to municipal law, less clear is whether they were conducted in a private capacity. According to the Arbitral Tribunal’s judgment in the *Mallén* case, the motives for which an organ acts do not have a crucial role when it comes to attributing his or her conduct to the State⁸³. To the contrary, the responsibility of the State is engaged when the organ acts under the cover of its status and uses means at its disposal on account of it⁸⁴. If applied to the case at hand, this assumption means that, even if the organs abducted and confined the two Princesses for private reasons – a circumstance that could be claimed, so far, only with respect to the Dubai’s ruler –, the direct responsibility of the UAE will anyhow be triggered. The UK High Court’s judgment suggests, indeed, that those involved acted under the cover of their status and using the means at their disposal on account of it, such as the Dubai Air Wing and firearms. It is therefore plausible that the abduction and confinement of the two Princesses is attributable to the UAE.

Remarkably, the letters that UNWGEID and other special procedures addressed to the UAE Government asking for clarification on what had occurred on the Nostromo vessel and in Dubai later on seems to have implicitly confirmed this conclusion, at least with reference to acts surrounding the abduction and confinement of Princess Latifa⁸⁵.

⁸² On the notion of *de facto* organs see, *inter alia*, P. PALCHETTI, *De Facto Organs of a State*, in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, July 2017.

⁸³ See American-Mexican General Claims Commission, arbitral award of 27 April 1927, *Francisco Mallén (United Mexican States) v. United States of America*, in *Reports of International Arbitral Awards*, vol. IV, 177.

⁸⁴ See French-Mexican Claims Commission, decision of 13 June 1929, *Gustave Caire (France) v. United Mexican States*, in *Reports of International Arbitral Awards*, vol. V, 516.

⁸⁵ Doc. ARE 3/2018 cit. See also Human Rights Council, Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, *Communications, cases examined observations and other activities conducted by the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances*, UN Doc. A/HRC/WGEID/115/1 of 16 August 2018, paras 115-116.

Yet, it has been noted that, despite debates about the criteria that should allow establishing if an individual acted in its official capacity, «the criterion which is most used (...) is the one of ‘apparent authority’»⁸⁶, that refers to «the legitimate expectations of the aggrieved when confronted with the situation»⁸⁷. In this sense, it is questionable whether the individuals involved in the case at stake had the legitimate expectation that those involved acted in their official capacity.

b) Direct responsibility for conduct of private individuals acting on the State’s instructions or under its direction or control.- As stated above, from the fact-finding judgment it seems that at least the abduction of princess Shamsa was conducted by individuals whose formal collocation within the organization of the State is to be doubted or, at a minimum, is unclear⁸⁸. This begs the question if their conducts could engage the UAE State’s responsibility and, in the affirmative, on which grounds. As anticipated earlier, under certain circumstances the acts of private individuals, which are not *de jure* organs, might nonetheless be attributed to the State. Pursuant to the rule of customary law set out in Art. 8 of the ILC Draft Articles, this occurs when a «(...) person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct»⁸⁹. As noted by R. Kolb, this might happen, for instance, when private individuals are mandated for operating an abduction abroad⁹⁰, such as in the case at stake.

In order for attribution to be established in a practical setting, it should be proved, however, that instructions were given and/or the effective control was exercised in respect of the specific operation

⁸⁶ R. KOLB, *The International Law of State Responsibility: An Introduction*, Cheltenham, 2017, 86.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ This matter should require taking into account not only evidence, but also internal law. As per Art. 4.2 of the ILC Draft Articles: «An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State». On this aspect see, among others, R. KOLB, *op. cit.*, 76 ff.

⁸⁹ Another type of situation that engages the State responsibility for acts of its *de facto* organs is that provided for in Art. 9 of the ILC Draft Articles, which refers to the case in which «a person or group of persons is in fact exercising elements of governmental authority in the absence or default of the official authorities».

⁹⁰ R. KOLB, *op. cit.*, 79.

which led to the alleged violation of the State's obligations⁹¹. While the fact-finding judgment does not delve into this specific aspect, it is likely that the UAE was aware of the ongoing alleged abduction as the individuals involved responded directly to the State's Vice-President and the abduction itself was the purpose of the operation.

c) *Direct responsibility for the conduct of another State's organs*.- Another challenging aspect is whether the UAE also incurred direct responsibility for the conduct of Indian armed forces, in breach of the UAE's international obligations, during the abduction of Princess Latifa on the high seas. Pursuant to customary law on State responsibility, the conducts of the organs of a State that are placed at the disposal of another State and temporarily act for its benefit and under its authority are attributable to the latter⁹². "Disposal" means that the organs of a State must be appointed to perform the functions of another State and act in conjunction with the machinery of the latter⁹³. The question thus arises: were the Indian armed forces' actions attributable to the UAE in the case at stake? The answer depends on whether Indian armed forces were effectively "loaned" to the UAE, albeit temporarily, exercised elements of UAE's governmental authority, and acted under the authority, with the consent and for the purposes of the UAE⁹⁴. The fact-finding judgment does not provide evidence neither on existing arrangements concerning Indian armed forces nor on the links between them and the UAE, which would allow establishing whether they were placed at its disposal and acted under its authority. Assuming, for the sake of this contribution, that no agreement existed for these forces to exercise the UAE's functions or that they acted under the control and direction of India, the latter would incur direct responsibility for their actions in breach of its international obligations. Moreover, as noted, the aforesaid rule is exceptional and does not prevent dual attribution in cases where the organs are not fully transferred to the receiving State – that is when

⁹¹ See, *inter alia*, International Court of Justice, judgment of 26 February 2007, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, para. 400 (where the Court contextually rejected the so-called "overall control" test to determine State responsibility). See also A. CASSESE, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, in *European Journal of International Law*, 2007, 649-668.

⁹² ILC Draft Articles, Art. 6.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ See again J. CRAWFORD, *op. cit.*, 135.

the sending State keeps some control on them – or when they act as organs of two States at the same time⁹⁵. Therefore, it is highly probable in the case at stake that India could be responsible, either alone or together with the UAE, for the actions of its armed forces.

d) Direct responsibility for State organs' omissions. - The facts at hand may also engage the responsibility of the States involved by means of attribution of their organs' omissions if they had a duty to act under international law⁹⁶. Thus, even if the UAE could not be held directly responsible for the abduction and confinement of the two Princesses, because the relevant conduct had been undertaken by organs acting in a private capacity or by private individuals not responding to the State's instructions, direction or control – a scenario which is unlikely for the reasons explained above – the UAE could nonetheless incur responsibility for its organs' omissions, especially in relation to the detention of the two Princesses in Dubai, if it had a duty to act⁹⁷. The UK could likewise be held responsible for its organs' omissions, in relation to the abduction of Princess Shamsa in Cambridge, if it failed to meet the State's international obligations. Furthermore, as noted by the Human Rights Committee in a case of extraordinary rendition: «a State (...) is responsible for acts of foreign officials exercising acts of sovereign authority on its territory, if such acts are performed with the consent or acquiescence of the State party (...). It follows that the acts (...) which occurred in the course of performance of official functions in the presence of the State party's officials and within the State party's jurisdiction, are properly imputable to the State party itself, in addition to the State on whose behalf the officials were engaged»⁹⁸. This means, for instance, that the conduct leading to the abduction of Princess Shamsa, if it was ever proved that it had been undertaken with the acquiescence of the UK, would be imputable directly to this State, in addition to the UAE.

⁹⁵ See F. MESSINEO, *Attribution of Conduct*, in A. NOLLKAEMPER, I. PLAKOKEFALOS (eds.), *Principles of Shared Responsibility in International Law. An Appraisal of the State of the Art*, Cambridge, 2014, 85-86.

⁹⁶ On the topic see, *ex multis*, G. A. CHRISTENSON, *Attributing Acts of Omissions to the State*, in *Michigan Journal of International Law*, 1991, 312-370.

⁹⁷ See, among many, International Court of Justice, judgment of 24 May 1980, *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America v. Iran)*, para. 61.

⁹⁸ Human Rights Committee, *Mohammed Alzery v. Sweden*, *Communication No. 1416/2005*, Views of 25 October 2006, CCPR/C/88/D/1416/2005 of 10 November 2006, para. 11.6.

e) *Indirect responsibility: complicity.*- Remarkably, forms of indirect, derivative, responsibility, such as complicity and direction, could also be of relevance in the specific case as a result of the involvement of multiple States, engaging the responsibility of one State for a breach of an international obligation formally attributable to another State.

Under the customary law on State responsibility, a State that deliberately participates in the internationally wrongful conduct of another State by aiding or assisting is also responsible if it does so with knowledge of the circumstances of the internationally wrongful act and if the act would be internationally wrongful if committed by that State⁹⁹. One could question, therefore, whether the UK aided or assisted the UAE in the forcible abduction of Princess Shamsa and could therefore be held responsible for it. According to the commentary to the ILC Draft Articles, facilitating the abduction of an individual on foreign soil may indeed suggest complicity¹⁰⁰. The practice of extraordinary renditions, conducted by the CIA in the aftermath of 9/11, is again a case in point. It has been argued that European States, where the abduction of suspected terrorists had often taken place, had aided and assisted the USA in the commission of an internationally wrongful act¹⁰¹. From a leaked memo of the FCO, it is unquestionable that the UK itself considered complicity for extraordinary renditions, where it stated that, if the USA were to act contrary to its international obligations, cooperation with this act would have been illegal if the UK knew of the circumstances¹⁰².

Yet, whether the UK did cooperate with the UAE and knew the circumstances of the wrongful act in the case at stake is all but proved in the fact-finding judgment and not likely in light of the family

⁹⁹ ILC Draft Articles, Art. 16. On the subject see also, *ex multis*, P. AUST, *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge, 2011; M. JACKSON, *Complicity in International Law*, Oxford, 2015; V. LANOVY, *Complicity and its Limits in the Law of International Responsibility*, Oxford-Portland, 2016; G. PUMA, *Complicità di Stati nell'illecito internazionale*, Torino, 2018.

¹⁰⁰ *Ibid.*, Commentary.

¹⁰¹ See, e.g., S. EGAN, *Extraordinary Renditions and Human Rights. Examining State Accountability and Complicity*, 2018. On the responsibility of the State where the suspect was later held incommunicado see instead, e.g., N. PILLAY, *Egypt's Complicity in Torture and Extraordinary Renditions*, in C. PANARA, G. WILSON (eds.), *The Arab Spring. New Patterns for Democracy and International Law*, 2013, 261-290.

¹⁰² The value of the content of this memo in terms of complicity is examined in P. AUST, *op. cit.*, 122-123.

relationship between the UAE's Prime Minister and the individual abducted.

Arguably, India could also be assumed responsible out of complicity. Assuming that Indian armed forces were not transferred to the UAE, one could speculate as to whether India, by sending military forces on the Nostromo yacht, aided and assisted the UAE in the commission of a wrongful act. Delivery of military aid to the State is, in fact, the most common scenario of complicity¹⁰³.

In this case, moreover, it would be more difficult to prove that India did not know the circumstances of the internationally wrongful act: as has been shown¹⁰⁴, even if one assumes that the declared purpose of the mission was to save a hostage, the breach of human rights norms inherent in the operation would be enough to trigger "knowledge" in the case at stake.

f) Indirect responsibility: direction.- Less likely is the option that the UAE directed and controlled India's commission of a wrongful act in relation to the incursion on the Nostromo yacht and the participation in the alleged abduction of Princess Latifa, thus assuming responsibility for it. Pursuant to Art. 17 of the ILC Draft Articles, a State that directs and controls another State in the commission of an internationally wrongful act by the latter is internationally responsible for it if it knew the circumstances of the wrongful act and the act would be internationally wrongful if committed by that State. The scope of the application of this rule is, however, narrow. Direction and control in Art. 17 imply a relationship of dependence between the two States, which includes, for instance, protectorates or military occupations¹⁰⁵. In the absence of such a relationship between India and the UAE, derivative responsibility for direction should therefore be ruled out.

6. Human rights NGOs have stressed the "ground-breaking" nature of the fact-finding judgment, as it would have confirmed UAE authorities' commission of serious human rights violations¹⁰⁶. Notably, they have contextually underlined, however, the risk of the

¹⁰³ V. LANOVY, *op. cit.*, 172 ff.

¹⁰⁴ See *supra* para. 3.2.

¹⁰⁵ *Ibid.* See also ILC Draft Articles, Art. 17, Commentary.

¹⁰⁶ See, e.g., H. ZAYADIN, *Not Even Dubai's Princesses are Safe from Repression*, 10 March 2020, available online.

lack of accountability¹⁰⁷. Accordingly, without seeking to be exhaustive, it is worth stressing how challenging it could be to implement responsibility of the States involved in the case at hand.

The content of the obligations stemming from the responsibility of the States at stake – if the latter was ascertained – is rather undisputed. The duty to immediately cease the wrongful act should lead, for instance, to the release of the two allegedly abducted Princesses by the UAE. Compliance with the obligation to provide full reparation for the injury caused¹⁰⁸ should instead bind the responsible States, at least as far as human rights violations are concerned, to adopt measures of restitution, compensation for material and moral damages¹⁰⁹, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-recurrence¹¹⁰.

Yet, as stated before, there are practical difficulties in bringing the States concerned to account. Assuming international responsibility on the part of the UAE, UK or India, it is contentious, from an interstate perspective, which State would be entitled to invoke the consequences of the wrongful act, acting under diplomatic protection or triggering other means of dispute settlement. The answer to this question may depend on the specific conduct taken into account. For instance, if one assumes that the UAE was internationally responsible for the abduction of Princess Shamsa on the UK's soil, the latter State could be the injured State as per Art. 42 of the ILC Draft Articles for the purpose of the (controversial) violation of *jus ad bellum* norms.

No directly injured State is instead identifiable with respect to the alleged breach of primary norms prohibiting enforced disappearance. Yet, Art. 48 of the ILC Draft Articles sets out specific rules in the case of violation of a norm which has an *erga omnes* character¹¹¹, such as

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ On reparation see, among others, D. SHELTON, *Righting Wrongs: Reparations in the Articles of State Responsibility*, in *American Journal of International Law*, 2002, 833-856.

¹⁰⁹ On reparation in case of human rights violations see D. SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, III ed., Oxford, 2015.

¹¹⁰ See General Assembly, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, adopted on 16 December 2005.

¹¹¹ See International Court of Justice, judgment of 5 February 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, para. 33. See also International Court of Justice, judgment of 20 July 2012, *Questions related to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, para. 69, and, more recently, International Court of Justice, order of 23 January 2020, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, para. 41. About *erga omnes* obligations see, among others, M. RAGAZZI, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*,

the prohibition of enforced disappearance. According to this provision, States other than the injured State may act in the collective interest and thus invoke the wrongdoing States' responsibility. It is doubtful, however, whether, in the case at hand, other States would have an interest in invoking the UAE's (or the UK's or India's) international responsibility.

Human rights treaty-based mechanisms would be furthermore hardly viable for the victims' next-of-kin in the case at stake. Individual communications to the Committee on Enforced Disappearances or to the Human Rights Committee against the States involved in an attempt to ascertain their responsibility are prevented by the lack of ratification by the same States of the relevant legal instruments. The UK and India, for instance, did not ratify the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights¹¹² and the UAE did not even ratify the Covenant itself. Moreover, the Arab Committee of Human Rights does not provide for a complaint mechanism and the Statute of the Arab Court of Human Rights has not yet been ratified by any State. It is true that, as already underlined, at the international level, the UNWGEID has been seized of the case related to the abduction of Princess Latifa. However, its competence lasts until it knows the fate and whereabouts of the alleged victims and does not allow delving into issues of State responsibility. That said, an interesting aspect is whether the UK High Court's judgment will possibly act as a trigger for further judicial action at the national level aimed at establishing the responsibility of UK authorities for not having prevented and effectively investigated the abduction of Princess Shamsa from UK's territory, potentially paving the way, if domestic remedies are exhausted without the alleged human rights violations being redressed, to an international complaint before the European Court of Human Rights for an alleged breach of the European Convention on Human Rights.

If a remedy was sought at the domestic level, an additional challenging feature would be the potential applicability of the law of immunity and its conflict with the fight against impunity. Heads of

Oxford, 2000; C. TAMS, *Enforcing Obligations "Erga Omnes" in International Law*, Cambridge, 2009; P. PICONE, *Comunità internazionale e obblighi erga omnes. Studi critici di diritto internazionale*, III ed., Napoli, 2013; ID., *Gli obblighi erga omnes tra passato e futuro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, 1001-1108.

¹¹² New York, 16 December 1966, entered into force on 23 March 1976, 999 UNTS 171.

Government possess immunity *ratione personae*, which prohibits criminal prosecution by other States with respect to acts undertaken both in their official or private capacity and extends to alleged international crimes¹¹³. The ILC's work on exceptions to immunity has confirmed such a conclusion: in 2017, the ILC found that immunity *ratione materiae* does not apply to certain crimes, including enforced disappearance¹¹⁴; it did not envisage a similar exception with respect to immunity *ratione personae*¹¹⁵. This means that, in principle, as the acts analysed in the present contribution have been allegedly committed by a Head of Government, possible attempts by foreign courts to exercise universal jurisdiction would be barred. It cannot be overlooked, however, that domestic courts have at times turned down immunity *ratione personae* applying universal jurisdiction in cases involving torture and enforced disappearance¹¹⁶.

In a similar way, the UAE could not be sued for serious human rights violations before the municipal courts of another State, even in the (unlikely) case in which the conditions for this action would arise: the 2012 International Court of Justice's judgment in *Germany v. Italy* arguably barred, at least for the time being, the possibility of envisaging an exception to State immunity based on the type of the alleged breach of international law¹¹⁷.

7. The UK High Court of Justice (Family division)'s incidental fact-finding judgment has brought into the spotlight a case which is

¹¹³ See, *inter alia*, D. AKANDE, S. SHAH, *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts*, in *European Journal of International Law*, 2011, 818 ff.

¹¹⁴ International Law Commission, *Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, Titles of Parts Two and Three, and texts and titles of draft article 7 and annex provisionally adopted by the Drafting Committee at the sixty-ninth session*, UN Doc. A/CN.4/L. 893 of 10 July 2017.

¹¹⁵ On this specific topic see, *inter alia*, D. TLADI, *The International Law Commission's Recent Work on Exceptions to Immunity: Charting the Course for a Brave New World in International Law?*, in *Leiden Journal of International Law*, 2019, 169-187. On the ILC's work see also M. FRULLI, *The Draft Articles on the Crimes Against Humanity and Immunities of State Officials: Unfinished Business?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2018, 775-793.

¹¹⁶ See, among others, the decision of the Swiss Federal Criminal Court of 6 June 2018 related to Khaled Nezzar, who was Minister of Defence and a member of the High Council of State in Algeria from 1992 to 1994.

¹¹⁷ International Court of Justice, judgment of 3 February 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, 99. On the topic see, among many, L. MCGREGOR, *State Immunity and Human Rights: Is There a Future after Germany v. Italy?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2013, 125-145.

unique in several respects and that – despite being very specific – has the merit of highlighting several intricate legal issues of a more general reach.

First, notwithstanding the evidentiary uncertainties that surround the case, the analysis undertaken in the present contribution has shown that the development of the law in certain contexts is rather unclear and shrouded in shadow. Whether, for instance, the abduction of an individual in the territory of another State or on the high seas amounts to an inter-state use of force is still the object of debate. The operation of human rights obligations in the case at stake, while clearer, stressed additional complexities, concerning, for instance, their extra-territorial reach¹¹⁸ or their precise scope of application. The double-function of father and ruler of the Vice-President and Prime Minister of the UAE makes evident, furthermore, how it may be difficult at times to establish, in practice, if a certain conduct is attributable to the State or should, to the contrary, be considered an act whose responsibility rests only with an individual in his private capacity. On top of the above, the involvement of multiple States questions the role that forms of indirect, derivative, responsibility in the commission of internationally wrongful conduct may play in specific cases, such as the one under examination.

Second, the case at stake has made evident that the State apparatus may at times been used to serve personal aims to the point that public and private interests might become strictly intertwined. As underlined earlier, from an international legal perspective, the intent or the motivation leading to a breach of international law is irrelevant to the purpose of attribution¹¹⁹; what is pivotal is the fact that the same was committed by or occurred with the support or acquiescence of the State¹²⁰. At the same time, however, this “private dimension” raises concern over a potential rise in abusive claims in which personal and national interests would overlap.

Third, the peculiarities of the case at hand have also revealed how States may at times abdicate to their duties stemming from sovereignty. While the latter brings with it several rights, including territorial and personal jurisdiction within a State’s boundaries and the

¹¹⁸ On the notion of jurisdiction see, among others, P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002.

¹¹⁹ Inter-American Court of Human Rights, judgment of 29 July 1988, *Velasquez Rodriguez v. Honduras*, Series C No. 4, para. 173.

¹²⁰ *Ibid.*

presumption of legality of its acts, there are also corresponding duties, such as the respect for international law and the duty of cooperation¹²¹. As has been noted, in fact, «(...) il résulte de l'existence même du droit international comme système et comme ordre juridique un ensemble de contraintes techniques, désormais imposées aux États en raison même de leur appartenance à cet ordre, dont il échappe à l'exercice de leur volonté de se défaire»¹²². Under this perspective, States should conform the exercise of their sovereignty, *inter alia*, to the protection of human rights, to which they commit through the conclusion of treaties or to which they are bound by means of customary law¹²³. The changing structure of the international legal order, which led scholars to theorize and debate about its alleged verticalization and constitutionalization¹²⁴, strengthens this conclusion insofar as most of the norms which are commonly regarded as having peremptory status belongs to international human rights law¹²⁵. In this perspective, the case under exam represents an instance of non-compliance with international law and, accordingly, of illegitimacy of State conduct¹²⁶. Two additional remarks stem therefrom. On the one hand, the existence of constraints to the exercise of State sovereignty stresses the role that the education of State officials might have in fostering the respect for international law, including human rights norms¹²⁷. On the other hand, in the face of what have arguably been serious breaches of human rights rules (the alleged abduction of two individuals), the lack of international reaction has been a missing opportunity to reassert those same norms and could likely pave the way for violations alike to be carried out in the future.

Finally, and linked to the above, the case under study has proved that the implementation of State responsibility, stemming from the

¹²¹ S. BESSON, *Sovereignty*, in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, April 2011, para. 118 ff.

¹²² P.-M. DUPUY, *L'unité de l'ordre juridique international*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 297, 2002, 101.

¹²³ On the subject of sovereignty and human rights see, *ex multis*, M. BENCHIKH, *Droits de l'homme et souveraineté des États: pour une relecture*, in *Réciprocité et universalité*, cit., 89-105.

¹²⁴ See, e.g., J. KLABBERS, A. PETERS, G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009.

¹²⁵ See E. DE WET, J. VIDMAR, *Introduction*, in E. DE WET, J. VIDMAR (eds.), *Hierarchy in International Law. The Place of Human Rights*, Oxford, 2012, 3.

¹²⁶ G. GUILLAUME, *Terrorism and International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, 548.

¹²⁷ See, e.g., A. ROSAS, *State Sovereignty and Human Rights: Towards a Global Constitutional Project*, in *Political Studies*, 1995, 73.

alleged breach of primary norms, may in some instances meet several obstacles, leading to a denial of justice. Despite the existence of a multitude of international rules, accountability for serious human rights violations may in fact still nowadays be hampered in specific cases. This circumstance is emblematic of the intrinsic limits of the international legal order, mainly due to the lack of an «over-arching sovereign»¹²⁸. Absent a centralized enforcing system¹²⁹, any call for the verticalization and constitutionalization of international law risks indeed not taking into full account the current state of affairs. As has been noted, «public law type-norms presuppose the existence of a public law-type legal order, but the largely horizontal international legal order is not particularly well equipped to give effects to community concerns»¹³⁰. It is true that mechanisms for guaranteeing the implementation of human rights law have been created at the international level¹³¹, yet, their practical efficacy has been questioned from the outset¹³². As a major conclusion, the case under examination in the present contribution has arguably demonstrated that, despite the progressive structural developments in the international legal order¹³³, the actual implementation of international rules, including those meant to protect individual rights and community interests, remains largely ineffective in practice.

¹²⁸ J. WALDRON, *Are Sovereigns Entitled to the Benefit of the International Rule of Law?*, in *European Journal of International Law*, 2011, 317.

¹²⁹ It has been observed how «enforcement is traditionally the Achilles' heel of international law». See C. TOMUSCHAT, *Effectiveness and Legitimacy in International Law*, in *Heidelberg Journal of International Law*, 2017, 30.

¹³⁰ See J. KLABBERS, T. PIIPARINEN, *Normative Pluralism: An Explanation*, in J. KLABBERS, T. PIIPARINEN (eds.), *Normative Pluralism and International Law. Exploring Global Governance*, New York, 2013, 16.

¹³¹ On the limits of these mechanisms and, more generally, of procedural rights see T. TREVES, *The Expansion of International Law*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 398, 2019, 103 ff. This does not exclude the important role of domestic courts in granting efficiency to international human rights law. On this aspect see, for instance, B. CONFORTI, F. FRANCONI, *National Courts and the International Law of Human Rights*, in B. CONFORTI, F. FRANCONI (eds.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, The Hague, 1997, 3 ff.

¹³² D. SHELTON, *International Enforcement of Human Rights: Effectiveness and Alternatives*, in *Proceedings of the Annual Meeting of the American Society of International Law*, vol. 74, 1980, 6 ff.

¹³³ Some scholars even theorized, conversely, a «development back towards traditional, State-centered and sovereignty-based system of international law, as it was perceived in the years predating 1990s». See A. ZIMMERMANN, *Times are Changing – And What About the International Rule of Law?*, in *EJIL:Talk!*, 5 March 2018, available online.

ABSTRACT

*The Mysterious Abduction and Confinement of Two Princesses:
A Tentative Analysis under International Law*

In December 2019, the UK High Court of Justice (Family division) issued an incidental fact-finding judgment concerning, *inter alia*, the forcible return to Dubai and subsequent confinement, allegedly orchestrated by the Vice-President and Prime Minister of the United Arab Emirates, of two of his daughters. This article builds on this fact-finding judgment to analyze the alleged abductions from the standpoint of international law. To this purpose, it examines the international rules relevant to the case and investigates attribution issues, as well as some of the challenges stemming from the implementation of State responsibility. Despite its specificity, the case raises indeed complex issues of broader scope.

RASSEGNE

ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

NAZIONI UNITE

ASSEMBLEA GENERALE

(72a-75a sessioni ordinarie)

QUESTIONI ECONOMICHE E FINANZIARIE

1. *Premessa.* – Nella presente rassegna si analizzano le principali risoluzioni relative alle questioni economiche e finanziarie adottate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite prendendo in considerazione il periodo che va dalla 72^a alla 75^a sessione¹. Le risoluzioni considerate sono state perlopiù adottate su raccomandazione della II Commissione. In premessa, si sottolinea che l'Assemblea, sebbene si occupi da tempo ed estensivamente di questioni economiche e finanziarie, raramente è riuscita ad intraprendere azioni efficaci in materia. Ciò è da imputare sia alla mancanza di incisivi poteri, sia alla presenza di altre organizzazioni dotate di maggiore centralità nell'assetto di *governance* del sistema economico e finanziario internazionale (le c.d. Istituzioni finanziarie internazionali).

2. *Lo sviluppo sostenibile.* – Numerosi sono stati i riferimenti ai temi dello sviluppo, sia singolarmente che legandolo a tematiche peculiari o settoriali quali la povertà, l'educazione, la cultura, il turismo, la finanza, l'agricoltura. L'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile continua a costituire la cornice dell'azione dell'Assemblea generale e gli obiettivi contenuti nell'Agenda (SDG) sono il parametro di riferimento di buona parte delle risoluzioni prese qui in considerazione. Gli avvenimenti occorsi nel recente passato hanno avuto certamente conseguenze di rilievo su tale cornice. Basti pensare agli impatti potenzialmente dirompenti della pandemia da COVID-19 sul raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile fissati dall'Agenda 2030². D'altronde, la Plenaria ha riconosciuto che gli effetti della pande-

¹ Per un esame delle risoluzioni adottate dall'Assemblea generale negli anni precedenti si vedano le rassegne pubblicate in questa *Rivista*, 2017, 285 ss.; 2016, 285 ss.; 2015, 273 ss.; 2014, 269 ss.; 2013, 179 ss.; 2011, 687 ss.; 2010, 469 ss.; 2009, 293 ss.; 2008, 339 ss.; 2007, 579 ss.

² La rivista *Nature* ha dedicato particolare attenzione al tema, invocando un aggiornamento degli obiettivi in vista dell'era post-pandemica. Si v. *Time to Revise Sustainable Development Goals*, in *Nature*, 2020, 331. In altri casi, è stata sottolineata la necessità che la risposta alla pandemia sia ispirata agli obiettivi fissati dall'Agenda 2030. Cfr. K. HEGGEN, T. SANDSET, E. ENGBRETSSEN, *COVID-19 and sustainable development goals*, in *Bulletin of World Health Organization*, 2020, 646; UN/DESA Policy Brief #84, *Achieving SDGs in the wake of COVID-19: Scenarios for policymakers*, 31 agosto 2020.

mia sul sistema economico hanno indebolito gli sforzi per il raggiungimento dei SDG nella risoluzione 74/270 sulla *solidarietà globale per combattere il COVID-19*³. Nella risoluzione 74/306 su *una risposta complessiva e coordinata al COVID-19* è stata ribadita la centralità dell'Agenda 2030 e l'importanza di definire strategie di ripresa che favoriscano la piena attuazione degli obiettivi di sviluppo sostenibile⁴. Inoltre, nell'ambito della 75^a sessione⁵, è stato presentato il Rapporto del Segretario generale sull'*attuazione dello sviluppo sostenibile: attuazione dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, anche attraverso modelli di produzione e consumo sostenibili, costruita sull'Agenda 2021*, in cui viene preso atto degli effetti devastanti della pandemia non solo sui sistemi economici e, quindi, sulla crescita e la capacità produttiva, ma anche su sistemi sanitari ed educativi, esacerbando la situazione di indigenza e privazione in cui versano ancora molte aree del mondo. Allo stesso tempo, tuttavia, il Rapporto mette in evidenza come la crisi pandemica offra un'opportunità unica ai Paesi di ripensare completamente i modelli di produzione e consumo per armonizzarli rispetto agli obiettivi dell'Agenda 2030.

Come anticipato, i temi legati allo sviluppo sostenibile sono stati molteplici. Rispetto allo sviluppo agricolo, la sicurezza alimentare e la nutrizione è stato notato come siano stati significativi gli sforzi per eradicare fame e malnutrizione entro il 2030, ma rimangano aperte numerose sfide, soprattutto quella di perseguire i SDG nell'ambito dell'Agenda 2030⁶. Lo sviluppo agricolo sostenibile risulta di cruciale importanza in quanto connesso inestricabilmente alla limitazione degli impatti del cambiamento climatico e, quindi, alla prudente gestione della terra, dell'acqua e la biodiversità, alla preservazione degli ecosistemi e alla prevenzione dei disastri naturali. Lo sviluppo di sistemi alimentari sostenibili è inoltre essenziale per scongiurare crisi sanitarie connesse peraltro alla perseverante questione della resistenza antimicrobica.

L'agricoltura è messa poi in connessione allo sviluppo tecnologico e sul punto si è concentrato anche un rapporto del Segretario generale in risposta ad una specifica richiesta dell'Assemblea generale⁷. Le sfide e i rischi dell'attuale modello agricolo possono essere meglio affrontati mediante l'impiego delle biotecnologie, delle tecnologie digitali (*big data*, intelligenza artificiale e *blockchain*), dell'automazione e delle energie rinnovabili, in piena armonia con gli obiettivi di sviluppo sostenibile. Tali soluzioni hanno d'altronde già portato a risultati significativi in alcuni casi

³ Riferimenti simili si trovano altresì nelle risoluzioni: 74/274 sulla *cooperazione internazionale per assicurare accesso globale ai farmaci, vaccini e dispositivi medici per affrontare COVID-19*; 74/307 su *una risposta unitaria contro le minacce globali alla salute: combattere il COVID-19*; 75/17 sulla *cooperazione internazionale per gestire le sfide affrontate dai marittimi in conseguenza della pandemia COVID-19 per supportare le catene globali del valore*.

⁴ La risoluzione costituisce il documento più articolato che definisce, seppure in alcuni casi in modo non troppo preciso, le principali linee di azione per contrastare la pandemia e i suoi effetti. Si sono espressi con voto contrario Stati Uniti e Israele, mentre si sono astenuti Ungheria e Ucraina. Si aggiunge che con la risoluzione 74/298 l'Assemblea generale ha fissato quale *focus* tematico della sessione 2021 dell'ECOSOC proprio il rapporto tra pandemia e sviluppo sostenibile.

⁵ Risoluzione 75/213 sulla *promozione di modelli di produzione e consumo sostenibili per l'attuazione dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, costruita sull'Agenda 2021*.

⁶ Risoluzione 75/235 sullo *sviluppo agricolo, la sicurezza alimentare e la nutrizione* e sullo stesso tema v. già le risoluzioni 74/242 e 72/238.

⁷ Cfr. 74/238. Con la risoluzione 74/215 sulle *tecnologie agricole per lo sviluppo sostenibile*, l'Assemblea ha richiesto al Segretario generale di presentare un nuovo rapporto, nell'ambito della 76^a sessione, che delinea nuove azioni da intraprendere in tale ambito.

studio elencati dal Rapporto nell'ambito del contrasto alla malnutrizione, nella limitazione dell'impatto sulla produzione agricola del cambiamento climatico, nello sfruttamento sostenibile delle risorse naturali e delle energie, nello sviluppo rurale.

Proprio alla difficile condizione delle aree rurali viene dedicata un'attenzione particolare⁸. Poiché si calcola che l'80% delle persone in condizioni di estrema povertà vivono nelle aree rurali, solo attraverso un miglioramento significativo della condizione di tali regioni si potrà raggiungere l'ambizioso obiettivo di eliminare la povertà, fissato dall'Agenda 2030. Rimangono, in base ai dati presentati nel citato rapporto del Segretario generale, situazioni di estrema difficoltà non solo nei paesi meno sviluppati e nei paesi in via di sviluppo ma anche negli Stati Uniti, in Russia e nei Paesi dell'est europeo: spesso connessa a fenomeni di deindustrializzazione e di cambiamenti demografici, la povertà rurale in queste zone è accompagnata da esclusione sociale, bassi livelli di educazione, inadeguatezza delle strutture abitative e sanitarie. In aggiunta, il fenomeno intercetta altre tipologie di marginalizzazione dovute a disuguaglianza, discriminazione di genere o su base etnica e disabilità. Il contrasto alla povertà rurale, secondo quanto raccomandato dal rapporto del Segretario generale, accolto con favore dall'Assemblea, non può che fondarsi su strategie di sviluppo rurale dotate di obiettivi concreti e solidi strumenti di monitoraggio. Oltre agli investimenti per favorire il progresso socio-economico, vengono raccomandati interventi su infrastrutture, tecnologie agricole, sanità, educazione, trasferimento di tecnologia e accesso ai servizi finanziari, praticamente assente in molte delle zone considerate.

Di interesse risultano anche le risoluzioni riguardanti il contributo della scienza, della tecnologia e dell'innovazione per lo sviluppo sostenibile⁹, negli ultimi anni considerato cruciale per accelerare il raggiungimento degli obiettivi fissati dall'Agenda 2030. D'altronde, rimangono sfide ancora irrisolte dal ricorso crescente alle nuove tecnologie quale quella di assicurare che non vi siano discriminazioni di nessun tipo nel consentire l'accesso alla scienza, al cambiamento tecnologico e all'innovazione: sotto questo profilo, viene rimarcato nei diversi documenti considerati che il tasso di donne impiegate in ambito ICT rimane basso, le disparità tra Paesi rischiano di essere accentuate dallo sviluppo dell'economia digitale, il beneficio che le fasce più povere della popolazione mondiale hanno ricevuto da scienza, tecnologia e innovazione rimane ancora troppo limitato. Si raccomanda quindi a tutte le parti coinvolte di utilizzare scienza, tecnologia e innovazione per affrontare le sfide globali e agli Stati di integrarle nei piani nazionali di sviluppo. Considerazioni specifiche vengono poi riservate alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, a cui è particolarmente urgente assicurare l'accesso universale per favorire la crescita, il commercio, lo sviluppo, l'accesso alla conoscenza e l'inclusione sociale¹⁰.

⁸ Cfr. le risoluzioni 75/232, 74/237 e 73/244 sullo *sradicamento della povertà per l'attuazione dell'Agenda 2030 sullo sviluppo sostenibile* e il rapporto presentato sullo stesso tema dal Segretario generale nell'ambito della 74^a sessione. Le risoluzioni sono state adottate con il voto contrario della maggior parte dei Paesi dell'area europea e nord-americana.

⁹ Il contributo di scienza e tecnologia per lo sviluppo è oggetto di interesse da lungo tempo da parte dell'Assemblea generale, v. le risoluzioni 74/229 e 72/228 ma anche la risoluzione 73/17 sull'*impatto del rapido cambiamento tecnologico sul raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile*.

¹⁰ Risoluzioni 75/202, 74/197 e 72/200 sulle *tecnologie dell'informazione e della comunicazione per lo sviluppo sostenibile*. Nella prima delle risoluzioni menzionate è stato richiamato l'importante ruolo che l'ICT può avere per favorire la ripresa dalla pandemia COVID-19.

Di rilievo sono anche le due risoluzioni relative all'*educazione per lo sviluppo sostenibile nel quadro dell'Agenda 2030*. Con la risoluzione 72/222 si è richiesto al Segretario generale dell'UNESCO, entità che svolge un ruolo guida per il raggiungimento del quarto obiettivo dell'Agenda 2030 legato all'educazione, di presentare un rapporto nell'ambito della 74^a sessione¹¹. Il rapporto, tra le altre cose, contiene una bozza della nuova cornice di riferimento per l'attuazione del quarto obiettivo (c.d. EDS 2030), che aggiorna il Programma d'azione globale adottato dall'UNESCO nel 2014 e individua le azioni prioritarie da intraprendere nel periodo 2020-2030, dedicando un'attenzione specifica a tre elementi chiave del quarto obiettivo: trasformazione individuale, trasformazione sociale e avanzamento tecnologico. A seguito della presentazione di questo Rapporto, l'Assemblea ha esortato tutte le parti a dare piena attuazione alla cornice EDS 2030. L'interazione con l'UNESCO è stata altresì significativa su *cultura e sviluppo sostenibile*: in questo ambito, sono stati presentati due rapporti all'Assemblea generale relativi al nesso tra promozione della cultura e raggiungimento dei 17 obiettivi fissati dall'Agenda 2030. Con la risoluzione 72/229, l'Assemblea ha declinato l'importanza che la cultura riveste per le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile (economica, sociale e ambientale) e fissato dieci azioni che tutte le parti coinvolte (Stati, organizzazioni internazionali, organizzazioni non governative e così via) possono intraprendere per rafforzare il ruolo della cultura tra cui lo sviluppo di capacità per favorire il settore culturale, il supporto dei mercati locali, la salvaguardia delle tradizioni culturali¹².

3. *Le questioni macroeconomiche*. – La principale attività della II Commissione consiste nell'analizzare e proporre raccomandazioni sulle dinamiche del sistema economico e finanziario internazionale, dinamiche che negli ultimi anni sono state piuttosto turbolente. Si pensi solo alle sfide poste sulle questioni economiche e commerciali dalla politica dell'Amministrazione Trump¹³ e ai già menzionati effetti del COVID-19.

L'Assemblea generale è tornata anzitutto ad affrontare la questione del rapporto tra debito sovrano e sviluppo¹⁴. Come già evidenziato nella precedente rassegna, i principi di base per la ristrutturazione del debito sovrano hanno avuto scarsa efficacia sulle pratiche di gestione degli *shock* connessi a posizioni insostenibilmente sbilanciate verso l'estero¹⁵: rimane quindi cruciale – lo sarà ancora di più nei prossimi anni, dato che per molti Paesi la leva del debito è stata l'unica disponibile per affrontare gli effetti della crisi pandemica – assicurare che durante il processo di attuazione dell'Agenda 2030 il debito rimanga sostenibile. Le risoluzioni considerate sottolineano l'urgenza di contenere la crescita eccessiva del debito pubblico e di quello privato, esortando tutti i soggetti coinvolti a migliorare la selezione e lo scambio di dati in materia di debito estero, accrescere la trasparenza e sviluppare nuovi e più affidabili indicatori relativi alla sostenibilità del debito. Si riconosce il

¹¹ Cfr. la risoluzione 74/223.

¹² La risoluzione è stata adottata con i voti contrari di Israele e Stati Uniti. La successiva risoluzione 74/223 è stata invece adottata per *consensus*.

¹³ Sul punto si rimanda all'analisi di G. SACERDOTI, *Sopravviverà l'Organizzazione Mondiale del Commercio alla sfida di Trump? Riflessioni sulla crisi del multilateralismo, un "global public good" da difendere*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, 685 ss.

¹⁴ Su *sostenibilità del debito verso l'estero e sviluppo* v. le risoluzioni 75/205, 74/203, 73/221, 72/204 e 71/216.

¹⁵ Adottati dall'Assemblea con risoluzione 69/319.

ruolo spesso importante svolto da iniziative di riduzione, cancellazione e ristrutturazione per migliorare la posizione debitoria di alcuni paesi in difficoltà. Venendo più specificamente alla risoluzione 75/205, dove sono presi in considerazione parte degli sviluppi dovuti alla pandemia, e al rapporto del Segretario generale presentato nell'ambito della 75^a sessione, si nota come lo *stock* di debito estero dei Paesi in via di sviluppo ha raggiunto i 10 trilioni di dollari nel 2019 e, al momento, il 14.6% dei ricavi provenienti dalle loro esportazioni è volto a onorare le posizioni passive verso l'estero. Interessanti sono poi le considerazioni del rapporto circa la crescente vulnerabilità dei Paesi in via di sviluppo legata a condizioni di contesto quali la crescita del debito privato denominato in valuta estera (in valuta locale ma verso creditori esteri), la ricerca di rendimenti a breve termine più elevati da parte di investitori provenienti dalle economie avanzate, in cui è ancora prevalente la politica monetaria accomodante e quindi tassi di interesse vicini allo zero, l'emissione di debito pubblico denominato in valuta estera, la crescita esponenziale della gestione passiva a scapito di quella attiva e quindi di strategie di investimento completamente "prone" all'andamento dei *benchmark* di riferimento, che rischiano di causare deflussi improvvisi e sincronizzati di capitali da economie ancora significativamente fragili. Con riferimento particolare alle conseguenze del COVID 19, il rapporto sottolinea come vi siano Paesi la cui sorte è legata essenzialmente alla capacità di ottenere liquidità in valute forti a breve termine sui mercati anche per finanziare le spese sanitarie e il costo "economico" della pandemia. L'Assemblea generale ha d'altronde preso atto di alcuni, seppur circoscritti, passi avanti fatti, tra cui si segnala in particolare la recente *Iniziativa di sospensione del servizio del debito* promossa dal G20 nel tentare di allentare la pressione finanziaria sui paesi meno sviluppati nel contesto della pandemia¹⁶. In base all'iniziativa, di natura temporanea e la cui scadenza è stata inizialmente prevista per giugno 2021 e poi estesa sino alla fine del 2021, taluni Paesi potranno chiedere la sospensione dei pagamenti connessi al servizio del debito verso i creditori ufficiali bilaterali.

L'Assemblea ha poi affrontato le questioni connesse a sistema finanziario internazionale e sviluppo¹⁷. Le risoluzioni affermano l'importanza del ruolo che le Nazioni Unite rivestono, per legittimità ed universalità, per la discussione delle questioni economiche e finanziarie internazionali, rinnovando l'invito ad un maggiore coordinamento rispetto all'attività complementare svolta dalle istituzioni finanziarie internazionali. Tale coordinamento diviene cruciale soprattutto per assicurare la coerenza dell'azione degli attori internazionali verso gli obiettivi di sviluppo sostenibile. Viene poi valorizzata l'attività di prestito, finanziamento ed assistenza tecnica delle banche multilaterali di sviluppo, mentre si sottolineano le criticità dell'attuale assetto di *governance* economica internazionale: i continui rischi per la stabilità finanziaria posti dall'eccessiva finanziarizzazione, la presenza, talvolta capillare, di corruzione ed evasione fiscale, l'affidamento "meccanico" alle valutazioni delle agenzie di *rating* e così via. Venendo più nel dettaglio alla risoluzione 75/205¹⁸ e al rapporto del Segretario generale presentato sul tema, entrambi i documenti analizzano gli effetti della pandemia sul sistema finanziario internazionale, sottolineando come solo le azioni decise e ambiziose messe in campo dalle banche centrali nazionali dei Paesi più colpiti abbiano evitato il collasso del sistema

¹⁶ Communiqué G20 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting, 15 April 2020.

¹⁷ Cfr. le risoluzioni 75/205, 74/202, 73/220, 72/203.

¹⁸ Adottata con 177 voti favorevoli e un voto contrario (Stati Uniti).

finanziario internazionale. Quelli in via di sviluppo hanno subito nel 2020 un deflusso di capitali mai registrato in precedenza e anche gli investimenti diretti esteri si sono contratti significativamente. Nel suo rapporto il Segretario generale riprende nuovamente il tema del debito estero, richiamando non solo l'*Iniziativa di sospensione del servizio del debito*, ma anche i principi elaborati nella proposta delle Nazioni Unite per affrontare strutturalmente l'aumento significativo dell'indebitamento dovuto alla crisi pandemica¹⁹. La proposta si articola in tre passaggi cronologicamente distinti: una sospensione del servizio del debito per tutti i Paesi in via di sviluppo che ne facciano richiesta; un ulteriore alleggerimento del debito per i Paesi altamente indebitati e l'introduzione di meccanismi atti a consentire investimenti volti al raggiungimento dei SDG; riforma della *governance* finanziaria internazionale per assicurare maggiore equilibrio tra debitori e creditori, creando le condizioni istituzionali per la sostenibilità del debito. Altro tema di rilievo su cui ha concentrato l'attenzione il rapporto del Segretario generale, ma non ripreso dall'Assemblea, concerne l'incorporazione dei rischi non economici, come il rischio climatico, nell'attività delle banche centrali e delle altre autorità di regolamentazione finanziaria. Gli sforzi per accrescere quantità e qualità della *disclosure* delle aziende sugli indicatori di sostenibilità sono stati significativi così come si registrano i primi rilevanti tentativi di includere i fattori non economici, quali il rischio climatico o altri fattori di sostenibilità, nell'attività di regolamentazione e vigilanza finanziaria delle autorità competenti o di integrarli nell'attività di investimento del patrimonio delle banche centrali²⁰. In merito, il rapporto riconosce il ruolo di apripista dell'Unione europea, che sta adottando una regolamentazione sempre più innovativa su finanza e investimenti sostenibili²¹.

Degna di menzione è anche la tematica concernente commercio internazionale e sviluppo in cui si discutono le opportunità e le sfide poste da espansione dei commerci e globalizzazione²². Si riafferma il ruolo del commercio internazionale quale straordinario motore per la crescita economica e la riduzione della povertà che può contribuire allo sviluppo sostenibile, soprattutto per i paesi in via di sviluppo. Per questo, si sottolinea con preoccupazione lo stallo dei negoziati multilaterali in seno all'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) e si reitera l'assoluta necessità di combattere ogni forma di protezionismo, lavorando per un sistema commerciale internazionale aperto, trasparente, inclusivo ed equo.

4. *Conclusioni.*- Il periodo considerato ha posto sfide nuove al sistema economico e finanziario internazionale e il 2020 in particolare ha costituito senza dubbio un banco di prova senza precedenti per la tenuta del sistema economico internazionale. Sono cresciuti squilibri e disparità all'interno dei Paesi e tra regioni del mondo, registrati puntualmente dalle risoluzioni analizzate, ma, mai come dal secondo dopoguerra, è risultata di cristallina evidenza l'importanza di ricostruire un sistema internazionale fondato sul multilateralismo che metta al centro, dopo anni di

¹⁹ United Nations, *Debt and COVID-19: a global response in solidarity*, 17 aprile 2020.

²⁰ Network for Greening the Financial System, *A call for action. Climate change as a source of financial risk*, aprile 2019.

²¹ Viene citato, in particolare, il c.d. *Taxonomy Regulation* ossia il regolamento (UE) 2020/852, del 18 giugno 2020, relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili.

²² V. le risoluzioni 75/203, 74/201, 73/219, 72/202. Anche in questo caso, gli Stati Uniti si sono espressi con voto contrario; nel corso delle sessioni 72^a, 74^a e 75^a si è registrato anche il voto contrario di Israele.

pulsioni unilateraliste e isolazioniste, il raggiungimento di *global public goods* condivisi e definiti. Sotto questo profilo, non è importante soltanto ripensare il sistema globale di protezione della salute²³, ma fare tesoro della pandemia per rimodellare governo e dinamiche intrinseche dei sistemi economici e finanziari locali, nazionali e globali e renderli più trasparenti, inclusivi ed equi, in sintesi più adatti al raggiungimento di quegli obiettivi di sviluppo sostenibile delineati dall'Agenda 2030 a cui deve tendere l'azione della Comunità internazionale, come rimarcato in più occasioni dall'Assemblea generale.

FEDERICO DI DARIO

²³ Come sottolineato da UN/DESA Policy Brief #83, *Recovering from COVID-19: the importance of investing in global public goods for health*, 17 luglio 2020.

ISTITUTI SPECIALIZZATI DELLE NAZIONI UNITE
E ALTRE ORGANIZZAZIONI E ISTITUZIONI INTERNAZIONALI
ORGANIZZAZIONI REGIONALI IN AMERICA LATINA E NEI CARAIBI

*L'attività nel 2018-2020**

1. *Il quadro generale delle organizzazioni operanti in America Latina e nei Caraibi.* - L'attività delle molteplici organizzazioni operanti in America Latina e nei Caraibi nel periodo da dicembre del 2017 alla fine di luglio (in qualche caso, agosto) del 2020 non è stata particolarmente intensa. In generale, hanno trovato conferma le contraddizioni che da sempre caratterizzano i diversi processi associativi dell'area e che, come si vedrà, risultano legate soprattutto a contingenze politiche che coinvolgono i diversi Paesi interessati. Solo eccezionalmente le organizzazioni riescono a vivere di vita propria e gli Stati si sforzano di realizzare gli obiettivi istituzionali senza essere direttamente condizionati da eventi politici contingenti.

Un esempio tipico delle contraddizioni del regionalismo latino-americano e caraibico è espresso dalle vicende "politiche" dell'UNASUR (par. 4), che rimane formalmente in vita anche se solo tre degli originari dodici Stati sono ancora membri a pieno titolo. Nell'ambito di tale crisi istituzionale e per altrettanto evidenti motivazioni di carattere politico, alcuni Stati sudamericani hanno istituito nel marzo del 2019 l'ennesima forma associativa denominata *Foro para el Progreso de América del Sur* (PROSUR) che, come si vedrà (par. 13), ha iniziato il suo processo di consolidamento. Come osservato, la vita del PROSUR appare direttamente collegata ai risultati di processi politico-elettorali che si svolgono all'interno dei singoli Stati partecipanti e che mutano il contingente equilibrio politico-istituzionale fra i governi (piuttosto che fra gli Stati). Lo stesso può dirsi per le oggettive "difficoltà" della CELAC e dell'ALBA, così come incerto appare il futuro della più *efficiente* fra le organizzazioni latino-americane rappresentata dal MERCOSUR, anche se, paradossalmente, le conclusioni dell'ultimo Summit (tenuto in video-conferenza per l'emergenza sanitaria) sono risultate superiori alle aspettative (par. 5). Infine, occorre sottolineare come, nell'ambito della Comunità andina si sia tenuta una riunione presidenziale in occasione del quarantesimo anniversario della firma del Patto andino e, come si vedrà (par. 6), sembra ipotizzarsi un parziale superamento della sostanziale inattività degli ultimi anni. Viceversa, di un certo interesse appare il rafforzamento del ruolo della giurisprudenza espressa da alcune Corti di giustizia attive in talune organizzazioni sub-regionali ispirate al modello comunitario europeo. Il riferimento è alla produzione giurisprudenziale del

* La rassegna è frutto del lavoro congiunto degli autori; tuttavia, i paragrafi 1, 2, 4, 5, 12 e 13 sono da attribuire a Piero Pennetta, mentre i paragrafi 3, 6, 7, 8, 9, 10 e 11 a Elisa Tino.

Tribunale andino (par. 6), che si conferma ampia, e a quella, crescente, delle Corti del SICA e del CARICOM (par. 7 e par. 9).

Com'è facilmente comprensibile, la fragilità delle molteplici iniziative del regionalismo latino-americano e caraibico è apparsa ancor più evidente in relazione alla crisi collegata alla pandemia di COVID-19. Infatti, al di là delle molteplici e concorrenti dichiarazioni di solidarietà, gli Stati (in maniera più accentuata di quanto accaduto in Europa) hanno operato di regola *uti singuli*¹ e solo marginalmente nell'ambito delle diverse organizzazioni esistenti.

2. *La Comunità degli Stati Latinoamericani e Caraibici (CELAC)*. - Per quanto riguarda la CELAC, definita quale meccanismo regionale di dialogo e concertazione politica, il Summit previsto per il 2018 non è stato tenuto in quanto hanno assunto rilevanza le diverse posizioni politiche espresse dagli Stati in relazione a crisi interne a singoli Paesi membri. In particolare, si sono manifestate differenti letture da parte degli Stati rispetto a specifiche questioni che caratterizzano alcuni Stati partecipanti; si tratta, nello specifico, della legittimità del governo venezuelano di Maduro, della crisi in Bolivia collegata al controverso processo elettorale e al governo provvisorio.

In tale quadro conflittuale, la CELAC è rimasta a lungo inattiva; solo nel novembre del 2019 il Messico si è proposto per la presidenza pro-tempore e, nel gennaio del 2020, è stata tenuta una riunione dei rappresentanti degli Stati CELAC cui tuttavia hanno partecipato solo ventinove Paesi su trentatré. Significativa risulta l'assenza del Brasile², del governo provvisorio della Bolivia, nonché di Dominica e Trinidad & Tobago (per motivi climatici). In tale occasione il Messico ha presentato un *Plan de trabajo 2020 Propuesta de áreas de trabajo*³ relativo soprattutto a forme di cooperazione "interna" su specifiche tematiche di carattere tecnico-funzionale (cooperazione aereospaziale e aeronautica, gestione dei rischi dei disastri, scienza e tecnologia, cooperazione accademica, acquisti in comune, salute pubblica, lotta alla corruzione, lotta a disuguaglianze e povertà, risorse oceaniche e turismo) mentre, per quanto riguarda le relazioni esterne, il programma messicano ha fatto riferimento ai rapporti con la Cina, all'attività nell'ambito delle NU (*Foro Ministerial CELAC-China, Agenda AGONU*) e alla cooperazione regionale (*Concertación política regional* intesa come *intervenciones conjuntas en los foros internacionales*). Fra le aree d'azione proposte dal Messico rientra anche il generale rafforzamento dell'apparato istituzionale (*Órgano de gobernabilidad*)⁴.

¹ Per l'attività in materia sanitaria nel sub-continente si vedano, *Report on the economic impact of coronavirus (COVID-19) on Latin America and Caribbean*, CEPAL, May 2020, LC/TS.2020/45; ancora, CEPAL *Informe Especial COVID-19 N°1* del 3.4.2020 e (a cura della FAO e della CELAC), *Food security under the COVID-19 pandemic*, Rome, 2020.

² Il Brasile, assente, sembra aver manifestato l'intenzione di ritirarsi dalla CELAC e, al momento, sembra aver sospeso la sua partecipazione non avendo partecipato alla riunione in Messico.

³ *Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC). Presidencia Pro Tempore 2020 – México Plan de Trabajo 2020 Propuestas de áreas de trabajo* <https://ppt-celac.org/plan-de-trabajo>. Il piano d'azione si articola in 14 settori specifici. Fra le poche iniziative successive elaborate per la CELAC dalla presidenza messicana, si veda il *Comunicado especial de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños sobre el Día Internacional de la Mujer*, Ciudad de México, 8.3.2020.

⁴ Si ricorda come la CELAC sia una organizzazione a modello debole o *soft organization* e il suo apparato istituzionale, così come le sue attività, siano disciplinate da una serie di documenti di carattere politico-diplomatico e non pattizio.

Il futuro della CELAC dipenderà in primo luogo dalla capacità dell'Organizzazione e del Messico, presidente pro-tempore, di attenuare i contrasti politici e, soprattutto, di evitare l'annunciato ritiro del Brasile.

Nel merito è stato tenuto, il 20.1.2020, il *Primer Encuentro de Especialistas para el Monitoreo del Coronavirus*, cui ha fatto seguito (26.3.2020) un incontro virtuale a livello ministeriale che ha visto la partecipazione di trenta Stati e dei rappresentanti di diverse organizzazioni internazionali (PAHO, CEPAL, SEGIB, CARICOM, SELA)⁵.

Nel periodo considerato, sono continuate le relazioni privilegiate con l'Unione europea nell'ambito della relazione strategica bi-continentale, anche se il Summit dei Presidenti UE-CELAC, previsto per il 2017, non è stato tenuto e risulta rinviato *sine die*⁶. Per quanto riguarda i livelli meno elevati, sono state tenute riunioni dei Ministri degli Esteri nel 2018⁷, nonché incontri a livello di alti funzionari⁸. Fra le pregresse iniziative, si sottolinea l'entrata in vigore, il 17.5.2019, del Trattato che istituisce la Fondazione internazionale UE-ALC, decisa dai Capi di Stato nel Summit del 2010 e che costituisce uno degli strumenti operativi della cooperazione bi-continentale⁹.

Infine, sempre in materia di relazioni esterne, di rilievo sono le relazioni instaurate a partire dal 2015 con la Cina, nell'ambito del *Foro CELAC-China*. In Cile nel gennaio del 2018 è stato tenuto il secondo *meeting* triennale, che ha definito un piano d'azione congiunto il quale si caratterizza, oltre che per la sua ampiezza (ben otto aree esplicitamente previste), anche per la possibilità di ampliare ulteriormente i settori della cooperazione bilaterale¹⁰.

3. *Il Sistema Economico Latino Americano (SELA) e l'Associazione Latino-americana di Integrazione (ALADI)*. - Nell'ambito del SELA, fra dicembre 2017 e luglio 2020 si sono tenute le tradizionali riunioni ordinarie del *Consejo Latinoamericano* (XLIV e XLV)¹¹ in occasione delle quali si è, come di consueto, approvato il programma di lavoro annuale¹² che ha continuato a caratterizzarsi per un approccio pragmatico (peraltro estremamente modesto), ponendo l'accento sul consolidamento delle piccole e medie imprese, sullo sviluppo di tecnologie di

⁵ Non si ha notizia della partecipazione del rappresentante brasiliano a tali incontri, sicché tale Stato è da considerare fra gli assenti, mentre all'incontro ministeriale ha partecipato un esperto in rappresentanza della Cina.

⁶ Da una interrogazione presentata al Parlamento europeo il 3.2.2020 emerge la volontà, espressa dall'Alto rappresentante per la PESC, di tenere il summit bi-continentale CELAC-UE "non appena sarà possibile". In precedenza, vedi la *Joint Declaration to the European Parliament and the Council, European Union, Latin America and the Caribbean: joining forces for a common future*, Strasbourg, 16.4.2019, JOIN (2019) 6 final.

⁷ *Declaración después de la Segunda reunión Ministerial UE-CELAC*, Bruxelles, 16-17.7.2018.

⁸ *5th Meeting of the EU-Latin America and Caribbean Working Group on Research Infrastructures* del 19.5.2020

⁹ Ovviamente, la Fondazione nell'ultimo periodo ha concentrato la sua attività sull'azione congiunta in materia sanitaria. Si ricorda come il trattato istitutivo consideri la Fondazione quale una autonoma organizzazione internazionale e le attribuisca, all'art. 4, personalità giuridica internazionale.

¹⁰ *CELAC and China Joint Plan of Action for Cooperation on Priority Areas (2019-2021)*, Santiago, Chile, 21-22.1.2018.

¹¹ *XLIV Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano del SELA*, Caracas, 26-28.11.2018; *XLV Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano del SELA*, Caracas, 18-20.11.2019.

¹² SP/CL/XLIV.O/DT N° 4-18, *Programa de Trabajo para el año 2019*; Decisión 577, *Programa de trabajo para el año 2020*.

informazioni e comunicazione come strumenti di partecipazione sociale e inclusione digitale, e sulla promozione degli scambi commerciali. Si è, inoltre, approvato il bilancio dell'Organizzazione, mentre con riguardo al piano istituzionale si è proceduto alla nomina di un membro del Tribunale amministrativo. Dai rapporti annuali presentati dal Segretariato in occasione delle citate riunioni del *Consejo Latinoamericano* si evince come le attività dell'Organizzazione abbiano riguardato tre ambiti: i) relazioni intra-regionali¹³, ii) cooperazione economica e tecnica, iii) relazioni extra-regionali, e si siano concretizzate nell'organizzazione di riunioni tecniche, gruppi di lavoro, seminari di studio e *webinar*. Ovviamente, a partire dai primi mesi del 2020, tali attività hanno riguardato principalmente l'impatto della pandemia di COVID-19 sullo sviluppo politico, economico e sociale dell'America latina e dei processi di integrazione regionale¹⁴.

Con riguardo alle relazioni esterne, la *Secretaría Permanente* ha continuato ad intrattenere rapporti con altre forme associative regionali (ad es. *Instituto Social del MERCOSUR*, *Organización Panamericana de la Salud*, OSA) e internazionali (FAO e UNIDO), nonché con Stati terzi (es. Repubblica di Corea¹⁵), che in alcuni casi si sono sostanziate in accordi di cooperazione tecnica (es. con CAn¹⁶, Unione economica euro-asiatica¹⁷, *CAF-Banco de desarrollo de América Latina*¹⁸).

Estremamente ridotte sono state, nel periodo considerato, anche le attività dell'ALADI che, invero, sta vivendo una difficile situazione finanziaria¹⁹. Così, il *Consejo de Ministros*, organo apicale dell'Organizzazione, non risulta aver tenuto alcuna riunione, mentre il *Comité de Representantes* ha adottato unicamente risoluzioni in materia di bilancio e di gestione del *Fondo Capital de Trabajo*. Altrettanto poco significative sono risultate le riunioni degli organi intergovernativi di rango sub-ministeriale, mentre relativamente più attiva è apparsa la *Secretaría General* che ha intrapreso una attività di monitoraggio delle misure adottate dai

¹³ In particolare, il SELA si è fatta promotrice di iniziative volte a promuovere la diffusione della copertura sanitaria nella regione e le opportunità di sviluppo regionale dettate dall'industria culturale. Si è inoltre impegnata nel *Programa Latinoamericana y Caribeña de Puertos Digitales y Colaborativos (Red PdyC)*, considerato come un valido strumento per facilitare gli scambi, ed ha continuato a dedicarsi al potenziamento del *Sistema de Información Estadística* del suo portale web, oltre che alla gestione e al coordinamento di portali specializzati da essa elaborati.

¹⁴ Sulle singole iniziative realizzate nell'ambito del SELA nel periodo di riferimento, cfr, *Cuadragésimo Segundo Informe Anual de la Secretaría Permanente, XLIV Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano*, Caracas, 26-28.11.2018, SP/CL/XLIV.O/DT N° 3-18; *Cuadragésimo Tercer Informe Anual de la Secretaría Permanente, XLV Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano*, Caracas, 18-19.11.2019, SP/CL/XLV.O/DT N° 3-19 Rev.1.

¹⁵ *Memorandum de Entendimiento entre el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Corea y el Sistema Económico Latinoamericano (SELA)*, 26.1.2018, volto ad istituire un programma congiunto di stage.

¹⁶ *Convenio Marco de Cooperación entre la Secretaría General de la Comunidad Andina y el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA)*, Lima, 23.3.2018, che mira a promuovere il reciproco sviluppo economico sostenibile e inclusivo in materia di gestione dei flussi migratori, mercato del lavoro e sviluppo sociale.

¹⁷ *Memorandum de Entendimiento entre la Comisión Económica Euroasiática y el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA)*, 24.5.2018, teso a promuovere la cooperazione inter-istituzionale dei rispettivi processi di integrazione.

¹⁸ L'accordo di cooperazione tecnica con il *CAF- Banco de Desarrollo de América Latina* è stato concluso il 21.9.2018 per promuovere lo sviluppo delle piccole e medie imprese della regione.

¹⁹ *Resolución del Comité de Representantes N° 457, Medidas de Austeridad para Hacer Frente a la Situación Financiera por la Que Atraviesa la Asociación*, 18.12.2019.

Paesi membri a seguito della crisi sanitaria determinata dal COVID-19²⁰ e ha firmato accordi di cooperazione tecnica con il FONPLATA²¹, l'*Instituto Latinoamericano de Cooperación para la Agricultura* (IICA)²² e la Confederazione delle Camere di Commercio messicane²³.

In relazione agli accordi parziali conclusi fra alcuni Stati membri, si è proceduto alla sottoscrizione di protocolli addizionali a preesistenti accordi (c.d. *Protocolos Adicionales a Acuerdos de Complementación Económica*) – per lo più bilaterali e, solo in misura minore, multilaterali (nella specie fra Paesi MERCOSUR) – riguardanti prevalentemente aspetti secondari in ambito commerciale.

4. *L'Unione delle Nazioni Sudamericane (UNASUR)*. - Come anticipato, nel periodo in esame la crisi dell'UNASUR si è ulteriormente aggravata, tanto da risultare apparentemente irreversibile, in quanto solo tre Stati continuano nella loro piena *membership* (sembra che siano ancora Paesi membri a pieno titolo solo Venezuela, Suriname e Guyana). Infatti, dall'aprile del 2018 alcuni Stati (sembra, in assenza di informazioni ufficiali) non partecipano ad alcuna attività, mentre altri (in particolare, Colombia ed Ecuador) hanno proceduto a recedere formalmente dall'Organizzazione²⁴. Non è nota alcuna residua attività delle diverse articolazioni (ministeriali e sub-ministeriali) e si può ipotizzare anche la fine del *Consejo de Defensa Sudamericano* che, ispirato dal Brasile, aveva sede in Argentina. Si che, dal punto di vista politico, sembra ipotizzabile una ripresa delle attività in ambito continentale del *Tratado Interamericano de Asistencia Reciproca* (TIAR), concluso nell'ambito dell'OSA²⁵.

Anche gli edifici sedi delle istituzioni dell'UNASUR sono ritornati nella disponibilità degli Stati membri. Infatti, con il recesso formale dell'Ecuador, l'edificio storico sede del Segretariato è stato restituito allo Stato ospite e sembra sia destinato ad attività museali, mentre l'appena completato edificio sede del mai costituito Parlamento dell'UNASUR rimane nella disponibilità della Bolivia.

Nell'UNASUR trova conferma come la accentuata politicizzazione (talora anche personale) dei diversi processi di cooperazione regionale e sub-regionale in America Latina e la fine della relativa omogeneità politico-ideologica della maggioranza degli Stati conducano al conseguente inesorabile radicale ridimensionamento

²⁰ L'attività di monitoraggio è confluita in documenti che sintetizzano le misure adottate dagli Stati membri con riguardo ad aspetti rientranti nei settori di competenza dell'ALADI: certificati di origine, preferenze tariffarie, misure non tariffarie, misure tariffarie nazionali sull'importazione.

²¹ Nell'ambito dell'accordo di cooperazione già esistente, firmato nel 1990, la *Secretaría General* e il *Fondo Financiero para el Desarrollo de la Cuenca del Plata (FONPLATA)* hanno concluso una *Carta de Acuerdo*, Montevideo, 3.9.2018, per realizzare uno studio volto a potenziare l'idrovia Paraguay-Paraná.

²² Si tratta di un accordo di cooperazione tecnica volto ad approfondire le opportunità di sviluppo delle piccole e medie imprese operanti nel settore agricolo.

²³ ALADI/SEC/di 2846, *Memorandum de entendimiento entre la Secretaría General de la ALADI y la Confederación de Cámaras Nacionales de Comercio, Servicios y Turismo de los Estados Unidos Mexicanos (CONCANACO SERVYTUR MÉXICO)*, 24.10.2019.

²⁴ La crisi dell'UNASUR è stata direttamente collegata all'incapacità degli Stati membri di ritrovare il consenso per la nomina del nuovo Segretario generale. Peraltro, in un contesto di accentuata politicizzazione, l'elezione del nuovo Presidente in Argentina non esclude la possibilità che, con "appoggio" di altri Presidenti "de izquierda", l'UNASUR possa in qualche modo sopravvivere.

²⁵ Come si vedrà (par. 13), la cooperazione in materia militare rientra ora nelle competenze del PROSUR e, in proposito, è evidente l'interesse del Brasile, Paese produttore di armamenti, che già aveva contribuito all'introduzione di fatto di tale competenza nell'ambito dell'UNASUR, nonostante non fosse esplicitamente prevista nel trattato istitutivo.

delle attività dell'organizzazione e, come nel caso di specie, alla sua sostanziale scomparsa dopo meno di dieci anni dall'entrata in vigore del Trattato istitutivo (2011-2019).

5. *Il Mercato Comune del Sud (MERCOSUR)*. - Anche il MERCOSUR vive un periodo di instabilità direttamente collegata alla crisi economico-finanziaria e sociale di alcuni membri (in particolare l'Argentina) e ai mutamenti politici realizzati nei singoli Paesi (in primo luogo in Brasile e Argentina), cui si somma la più recente crisi sanitaria. Peraltro, la crisi politica interna in Venezuela aveva già portato alla sospensione del Paese caraibico dallo *status* di membro, che già nel 2017 non aveva partecipato al Summit dei Presidenti di Mendoza (di cui alla precedente rassegna). Tuttavia, nonostante tale situazione assai complessa, i risultati conseguiti soprattutto in occasione dei diversi Summit presidenziali e, in particolare, nel più recente, appaiono sorprendentemente positivi, sia in ambito istituzionale, sia nell'equilibrio fra le diverse esigenze degli Stati.

Nel periodo in esame, sono stati tenuti il LII Summit del 18.6.2018 a Asunción²⁶, il LIII Summit del 18.12.2018 a Montevideo²⁷, il LIV Summit del 17.7.2019 a Santa Fé²⁸ e il LV Summit del 5.12.2019 a Bento Gonçalves²⁹. Si tratta di incontri apicali i cui risultati sono stati, di regola, sostanzialmente interlocutori in ragione della instabilità politica dei Presidenti di turno (in scadenza o appena eletti)³⁰. Degno di nota risulta essere, tuttavia, il Summit del dicembre 2018, durante il quale si sono conseguiti risultati estremamente positivi dal punto di vista istituzionale. Più di recente, in occasione del LVI Summit tenuto in video-conferenza nel luglio 2020³¹, nonostante le difficoltà politiche, economico-finanziarie e sanitarie, si è condivisa una realistica valutazione dell'esistente, giungendo ad un apprezzabile equilibrio fra gli interessi degli Stati (più sviluppati) in materia economico-commerciale e le istanze sociali dei Paesi minori³². Inoltre, la

²⁶ *Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR y Bolivia*, Asunción, 18.6.2018 (LII Cumbre).

²⁷ *Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR y Bolivia*, Asunción, 18.12.2018 (LIII Cumbre). In tale occasione fu sottoscritto l'*Acuerdo sobre reconocimiento de títulos de grado de educación superior del Mercosur*, Montevideo, 17.12.2018.

²⁸ *Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR y Bolivia*, Santa Fe, 17.7.2019 (LIV Cumbre). Nella stessa occasione furono sottoscritte specifiche dichiarazioni quali, fra l'altro, la *Declaración presidencial sobre el fortalecimiento de la democracia en el MERCOSUR* e *Declaración presidencial sobre situación en Venezuela* e l'*Acuerdo para la eliminación del cobro de cargos de roaming internacional a los usuarios finales del Mercosur*, Santa Fe, 16.7.2019.

²⁹ *Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR*, Bento Gonçalves, 5.12.2019 (LV Cumbre). In tale occasione furono sottoscritti, fra gli altri, l'*Acuerdo sobre Facilitación del Comercio del Mercosur* e l'*Acuerdo para la Protección Mutua de las Indicaciones Geográficas en los territorios de los Estados Partes del Mercosur*. I trattati entreranno in vigore (rispettivamente, ex art. 21 e ex art. 9) quando ratificati da due Stati. Cfr. altresì l'*Enmienda al Protocolo de Montevideo sobre el Comercio de Servicios del Mercosur*, che entrerà in vigore con la terza ratifica.

³⁰ La "relativa" confusione emerge anche dalla stessa partecipazione ai singoli Summit che hanno visto, talora, anche la partecipazione della Bolivia quale membro in via di adesione che, viceversa, non ha partecipato a quello del luglio 2010.

³¹ *Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR*, videoconferenza, 2.7.2020 (LVI Cumbre). Tutti gli organi decisionali del MERCOSUR possono operare in video-conferenza secondo quanto stabilito ne *MERCOSUR/CMC/DEC. N° 02/20, Reuniones de los órganos decisorios del MERCOSUR por el sistema de videoconferencia*, Montevideo, 5.5.2020.

³² Già nelle premesse del *Comunicado conjunto ...* (LVI Cumbre), può cogliersi sia il riferimento al «proceso de fortalecimiento del MERCOSUR ... con miras a la consolidación de la Unión Aduanera» che

piena riconferma dell'originaria opzione del *regionalismo aperto* è stata manifestata nella ripresa delle attività comuni in materia di relazioni esterne, soprattutto in ambito commerciale³³, in precedenza oggetto di differenti valutazioni da parte dei singoli Stati³⁴.

Com'è tradizione, in occasione dei vertici presidenziali del 2018 (LII Asunción del 18.6.2018³⁵, LIII Montevideo del 18.12.2018³⁶), del 2019 (LIV Santa Fe del 14.7.2019³⁷ e LV Vale dos Vinhedos del 5.12.2019³⁸ e del 2020³⁹, sono stati tenuti anche i *Summit* con i Paesi associati, ma dai *Comunicados conjuntos* conclusivi appare evidente il loro carattere programmatico ed esortativo e, salvo casi eccezionali, sostanzialmente privi di rilevanza concreta⁴⁰.

Particolare importanza assume la decisione approvata dal *Consejo Mercado Común* in occasione del Summit del dicembre 2018 relativa agli atti normativi e, indirettamente, all'apparato istituzionale. Infatti, la Decisione N° 14/18⁴¹ contribuisce a chiarire il sistema delle fonti normative come previste nel *Protocolo de Ouro Preto* che, com'è noto, definisce l'apparato istituzionale del MERCOSUR, nonché il complesso delle fonti primarie del MERCOSUR ad integrazione dell'atto istitutivo rappresentato dal *Tratado de Asunción*. Il *Protocolo de Ouro Preto* distingue, a proposito delle fonti di carattere pattizio, fra *Protocolos adicionales o complementarios* (art. 41.I) e *Acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción* (art. 41.II). In proposito, la decisione in esame stabilisce che saranno qualificati come *protocolos adicionales* i trattati che integrano il *Tratado de Asunción* e che sono relativi a - *la estructura institucional...*; - *los procedimientos de solución de controversias*; - *la defensa del orden democrático y la promoción y protección de los derechos humanos*. Tale importante specificazione sistemica è compiuta in maniera indiretta

alla «...reducción de las asimetrías en el bloque, a fin de contribuir a profundizar el proceso de integración y su cohesión...». Cfr. altresì pp. 2-3 sub *Dimensión económico-comercial*, p. 3 sub *Fondo para la convergencia estructural del MERCOSUR (FOCEM)* e, infine, pp. 6-7 *Desafíos de la integración*.

³³ *Comunicado conjunto ...* (LVI Cumbre), p. 4 sub *Negociación externas*.

³⁴ Da parte argentina si era sottolineata l'opportunità di un rallentamento nei negoziati in corso con Repubblica di Corea, Singapore, Libano, Canada e India. Tale posizione non ricomprendeva gli accordi con UE ed EFTA.

³⁵ *Comunicado conjunto de los Presidentes de Estados Partes y Asociados del MERCOSUR*, Asunción, 18.6.2018. In realtà, nel comunicato non sono indicati gli Stati associati, né da chi fossero rappresentati, limitandosi al riferimento a «altas autoridades de los Estados Asociados».

³⁶ *Comunicado conjunto de los Presidentes de Estados Partes y Estados asociados del MERCOSUR*, Montevideo, 18.12.2018.

³⁷ *Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados*, Santa Fe, 17.7.2019. In occasione del Summit allargato sono stati firmati alcuni accordi aperti a tutti gli Stati (in materia consolare e di obbligazioni alimentari).

³⁸ *Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados*, Bento Gonçalves, 5.12.2019. Com'è prassi, in tale occasione, a parte il contenuto declaratorio, può notarsi la concreta adesione del Perù a due protocolli, peraltro aperti all'adesione anche di Paesi associati.

³⁹ *Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados del MERCOSUR*, in videoconferenza, 2.7.2020, cui hanno partecipato anche Bolivia, Cile e Colombia. Il contenuto, com'è tradizione, ha carattere declaratorio e programmatico, sì che di un qualche interesse ai nostri fini è l'auspicio (sub 34) del rafforzamento della cooperazione tecnica con PROSUR nella lotta al COVID-19.

⁴⁰ Per gli «Acuerdos celebrados en el marco...» dei Paesi MERCOSUR ed estesi a uno o più Paese associato, cfr. sub12 del LVI Summit, di cui alla nota precedente.

⁴¹ MERCOSUR/CMC/DEC. N°14/18 *Tratados internacionales celebrados en el ámbito del MERCOSUR*, LIII CMC, Montevideo, 17.12.2018.

attraverso il riferimento a future adesioni al MERCOSUR; si stabilisce infatti che gli Stati che intendano aderire all'Organizzazione dovranno sottoscrivere e ratificare l'intera disciplina istituzionale di base, che non si limita al solo *Tratado de Asunción*, ma si estende a quei *protocolos adicionales* che sono esplicitamente indicati nell'*Anexo* della Decisione N°14/18⁴². La stessa decisione specifica, *a contrario*, che i trattati conclusi fra gli Stati membri, diversi dai *protocolos adicionales*, sono da qualificare come *acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción* e tali ulteriori manifestazioni di volontà vincoleranno gli Stati membri, ma vi potranno aderire anche singoli Paesi associati⁴³.

Sempre in ambito istituzionale, rileva ancora la questione dell'organo di rappresentanza politica, il Parlasur, in particolare in relazione alle modalità della sua composizione che, ai sensi del Protocollo istitutivo, dovrebbe essere definita attraverso una elezione nei singoli Stati a suffragio diretto, universale e segreto. Tuttavia, tenendo presente che sinora solo alcuni Stati hanno provveduto in tal senso e ai costi elevati di tale rappresentanza, si è deciso di sospendere l'applicazione di tale protocollo per quanto riguarda la composizione del Parlasur e si è approvato un Protocollo addizionale relativo alla elezione simultanea in tutti gli Stati del MERCOSUR dei membri del Parlasur. Sino a quel momento saranno i parlamenti nazionali a individuarli fra i loro membri⁴⁴. Va ancora rilevato come la problematica della riforma dell'apparato istituzionale costituisce un punto costantemente all'attenzione del Summit ai fini dell'adeguamento alle concrete necessità dell'integrazione⁴⁵.

Nel merito delle attività di carattere sostanziale, queste sono continuate con relativa continuità, in primo luogo, a livello ministeriale con il *Consejo del Mercado Común* che ha operato non solo nella sua composizione ordinaria (ministri degli esteri e dell'economia) ma anche in quella specialistica (ministri dell'economia e Presidenti delle Banche centrali, ma anche ministri dell'educazione, cultura, lavoro, giustizia, ambiente, salute, etc.)⁴⁶.

Il MERCOSUR continua nella sua intensa attività nelle relazioni esterne e, in proposito, si è dettata una nuova disciplina relativa alle modalità di conclusione di accordi internazionali⁴⁷. Nel merito e, in particolare, nel sub-continente si è manifestato con un progressivo avvicinamento all'Alleanza del Pacifico, di cui si dirà al par. 12. Inoltre, nel corso del 2019 si è giunti, dopo circa venti anni di trattative, alla conclusione dello storico negoziato con l'Unione europea. Infatti, nel giugno 2019 si è dichiarata la fine del negoziato almeno in termini politici, anche se lo stesso continua per la definizione delle «*revisiones legales*», dei dettagli tecnici e della

⁴² L'art. 2 della MERCOSUR/CMC/DEC. N°14/18 *Tratados internacionales...* *op.cit.* prevede che i nuovi aderenti al MERCOSUR accederanno automaticamente anche ai trattati elencati nell'*Anexo* e a ulteriori *Protocolos adicionales* qualificati nel tempo come tali. Si tratta de il Protocollo di Ouro Preto, il Protocollo di Ushuaia sulla democrazia, il Protocollo di Olivos sulla soluzione delle controversie come modificato, il Protocollo di Montevideo sul Parlasur e il Protocollo di Asunción sui diritti umani.

⁴³ Articoli 5 e 6 della MERCOSUR/CMC/DEC. N°14/18 *Tratados internacionales*, *cit.*

⁴⁴ *Protocolo adicional al Protocolo constitutivo del Parlamento del Mercosur*, nonché *Declaración conjunta relativa al funcionamiento del Parlamento del Mercosur*, 14-15-16.4. 2019.

⁴⁵ MERCOSUR/CMC/DEC. N°09/19 *Estructura institucional*, LIV CMC, Santa Fe, 16.7.2019 cui ha fatto seguito la *Decisión N° 19/19 atualização da Estrutura Institucional do Mercosul*, LV CMC, Bento Gonçalves, 4.12.2019.

⁴⁶ Da ultimo, MERCOSUR/CMC/ACTA N° 01/20 *LVI Reunión ordinaria del Consejo Mercado Común*, 1.7.2020.

⁴⁷ MERCOSUR/CMC/DEC. N°16/18 *Procedimiento para la suscripción de acuerdos en materia de cooperación internacional en el MERCOSUR*, LIII CMC, Montevideo, 17.12.2018.

traduzione e dovrebbe concludersi presumibilmente nel corso del secondo semestre del 2020. Solo a questo punto sarà noto l'intero testo, che dovrebbe comprendere una parte di carattere materiale, relativa al dialogo politico, alla cooperazione allo sviluppo e agli aspetti economico-commerciali, nonché la definizione di un complesso apparato istituzionale⁴⁸. Va osservato che, per quanto noto, il trattato UE-MERCOSUR è stato oggetto di critiche significative sia presso i Parlamenti nazionali europei (ma anche nei Paesi del MERCOSUR), sia presso l'opinione pubblica. Si che ci sia consentito un rinvio nel merito a quando il contenuto materiale sarà integralmente noto e il testo ufficiale dello storico accordo formalmente sottoscritto da tutti gli Stati membri delle due organizzazioni⁴⁹.

Ancora, in materia di relazioni esterne, nell'agosto del 2019 è stato concluso il negoziato con l'EFTA⁵⁰, mentre in precedenza era stato concluso un Memorandum d'intesa con la Unione Economica Euroasiatica, organizzazione regionale a "guida" russa⁵¹.

6. *La Comunità andina (CAN)*. - Benché non possa ritenersi che la CAN abbia superato le sue croniche difficoltà di sviluppo, cui peraltro si è aggiunta una grave crisi finanziaria che – come si vedrà – sta minando l'operatività del Tribunale andino, è possibile cogliere timidi segnali di "ripresa". In questo senso, si è fatto cenno al rilancio dell'attività del *Consejo Presidencial*, organo apicale dell'Organizzazione, che non si riuniva da ben 8 anni. Sono stati tenuti due incontri, il primo (*XIX Reunión*) in concomitanza con le celebrazioni per il cinquantesimo anniversario della nascita dell'Organizzazione e, in quella sede, i Capi di Stato si sono limitati ad esprimere un declamatorio apprezzamento per i traguardi conseguiti e un retorico auspicio di un ulteriore approfondimento della cooperazione, puntando soprattutto sullo sviluppo energetico e delle piccole e medie imprese, sulla digitalizzazione, sul commercio, sulla inclusione delle popolazioni più vulnerabili, sulla tutela delle popolazioni indigene e sull'uguaglianza di genere⁵². La successiva *XX Reunión* si è incentrata – com'è comprensibile – sul tema della pandemia di COVID-19⁵³ e, nello specifico, i Capi di Stato hanno manifestato l'intenzione di concertare tutte le misure

⁴⁸ Mentre la disciplina materiale è parzialmente nota, per quanto riguarda l'apparato istituzionale comune, le notizie sono al momento assai vaghe, così come non ancora conosciute sono le regole per l'entrata in vigore. In proposito, si parla di entrata in vigore individuale per i singoli Stati del MERCOSUR.

⁴⁹ Si ricorda come sia necessario il voto favorevole del Parlamento europeo, nonché la ratifica da parte dei Parlamenti nazionali. In proposito, sembra che il trattato UE-MERCOSUR preveda una applicazione parziale e/o provvisoria.

⁵⁰ *Comunicado conjunto Acuerdo de libre comercio entre el MERCOSUR y la Asociación Europea de Libre Comercio*, Buenos Aires, 23.8.2019.

⁵¹ *Memorandum de Cooperación Económica y Comercial con la Unión Económica Euroasiática* (UEE), firmato il 17.12.2018 a Buenos Aires in occasione della 53ª riunione del CMC.

⁵² *XIX Reunión del Consejo Presidencial Andino - Declaración Presidencial de Lima: 50 Años de la Comunidad Andina*, Lima 26.5.2019. In occasione dell'incontro il *Consejo presidencial* ha altresì reso la *Declaración Especial del Consejo Presidencial Andino sobre Uso de Nuevas Tecnologías y el Dominio de Primer Nivel Amazon*, con cui i Paesi andini, in quanto anche Paesi amazzonici, hanno espresso il proprio disaccordo nei confronti della decisione della *Corporación para la Asignación de Nombres y Números en Internet (ICANN)* di dare via libera alla multinazionale Amazon nell'utilizzo del loro nome (Amazon, appunto) come dominio Internet, e la *Declaración Especial: Año Internacional de las Lenguas Indígenas*.

⁵³ *XX Reunión del Consejo Presidencial Andino - Declaración del Consejo Presidencial Andino*, in video-conferenza, 8.7.2020. Alla riunione ha preso parte anche l'autoproclamato Presidente del Venezuela, Guaidò, il quale ha manifestato l'intenzione di far aderire nuovamente il suo Paese al processo di integrazione andino.

necessarie per mitigarne gli effetti negativi sul piano economico e sociale. Oltre a ribadire quanto già affermato durante la precedente riunione con riguardo all'opportunità di approfondire la cooperazione in settori specifici, i Presidenti hanno posto l'accento sulla necessità di trovare il consenso sui punti più rilevanti del *Proceso de reingeniería* dell'apparato istituzionale, quali la riforma del meccanismo di soluzione delle controversie, lo Statuto dell'Università andina Simón Bolívar e la riforma del Parlamento andino (peraltro, sostanzialmente inattivo).

Nei fatti, tuttavia, il *Consejo Presidencial* non sembra aver dato un particolare impulso al processo di integrazione andina; infatti, poco significativi e limitati ad alcuni settori specifici appaiono i risultati degli incontri del *Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores* (CAMRE). Durante la XIX riunione straordinaria del dicembre 2017 si è solo discusso della necessità di approfondire la cooperazione nel settore della interconnessione elettrica e di ridurre il costo del *roaming*⁵⁴. In occasione della XLII riunione ordinaria, invece, il CAMRE si è limitato a prendere atto della informativa presentata dal Presidente del Tribunale andino sulla difficile situazione finanziaria che l'istituzione sta attraversando⁵⁵ e ad approvare un glossario in tema di gestione del rischio⁵⁶, mentre al centro dei lavori della XLIII e della XLIV riunione⁵⁷ si è posta la nomina del nuovo Segretario generale⁵⁸. Negli incontri successivi il CAMRE ha proceduto alla istituzione di un osservatorio incaricato della gestione di informazioni ufficiale relative a produzione, trasporto, commercializzazione e uso del mercurio e alla approvazione del *Plan Quinquenal Andino (2019-2024) para la implementación de la "Proclamación del Decenio Internacional de los Afrodescendientes"* (2015-2024)⁵⁹, nonché alla adozione di una decisione in materia di protezione del patrimonio culturale e di una guida per il coordinamento di assistenza umanitaria fra gli Stati membri⁶⁰. Con riguardo alle relazioni esterne, si è deciso il conferimento dello *status* di osservatore al Marocco⁶¹.

⁵⁴ XIX Reunión Extraordinaria del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, Tena, 2.12.2017. L'incontro ha avuto luogo nell'ambito della riunione della *Organización del Tratado de Cooperación Amazónica*.

⁵⁵ A fronte dei problemi finanziari del Tribunale andino, si è decisa l'istituzione un Gruppo di alto livello, incaricato di individuare le misure da porre in essere; cfr. *Decisión de la Comisión N° 843, Creación del Grupo de Alto Nivel para abordar la situación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, Lima, 29.4.2019.

⁵⁶ XLII Reunión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores reunido en forma ampliada con los Representantes titulares ante la Comisión de la Comunidad Andina, CAMRE Ampliado/XLII/Acta, Lima, 29.5.2018, paragrafi 3-4.

⁵⁷ XLIII Reunión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores reunido en forma ampliada con los Representantes titulares ante la Comisión de la Comunidad Andina, CAMRE Ampliado/XLIII/Acta, Lima, 15.10.2018; XLIV Reunión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores reunido en forma ampliada con los Representantes titulares ante la Comisión de la Comunidad Andina, CAMRE Ampliado/XLIV/Acta, Lima, 11.1.2019.

⁵⁸ *Decisión CAMRE N° 829, Elección del Secretario General de la Comunidad Andina*, Lima, 15.10.2018; *Decisión CAMRE N° 836, Elección del Secretario General de la Comunidad Andina*, Lima, 11.1.2019. Héctor Quintero Arredondo, nominato dal CAMRE come Segretario generale durante la XLIII riunione, ha rassegnato le proprie dimissioni dopo circa un mese, sicché si è reso necessario procedere all'individuazione e alla nomina di un sostituto.

⁵⁹ XLVI Reunión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores reunido en forma ampliada ..., Lima, 26.5.2019, durante la quale sono state approvate le *Decisiones* N° 844 e N° 845.

⁶⁰ XLVI Reunión del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores reunido en forma ampliada..., Lima, 8.7.2020, ove *Decisión CAMRE N° 860, Aprobación de la "Guía para la coordinación de la asistencia humanitaria entre los Países miembros de la Comunidad Andina"* e

Come si evince dagli incontri del CAMRE e come confermato sia dalle *decisiones* e *resoluciones* approvate dalla *Comisión*⁶², sia dalle riunioni degli organi intergovernativi sub-ministeriali e tecnici, la cooperazione in seno alla CAn ha teso a riguardare la disciplina di aspetti tecnici relativi a materie minori, quali quella doganale⁶³, sanitaria e fitosanitari, nonché il settore energetico, della gestione dei disastri e dei fenomeni migratori⁶⁴.

Le difficoltà del processo di integrazione andino hanno investito nel periodo in esame soprattutto il Tribunale che, come accennato, sta attraversando una grave crisi finanziaria dovuta, tra l'altro, al fatto che il suo bilancio è stato congelato dal 2008 ed è attualmente insufficiente a coprire i costi operativi⁶⁵. Tali difficoltà non hanno tuttavia impedito al Tribunale (almeno fino al luglio 2020) di svolgere la propria attività con la consueta alacrità che lo ha contraddistinto negli ultimi anni. Nel periodo in esame ha infatti emesso circa 500 sentenze; si è trattato per lo più di pronunce rese a seguito di rinvii pregiudiziali e solo in un numero limitato di casi il Tribunale andino è stato investito di altre tipologie di ricorsi⁶⁶. Complessivamente, esse hanno riguardato soprattutto questioni relative alla proprietà industriale (es. definizione di criteri tesi a guidare le autorità nazionali in caso di conflitto fra *nombres de dominio* y *signos distintivos*, regime di divulgazione innocua di brevetti, ecc.) e al diritto d'autore (es. definizione della nozione di "opera", eccezioni al diritto esclusivo di riproduzione di un'opera, registrazione del marchio, ecc.). In tale ambito, significativa appare l'affermazione del principio di tutela del legittimo affidamento a favore del titolare di un marchio registrato in un Paese membro, al quale il Tribunale andino ha riconosciuto il diritto di opporsi alla domanda di registrazione depositata in un altro Paese membro se esiste un rischio di confusione tra il segno registrato nel primo Paese e quello richiesto per la registrazione nel secondo⁶⁷. Un discreto numero di pronunce ha altresì riguardato questioni concernenti la disciplina doganale (es. applicazione dei metodi di *valoración aduanera*), nonché la normativa in materia di concorrenza⁶⁸. Al riguardo, di particolare interesse appare il *Proceso* N° 484-IP-2018⁶⁹, ove trova conferma la tendenza dei giudici andini di

Decisión CAMRE N° 861, *Protección y recuperación de bienes del patrimonio cultural de los Países Miembros de la Comunidad Andina*.

⁶¹ *Decisión CAMRE* N° 862, *Otorgamiento de estatus de Observador de la Comunidad Andina al Reino de Marruecos*, 8.7.2020.

⁶² Le *decisiones* e le *resoluciones* approvate sono consultabili sulla gazzetta ufficiale www.comunidadandina.org.

⁶³ In particolare, si segnala in ambito doganale la firma dell'*Acuerdo de Reconocimiento Mutuo de los programas "Operador Económico Autorizado"*, Lima, 24.5.2019.

⁶⁴ Continuano i lavori per l'adozione dell'*Estatuto Migratorio Andino*.

⁶⁵ *Oficio* N° 32-P-TJCA-2020, Quito, 28.7.2020.

⁶⁶ Il Tribunale andino è stato investito di: 8 ricorsi in annullamento (cfr. *Proceso* N° 04-AN-2015, 26.4.2018; *Proceso* N° 01-AN-2015, 23.8.2018; *Proceso* N° 04-AN-2016, 25.9.2018; *Proceso* N° 04-AN-2018, 19.10.2018; *Proceso* N° 03-AN-2016 e N° 05-AN-2018, 7.11.2018; *Proceso* 01-AN-2019 e N° 02-AN-2019, 31.7.2020); 1 ricorso in carenza (*Proceso* N° 02-RO-2018, 16.7.2018) e 3 ricorsi per inadempimento (cfr. *Proceso* N° 01-AI-2017, 1.12.2017; *Proceso* N° 01 y 02-AI-2016, 19.10.2018; *Proceso* N° 01-AI-2017, 16.5.2017).

⁶⁷ *Proceso* N° 76-IP-2020, 18.6.2020.

⁶⁸ In misura minore, le pronunce del Tribunale hanno riguardato questioni relative a: sicurezza sul lavoro, commercializzazione di prodotti cosmetici, consumatori, telecomunicazioni, trasporti. Tutte le sentenze rese dal Tribunale andino nel periodo di riferimento sono accessibili, suddivise per tematica, al seguente link: www.tribunalandino.org.ec/index.php/jurisprudencia/clasificacion_tematica.

⁶⁹ *Proceso* N° 484-IP-2018, 8.5.2020.

trarre ispirazione dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea per risolvere controversie sottoposte alla loro attenzione. Nello specifico, il Tribunale andino, chiamato a definire i criteri giuridici atti a distinguere la competenza del *Secretaría general* della CAN da quella delle autorità nazionali competenti ad indagare e sanzionare i comportamenti anticoncorrenziali transfrontalieri, ha proposto uno schema simile alla "teoria della doppia barriera" del diritto UE. Esso ha così stabilito che le autorità nazionali e l'organo sovranazionale debbano mantenere i loro poteri nei rispettivi settori, senza violare il principio del *ne bis in idem*.

Oltre ad occuparsi di questioni di diritto sostanziale, in varie pronunce il Tribunale ha altresì avuto modo di reiterare i principi fondanti della CAN, quali il primato del diritto andino sul diritto interno, il principio dell'efficacia diretta e della diretta applicabilità, nonché il principio del *complemento indispensable*⁷⁰.

Occorre infine segnalare che il Tribunale ha approvato un nuovo Regolamento interno teso a rendere più rapido e trasparente lo svolgimento dell'attività giurisdizionale⁷¹.

7. *Il Sistema di Integrazione Centroamericano (SICA) ed il Sistema di Integrazione Economica Centroamericana (SIECA)*. - Per quanto riguarda il SICA e, in generale, l'articolato processo di integrazione politica ed economica del Centro America, si procede a piccoli passi. Nel periodo considerato si sono tenuti con regolarità i Summit dei Presidenti degli Stati membri che, tuttavia, si sono per lo più limitati a manifestare la propria approvazione per le attività svolte dagli altri organi (inter governativi e non) e a reiterare la volontà di cooperazione nei diversi settori di principale interesse (*fortalecimiento institucional, seguridad democrática, integración social, integración económica e gestión del riesgo y cambio climático*). Le *declaraciones* approvate confermano il loro carattere meramente declaratorio ed esortativo, configurandosi essenzialmente come sollecitazioni all'azione rivolte alle diverse istituzioni⁷². Così, ad esempio, in occasione della *L Reunión Ordinaria* i Presidenti hanno approvato la *Política Marco Regional de Movilidad y Logística Centroamericana*, finalizzata a potenziare e rendere più sicura la circolazione intra- ed extra-regionale sia delle persone che delle merci, e hanno incaricato il COMIECO di gestire lo sviluppo e la rapida implementazione della *Plataforma Digital de Comercio Centroamericana*⁷³. Nella successiva *LI Reunión*⁷⁴, nel quadro di un rafforzamento della *institucionalidad* del SICA si è investita la *Secretaría General* del compito di

⁷⁰ Cfr. Proceso N° 609-IP-2016, 23.11.2018; Proceso N° 607-IP-2018, 26.2.2019; Proceso N° 78-IP-2019, 13.12.2019; Proceso N° 107-IP-2018, 28.2.2020.

⁷¹ Acuerdo 01/2020, *Nuevo Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, 29.6.2020.

⁷² A tal proposito, occorre segnalare l'adozione da parte del *Comité Ejecutivo* del SICA della *Resolución 01/2018 relativa al Procedimiento para la formulación, presentación y seguimiento de mandatos de la Reunión de Presidentes*, 15.2.2018, che abroga integralmente la precedente *Resolución 02/2014*.

⁷³ *L Reunión ordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de los Países miembros del Sistema de la Integración Centroamericana*, Ciudad de Panamá, 14.12.2017, al termine della quale è stata approvata la *Declaración de Panamá*.

⁷⁴ *LI Reunión ordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de los Países miembros del Sistema de la Integración Centroamericana*, Santo Domingo, 30.6.2018; in tale occasione, oltre alla *Declaración de Santo Domingo*, dal carattere essenzialmente declaratorio, sono state approvate *declaraciones* relative a questioni specifiche (situazione politica in Nicaragua, situazione in cui versano i bambini separati dalle proprie famiglie al confine con gli USA, rafforzamento istituzionale dell'Organizzazione).

elaborare una proposta «*de transformación funcional a nivel regional que mejore la eficiencia y operatividad de la institucionalidad de los Órganos, Organismos y Instituciones del SICA*», nonché di presentare un progetto per migliorare il coordinamento fra l'Organizzazione e gli attori esterni e un piano d'azione per la protezione dell'ambiente e la gestione dei rischi legati al cambiamento climatico⁷⁵. Queste tematiche sono state discusse anche durante la *LII Reunión*⁷⁶, unitamente alla questione della necessità di rafforzare i meccanismi di dialogo con le popolazioni indigene e afrodiscendenti. Durante la *LIII Reunión* si è prestata particolare attenzione alla libera circolazione dei fattori della produzione, soprattutto delle merci⁷⁷, mentre nell'incontro successivo (*LIV Reunión*) l'interesse si è spostato verso tematiche secondarie rispetto ai tradizionali ambiti di cooperazione⁷⁸. La pandemia di COVID-19 e la necessità di elaborare un Piano di emergenza regionale, teso a integrare gli sforzi nazionali per la prevenzione, il contenimento e il trattamento di COVID-19 sono state, invece, al centro della *Reunión extraordinaria* di marzo 2020⁷⁹.

Oltre agli incontri dell'organo apicale, nel periodo considerato si sono tenute anche riunioni ministeriali. Quelle del *Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores* non hanno prodotto risultati significativi; si segnala solo l'approvazione del *Reglamento para la gestión migratoria*⁸⁰ e della risoluzione che istituisce il *Mecanismo de Evaluación de la Cooperación Derivada de los Foros de Diálogo*⁸¹, nonché la conclusione di alcuni accordi in tema di relazioni esterne, di cui si dirà. Del pari, piuttosto ridotta è apparsa l'attività del COMIECO, di cui rileva l'approvazione della *Declaración Única Centroamericana (DUCA)*⁸², del *Reglamento*

⁷⁵ *Declaración especial sobre los desafíos para el fortalecimiento*, cit., paragrafi 2-7.

⁷⁶ *II Reunión ordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de los Países miembros del Sistema de la Integración Centroamericana*, Ciudad de Belize, 14.12.2018; in tale occasione sono state approvate la *Declaración de Belize* e la *Declaración especial sobre la producción y comercialización del café de los países del SICA*, ove i Paesi membri del SICA hanno espresso una dura critica contro il prezzo di commercializzazione della materia prima in questione, fissata nell'ambito dell'Organizzazione internazionale del caffè, ritenuto non adeguato a coprire i costi di produzione.

⁷⁷ In particolare, i Presidenti si sono rivolti al COMIECO chiedendo di accelerare l'implementazione delle azioni di breve periodo previste nella *Estrategia Centroamericana de Facilitación de Comercio y Competitividad con Énfasis en la Gestión Coordinada de Fronteras* del 2015, di definire un programma regionale di finanziamento per la modernizzazione della gestione delle frontiere e di proseguire con il processo di armonizzazione dei criteri e dei procedimenti sanitari e fito-sanitaria livello regionale. Cfr. *LIII Reunión ordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de los Países miembros del Sistema de la Integración Centroamericana*, Ciudad de Guatemala, 5.6.2019, a conclusione della quale è stato approvata la *Declaración de Guatemala*.

⁷⁸ *LIV Reunión ordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de los Países miembros del Sistema de la Integración Centroamericana*, Antigua Guatemala, 18.12.2019, conclusasi con l'approvazione di una *declaración* finale.

⁷⁹ *Reunión Extraordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de los Países miembros del Sistema de la Integración Centroamericana*, in video-conferenza, 12.3.2020, conclusa con l'adozione di una *declaración*.

⁸⁰ *Reglamento CAMRE 01-2018, Reglamento Regional para la Gestión Migratoria Ágil, Ordenada y Segura para el tratamiento de los flujos migratorios en puestos fronterizos y puestos autorizados de ingreso y regreso en las zonas de adyacencia para eventos masivos en los Estados Miembros del SICA*, 14.3.2018.

⁸¹ *Resolución CAMRE 02-2018, Relativa a la aprobación del Mecanismo de Evaluación de la Cooperación Derivada de los Foros de Diálogo*, 23.10.2018.

⁸² *Resolución N° 408-2018 (COMIECO-LXXXV)*, 4.4.2018. Si tratta di uno strumento volto a facilitare il commercio intra-regionale, che ha sostituito i preesistenti documenti: *Formulario Aduanero Único Centroamericano (FAUCA)*, la *Declaración Única de Mercancías para el Tránsito Aduanero Internacional terrestre (DUT)* e la *Declaración de Mercancías (DUA-GT)*.

técnico centroamericano relativo ai prodotti farmaceutici⁸³ e della Strategia regionale di gestione dei rischi per le dogane⁸⁴. In ambito commerciale deve segnalarsi l'adesione di El Salvador al *Protocolo Habilitante para el Proceso de Integración Profunda hacia el Libre Tránsito de Mercancías y de Personas Naturales*⁸⁵, che si inserisce nel quadro della realizzazione dell'unione doganale, in vigore solo per i tre Paesi del c.d. *Triángulo del Norte* (El Salvador, Guatemala ed Honduras).

Intensa risulta l'attività di altri organi ministeriali, in particolare del Consiglio dei ministri della salute⁸⁶, dell'energia, dell'agricoltura e della pesca⁸⁷, nonché del *Consejo de la Integración Social*⁸⁸, che hanno adottato un discreto numero di atti normativi disciplinanti aspetti tecnici della cooperazione nei rispettivi ambiti di competenza.

Per quanto riguarda gli organi non-governativi, il Parlamento Centroamericano (PARLACEN), riunitosi in sessioni plenarie a cadenza mensile, ha discusso di questioni eterogenee, da tematiche sociali (lotta alla violenza contro le donne, istruzione ed educazione dei minori, inclusione e tutela delle popolazioni indigene, ecc.), a tematiche più strettamente legate al rafforzamento dell'integrazione politica ed economica in Centro-America (sviluppo sostenibile, potenziamento delle infrastrutture, tutela della salute, sicurezza alimentare, sostegno alle piccole e medie imprese, ecc.), approvando talora mere dichiarazioni, espressione del suo potere deliberativo, talaltra, risoluzioni, che si configurano come raccomandazioni inter-organiche, rivolte ad altri organi del SICA, soprattutto quelli intergovernativi dotati di potere decisionale⁸⁹.

Molto meno attiva è risultata, invece, la Corte di giustizia che nel periodo di riferimento ha reso solo 12 pronunce, 7 nell'esercizio della funzione contenziosa e 5 di quella consultiva. Di scarso rilievo appaiono le prime, riguardando ricorsi irricevibili⁹⁰, ovvero controversie in materia di funzione pubblica⁹¹. Di maggior inte-

⁸³ Resolución 423-2020 (COMIECO-XC), 30.4.2020.

⁸⁴ Acuerdo 01-2019 (COMIECO-EX), 28.5.2019. Il COMIECO ha altresì adottato un numero esiguo di risoluzioni concernenti modifiche, talora marginali, di aspetti tecnici (già oggetto di disciplina).

⁸⁵ *Protocolo de Adhesión de la República de El Salvador al Protocolo Habilitante para el Proceso de Integración Profunda hacia el Libre Tránsito de Mercancías y de Personas Naturales entre las Repúblicas de Guatemala y Honduras*, San Salvador, 13.6.2018 il cui strumento di ratifica è stato depositato presso la *Secretaría general* il 16.8.2018.

⁸⁶ Così, ad esempio, il COMISCA ha adottato soprattutto risoluzioni relative a meccanismi di risposta a specifiche malattie e, a partire da marzo 2020, alla pandemia di COVID-19. Gli atti in questione sono consultabili in *Gaceta Oficial Digital del SICA* N.º 033-2018, del 5.9.2018 e *Gaceta Oficial Digital del SICA* N.º 048-2020 del 31.3.2020.

⁸⁷ In particolare, il Consiglio dei Ministri competente ha adottato il piano di sviluppo per l'implementazione della politica regionale in materia (Resolución OSP N.º 23, *Por la cual se aprueba el Plan de Desarrollo Regional para la Implementación de la Política de Integración de Pesca y Acuicultura 2015-2025*, 13.12.2017).

⁸⁸ Il *Consejo de la Integración Social Centroamericana* ha deciso di formulare la politica sociale regionale del SICA (*Resolución especial CIS/01/2019*, 27.3.2019).

⁸⁹ Gli atti del Parlamento centramericano sono consultabili in <http://www.parlacen.int/Informaci%c3%b3nGeneral/DocumentosPlenaria/Actas.aspx>.

⁹⁰ CCJ Expediente 186-01-19-02-2018, 9.5.2019; CCJ Expediente 193-04-22-05-2019, 10.7.2019; CCJ Expediente 188-02-23-03-2018, 10.7.2019; Expediente 191-02-29-01-2019, 30.1.2020; CCJ Expediente 196-07-25-06-2019, 21.2.2020.

⁹¹ CCJ Expediente 194-05-06-06-2019, 9.10.2019; CCJ Expediente 201-12-19-11-2019, 19.11.2019.

resse risultano, invece, le pronunce rese nell'esercizio della funzione consultiva⁹². In particolare, in *Expediente 180-03-08-06-2017* la Corte è stata chiamata ad esprimere la propria opinione circa la conformità di talune norme del *Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central* e dei Protocolli ad esso correlati, con il *Protocolo de Tegucigalpa* e, in tale occasione, si è affrontato il tema della gerarchia delle fonti nel SICA. In proposito, essa ha precisato che i protocolli addizionali al citato *Tratado Marco* «son instrumentos complementarios de dicho Tratado, que a su vez es complementario del Protocolo de Tegucigalpa, por lo tanto, todos se encuentran subordinados al Protocolo de Tegucigalpa, por ser éste el Tratado constitutivo primario y marco del derecho originario del Sistema de la Integración Centroamericana», pertanto, reiterando quanto sancito all'art. 35 del *Protocolo de Tegucigalpa*, quest'ultimo è gerarchicamente sovraordinato «a todos los instrumentos complementarios o actos derivados»⁹³. Nel successivo *Expediente 189-03-20-07-2018*, invece, la Corte di giustizia si è espressa sull'inquadramento nell'ambito del SICA degli organi del *Sub-Sistema Social Centro-americano*, in particolare della *Secretaría de la Integración Social Centroamericana (SISCA)* e del *Consejo de la Integración Social Centroamericana (CIS)*, illustrandone i poteri e le funzioni e pronunciandosi sulla possibilità per il CIS di adottare a maggioranza decisioni vincolanti⁹⁴. A tal riguardo, i giudici di Managua si sono espressi negativamente, precisando che – come previsto nel *Tratado de Integración Social Centroamericano* (art. 15.4) – affinché una *decisión* venga adottata è necessario il consenso di tutti gli Stati membri. Qualora l'unanimità non sia raggiunta, sarà comunque possibile adottare la *decisión* che, però, vincolerà solo gli Stati che hanno manifestato il proprio consenso. In buona sostanza, la Corte conferma l'operatività del principio della geometria variabile per gli atti di diritto derivato.

La competenza della Corte stessa nell'ambito dell'Accordo di associazione UE-Centroamerica è stata invece al centro dell'*Expediente 197-08-16-08-2019*; in particolare, alla domanda se questa possa esercitare la propria giurisdizione su controversie relative a pratiche anti-concorrenziali e concentrazioni economiche anche a seguito dell'istituzione dell'*Organismo Centroamericano de Competencia* ex art. 277 e 279 dell'Accordo di associazione ed eventualmente su istanza di privati, i giudici di Managua si sono espressi in senso affermativo. Si è affermato che «el Acuerdo de Asociación hace un reenvío a los instrumentos comunitarios centroamericanos a fin de establecer el Reglamento Centroamericano sobre Competencias. Este Tribunal considera que tiene competencia y jurisdicción obligatoria de conformidad con los artículos 12 y 35 del Protocolo de Tegucigalpa y [...] el artículo 22 del Convenio de Estatuto para conocer controversias que se susciten en el Sistema de la Integración Centroamericana, independientemente de que se apruebe o no el Reglamento Centroamericano sobre Competencias y se cree el respectivo Organismo Regional de Competencia»⁹⁵.

⁹² CCJ Expediente 180-03-08-06-2017, 25.1.2018; Expediente 189-03-20-07-2018, 25.1.2019; Expediente 192-03-07-02-2019, 5.5.2019; Expediente 195-06-13-06-2019, 28.5.2019; Expediente 197-08-16-08-2019, 13.11.2019.

⁹³ CCJ Expediente 180-03-08-06-2017, cit.

⁹⁴ CCJ Expediente 189-03-20-07-2018, cit.

⁹⁵ CCJ Expediente 197-08-16-08-2019, cit., p. 3. La posizione espressa dalla Corte appare alquanto discutibile e, data la rilevanza della questione, avrebbe meritato una discussione più approfondita. Può tuttavia brevemente osservarsi che né l'Accordo di associazione in questione, né il citato art. 22 del *Convenio del Estatuto de la Corte* conferiscono a quest'ultima la competenza a conoscere di controversie

Infine, per quanto concerne le relazioni esterne, il SICA ha conferito lo *status* di osservatore a Canada⁹⁶, Bolivia, Russia, Svezia, Egitto e Georgia⁹⁷ e ha concluso *memoranda of understanding* con Marocco, Turchia e Italia per l'istituzione di un foro di dialogo politico e di cooperazione⁹⁸, sulla scorta di quello già esistente con Giappone⁹⁹. Si segnala, infine, lo svolgimento di una riunione della *Comisión Mixta de Cooperación* fra i Paesi dell'Istmo Centroamericano (Belize, Guatemala, Honduras e Nicaragua) e Taiwan, cui ha preso parte anche il *Secretario General* del SICA¹⁰⁰.

8. *L'Associazione degli Stati dei Caraibi (AEC)*. - Nel periodo di riferimento hanno avuto luogo sia l'incontro dei Capi di Stato e/o di Governo dell'AEC, che le riunioni degli organi ministeriali, dei vari comitati speciali (riduzione rischio di disastri, turismo, trasporti, bilancio, salute¹⁰¹, ecc.) e dei gruppi tecnici.

In particolare, l'*VIII Cumbre de los Jefes de Estado y/o de Gobierno*, tenutasi in occasione delle celebrazioni per il 25° anniversario dell'Organizzazione, si è incentrata sul tema del cambiamento climatico¹⁰². Nella *Declaración* adottata a conclusione dell'incontro si è fatto appello alla pace, allo sviluppo sostenibile e duraturo e alla protezione del Mar dei Caraibi, definito un bene comune di inestimabile importanza, e si sono invitati gli Stati membri all'unità e alla cooperazione per affrontare in maniera efficace le conseguenze del cambiamento climatico che interessano

concernenti interpretazione e applicazione di norme di trattati conclusi fra gli Stati membri e altre organizzazioni internazionali (quale è l'accordo di associazione UE-Centroamerica). Al più, la Corte centroamericana potrebbe essere investita di una controversia in qualità di arbitro dietro espresso accordo in tal senso fra le parti (art. 22, lett. ch). Ancor meno, quindi, sembra ipotizzabile la possibilità per la Corte di conoscere di controversie su istanza di privati ai sensi dell'art. 22 lett. g), in quanto dell'accordo di associazione in questione il SICA e i suoi organi non sono parte.

⁹⁶ *Memorandum de Entendimiento entre el Sistema de Integración Centroamericana y el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio y Desarrollo de Canadá sobre la condición de Canadá en calidad de país observador*, Guatemala, 4.6.2019.

⁹⁷ *Acuerdo CAMRE 03-2018*, 13.12.2018.

⁹⁸ *Memorandum de Entendimiento para el establecimiento del Foro de Diálogo Político y Cooperación entre el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) y el Reino de Marruecos*, Guatemala, 23.4.2019; *Memorandum de Entendimiento para el establecimiento del Foro de Diálogo Político y Cooperación entre la República de Turquía y el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)*, Guatemala, 21.5.2019; *Memorandum de Entendimiento para el Establecimiento de un Foro de Diálogo Político y Cooperación entre el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación Internacional de la República Italiana y el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)*, San Salvador, 4.7.2019. Si tratta di trattati conclusi in forma semplificata conclusi, però, i primi due (con Marocco e Turchia) congiuntamente dal *Secretario general* e dai Ministri degli esteri degli Stati membri del SICA, l'ultimo (quello con l'Italia) dal solo *Secretario General*.

⁹⁹ Si segnala, altresì, la conclusione di un accordo di cooperazione complementare fra il SICA e OIM, firmato dai rispettivi Segretari generali, in tema di gestione delle migrazioni nella regione (*Acuerdo de Cooperación Complementario entre la Secretaría General del Sistema de la Integración Centroamericana y la Organización Internacional para las Migraciones*, San Salvador, 5.11.2018), che si inserisce nel quadro delle relazioni già esistenti, disciplinate dall'accordo di cooperazione inter-istituzionale del 1999.

¹⁰⁰ *Comunicado Conjunto de la XVII Reunión de la Comisión Mixta de Cooperación entre Países del Istmo Centroamericano: Belize, Guatemala, Honduras y Nicaragua y la República de China (Taiwán)*, Guatemala, 7.3.2019.

¹⁰¹ Il 24.3.2020 si è tenuta, in video-conferenza, *Primera Reunión Extraordinaria de Ministros de Relaciones Exteriores y Ministros de Salud sobre la COVID-19*.

¹⁰² *VIII Cumbre de los Jefes de Estado y/o Gobierno de la AEC*, Managua, 29.3.2019, ove SM/2019/8/WP.001, *Declaración de Managua - Uniendo Esfuerzos en el Caribe para enfrentar el Cambio Climático*, Managua, 28.3.2019.

direttamente l'area¹⁰³. Coerentemente, nella medesima occasione è stato approvato il piano d'azione per il triennio 2019-2021 teso a promuovere iniziative concertate in materia di trasporti, commercio, turismo, riduzione del rischio di disastri, tutela del patrimonio marino.

I temi della tutela dell'ambiente, della lotta ai cambiamenti climatici e della riduzione di rischi derivanti da disastri sono stati al centro dei lavori anche del *Consejo de Ministros*¹⁰⁴, le cui riunioni annuali sono state peraltro animate dall'obiettivo di rendere l'Organizzazione più efficiente e, a tal fine, sono stati adottati *acuerdos* tesi a rivitalizzare la struttura istituzionale e a rafforzare la *governance*.

Con riferimento, infine, alle relazioni esterne si segnala il conferimento dello *status* di associato alle Isole Vergini Britanniche e di osservatore alla Arabia Saudita.

9. *La Comunità Caraibica (CARICOM)*. - Nel periodo in esame le attività del CARICOM sono proseguite con sostanziale continuità; la *Conference* dei Capi di Governo ha tenuto due *regular meetings* (39^{a105}, 40^{a106}) e tre *intersessional meetings* (29^{a107}, 30^{a108} e 31^{a109}) e dai comunicati finali emerge come la piena realizzazione del *CARICOM Single Market and Economy* continui a costituire una priorità. In tali occasioni si è, infatti, non solo reiterata la necessità di accelerare l'implementazione delle misure già adottate, ma si è anche proceduto all'adozione di nuovi strumenti normativi – per lo più protocolli¹¹⁰, ma anche *decisions*¹¹¹ – disciplinanti specifici aspetti correlati alla libera circolazione dei fattori produttivi. A tal proposito, occorre osservare come continui a trovare conferma la tradizionale metodologia della cooperazione inter-statale a geometria variabile, che si realizza attraverso la previsione dell'entrata in vigore di singoli protocolli a seguito della manifestazione di volontà di vincolarsi da parte di un numero minimo prestabilito di Stati membri, ovvero attraverso la prassi dell'applicazione provvisoria qualora l'entrata in vigore del

¹⁰³ A tal proposito, gli Stati membri hanno manifestato l'intenzione di agire in prima linea per limitare il riscaldamento globale a 1,5°C.

¹⁰⁴ *XXIII Reunión ordinaria del Consejo de Ministros*, Isla Margarita, 16.3.2018, ove sono state adottate la *Declaración sobre el Impacto de Desastres en la Región del Gran Caribe* e la *Declaración de Solidaridad con los Estados afectados por la temporada de huracanes del 2017*. La *XXIV Reunión ordinaria del Consejo de Ministros* (Managua, 28.3.2019) si è incentrata sul tema del cambiamento climatico, mentre la *XXV Reunión ordinaria* (in video-conferenza, 26.3.2020) ha riguardato l'impatto della pandemia di COVID-19 sugli Stati membri.

¹⁰⁵ *Communiqué issued at the conclusion of the 39th Regular Meeting of the Conference of Heads of Government of the Caribbean Community*, Montego Bay, 4-6.7.2018.

¹⁰⁶ *Communiqué issued at the conclusion of the 40th Regular Meeting of the Conference of Heads of Government of the Caribbean Community*, Gros Islet, 3-5.7.2019.

¹⁰⁷ *Communiqué issued at the conclusion of the 29th Intersessional Meeting of the Conference of Heads of Government of the Caribbean Community*, Port-au-Prince, 26-27.2.2018;

¹⁰⁸ *Communiqué issued at the conclusion of the 30th Intersessional Meeting of the Conference of Heads of Government of the Caribbean Community*, Frigate Bay, 26-27.2.2019.

¹⁰⁹ *Communiqué issued at the conclusion of the 31st Intersessional Meeting of the Conference of Heads of Government of the Caribbean Community*, Bridgetown, 19-20.2.2020. Durante il meeting si è discusso della risposta alla pandemia di COVID-19.

¹¹⁰ *CARICOM Multilateral Air Services Agreement (MASA)*, Port-au-Price, 27.2.2018; *Protocol on Contingent Rights*. Montego Bay, 6.7.2018; *Investment Policy and Investment Code*, Montego Bay, 6.7.2018; *Procedures on the Refusal of Entry of Community Nationals*, Montego Bay, 6.7.2018.

¹¹¹ Cfr. *39th Regular Meeting of the Conference of Heads of Government of the Caribbean Community, Montego Bay, Jamaica, 4-6 July 2018 – Decisions*, <https://caricom.org/wp-content/uploads/39-HGC-JUL-2018.pdf>

protocollo sia subordinata al deposito dello strumento di ratifica da parte di tutti gli Stati contraenti¹¹². La *Conference* ha altresì discusso dei progressi della cooperazione in vari settori ritenuti rilevanti (cambiamento climatico, tutela ambientale e gestione del rischio di disastri¹¹³, trasporti, sicurezza), ha espresso la propria posizione sulla situazione ad Haiti e in Venezuela¹¹⁴, nonché sulle controversie di confine che vedono il coinvolgimento di Stati membri (Belize e Guyana)¹¹⁵. Si è ancora reiteratamente criticata la decisione dell'Unione europea di inserire i Paesi caraibici nella *black-list* dei paradisi fiscali.

Sul piano istituzionale, poi, si è proceduto all'adozione dello *Statute of the Caribbean Community Administrative Tribunal*, chiamato a conoscere di controversie in materia di funzione pubblica¹¹⁶, mentre, con riguardo alla *membership*, si è dato mandato al Segretario generale di avviare i negoziati per l'attribuzione ai territori olandesi di Aruba e Curaçao dello *status* di membro associato.

Per quanto concerne il livello ministeriale, nelle sue varie articolazioni *ratione materiae* (COFCOR¹¹⁷, CONSLE, COFAP¹¹⁸, COHSOD¹¹⁹, COTED¹²⁰), si è continuato a svolgere una attività essenzialmente istruttoria rispetto alle decisioni della *Conference*.

Per quanto riguarda, invece, gli organi non-governativi, si registra la sostanziale storica inattività del Parlamento del CARICOM, mentre conferma il proprio dinamismo la Corte di giustizia caraibica, che ha operato attivamente sia nell'ambito dell'*appellate jurisdiction*¹²¹, che della *original jurisdiction*. In particolare, come organo giurisdizionale regionale, ha reso complessivamente 13 pronunce pressoché tutte a seguito di ricorso su istanza di soggetti privati *ex art. 222 del Revised Treaty of Chaguaramas*. Ben nove hanno avuto ad oggetto la presunta violazione da parte di Barbados e di Trinidad & Tobago della normativa CARICOM in materia di tariffa esterna comune a danno della commercializzazione di particolari tipologie di

¹¹² *Communiqué of the 39th Regular Meeting of Conference*, cit., 7-8; *Communiqué of the 39th Regular Meeting of Conference*, cit., 2-3; *Communiqué of the 29th Intersessional Meeting of the Conference*, cit., 1-2; *Communiqué of the 31st Intersessional Meeting of the Conference*, cit., 3.

¹¹³ A conclusione del 39th meeting della *Conference* è stata adottata la *Declaration on climate Change*. Il tema della tutela dell'ambiente e della riduzione dell'uso della plastica caratterizza, invece, la *St. Johns Declaration* adottata al termine del 40th Regular meeting of the *Conference*.

¹¹⁴ *Communiqué of the 30th Inter-sessional Meeting*, cit., 5.

¹¹⁵ *Communiqué of the 39th Regular Meeting*, cit., 5-6; *Communiqué of the 29th Intersessional Meeting*, cit., 12-13; *Communiqué of the 38th Regular Meeting*, cit., 7-8; *Communiqué of the 30th Intersessional Meeting*, cit., 4 in relazione alle controversie Belize-Guatemala e Guyana-Venezuela.

¹¹⁶ Lo *Statute of the Caribbean Community Administrative Tribunal* è stato adottato dalla *Conference* il 27.2.2019.

¹¹⁷ *Communiqué – 21st Meeting of the COFCOR*, Georgetown, 7-8.5.2018; *Communiqué – 22nd Meeting of the COFCOR*, St. George's, 13-14.5.2019; *Communiqué – 23rd Meeting of the COFCOR*, in video-conferenza, 7-8.5.2020.

¹¹⁸ *18th Meeting of Officials Council for Finance and Planning*, Georgetown, 19.6.2018.

¹¹⁹ *38th Meeting of the COHSOD Education*, Georgetown, 23.10.2019; *4th Special Emergency Meeting of the COHSOD Health*, in video-conferenza, 6.4.2020.

¹²⁰ *73rd Special Meeting of COTED on Energy*, Georgetown, 19.4.2018 *46th Meeting of COTED*, Georgetown, 16.5.2018; *47th Meeting of the COTED*, Georgetown, 15.11.2018; *48th Meeting of the COTED*, Georgetown, 2.5.2019; *49th Regular Meeting of the COTED*, Georgetown, 18-19.11.2019; *50th Meeting of the COTED*, Georgetown, 6.5.2020.

¹²¹ Le pronunce rese dalla Corte di giustizia caraibica nell'ambito della sua *appellate jurisdiction* sono consultabili sul sito web della stessa, <https://www.ccj.org/judgments-proceedings/appellate-jurisdiction-judgments/>.

cemento¹²², consentendo alla Corte di esprimersi sul rapporto fra il diritto del CARICOM e le norme OMC¹²³. In particolare, dopo aver precisato che «*RTC is a Regional Trade Agreement ('RTA') within the meaning of the WTO*» e aver ricordato che tutti gli Stati membri del CARICOM partecipanti al CSME sono anche membri dell'OMC, la Corte ha convenuto con quanto sostenuto dal 10th *WTO Ministerial Conference*, ossia che «*RTAs are not superior to the WTO's multilateral trading system*» e che, quindi, le decisioni assunte in seno al CARICOM devono tener conto degli obblighi contratti dagli Stati membri nell'ambito dell'OMC.

Nel caso *Jones v. Council of Legal Education*, la Corte si è invece pronunciata sulla sua competenza a giudicare in merito al *Council of Legal Education*, che si configura come un “*entity established by or under the auspices of the Community*”, e sul rapporto fra il suo trattato istitutivo e il *Revised Treaty of Chaguaramas*¹²⁴. Nel successivo caso *Gilbert v. Barbados*, invece la Corte – cui i ricorrenti si erano rivolti per ottenere l'autorizzazione ad agire in giudizio contro lo Stato di Barbados, ritenuto colpevole di aver violato le norme in materia di libera circolazione delle persone – ha rigettato il ricorso ritenendo che non vi fosse prova dell'esistenza di un indiscutibile pregiudizio sofferto dai ricorrenti¹²⁵. La violazione delle medesime norme da parte di Trinidad & Tobago è stata del pari esclusa dalla Corte di giustizia nel caso *Bain*¹²⁶. Infine, il tema della libera circolazione delle persone è stato altresì oggetto di un *advisory opinion*¹²⁷; in particolare, alla Corte è stato richiesto di esprimersi sulla possibilità per uno Stato membro di “sottrarsi” (*opt out*) da una decisione della *Conference*, adottata *ex art. 46 Revised Treaty of Chaguaramas* al

¹²² [2018] CCJ 1 (OJ), Application No TTOJ2018/002, *Trinidad Cement Limited & Arawak Cement Limited v. State of Barbados*, 17.7.2018; [2018] CCJ 3 (OJ), Application No. SLUOJ2018/001, *Rock Hard Distribution Limited v. State of Trinidad & Tobago*, 12.11.2018; [2018] CCJ 4 (OJ), CCJ Application No TTOJ2018/001, *Trinidad Cement Limited v. State of Trinidad & Tobago* e Application No TTOJ2018/002, *Trinidad Cement Limited, Arawak Cement Limited v. State of Barbados*, 11.12.2018; [2018] CCJ 05 (OJ), Application No. TTOJ2018/002, *Trinidad Cement Limited, Arawak Cement Limited v. State of Barbados*, 11.12.2018; [2019] CCJ 01 (OJ), Application No TTOJ2018/002, *Trinidad Cement Limited & Claimants Arawak Cement Limited v. The State of Barbados* (Rock Hard Cement Limited Intervener) e Application No BBOJ2018/001, *Rock Hard Cement Limited Claimant v. The State of Barbados and Caribbean Community*, 17.4.2019; [2019] CCJ 4 (OJ) S, Application No TTOJ2018/001, *Trinidad Cement Limited Claimant v. State of Trinidad and Tobago* (Rock Hard Distribution Limited, Mootilal Ramhit and Sons Contracting Limited as Interveners), Application No TTOJ2018/002, *Trinidad Cement Limited & Claimants Arawak Cement Company Limited v. State of Barbados* (Rock Hard Cement Limited Intervener), 6.8.2019; [2019] CCJ 5 (OJ), Application No TTOJ2018/001, *Trinidad Cement Limited Claimant v. State of Trinidad and Tobago Defendant* (Rock Hard Distribution Lim., Mootilal Ramhit and Sons Contracting Lim. as Interveners), Application No TTOJ2018/002, *Trinidad Cement Limited & Claimants Arawak Cement Company Lim. v. State of Barbados Defendant* (Rock Hard Cement Lim. Intervener) e Application No SLUOJ2018/001, *Rock Hard Distribution Lim. v. State of Trinidad and Tobago and Caribbean Community*, 28.11.2019; [2020] CCJ 2 (OJ) S, Application No BBOJ2019/001, *Rock Hard Cement Lim. v. State of Barbados and Caribbean Community* (Arawak Cement Lim. as Intervener), 10.6.2020; [2020] CCJ 3 (OJ), Application No TTOJ2020/001, *Mootilal Ramhit and Sons Contracting Lim. and State of Trinidad and Tobago and Caribbean Community* (Trinidad Cement Lim. as Intervener), 23.7.2020.

¹²³ [2019] CCJ 4 (OJ), Application No TTOJ2018/001, *cit.*, paragrafi 53-72.

¹²⁴ [2018] CCJ 2 (OJ) 1, Application No TTOJ2018/003, *Jason Jones v. Council of Legal Education, Council for Human and Social Development and Council for Trade and Economic Development*, 11.9.2018.

¹²⁵ [2019] CCJ 2 (OJ), Application No GDOJ2018/001, *Gilbert v. State of Barbados*, 20.5.2019.

¹²⁶ [2019] CCJ 3 (OJ) S, CCJ Application No GDOJ2018/002, *David Bain v. State of Trinidad and Tobago*, 29.5.2019.

¹²⁷ [2020] CCJ 1 (AO) S, Advisory Opinion No AOOJ2019/001.

fine di ampliare le categorie di persone cui è riconosciuta libertà di movimento all'interno della *Community*, e se il principio di non reciprocità consentirebbe comunque ai cittadini di tale Stato di trarre beneficio dalla decisione. La risposta ad entrambi i quesiti è stata affermativa; la Corte, cioè, ritiene che uno o più Stati possano (to) *opt out* da una siffatta decisione, senza che ciò pregiudichi il diritto dei loro cittadini di godere dei benefici da essa derivanti, purché l'esercizio dell'*opting out* non sia pregiudizievole del perseguimento di un obiettivo fondamentale del CARICOM¹²⁸. A tal riguardo, la Corte ha ritenuto che «*to determine whether the movement of Community nationals, and in particular skilled Community nationals, is a fundamental objective of the Community, one may have regard to its role in the experience of other communities. In this regard, the Court made reference to the role of freedom of movement of workers in the European Community*»¹²⁹. Si conferma, così, la tendenza della Corte caraibica a “trarre ispirazione” dall'esperienza europea e ad operare puntuali riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea a sostegno delle proprie argomentazioni.

Infine, per quanto concerne le relazioni esterne, si segnala la conclusione, a margine del 31° *Intersessional meeting* dei Capi di Governo, un *memorandum of understanding* con gli Emirati Arabi Uniti per istituire un meccanismo di consultazione e dialogo al fine di approfondire la cooperazione in ambiti di interesse comune (turismo, commercio e investimenti, gestione del rischio di disastri) e favorire lo scambio imprenditoriale, scientifico, tecnologico e di personale.

10. *L'Organizzazione degli Stati Caraibici Orientali (OECS)*. - Per quanto riguarda l'OECS si segnala, innanzitutto, l'adesione di Guadalupe in qualità di *associate member* e la decisione dell'*Authority*, organo apicale, di conferire il medesimo *status* a Saint-Martin, già osservatore, entro dicembre 2019¹³⁰.

Nel periodo di riferimento le attività dell'apparato istituzionale si sono svolte con una certa regolarità. Si sono tenuti 6 *meetings* dell'*Authority* (4 ordinari e due speciali)¹³¹, i cui lavori – come si evince dai comunicati finali – si sono generalmente concentrati su poche materie di particolare interesse (es. cambiamenti climatici, accesso all'istruzione superiore, aviazione civile e servizi aerei)¹³², ad eccezione degli incontri tenutisi nel corso del 2020 che, comprensibilmente, hanno avuto ad oggetto questioni correlate alla pandemia di COVID-19 (prevenzione, contenimento della diffusione, gestione dell'emergenza sanitaria, ecc.). Complessivamente, però,

¹²⁸ La richiesta di uno o più Stati membri di sottrarsi ad una decisione della *Conference* deve ottenere il consenso di quest'ultima (*Advisory Opinion No AOOJ2019/001*, cit. paragrafo 47).

¹²⁹ *Advisory Opinion No AOOJ2019/001*, cit., paragrafo 51.

¹³⁰ *Communiqué: Special Meeting of the OECS Authority*, Pointe-à-Pitre, 14-15.3.2019. Tuttavia, è da escludersi che la transizione di Saint-Martin da osservatore a membro associato si sia concretizzata entro il termine stabilito, in quanto non è stato ufficializzato in alcuno dei *meetings* successivi dell'*Authority*, in cui peraltro il tema della *membership* non è stato mai affrontato.

¹³¹ *Communiqué of the 66th Meeting of the OECS Authority*, Saint Vincent & Grenadine, 23.10.2018; *Communiqué: Special Meeting of the OECS Authority*, Pointe-à-Pitre, 14-15.3.2019; *Communiqué of the 67th Meeting of the OECS Authority*, Antigua e Barbuda, 18.6.2019; *Communiqué of the 68th Meeting of the OECS Authority*, Basseterre, 16.2.2020; *Communiqué: Special Meeting of the OECS Authority and the Monetary Council of the Eastern Caribbean Currency Union (ECCU)*, in video-conferenza, 15.3.2020; *Communiqué of the 69th Meeting of the OECS Authority*, in video-conferenza, 19.6.2020.

¹³² Durante gli incontri si è altresì discusso della rappresentanza diplomatica all'estero in chiave strategica e del sostegno finanziario alla *Eastern Caribbean Supreme Court*.

non sembra che gli obiettivi previsti nel *Revised Treaty of Basseterre*, e in particolare la realizzazione dell'unione economica, siano in corso di conseguimento¹³³.

Merita un cenno la notizia, riportata nel *Communiqué* conclusivo del 68th Meeting dell'*Authority*, dell'avvio di discussioni in tema di «*the recognition of the Revised Treaty of Basseterre (RTB) in the Revised Treaty of Chaguaramas (RTC)*»¹³⁴, notizia che – invero – solleva non pochi dubbi interpretativi. Non è infatti chiaro cosa debba intendersi per *recognition* e quali siano le intenzioni dell'*Authority*. Del pari, lascia perplessi la decisione di sottoporre la *OECS Commission* alla giurisdizione del *Caribbean Community Administrative Tribunal (CCAT)*, recentemente istituito nell'ambito del CARICOM¹³⁵.

Per quanto concerne gli altri organi istituzionali, le attività della *Commission* e del livello ministeriale hanno riguardato le medesime materie su cui si è focalizzato, come si è visto, l'operato dell'organo apicale. Si sono così svolti incontri dei Ministri competenti per istruzione¹³⁶, ambiente¹³⁷, salute¹³⁸, nonché riunioni annuali del Consiglio dei Ministri degli affari esteri¹³⁹, durante le quali sono stati ripetutamente affrontati la questione del negoziato per un nuovo partenariato fra i Paesi ACP e l'Unione Europea, la decisione di quest'ultima di inserire i Paesi caraibici nella *black-list* dei paradisi fiscali, il progressivo ampliamento della *membership* dell'Organizzazione e la definizione di una azione concertata in materia di cambiamento climatico nell'ambito delle Nazioni Unite. Poco significativo è apparso l'operato dell'*OECS Assembly*, mentre non risulta che la *Eastern Caribbean Court of Appeal* sia stata investita di alcuna controversia nell'ambito della *Treaty jurisdiction*.

11. *L'Alleanza bolivariana per i popoli della Nostra America (ALBA)*. - Nel periodo di riferimento trova conferma la forte valenza politica dell'ALBA, come dimostrano la sostanziale inattività del Consiglio economico, che si è riunito nel giugno del 2020 per la prima volta dopo 6 anni senza peraltro conseguire risultati significativi¹⁴⁰. Le dichiarazioni approvate a conclusione degli incontri del Consiglio

¹³³ Invero, non risulta che nel periodo in esame si siano tenuti incontri dell'*Economic Affairs Council*, organo principale dell'*OECS Economic Union*.

¹³⁴ È opportuno ricordare che i *full members* dell'*OECS* sono tutti membri anche del CARICOM, impegnati nella realizzazione del *CARICOM Single Market and Economy*.

¹³⁵ Infatti, il Tribunale può essere investito di controversie in materia di funzione pubblica riguardanti solo lo staff del Segretariato del CARICOM e di ogni «*eligible institution*» contemplata nell'*Annex A* allegato allo Statuto del CCAT (art. 3 dello Statuto). Tuttavia, fra le «*eligible institutions*» non figura l'*OECS*.

¹³⁶ 3rd Meeting of the Council of Ministers of Education of the OECS Member States, Martinica, 27.2.2018; 4th Meeting of the Council of Ministers of Education of the OECS Member States, Antigua & Barbuda, 18.2.2019; 5th Meeting of the Council of Ministers of Education, St Kitts and Nevis, 1.6.2020.

¹³⁷ 5th Council of Ministers on Environmental Sustainability of the OECS Member States, Montserrat, 9-11.7.2018; 6th Council of Ministers on Environmental Sustainability of the OECS Member States, Martinique, 15-17.5.2019; 7th Council of Ministers on Environmental Sustainability of the OECS Member States, in video-conferenza, 24.6.2020.

¹³⁸ 5th Health Ministerial meeting of the OECS Member States, Grenada, 18-19.10.2018; 6th Health Ministerial Meeting of the OECS Member States, St. Lucia, 12.12.2019.

¹³⁹ 4th Meeting of the Council of Ministers - Foreign Affairs of the OECS Member States, Nassau, 18.5.2018; 5th Meeting of the Council of Ministers - Foreign Affairs of the OECS Member States, St. George, 12.5.2019.

¹⁴⁰ La *X reunión del Consejo Económico de ALBA-TCP* si è svolta il 29.6.2020 congiuntamente alla riunione del Consiglio politico al fine di concertare le azioni da porre in essere per ridurre gli effetti negative della pandemia nell'ambito economico e sociale.

politico¹⁴¹ e delle *Cumbres* dei Capi di Stato e di Governo¹⁴² si sono limitate a reiterare le scelte politico-ideologiche espresse nel tempo e ad enunciare la posizione dell'Organizzazione rispetto a specifiche problematiche prevalentemente politiche (es. lotta al cambiamento climatico, ovvero controversia Cile-Bolivia, situazione in Venezuela e in Nicaragua, rapporto USA-Cuba, ecc.).

12. *L'Alleanza del Pacifico (AP)*. - Tale flessibile forma di cooperazione ha continuato ad operare, con significativa coerenza rispetto ai valori condivisi, nel perseguimento degli obiettivi istituzionali. A livello apicale, nel periodo considerato sono stati tenuti i Summit annuali dei Presidenti (il XIII del 2018 in Messico¹⁴³ e il XIV del 2019 Perù¹⁴⁴). In tali occasioni si è preso atto dei risultati conseguiti sia nella dimensione interna della cooperazione che nelle relazioni internazionali e si sono indicate, in maniera pragmatica, le future linee di sviluppo. In particolare, in occasione del XIII Summit si è approvato anche il documento *Visión estratégica de la Alianza del Pacífico al año 2030*¹⁴⁵ mentre, in occasione del XIV Summit, la tradizionale dichiarazione finale è stata integrata con altre due dichiarazioni tematiche¹⁴⁶.

Per quanto riguarda la partecipazione soggettiva, l'Ecuador è stato indicato come possibile Stato membro e, in tal senso, sono stati aperti i negoziati per la sua adesione come membro associato (e, successivamente, a pieno titolo)¹⁴⁷. In proposito, va sottolineata la già rilevata prudenza con cui nell'AP sono gestite le procedure di adesione, in diretto collegamento con gli obblighi sostanziali previsti per gli Stati membri, soprattutto in materia commerciale¹⁴⁸. Per quanto riguarda ancora lo *status* di membro associato, sono in corso negoziati (ancora una volta riguardanti soprattutto la materia commerciale *de altos estándares*) con Australia, Canada, Nuova Zelanda, Singapore¹⁴⁹, mentre per quelli con la Repubblica di Corea si è deciso di condizionarli alla fine del negoziato con il primo gruppo¹⁵⁰. Nella sempre più ampia proiezione internazionale dell'AP, lo *status* di osservatore è stato

¹⁴¹ *Declaración de la VII Reunión Extraordinaria del Consejo Político de la ALBA-TCP*, Caracas, 12.1.2018; *Declaración de la XVIII Reunión del Consejo Político de la ALBA-TCP*, L'Avana, 21.5.2019.

¹⁴² *Declaración de la XVI Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros de la ALBA-TCP: En defensa de América Latina y el Caribe como zona de paz*, L'Avana, 14.12.2018; *Declaración de la XVII Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del ALBA-TCP*, L'Avana, 14.12.2019.

¹⁴³ *Declaración de Puerto Vallarta*, XIII Cumbre, 24.7.2018.

¹⁴⁴ *Declaración de Lima*, XIV Cumbre, 6.7.2019. In tale occasione sono state altresì approvate due dichiarazioni relative rispettivamente «...sobre el sistema multilateral de comercio» e «... sobre la gestión sostenible de plásticas».

¹⁴⁵ *Visión estratégica de la Alianza del Pacífico al año 2030*, Puerto Vallarta, 24.7.2018.

¹⁴⁶ A Lima il 6.7.2017 sono state approvate la *Declaración Presidencial de la Alianza del Pacífico sobre el sistema multilateral de comercio* e la *Declaración sobre la gestión sostenible de plásticas*.

¹⁴⁷ *Declaración de Puerto Vallarta*, cit., sub 7 e *Declaración de Lima*, cit., sub 7. Ove l'Ecuador aderisse all'AP, vi sarebbe una quasi identità soggettiva con i Paesi della CAn; solo la Bolivia, membro della CAn, non aderirebbe all'AP. Peraltro, la Bolivia ha sottoscritto il trattato di adesione al MERCOSUR (non ancora ratificato, in particolare dal Brasile, e quindi non in vigore).

¹⁴⁸ Va ricordato che l'adesione all'AP comporta l'esistenza di un accordo di libero scambio con ciascuno degli Stati già membri e solo l'inizio del negoziato presuppone l'esistenza di due accordi già in vigore. In tal senso, l'accordo con il Cile è stato sottoscritto nell'agosto del 2020.

¹⁴⁹ *Declaración de Puerto Vallarta*, XIII Cumbre, cit., sub 5.

¹⁵⁰ *Declaración de Puerto Vallarta*, XIII Cumbre, cit., sub 6 e *Declaración de Lima*, XIV Cumbre, cit., sub 6.

attribuito ad altri Stati fra il 2018¹⁵¹ e il 2019¹⁵², sì che gli Stati osservatori sono ora ben 59 di tutti e cinque i continenti¹⁵³. Inoltre, si sono sviluppate ulteriori forme di cooperazione differenziate (*status* di osservatore, intese bilaterali, etc.) con altre organizzazioni regionali: OCDE¹⁵⁴, EAEU¹⁵⁵, APEC, ASEAN¹⁵⁶, nonché con l'UE con cui è stata sottoscritta una dichiarazione congiunta, peraltro dal contenuto assai vago¹⁵⁷. Nella medesima logica, particolare rilevanza assumono le relazioni fra AP e MERCOSUR (originariamente quasi ideologicamente contrapposte) che, dopo un primo ravvicinamento a livello ministeriale del 2017, hanno tenuto a Puerto Vallarta nel 2018 un Summit presidenziale, concluso con la tradizionale Dichiarazione. Vi si richiamano i valori comuni (democrazia, diritti umani, stato di diritto, nonché integrazione regionale, libero commercio, sviluppo sostenibile, etc.) e si approva anche un *Plan de Acción* relativo soprattutto ad attività comuni in ambito economico, ma anche in materia culturale e accademica¹⁵⁸.

Per quanto riguarda sia le attività concretamente realizzate, che quelle di prospettiva, se ne dà conto nelle Dichiarazioni conclusive dei Summit di Puerto Vallarta¹⁵⁹ e di Lima¹⁶⁰, ma soprattutto nella citata *Visión Estratégica... al año 2030*, che ipotizza l'AP «*más integrada, más global, más conectada e más ciudadana*»¹⁶¹. Nel merito corre l'obbligo di rilevare come si confermi la prudente apertura reciproca dei mercati degli Stati dell'AP e come, sempre in una visione estremamente pragmatica, si punti a realizzare obiettivi concreti piuttosto che procedere alle proclamazioni retoriche (comunque sempre presenti), tipiche di altre esperienze del regionalismo latino-americano e caraibico. Assai realisticamente, si fa riferimento a

¹⁵¹ *Declaración de Puerto Vallarta*, XIII Cumbre, cit., sub 10 ove la concessione *status* di osservatore a Bielorussia, Emirati Arabi Uniti e Serbia.

¹⁵² *Declaración de Lima*, XIV Cumbre, cit., sub 14, ove la concessione *status* di osservatore ad Armenia, Azerbaigian, Filippine e Kazakistan.

¹⁵³ Con i singoli Stati osservatori si definiscono particolari rapporti bilaterali; così con il Giappone, con cui è stata approvata la *Joint Declaration on a partnership between the States Parties to the framework Agreement of the Pacific Alliance and Japan*, Tokio, 21.6.2019/Lima, 5.7.2019.

¹⁵⁴ *Declaración conjunta entre los Estados Parte del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos*, Lima, 5.7.2019.

¹⁵⁵ *Declaración sobre la Asociación entre la Comisión Económica Euroasiática y los Estados Parte del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico*, Lima, 5.7.2019. Nella dichiarazione si specifica che non si tratta di «*un acuerdo internacional y no crea ningún derecho u obligación regulada bajo el derecho internacional a las Partes...*».

¹⁵⁶ *Declaración de Lima*, XIV Cumbre, cit., sub 15 e 16 sub 1c e *Declaración de Puerto Vallarta*, XIII Cumbre, cit. I rapporti fra le due forme associative sono tenuti a partire da riunioni a livello ministeriale, la cui ultima si è tenuta a New York nel settembre 2019 in occasione della 74° riunione dell'AG delle NU.

¹⁵⁷ *Declaración conjunta entre los Estados Parte del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico y la Unión Europea*, New York, 25.9.2019. Si tratta di una dichiarazione di carattere programmatico relativa a cooperazione economica e dialogo politico fra le due eterogenee realtà associative.

¹⁵⁸ *Declaración entre los Estados Partes del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (AP) y los Estados Partes del MERCOSUR signatarios del Tratado de Asunción*, Puerto Vallarta, 24.7.2018 con *Anexo Plan de Acción de Puerto Vallarta*.

¹⁵⁹ Come è tradizione, anche la *Declaración de Puerto Vallarta*, dopo il testo, prevede un lungo *Anexo I Mandatos Presidenciales* ove si prevedono le azioni da intraprendere per approfondire la *libra circulación de bienes, servicios, capitales y personas, para fortalecer nuestro proceso de integración*.

¹⁶⁰ La medesima tecnica del *Mandatos Presidenciales* (di cui alla nota precedente) è utilizzata nell'*Anexo I* della *Declaración de Lima*, XIV Cumbre, cit.

¹⁶¹ Nella *Visión estratégica de la Alianza del Pacífico al año 2030*, cit., la libera circolazione delle persone viene prudentemente considerata come non prioritaria, come può leggersi nella parte 4: *Más ciudadana*.

strumenti d'azione differenziati e si punta in primo luogo sulla volontaria collaborazione degli Stati (nelle loro diverse articolazioni). In tal senso relativamente frequente è l'utilizzazione dello strumento del *Memorando de entendimiento*, di carattere raccomandatorio, ma il cui contenuto sembra essere pienamente condiviso dagli Stati (e, si può presumere, rispettato e concretamente attuato dai quattro Stati)¹⁶².

Fra i risultati conseguiti sembra che sia entrato in vigore il fondo dedicato al finanziamento delle infrastrutture, mentre di limitato significato appaiono le attività degli organi ministeriali (anche a livello di vice-ministri) e di quelli sub-ministeriali (gruppi tecnici) che operano in maniera subordinata e/o istruttoria rispetto al potere dei Presidenti. Ridotte, ma comunque crescenti, sono state le attività degli organi non intergovernativi (come la *Comisión Interparlamentaria de Seguimiento*), peraltro concluse da *Declaraciones* di cui è evidente il carattere esortativo¹⁶³. Nella medesima logica dell'ascolto di organi rappresentativi di interessi non-governativi, state tenute due riunioni del *Cumbre empresarial* concluse *Declaraciones* finali indirizzate ai *Summit* presidenziali¹⁶⁴.

13. *Il Foro per il Progresso dell'America del Sud (PROSUR)*. - Nel quadro di tale complessa e plurale articolazione di forme associative, l'America Latina e i Caraibi non cessano di stupire. Infatti, come anticipato, nel corso del periodo considerato è stata istituita e si è consolidata una ennesima forma associativa denominata *Foro para el Progreso de América del Sur - PROSUR*. Si tratta, com'è tradizione, di una organizzazione marcatamente politica, sorta su iniziativa dei Presidenti di Colombia e Cile, e che intende contrapporsi alle esperienze, considerate *de izquierda*, dell'UNASUR e dell'ALBA (e in parte della stessa CELAC). In tal senso il Venezuela del Presidente Maduro non è stato invitato a parteciparvi.

Il PROSUR trova la sua origine in un sintetico documento istitutivo denominato *Declaración Presidencial*, approvata nel marzo del 2019¹⁶⁵. Si procede a creare un *Foro* di cooperazione, ovverosia una forma associativa debole o *soft organization*, caratterizzata dall'assoluta volontarietà nella partecipazione dei singoli Stati,

¹⁶² Nel *Memorando de entendimiento relativo al reconocimiento de buenas prácticas gubernamentales y al desarrollo de mecanismos de cooperación para la prevención y lucha contra la corrupción y lucha contra la corrupción en los sistemas de contratación pública en la Alianza del Pacífico*, Lima, 4.7.2019 si specifica, sub 5 a) «El presente MDE no constituye en ningún caso un acuerdo internacional vinculante en virtud del derecho internacional. Ninguna disposición del presente MDE debe ser interpretada ni implementada como creadora de obligaciones jurídicas para los Participantes». Vedi altresì nel periodo considerato *Memorando de entendimiento de Cooperación en el Campo de los Medios de Comunicación de la Alianza del Pacífico*, Lima, 6.7.2019, mentre in precedenza *Memorandum de entendimiento para el establecimiento de las bases de una plataforma virtual de gestión de controversias en materia de protección al consumidor de (... Chile, Colombia, Estados Unidos Mexicanos, Perú)*, Guadalajara, 25.10.2017.

¹⁶³ *VIII Sesión de la Comisión Interparlamentaria de Seguimiento parlamentario*, Bogotá, 15.6.2018; *IX Sesión de la Comisión Interparlamentaria de Seguimiento parlamentario*, Lima 24-25.4.2019; *X Sesión de la Comisión Interparlamentaria de Seguimiento parlamentario*, Lima 4.7.2019, nonché da ultimo *Declaración de la Decimo Segunda Sesión de la Comisión Interparlamentaria de Seguimiento a la Alianza del Pacífico*, Chile (ma in forma virtuale) 10.8.2020.

¹⁶⁴ *Declaración de la XII Sesión del Consejo Empresarial de la Alianza del Pacífico*, Puerto Vallarta, 22.7.2018; *Declaración de la XIII Sesión del Consejo Empresarial de la Alianza del Pacífico*, Lima, 4.7.2019.

¹⁶⁵ *Declaración Presidencial sobre la Renovación y el Fortalecimiento de la Integración de América del Sur*, Santiago del Chile, 22.3.2019.

come emerge dalla stessa *Declaración Presidencial* e come è stato recentemente confermato al più alto livello, sia in senso positivo¹⁶⁶ che negativo¹⁶⁷. La dichiarazione istitutiva, sottoscritta dai Presidenti di otto Stati (Argentina, Brasile, Cile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay e Perú) è stata approfondita in un successivo e più lungo e articolato documento del settembre del 2019, che ne definisce i *Lineamientos para el Funcionamiento...*¹⁶⁸.

Non è questa la sede per valutare in profondità tale ennesima iniziativa di integrazione del sub-continente americano; appare qui opportuno limitarsi solo ad alcune prime considerazioni, a partire dalle previsioni della *Declaración Presidencial* e dei successivi *Lineamientos*. In primo luogo, gli Stati partecipanti riconoscono e confermano la necessità del processo di integrazione nell'America del sud e, a tal fine, considerano fondamentale operare con flessibilità e pragmatismo per un numero limitato di materie, soprattutto di carattere strutturale. Coerentemente, nella stessa *Declaración Presidencial* si specificano le materie di competenza che sono volutamente ridotte ed esplicitamente elencate ne «*infraestructura, energía, salud, defensa, seguridad y combate al crimen, prevención y manejo de desastres naturales*». Si tratta, in buona sostanza, di competenze analoghe a quelle al tempo previste per l'UNASUR e, accertamente, si evita di ricomprendere nella attribuzione di competenze del PROSUR le materie economiche e, in particolare, quelle commerciali che, come visto, sono attribuite alle diverse organizzazioni sub-regionali dell'area: MERCOSUR, CAn, Alleanza del Pacifico, oltre che, più ampiamente, all'ALADI. La seconda peculiarità che caratterizza il PROSUR è la previsione dei *requisitos esenciales* per la partecipazione degli Stati al Foro. Essi sono indicati esplicitamente ne «... *la plena vigencia de la democracia, de los respectivos órdenes constitucionales, el respeto del principio de separación de los Poderes del Estado, y la promoción, protección, respecto y garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como la soberanía e integridad territorial de los Estados, con respecto al derecho internacional*»¹⁶⁹. Si tratta, in buona sostanza, della condivisione dei valori delle democrazie parlamentari e dello stato di diritto e, non casualmente, si riprende quasi letteralmente quanto già previsto nell'*Acuerdo Marco de la Alianza del Pacifico*¹⁷⁰.

¹⁶⁶ In occasione della 74^o sessione dell'AG delle NU, in cui furono approvati i *Lineamientos* di cui alla nota 171, il Presidente cileno Piñera ha affermato che il PROSUR non ha carattere né obbligatorio né vincolante e che, come previsto nella *Declaración Presidencial*, crea «un espacio de diálogo y colaboración suramericana».

¹⁶⁷ La recente *Declaración Presidencial de Prosur* del 27.8.2020 (in video-conferenza) in materia sanitaria non ha visto la partecipazione dell'Argentina ma quella della Bolivia come stato osservatore e dell'Uruguay come stato invitato.

¹⁶⁸ *Declaración de los Ministros de Relaciones Exteriores de Prosur. Lineamientos para el Funcionamiento del Foro para el Progreso e Integración de América del Sur - PROSUR*, New York, 25.9.2019. Occorre sottolineare come tale documento, di cui è esplicitata la natura politica, in concreto detta una disciplina estremamente precisa e articolata delle regole istituzionali della nuova forma associativa con un'ampiezza e specificità che non sempre sono presenti in trattati istitutivi di organizzazioni a base pattizia.

¹⁶⁹ *Declaración Presidencial sobre la Renovación y el Fortalecimiento*, cit., 2 sub 5.

¹⁷⁰ *Acuerdo Marco de la Alianza del Pacifico*, Antofagasta, 6.6.2012 «...*Reafirmando como requisitos esenciales para la participación en la Alianza del Pacifico la vigencia del Estado de Derecho y de los respectivos órdenes constitucionales, la separación de los Poderes del Estado, y la promoción, protección, respecto y garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales*», mentre l'art. 2 relativo a *Democracia y Estado de Derecho* prevede come requisiti essenziali «a. *la vigencia del Estado de Derecho, de la Democracia y de los respectivos órdenes constitucionales; b. la separación de los*

La terza e ultima considerazione è relativa alla natura giuridica del PROSUR che è espressa nelle parole finali dei *Lineamientos* ove, in maniera esplicita, si prevede che «*Los presentes Lineamientos tienen un carácter declarativo y de naturaleza política, y no generan obligaciones jurídicas bajo el Derecho Internacional*». Si tratta di una organizzazione di carattere debole (*soft organization*) che, pur dotata di stabilità, non ha natura pattizia ma ritrova il suo momento genetico nella citata *Declaración Presidencial* di cui è evidente il carattere politico-diplomatico e opera (al momento) con strumenti di identico valore giuridico. Tale approccio è confermato da quanto previsto negli appena citati *Lineamientos* ove, per un verso, si definisce in maniera articolata l'apparato istituzionale¹⁷¹, ma al contempo si evita di imporre alcun obbligo giuridico ai *Países Participantes*.

Come sempre, in presenza dell'istituzione e dell'attività di *soft organizations*, occorrerà valutare la prassi successiva degli Stati (cd. seguiti) e osservare se gli stessi Stati daranno concretamente *seguito* a quanto solennemente affermato. Certamente, le precedenti esperienze realizzate nell'area attraverso strumenti sia pattizi (SELA, ALADI, MERCOSUR, etc.) che politico-diplomatici (CELAC, ALBA) non inducono all'ottimismo, ma si può sperare che il sano realismo più volte dichiarato dagli Stati partecipanti al PROSUR e le ridotte attribuzioni di competenze producano, questa volta, risultati positivi.

PIERO PENNETTA, ELISA TINO

Poderes del Estado; y c. la promoción, la protección, respecto y garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales».

¹⁷¹ I *Lineamientos*, nonostante la loro natura politico-diplomatica, dettano una disciplina ampia e articolata di carattere sia sostanziale che istituzionale. In particolare, per quanto riguarda l'apparato istituzionale intergovernativo, si prevedono più livelli espressi da *Cumbre Presidencial, Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores, Presidencia Pro Tempore, Coordinadores Nacionales e Grupos de Trabajo* e già si ipotizza la creazione di un Segretariato in relazione al quale l'Ecuador ha offerto una sede.

RECENSIONI

ROBERTO VIRZO, *La confisca nell'azione internazionale di contrasto ad attività criminali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, pp. 248.

Tema solo apparentemente secondario nella misura in cui pare ridursi a una “technicality” accessoria e servente all'irrogazione della pena, oppure alla qualificazione di un atto o di un'attività in termini di illiceità, la confisca ha assunto invece un indubbio rilievo primario, quantitativo e qualitativo, negli strumenti internazionali preventivi e repressivi di taluni fenomeni criminali particolarmente pervasivi. È innanzitutto e già solo per questa acquisita centralità che il lavoro monografico di Roberto Virzo esibisce le virtù dell'attualità del tema e dell'utilità della trattazione, a beneficio tanto degli studiosi quanto dei giuristi pratici (e, in specie, della magistratura, sempre più coinvolta nella repressione del crimine transfrontaliero e nell'uso di strumenti di pene accessorie di matrice eurounitaria). Come l'Autore infatti rileva da subito, è a partire dagli anni Ottanta del XX secolo che il ricorso alle misure di confisca si incrementa al punto «da essersi ormai radicato il convincimento che tali misure siano fondamentali per la lotta alla criminalità transnazionale e determinanti per la punizione di crimini internazionali» (p. 7), un ricorso spesso ultroneo, omologo di quanto va accadendo nelle legislazioni interne, e che appare a ben vedere come il risultato proprio di una «aprioristica diffusione di siffatto convincimento» (*ivi*).

La difficoltà di trattare la confisca nell'azione internazionale di prevenzione e repressione di certi illeciti costituenti ipotesi di reato particolarmente gravi, per la vocazione transazionale degli stessi o per il peso universale dei valori compromessi, sta in effetti nella frammentazione estrema, tipologica e regolamentare, dovuta a una pluralità di fonti, ora convenzionali, ora di *soft law*. A questo proposito, il lavoro monografico di Virzo attua un'organizzazione dell'esame del tema particolarmente efficace: il Capitolo I è dedicato alle tipologie e alle funzioni delle misure di confisca previste da accordi e atti internazionali, il Capitolo II esamina poi i singoli accordi e atti internazionali che prevedono il ricorso a misure di confisca per la repressione di attività criminali, infine il Capitolo III identifica i limiti, rivenienti principalmente da alcuni principi essenziali tratti dal regime di tutela internazionale dei diritti umani, che la giurisprudenza internazionale ha delineato quando, appunto, si tratti di fare applicazione di misure di confisca.

Prendiamo le mosse da tipologie e funzioni. L'Autore ne identifica quattro: la confisca speciale di beni; la confisca per equivalente; la confisca allargata e le confische senza condanna. Se i primi due tipi non pongono particolari problemi di classificazione e applicazione, lo stesso non può dirsi per gli altri due. Quanto alla confisca allargata, nella misura in cui essa colpisce non solo i proventi dell'accertata condotta criminosa (o un valore ad essi equivalente), ma anche quella parte del patrimonio del condannato, la quale risulti comunque non proporzionata rispetto al suo reddito dichiarato o alla sua attività economica, essa si configura come ipotesi non distante dalla confisca senza condanna. In questo problema classificatorio se ne

innesta altro, spiccatamente applicativo, che coinvolge il rispetto di alcuni diritti umani, vale a dire quello del regime normativo riguardante l'obbligo dell'imputato poi condannato di giustificare la provenienza dei beni a rischio di confisca estesa. L'Autore qui confronta le disposizioni pertinenti della Convenzione di Palermo del 12 dicembre 2000, della Convenzione di Varsavia del 16 maggio 2005 e della direttiva 2014/42/UE. Le due Convenzioni pongono a carico del condannato l'onere di vincere la presunzione che determinati beni del suo patrimonio siano proventi di reato. Anzi, in base alla Convenzione di Palermo, occorre provare, di questi proventi, anche una "lawful origin". Più garantista, invece, l'approccio della direttiva UE sopra menzionata. L'impianto generale di queste misure consente all'Autore di esprimere una notazione che chi scrive condivide: «ad assumere rilievo centrale è la finalità punitiva [...]. In altri termini, la finalità punitiva di prevenzione generale della confisca allargata è talmente accentuata che nella scelta di politica criminale che la ispira, al monito del crimine che non paga, sembra aggiungersi l'intransigente idea di un 'profitto criminale strappato alle mani del reo'» (p. 35).

Non è difficile immaginare la fascinazione che questo tipo di misura di confisca, per la funzione evidenziata, produce in termini di percezione di efficacia dell'azione repressiva internazionale. Così come del pari non è difficile rivelarne la tensione rispetto a canoni essenziali dell'equo processo penale, tra i quali vi è la presunzione di innocenza. E l'Autore riesce a rappresentare molto chiaramente sia quella fascinazione, sia questa tensione. In questo senso, pur con le sue specificità, particolarmente interessanti sono le pagine dedicate (pp. 42-45) alla confisca di prevenzione disciplinata in Italia dal c.d. Codice Antimafia (d.lgs. n. 159 del 6 settembre 2011), alla luce sia della giurisprudenza CEDU (i casi discussi sono *Raimondo c. Italia* e *Arcuri e altri c. Italia*), sia della giurisprudenza delle corti superiori italiane (in particolare, della sentenza *Spinelli* – Corte di Cassazione, Sezioni Unite n. 4880/2014, e della sentenza n. 24/19 della Corte Costituzionale).

Il Capitolo 2, come si è detto, contiene un'ampia indagine sui contenuti degli atti e delle convenzioni internazionali che prevedono, in termini obbligatori o facoltativi a seconda dei differenti contesti e obiettivi, l'adozione da parte degli Stati di misure di confisca. La trattazione è vasta, senza mai perdere di vista il filo conduttore della presentazione delle caratteristiche essenziali (e dei problemi ad esse connesse) delle diverse misure di confisca. Segnalo, tra i molteplici profili di interesse, le pagine (pp. 90-94) dedicate alla Convenzione di Mérida del 2003, che l'Autore qualifica come lo strumento internazionale più completo tra quelli adottati nella lotta alla corruzione, grazie alle specifiche disposizioni previste riguardo alle persone giuridiche, al segreto bancario e all'utilizzo e gestione dei beni confiscati. È soprattutto nell'obbligo di assicurare misure, anche amministrative, contro le persone giuridiche coinvolte negli illeciti di corruzione che va valutata l'efficacia della Convenzione e l'opportunità di ricorrere a forme di confisca: in effetti, come l'Autore rileva, «il rischio che venga applicata la confisca, o altra sanzione pecuniaria, può essere determinante 'per orientare le scelte di impresa in modo da non rendere conveniente l'illecito'» (p. 92). Aspetto del pari significativo della Convenzione di Mérida è poi l'obbligo dello Stato che adotta una misura di confisca di dare "priority consideration" alla restituzione dei beni confiscati allo Stato richiedente, ovvero ai legittimi proprietari precedenti, nonché all'indennizzo in favore delle vittime dei reati di corruzione: obbligo, questo, configurato condivisibilmente dall'Autore come obbligo di condotta, implicante il dovere di

adottare misure positive «dirette al raggiungimento del risultato prioritario (e, in quanto tale, non esclusivo) della restituzione dei beni confiscati» (p. 97).

Il Capitolo III, nel trattare della compatibilità delle misure di confisca prima esaminate con alcuni diritti umani fondamentali, o con taluni aspetti o componenti di essi, acutamente pone la questione in termini di “limite” all’applicazione tendenzialmente vasta, se non vorace e totalizzante, delle misure di confisca internazionale, e di “limite” discendente dall’opera attuatrice della giurisprudenza internazionale, soprattutto di quella impegnata a garantire il rispetto dei diritti umani. L’Autore, in specie, identifica tre limiti di questo tipo: il principio di legalità; il diritto all’equo processo; il diritto di proprietà. Quanto al principio di legalità, è molto interessante la disanima della giurisprudenza CEDU riguardo alla confisca non basata su una sentenza penale di condanna, la quale, nel decidere di non applicare l’art. 7 della Convenzione sul presupposto del carattere non penale della sanzione, ha ritenuto che tale carattere non sussista ogniqualvolta sottesa alla confisca vi sia una «funzione compensatoria (ancorché combinata con quella general-preventiva) di ricostituzione delle situazioni patrimoniali tanto del reo quanto della parte offesa esistenti prima dell’evento corruttivo e, dunque, in ultima istanza, di riequilibrio dell’ordine economico violato dall’ingiustificato arricchimento» (p. 183, in relazione al caso *Gogitidze e altri c. Georgia*). Di rilievo è anche il limite rappresentato dal rispetto del diritto di proprietà, con particolare riguardo alla necessità di una previsione legislativa sufficientemente chiara e precisa, al cui riguardo l’Autore richiama il caso *de Tommaso c. Italia* deciso dalla Grande Camera il 23 febbraio 2017 con riferimento alla misura personale della sorveglianza speciale, caso però puntualmente evocato proprio con riferimento alla confisca di prevenzione dalla nostra Corte Costituzionale nella già menzionata sentenza n. 24/19.

Nelle conclusioni dell’opera l’Autore dà ulteriormente ragione della bontà della sua scelta di inquadrare la giurisprudenza internazionale su certi diritti umani come limite al ricorso sempre più generalizzato a misure di confisca: quella che sopra si è qualificata come vera e propria fascinazione esercitata dalla confisca sulla percezione dei rimedi più efficaci a contrastare il crimine transazionale e internazionale, trova una sua declinazione propriamente giuridica proprio nella giurisprudenza CEDU, nella misura in cui i giudici di Strasburgo hanno identificato negli atti e convenzioni internazionali che prevedono la confisca un’aspirazione preventiva e repressiva coagulata ormai in “universal legal standards” (ad esempio, e *inter alia*, nel già citato caso *Gogitidze*). L’Autore, evidenziando che in questo caso tali standard sono richiamati dalla Corte per ampliare il margine di apprezzamento degli Stati parte nelle limitazioni ai diritti garantiti dalla CEDU (invece di essere utilizzati per estenderne l’applicazione), esclude che si sia formata una norma consuetudinaria in materia di confisca degli strumenti e prodotti di reato (come invece ritenuto da uno dei giudici di Strasburgo, Pinto de Albuquerque, in un’opinione parzialmente dissidente nel caso *Varvara c. Italia*). Nondimeno, la fascinazione è oggi tale da aver fatto assurgere le misure di confisca nella lotta internazionale a certe attività criminali come rispondenti a “universal legal standards”, e tanto è accaduto proprio nell’ottica di una corte internazionale, quale quella di Strasburgo, chiamata al rispetto dei diritti umani individuali. Chiaro e acuto, dunque, il monito finale dell’opera a chi deve regolare e applicare le misure di confisca, dunque al legislatore, come al giudice: «occorre verificare che la loro

concreta attuazione risulti conforme ai diritti umani garantiti da norme di diritto internazionale consuetudinario e convenzionale» (p. 209). Monito ancora e sempre imprescindibile in tempi di imperversante giustizialismo, dentro e fuori i confini nazionali.

Eduardo Savarese

COLLABORATORI DEL PRESENTE FASCICOLO

Per la sezione *Storia del Diritto internazionale*:

ARNO DAL RI – Professore di Teoria e Storia del Diritto internazionale – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Brasile.

Per la sezione *Articoli e Saggi*:

PIA ACCONCI – Professoressa ordinaria di Diritto internazionale – Università degli Studi di Teramo.

FRANCESCA IPPOLITO – Professoressa associata di Diritto internazionale – Università degli Studi di Cagliari.

Per la sezione *Osservatorio Europeo*:

MICHELE VELLANO – Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea – Università degli Studi di Torino.

Per la sezione *Note e Commenti*:

ELENA CARPANELLI – Ricercatrice a tempo determinato di Diritto internazionale – Università degli Studi di Parma.

Per la sezione *Rassegne*:

FEDERICO DI DARIO – Dottore di ricerca in Governo dell'Impresa, dell'Amministrazione e della Società nella Dimensione Internazionale – Università degli Studi di Teramo.

PIERO PENNETTA – Già Professore ordinario di Diritto internazionale – Università degli Studi di Salerno.

ELISA TINO – Ricercatrice a tempo determinato di Diritto internazionale – Università degli Studi di Napoli Parthenope.

Per la sezione *Recensioni*:

EDUARDO SAVARESE – Magistrato. Docente di Diritto internazionale – Università degli Studi di Napoli Parthenope.

