

# LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

---

Vol. LXXVII

2022

N. 3

---

RIVISTA TRIMESTRALE  
DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

## INDICE

### *ARTICOLI E SAGGI*

ANNALISA CIAMPI – Progresso tecnologico e fonti di diritto internazionale.....	369
GIUSEPPE GALLO – I cavi sottomarini e il diritto internazionale: quale protezione per le cosiddette “arterie” della globalizzazione?.....	393

### *OSSERVATORIO DIRITTI UMANI*

KOEN DE FEYTER – The Convention on the Right to Development: Drafting a New Global Human Rights Treaty.....	413
PIETRO PUSTORINO, ELENA TERRIZZI – Discrimination against Women and Gender Stereotypes Under the “CEDAW”: A Direct Protection of the LGBT Rights in <i>Flamer-Caldera v. Sri Lanka?</i> .....	441

### *OSSERVATORIO EUROPEO*

GIULIA BORGHESI, FABIO GIUDICE, CESARE IMBRIANI, PIERGIUSEPPE MORONE – The EU Sustainable Finance Strategy: Some Perspectives on Climate Diplomacy.....	465
VALERIA DI COMITE – La protezione temporanea accordata dall’Unione europea alle persone in fuga dall’Ucraina: aspetti positivi ed elementi critici della decisione (UE) 2022/382.....	493

### *NOTE E COMMENTI*

ANGELA MARIA GALLO – La surrogazione di maternità come reato universale e alcuni obblighi internazionali dell’Italia.....	505
---	-----

## RASSEGNE

### ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

#### Nazioni Unite

*Consiglio di sicurezza* (luglio-dicembre 2021), p. 527

1. Considerazioni introduttive, p. 527; 2. Il rinnovo dei mandati delle *peacekeeping operations* di missioni di osservazione e di altri meccanismi, p. 527; 3. Il rinnovo dei mandati dei meccanismi istituiti ai sensi del capitolo VII della Carta, delle autorizzazioni alle forze multinazionali e delle misure sanzionatorie imposte nei confronti di Stati, altri enti e individui, p. 528; 4. Il Consiglio di sicurezza condanna l'attentato terroristico in Afghanistan, p. 530; 5. Il contributo delle *peacekeeping operations* al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali: raddoppiare gli sforzi in un momento critico, p. 530; 6. Le minacce alla pace e alla sicurezza internazionali, p. 531; 7. Conflitti armati e bambini, p. 532; 8. La situazione in Somalia: lotta alla pirateria, misure sanzionatorie e rinnovo dei mandati di taluni meccanismi, p. 532; 9. Misure sanzionatorie contro ISIL e al-Qaeda, p. 533; 10. Minacce alla pace e alla sicurezza internazionali causate dagli atti terroristici, p. 534; 11. Il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, p. 534.

*Luigi D'Ettorre*

*Consiglio dei diritti umani* (Attività nel 2018-2021, Parte II), p. 537

*Giuseppe Gioffredi*

## RECENSIONI

GIUSEPPE MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. viii-215 (*Gianpaolo Maria Ruotolo*), p. 553.

LORENZO TERMINE, *Tigri con le ali: la politica di difesa post-maoista e l'arma nucleare*, Aracne Editrice, Aprilia (LT), 2021, pp. 210 (*Camilla Pollera*), p. 556.

# LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

---

Vol. LXXVII

2022

N. 3

---

QUARTERLY JOURNAL  
OF THE ITALIAN SOCIETY FOR INTERNATIONAL ORGANIZATION

## SUMMARY

### *ARTICLES AND ESSAYS*

- ANNALISA CIAMPI – New Technologies and Sources of International Law.....369  
GIUSEPPE GALLO – Submarine Cables and International Law: What Protection for the So-  
Called “Arteries” of Globalization?.....393

### *HUMAN RIGHTS OBSERVATORY*

- KOEN DE FEYTER – The Convention on the Right to Development: Drafting a New Global  
Human Rights Treaty.....413  
PIETRO PUSTORINO, ELENA TERRIZZI – Discrimination against Women and Gender Stereotypes  
Under the “CEDAW”: A Direct Protection of the LGBT Rights in *Flamer-Caldera v.*  
*Sri Lanka*?.....441

### *EUROPEAN OBSERVATORY*

- GIULIA BORGHESI, FABIO GIUDICE, CESARE IMBRIANI, PIERGIUSEPPE MORONE – The EU  
Sustainable Finance Strategy: Some Perspectives on Climate Diplomacy.....465  
VALERIA DI COMITE – European Union’s Temporary Protection for Displaced Persons from  
Ukraine: Pros and Cons of Implementing Decision (EU) 2022/382.....493

### *NOTES AND COMMENTS*

- ANGELA MARIA GALLO – Surrogacy Motherhood Like a Universal Crime and Some Italy’s  
International Obligations.....505

## SURVEYS

### ACTIVITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

#### United Nations

##### *Security Council* (July-December 2021), p. 527

1. Preliminary remarks, p. 527; 2. The renewal of the mandates of peacekeeping operations, of observatory missions and other mechanisms, p. 527; 3. The renewal of the mandates of the mechanisms established under Chapter VII of the Charter, of the authorizations to multinational forces and of the sanctions imposed against States, other bodies and individuals, p. 528; 4. The Security Council condemns the terrorist attack in Afghanistan, p. 530; 5. The contribution of peacekeeping operations to the maintenance of international peace and security: increasing the efforts in a critical time, p. 530; 6. Threats to international peace and security, p. 531; 7. Children and armed conflicts, p. 532; 8. The situation in Somalia: fight against piracy, sanctions and the renewal of the mandates of some mechanisms, p. 532; 9. Sanctions against ISIL and al-Qaeda, p. 533; 10. Threats to international peace and security caused by terrorist attacks, p. 534; 11. The maintenance of international peace and security, p. 534.

*Luigi D'Ettorre*

##### *Human Rights Council* (Activities in 2018-2021, Part II), p. 537

*Giuseppe Gioffredi*

## REVIEW OF BOOKS

GIUSEPPE MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. viii-215 (*Gianpaolo Maria Ruotolo*), p. 553.

LORENZO TERMINE, *Tigri con le ali: la politica di difesa post-maoista e l'arma nucleare*, Aracne Editrice, Aprilia (LT), 2021, pp. 210 (*Camilla Pollera*), p. 556.

## PROGRESSO TECNOLOGICO E FONTI DI DIRITTO INTERNAZIONALE\*

ANNALISA CIAMPI

SOMMARIO: 1. Premessa, ipotesi e piano dell'indagine. – 2. Nuove tecnologie e *virtual diplomacy*. – 3. Nuove tecnologie e *formazione* del diritto internazionale consuetudinario. – 3.1. Esempi di nuovi processi di formazione di regole di diritto internazionale generale. – 4. Nuove tecnologie e conclusione dei trattati internazionali. – 5. Internet, *social networks*, piattaforme digitali e *attuazione* del diritto internazionale. – 5.1 Nuove tecnologie e responsabilità internazionale. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Stimolato dai rapidi sviluppi delle tecnologie dell'informazione, della comunicazione e dei trasporti, il trasferimento di idee e beni, così come la circolazione e migrazione delle persone hanno portato ad una economia e a un mondo interdipendenti e globalizzati. Non solo l'economia, ma anche la società in tutte le sue manifestazioni, sta diventando digitale, ivi compresa la società internazionale. È il fenomeno noto e studiato nelle più varie discipline della “globalizzazione”, all'interno della quale le nuove tecnologie, comprese le tecnologie digitali emergenti (intelligenza artificiale (IA), *quantum computing*, 5G ecc.), giuocano un ruolo fondamentale. Il potere tecnologico è una leva fondamentale nella *governance* globale, simile al potere economico, militare e politico degli Stati ma anche di una gamma sempre più vasta di attori non statali. Il XXI secolo è e sarà sempre di più un secolo tecnologico, in cui i poteri degli Stati si misurano anche in termini di IA, biotecnologie, calcolo quantistico e nanotecnologie.

Prevalentemente, la dottrina giuridica si è concentrata sui modi in cui il diritto internazionale governa le opportunità e i pericoli derivanti da internet e le implicazioni dello sviluppo tecnologico per la *governance* globale (c.d. *internet governance*) nonché sui cambiamenti so-

---

\* Il presente contributo rientra nell'attività di ricerca del Team “Processi decisionali e fonti del diritto”, nell'ambito del Progetto di Eccellenza Diritto, Cambiamenti e Tecnologie del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Verona.

cioeconomici che ne derivano<sup>1</sup>. Poca attenzione è stata data alla questione se e come le nuove tecnologie abbiano cambiato i tradizionali processi di formazione del diritto internazionale e/o i relativi meccanismi di attuazione.

L'ipotesi che si propone di dimostrare è che il progresso tecnologico – a partire da internet e le sue applicazioni – abbia un impatto sulle *fonti*, piuttosto che sul contenuto delle norme, di diritto internazionale. Tale ipotesi viene verificata distinguendo fra norme consuetudinarie e trattati internazionali e nell'ambito di ciascuna categoria di fonti fra formazione e attuazione del diritto internazionale (con particolare riferimento, riguardo a quest'ultima, alla responsabilità internazionale) – anche se, come si vedrà, le due dimensioni non sono sempre nettamente distinguibili.

Premesse alcune considerazioni sugli sviluppi legati alla c.d. *virtual diplomacy* (par. 2), il par. 3 mostra come le nuove tecnologie operino al tempo stesso quale *cassa di risonanza* di prassi esistenti nel mondo fisico e come *generatore* di prassi internazionali *per se* rilevanti ai fini del processo di formazione del diritto internazionale consuetudinario. Anche se per lo più indirettamente, la procedura per la conclusione di trattati – esaminata nel par. 4 – è anch'essa influenzata dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

Con riferimento all'attuazione del diritto internazionale, il par. 5 avanza la tesi che lo sviluppo tecnologico non abbia contribuito (e non contribuisca) in generale a rendere il diritto internazionale più efficace. Le nuove tecnologie hanno però, da un lato, enormemente aumentato la disponibilità per i governi e la società civile di informazioni riguardanti le violazioni del diritto internazionale; e dall'altro lato, hanno creato un nuovo ambiente – *online* – in cui nuove violazioni possono essere commesse. Ciò che qualifica, ma non rende meno significativo, l'impatto dello sviluppo tecnologico sui processi di attuazione, oltre che di formazione, del diritto internazionale sia consuetudinario che pattizio.

---

<sup>1</sup> C.d. anche "Internetvölkerrecht", "international internet law" o "international law of the internet", sui cui si vedano, nell'ambito di una ormai vasta letteratura, ad esempio, A. SEGURA-SERRANO, *Internet Regulation and the Role of International Law*, in A. VON BOGDANDY, R. WOLFRUM (eds), *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (online ed.), Leiden, 2006, 191 ss.; M.N. SCHMITT, *Taming the Lawless Void: Tracking the Evolution of International Law Rules on Cyberspace*, *Texas National Security Review*, 2020, 32 ss.; M. K. KETTEMANN, *The Normative Order of the Internet. A Theory of Rules and Regulations Online*, Oxford, 2020.

Il par. 6 trae alcune conclusioni preliminari e tenta di razionalizzare l'impatto dello sviluppo tecnologico sulle fonti di diritto internazionale. Pur senza affrontarla direttamente, propone, infine, alcuni spunti di riflessione sulla questione della legittimità delle fonti primarie del diritto internazionale in relazione all'impatto dello sviluppo tecnologico.

2. La dottrina giuridica ha da tempo rilevato l'aumento del numero e della frequenza dei *fora* multilaterali in cui gli Stati si incontrano per sviluppare o discutere nuove regole di diritto internazionale scritto. È ampiamente riconosciuto che l'intensificazione della pratica all'interno delle organizzazioni e delle conferenze internazionali (come la VI Commissione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, le conferenze di codificazione, etc.) ha aumentato l'adozione di trattati multilaterali. È stato anche notato che gli Stati hanno «molte più occasioni di quante non ne avessero in passato per esprimere opinioni sul diritto internazionale consuetudinario. Ciò ha aumentato la quantità di ciò che gli Stati dicono»<sup>2</sup>. Le tecnologie dell'informazione e della comunicazione hanno quindi contribuito anche all'accelerazione della formazione di norme consuetudinarie in vari campi del diritto internazionale<sup>3</sup>.

È poi sotto gli occhi di tutti la c.d. *virtual diplomacy*, sviluppata grazie soprattutto alle tecnologie digitali, ossia la possibilità per capi, rappresentanti e altri organi di Stato di interagire fra loro “a distanza”, senza comunicazione faccia a faccia o interazione fisica.

Non è questa la sede per esaminare se l'uso delle tecnologie elettroniche e digitali nell'ordinaria conduzione delle relazioni internazionali abbia reso gli strumenti della diplomazia più efficaci o almeno più inclusivi, incrementando in quantità e qualità la partecipazione di attori – statali e non (Paesi meno sviluppati, ma anche donne e altri gruppi) generalmente meno rappresentati. Ai fini del presente lavoro, basti rilevare che la diplomazia virtuale ha dapprima occasionalmente e poi in maniera sempre più stabile affiancato e talora sostituito visite, riunioni e vertici *face-to-face*. Zoom e altre piattaforme digitali hanno preso il posto delle conferenze diplomatiche come le avevamo tradizionalmente conosciute negli ultimi due secoli. Si tratta di uno svilup-

---

<sup>2</sup> T. TREVES, *Customary International Law*, in R. WOLFRUM (a cura di), *Max Plank Encyclopaedia of Public International Law*, ed. online, Oxford, 2006, par. 11.

<sup>3</sup> Si veda, per esempio, L. CONDORELLI, *Consuetudine internazionale*, in R. SACCO (a cura di), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche* III, Torino, 1989, 490 ss.

po rispetto al quale l'emergenza COVID-19 ha funto da mero – sia pur formidabile – acceleratore.

Sotto il profilo quantitativo, è evidente che le nuove tecnologie hanno aumentato la prassi conoscibile. Questo come si vedrà costituisce un elemento cruciale per la formazione delle norme consuetudinarie (fondata sui due elementi costitutivi: soggettivo e oggettivo). Infatti, venire facilmente a *conoscenza* della prassi (dichiarazioni, pronunce di corti interne, legislazione etc.) e delle posizioni (e obiezioni) degli Stati può determinare con maggiore chiarezza l'esistenza di una consuetudine o del suo processo di formazione.

Ciò che rischia di passare in gran parte inosservato sono i cambiamenti qualitativi apportati dalle nuove tecnologie, in particolare le tecnologie digitali, in relazione alla *formazione* del diritto internazionale. Questo fenomeno è direttamente rilevante per il diritto internazionale consuetudinario, ossia le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute cui l'ordinamento giuridico italiano si conforma automaticamente, ai sensi dell'art. 10, co. 1, Cost.

Il prossimo paragrafo passa quindi in rassegna il dibattito scientifico sulla natura del diritto internazionale consuetudinario, anche alla luce del contenuto delle *Draft conclusions* adottate in seconda lettura dalla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite, nel 2018. Ciò al fine di esplorare, innanzitutto, il ruolo giocato delle nuove tecnologie – secondo la Commissione di diritto internazionale – nella formazione delle regole consuetudinarie. Il paragrafo successivo esamina, quindi, alcuni casi di emersione o consolidamento di norme consuetudinarie internazionali attraverso le nuove tecnologie e trae alcune conclusioni preliminari sulla loro rilevanza – sia nella teoria che nella pratica – sul piano delle fonti internazionali.

3. Secondo la sua definizione più ampiamente accettata, una consuetudine internazionale nasce da una pratica generale (*usus*) considerata come obbligatoria (*opinio juris*)<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Si veda l'art. 38, par. 1, lett. b) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, il principale organo giurisdizionale delle Nazioni Unite, che definisce la consuetudine internazionale ("international custom") come "evidence of a general practice accepted as law". Per una critica radicale dell'impostazione tradizionale qui seguita si veda tuttavia M. HAKIMI, *Making Sense of Customary International Law*, *Michigan Law Review*, 2020, 1487 ss., 1487, che considera l'approccio tradizionale qui seguito come una 'rulebook conception' del diritto internazionale consuetudinario, che non descrive accuratamente ciò che i vari attori internazionali considerano come tale, nel normale svolgersi delle relazioni internazionali.



Essa richiede quindi un comportamento ripetuto, sufficientemente diffuso nella comunità internazionale nonché fra un numero di Stati rappresentativo delle sue varie componenti, intrapreso con un senso di giuridicità e obbligatorietà, cioè accompagnato dalla convinzione che quel comportamento sia imposto dal diritto. In dottrina, tuttavia, esistono posizioni anche molto diverse fra loro sul rapporto che deve sussistere fra prassi e *opinio juris*.

È generalmente riconosciuto che l'*usus* non ha bisogno di essere assolutamente costante o uniforme per stabilire l'esistenza di una consuetudine<sup>5</sup> – con la conseguenza che uno Stato può essere vincolato da una regola di diritto internazionale consuetudinario anche se non ha partecipato o comunque consentito alla sua formazione. Anzi, come affermato dalla Corte internazionale di giustizia,<sup>6</sup> una violazione può anche rafforzare l'esistenza della regola; questo accade in particolare quando l'attore che viola la regola cerca di giustificare il suo comportamento invocando l'applicabilità, nel caso specifico, di una eccezione o possibile causa di esclusione dell'illiceità (come la legittima difesa o lo stato di necessità).

Implicito nella nozione di consuetudine è anche l'elemento del tempo. Il requisito del tempo è relativo. Come per la prassi, non esiste una formula concordata per identificare con precisione quanto tempo debba trascorrere perché si formi una norma di diritto internazionale consuetudinario. In generale, più una pratica è diffusa, meno tempo è necessario. Ma i recenti sviluppi dimostrano che norme consuetudinarie possono venire ad esistenza anche assai rapidamente<sup>7</sup>.

L'approccio tradizionale qui descritto è quello seguito anche dalla Commissione di diritto internazionale – l'organo sussidiario dell'As-

---

<sup>5</sup> Si vedano, ad esempio, A.E. ROBERTS, *Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation*, *American Journal of International Law*, 2001, 757 ss., e L. BLUTMAN, *Conceptual Confusion and Methodological Deficiencies: Some Ways that Theories on Customary International Law Fail*, *European Journal of International Law*, 2014, 529 ss.

<sup>6</sup> Corte internazionale di giustizia, sentenza del 27 giugno 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, *ICJ Reports 1986*, 14, 88, par. 186.

<sup>7</sup> Si veda, ad esempio, M.P. SCHARF, *Customary International Law in Times of Fundamental Change: Recognizing Grotian Moments*, Cambridge, 2013; ID., *Accelerated Formation of Customary International Law*, *International Law School Association Journal of International & Comparative Law*, 2014, 305 ss.; B. CHENG, *United Nations Resolutions on Outer Space: "Instant" International Customary Law?*, *Indian Journal of International Law*, 1965, 23 ss. (riprodotto anche in B. CHENG, *Studies in International Space Law*, Oxford, 1997, 125 ss.); e D.G. MEJÍA-LEMONS, *Some Considerations Regarding "Instant International Customary Law"*, *Fifty Years Later*, *Indian Journal of International Law*, 2015, 85 ss.

semblea generale, con il compito di provvedere alla codificazione del diritto internazionale e al suo sviluppo progressivo<sup>8</sup> – nel “Progetto di conclusioni sulla identificazione del diritto internazionale consuetudinario”, adottato nel 2018, dopo sei anni di lavoro dedicati al tema delle modalità di accertamento dell’esistenza e del contenuto delle norme di diritto internazionale consuetudinario<sup>9</sup>.

Anche secondo le *Draft conclusions*, non è sufficiente identificare una pratica generale, ma è necessario verificare che questa pratica sia accompagnata o motivata dalla convinzione che la stessa sia imposta (o permessa) dal diritto internazionale: il requisito che una pratica generale (*usus*) sia accettata come diritto (*opinio juris*) significa che la pratica in questione deve essere intrapresa con un senso di diritto o di obbligo giuridico. Ed è l’*opinio juris* che distingue l’*usus* quale elemento costitutivo del diritto internazionale consuetudinario da altri comportamenti che, anche se generali, non creano, né esprimono l’esistenza di, norme di diritto internazionale consuetudinario<sup>10</sup>. I due requisiti debbono essere accertati separatamente<sup>11</sup>. Il Progetto elenca quindi una vasta gamma di elementi utili ai fini della “identificazione” sia della prassi che della *opinio juris*.

Nessuna delle *Draft conclusions* (o dei relativi Commenti) menziona espressamente il ruolo delle nuove tecnologie dell’informazione e della comunicazione. Nei lavori della Commissione di diritto internazionale, il mondo digitale non entra in gioco se non indirettamente, in relazione agli insegnamenti dei pubblicisti più qualificati delle varie nazioni (“teachings of the most highly qualified publicists of the various nations”). Questi insegnamenti, ai sensi della *Draft conclusion 9*,

---

<sup>8</sup> Ai sensi dell’art. 13 della Carta delle Nazioni Unite: “The General Assembly shall initiate studies and make recommendations for the purpose of: (a) promoting international cooperation in the political field and encouraging the progressive development of international law and its codification.”

<sup>9</sup> Commissione di diritto Internazionale, *Identification of Customary International Law: Text of the draft conclusions as adopted by the Drafting Committee on second reading*, IL-CYB, Vol. II, Part One, 2018 (UN Doc. A/CN.4/L.908, <http://legal.un.org>). Per una guida analitica ai lavori della Commissione in argomento, si veda sempre <http://legal.un.org>.

<sup>10</sup> Ai sensi della *Draft conclusion 8*, la prassi “must be sufficiently widespread and representative, as well as consistent. Provided that the practice is general, no particular duration is required”, mentre secondo la *Draft conclusion 9*: “The requirement, as a constituent element of customary international law, that the general practice be accepted as law (*opinio juris*) means that the practice in question must be undertaken with a sense of legal right or obligation. A general practice that is accepted as law (*opinio juris*) is to be distinguished from mere usage or habit.”

<sup>11</sup> Così la *Draft conclusion 3*, par. 2: “Each of the two constituent elements is to be separately ascertained. This requires an assessment of evidence for each element.”

possono servire come mezzo sussidiario per l'accertamento delle norme di diritto internazionale consuetudinario<sup>12</sup>. Al riguardo, il Presidente del Comitato di redazione della Commissione di diritto internazionale ha indicato che il termine “teachings” (in francese, “doctrines”) deve essere inteso in senso ampio, “including for instance *audiovisual materials*”<sup>13</sup>.

I materiali audiovisivi che la Commissione potrebbe aver avuto in mente sono, per esempio, la Biblioteca Audiovisiva di Diritto Internazionale delle Nazioni Unite<sup>14</sup>, una collezione permanente *online* di lezioni sui diversi argomenti di diritto internazionale, tenute da importanti studiosi e professionisti provenienti dalle diverse regioni e tradizioni giuridiche del mondo. Si tratta di uno strumento ad accesso libero, creato nel 2008 dalla Divisione di Codificazione dell'Ufficio degli Affari Legali dell'ONU, e mantenuto da quest'ultimo per promuovere la conoscenza del diritto internazionale, nell'ambito del programma delle Nazioni Unite di assistenza all'insegnamento, lo studio e la diffusione del diritto internazionale.

In effetti, anche prima della pandemia del COVID-19, era diventato sempre più frequente per gli studiosi di diritto internazionale l'uso di presentazioni *power-point* e di internet ai fini di conferenze e lezioni. Anche sotto questo profilo, dunque, l'emergenza pandemica ha solo accelerato – sia pure in modo drammatico – un processo già in corso<sup>15</sup>.

Ora, l'esplicita menzione, nei lavori della Commissione di diritto internazionale, del fatto che gli insegnamenti degli studiosi possono includere insegnamenti in forme “non scritte” come l'audiovisivo, è un riconoscimento che le nuove tecnologie e le moderne forme di comunicazione costituiscono strumenti utili per spiegare il diritto, compreso il diritto internazionale. Le nuove tecnologie, tuttavia, non of-

---

<sup>12</sup> *Draft conclusion 14* - una disposizione inclusa nella quinta parte sotto il titolo “Significato di alcuni materiali per l'identificazione del diritto internazionale consuetudinario”.

<sup>13</sup> Mr. Charles Chernor Jalloh, *Dichiarazione introduttiva del terzo rapporto del Comitato di redazione alla 70a sessione della Commissione di diritto internazionale, concernente il tema “Identification of Customary International Law”*, 25 maggio 2018, 15, UN Doc. A/CN.4/L.908, <http://legal.un.org> (*emphasis added*).

<sup>14</sup> Le lezioni sono organizzate per materia e correlate da materiali ugualmente accessibili *online* a: UN Audiovisual Library of International Law.

<sup>15</sup> Sulle difficoltà della stessa Commissione di diritto internazionale di svolgere i propri lavori da remoto, in video-conferenza, durante la pandemia, si veda S.D. MURPHY, *Effects of the COVID-19 Pandemic on the Work of the International Law Commission*, *EJIL*, 114, 2020, 726-728.

frono solo “mezzi sussidiari” nella forma degli insegnamenti dei pubblicisti più qualificati delle varie nazioni.

Innanzitutto, non sono solo le attività accademiche ma l'intera vita dei popoli e delle nazioni ad essersi spostate, in proporzioni fin a pochi anni fa inimmaginabili, dallo spazio fisico del mondo reale allo spazio virtuale – ma non per questo meno reale – di internet. Stati, organizzazioni internazionali, organizzazioni non governative (Ong) e altri attori non statali, compresi gruppi di ogni tipo e individui, corrono su internet con le loro azioni ed omissioni, successi, fallimenti, reazioni agli eventi e mancate risposte, situazioni problematiche o risolte. Tutto questo è disponibile *online*, per lo più ad accesso aperto e gratuito, senza barriere geografiche, culturali o linguistiche. *Online* si trova, dunque, anche una vasta gamma di materiali che sono frequentemente invocati nell'identificazione di “una pratica generale” e della relativa “l'accettazione come diritto” (*opinio juris*). A questo riguardo, i lavori della Commissione di diritto internazionale presentano una evidente lacuna.

Come si è accennato<sup>16</sup>, è un luogo abbastanza comune considerare che non solo la proliferazione delle banche dati giuridiche ma più in generale lo sviluppo delle moderne tecnologie abbiano enormemente aumentato i mezzi e la velocità delle comunicazioni in tutto il mondo e facilitato immensamente il compito di cercare informazioni sulle pratiche seguite da altre giurisdizioni, organizzazioni governative e non governative, ed altri attori internazionali. Il riconoscimento del valore strumentale di internet nella *diffusione della conoscenza* del diritto internazionale o anche l'attribuzione alle moderne tecnologie della comunicazione e dell'informazione di una *funzione esplicativa* delle regole esistenti non colgono, tuttavia, il vero impatto delle nuove tecnologie sul diritto internazionale.

Le nuove tecnologie offrono sì una vasta gamma di materiali utili ai fini dell'identificazione delle regole consuetudinarie esistenti. Ma oltre ad essere fondamentali per la prova della *lex lata*, offrono anche materiali normativi che gli attori globali, nel corso ordinario, usano e trattano come diritto internazionale *de lege ferenda*. In altri termini, nel mondo digitale, possono avere origine anche comportamenti che contribuiscono all'emergere di nuove norme consuetudinarie (o alla modificazione di quelle esistenti).

---

<sup>16</sup> *Supra*, par. 2.

Le nuove tecnologie giuocano quindi un ruolo sia ai fini dell'identificazione che della *formazione* del diritto internazionale consuetudinario. Anche se i due concetti sono, come si vedrà<sup>17</sup>, interconnessi, il riferimento fatto esclusivamente in relazione agli "insegnamenti dei pubblicisti più qualificati" che sono un "mezzo sussidiario" per determinare le norme di diritto internazionale consuetudinario, costituisce una lacuna che deve essere colmata.

L'esemplificazione che segue mostra l'interazione tra nuove tecnologie e processi di formazione di alcune norme consuetudinarie – ma il loro impatto è diffuso e potrebbe essere rilevato in relazione alla maggior parte, se non a tutte, le regole di diritto internazionale generalmente riconosciute.

3.1. Un caso evidente di influenza delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione sulla formazione delle norme internazionali consuetudinarie riguarda gli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001. La trasmissione in mondovisione (assicurata sia dalle reti televisive, ma anche da internet e *social networks*) delle immagini delle torri gemelle in fiamme ha non solo mostrato al mondo intero l'attacco terroristico contro gli Stati Uniti nel medesimo momento in cui accadeva, ma ha contribuito a legittimare la risposta armata statunitense e dei numerosi Stati della coalizione al seguito degli Stati Uniti, fra cui l'Italia, sulla base della teorizzazione del "*no safe havens for terrorists*" e quindi del diritto di colpire i terroristi ovunque essi si trovino. Oggi come allora, quelle immagini rafforzano la tesi che quell'11 settembre gli Stati Uniti abbiamo subito un "attacco armato", che ha fatto scattare l'esercizio del diritto di legittima difesa individuale e collettiva, ai sensi dell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite (e delle clausole di solidarietà internazionale da esso derivate, come l'art. 5 del Trattato NATO). Ma se non avessimo tutti assistito tutti alla caduta e disintegrazione delle torri gemelle, mentre portavano via la vita di quasi tremila uomini e donne e lasciavano più di seimila feriti, gli alleati avrebbero immediatamente rilasciato una dichiarazione invocando la clausola di mutua assistenza dell'art. 5 del Trattato NATO? Sarebbero giunte dichiarazioni di solidarietà da tutti gli angoli della terra? La risposta degli Stati Uniti e della comunità internazionale sarebbe stata la stessa?

---

<sup>17</sup> *Infra*, par. 5.

Se è lecito dubitarne, allora può essere avanzata l'ipotesi che i moderni mezzi di comunicazione e informazione abbiano giocato un ruolo significativo nei processi decisionali dell'amministrazione statunitense e degli Stati della coalizione che hanno portato sia all'inquadramento degli attacchi terroristici dell'11 settembre nella categoria dell'"attacco armato", al fine di legittimare l'esercizio del diritto di legittima difesa, che all'espansione delle finalità consentite di questa ultima – inquadramento e espansione ampiamente condivisi dall'intera società internazionale, perché la condanna degli attentati è stata unanime e non vi sono state reazioni a fronte della risposta armata.

Gli attentati alle torri gemelle sono realmente avvenuti a New York, così come le dichiarazioni sono state effettivamente rese nelle cancellerie statali e nei diversi *fora* internazionali (Nazioni Unite, NATO, Unione europea, etc.). Ma gli uni e le altre sono avvenuti anche attraverso – e ne – gli spazi creati dalle nuove tecnologie. Il ruolo di questi spazi non può essere descritto semplicemente in termini di amplificatore di comportamenti di attori internazionali (statali e non) e dei relativi convincimenti circa il contenuto delle norme applicabili (*opinion juris*). Ad avviso di chi scrive, gli elementi di prassi internazionale presenti in questi spazi sono suscettibili, *per se*, di incidere sull'esistenza e sul contenuto delle norme internazionali applicabili nel caso concreto (e, quindi, sul relativo processo di formazione o modificazione).

Un altro esempio, tratto dalla prassi più recente, utile ad illuminare questa dimensione del ruolo delle nuove tecnologie nella formazione del diritto internazionale, riguarda la risposta all'emergenza COVID-19. Essa, ancor prima di scatenare le sue catastrofiche conseguenze economiche e sociali, ha sollevato in modo drammaticamente attuale il problema dell'esistenza di un obbligo internazionale degli Stati di cooperare nella lotta per contenere la pandemia, e della sua efficacia.

Proprio all'indomani della sua qualificazione come "pandemia" da parte dell'Organizzazione mondiale della sanità, abbiamo assistito a squadre di esperti medici partiti dalla Cina per essere inviati in Russia e in Europa occidentale, così come dalla Russia all'Italia e ad altri Paesi dell'Unione europea. I relativi resoconti sono stati diffusi attraverso le moderne forme di comunicazione e informazione, che non sono servite solo a scopo di propaganda politica per gli Stati che plasticamente e fisicamente dispiegavano uomini e mezzi sul territorio di altri Stati. Offrendo esempi di cooperazione, esse hanno anche fornito

elementi utili quantomeno sotto il profilo oggettivo, all'affermazione che un obbligo generale di cooperazione nella lotta contro la pandemia esiste ed è efficace.

E quanto osservato a proposito del dispiegamento anche mediatico di medici e attrezzature mediche potrebbe essere ripetuto a proposito di altri comportamenti statali durante la pandemia – mentre considerazioni simili potrebbero essere estese, con le adeguate contestualizzazioni, a molte regole di diritto internazionale consuetudinario.

Le nuove tecnologie hanno dato vita a “spazi” o “ambienti” mediali o virtuali che si aggiungono a (e coesistono con) lo spazio fisico (ove sono materialmente dispiegati uomini e mezzi). A differenza di quest'ultimo, essi sono visibili e accessibili ovunque, in tempo reale ma anche in modalità differita e in più momenti in tutti gli angoli del mondo. Il “regno digitale ha dato origine ad interi nuovi territori”<sup>18</sup>, dove la prassi internazionale<sup>19</sup> (degli Stati e altri attori internazionali) è registrata e mostrata a tutti, ma riceve anche una esistenza propria e distinta, indipendente dal mondo fisico.

Ad avviso di chi scrive, i comportamenti mediali al pari di quelli virtuali sono una forma di prassi internazionale suscettibile di generare diritto consuetudinario, anche in assenza di una prassi corrispondente al di fuori di media, internet, *social networks* e del mondo virtuale da essi generato<sup>20</sup>.

Riassumendo, le nuove tecnologie agiscono al tempo stesso sia come cassa di risonanza che come originatori di prassi internazionale. Nella società internazionale contemporanea, la prassi si diffonde grazie ai moderni mezzi di rappresentazione e comunicazione scritta e visiva. Le nuove tecnologie aumentano la rilevanza dei comportamenti statali con la corrispondente *opinio juris*, facendo progredire la conoscenza delle regole esistenti, ma sono anche capaci di influenzare gli sviluppi attuali e futuri del diritto internazionale consuetudinario.

4. Poiché la prassi internazionale è direttamente rilevante solo per la formazione delle consuetudini internazionali, l'impatto delle nuove tecnologie sulla conclusione di trattati internazionali appare meno evi-

---

<sup>18</sup> La citazione è una traduzione dell'espressione “the digital realm birthed whole new territories”, tratta da S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, London, 2009, 4.

<sup>19</sup> Il termine “prassi internazionale” è usato qui e altrove come comprendente le due componenti tradizionali della consuetudine internazionale (*usus* e *opinio juris*), di cui si è detto sopra, par. 3.

<sup>20</sup> A meno che naturalmente non sia possibile indicare un divorzio tra prassi “digitale” e la prassi degli Stati nel mondo “reale”.



dente. Un impatto, tuttavia, sussiste anche in relazione alle fonti convenzionali, almeno sotto due distinti profili.

Innanzitutto, la c.d. “diplomazia virtuale” di cui si è detto<sup>21</sup>, produce i suoi frutti più immediati in relazione ai trattati, piuttosto che le consuetudini internazionali. L’uso delle moderne tecnologie nell’ordinaria conduzione delle relazioni internazionali ha profondamente influenzato la *procedura di conclusione* dei trattati: i negoziati sempre più frequentemente si svolgono in tutto o in parte su piattaforme digitali, anziché nelle tradizionali conferenze diplomatiche – uno sviluppo drammaticamente accelerato dall’emergenza COVID-19, che si è consolidato al termine di essa.

Un secondo – non meno significativo – profilo di rilevanza è una conseguenza dell’osmosi che caratterizza i rapporti fra consuetudini e trattati internazionali. I processi di formazione delle consuetudini e di conclusione dei trattati sono infatti fra loro strettamente collegati<sup>22</sup>: un trattato può essere concluso per codificare, oppure in deroga a, norme di diritto internazionale generale. I trattati possono anche ampliare gli obblighi degli Stati rispetto al diritto internazionale consuetudinario. A volte, le regole dei trattati precedono l’emergere delle corrispondenti consuetudini. Successivamente alla loro conclusione, tali trattati possono fornire indicazioni sul contenuto del diritto internazionale consuetudinario. Oppure comportamenti posti in essere in esecuzione di un trattato, possono contribuire a consolidare e/o chiarire il contenuto di norme consuetudinarie.

I processi di elaborazione dei trattati e la formazione del diritto internazionale consuetudinario si intrecciano in molti e molteplici modi. Nella misura in cui le nuove tecnologie influenzano l’esistenza e il contenuto delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute hanno, quindi, anche un impatto, a seconda del contesto e delle circostanze, sul *contenuto dei trattati internazionali*.

5. Ai fini dell’analisi che segue, con il termine attuazione ci si riferisce all’identificazione delle norme internazionali così come alla responsabilità internazionale. L’identificazione comprende sia l’accertamento che l’interpretazione delle norme internazionali.

---

<sup>21</sup> *Supra*, par. 2.

<sup>22</sup> Si veda, per tutti, T. TREVES, *supra* nota 2, par. 92: “What increasingly characterizes contemporary customary international law is the strict relationship between it and written texts”.



L'interpretazione è comunemente intesa come il processo di determinazione del contenuto e della portata delle regole, mentre l'accertamento di una regola riguarda se la regola esiste – per esempio, se un accordo internazionale è in vigore oppure no. Ora, mentre l'esistenza dei trattati è generalmente indiscussa, in relazione al diritto internazionale consuetudinario, l'accertamento delle regole e la determinazione del loro contenuto sono strettamente intrecciati e possono essere difficili da distinguere. Con riferimento, per esempio, alla regola generale sul diritto di intervento per ragioni umanitarie, gli stessi elementi di prassi internazionale (inclusi quelli rilevabili grazie alle nuove tecnologie) possono essere rilevanti per la questione se esiste una regola che autorizza l'intervento umanitario e, in caso affermativo, in quali circostanze. La prima è una domanda sull'esistenza della norma, la seconda riguarda la determinazione del suo contenuto.<sup>23</sup>

Un altro punto che deve essere chiarito riguarda l'area di sovrapposizione e interconnessione tra formazione, da un lato, e identificazione del diritto internazionale, dall'altro. Anche in questo caso, mentre i due concetti sono interconnessi anche per quanto riguarda i trattati, le interrelazioni sono particolarmente forti in relazione al diritto internazionale consuetudinario, perché sarebbe impossibile procedere all'identificazione delle consuetudini senza avere almeno una concezione generale della loro formazione. In particolare, la necessità di accertare – per l'identificazione del diritto internazionale consuetudinario – una “prassi generale” che sia “accettata come diritto” riflette il fatto che le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute si evolvono attraverso la prassi e la relativa *opinio juris*.

“Formazione e prova del diritto internazionale consuetudinario” era del resto il titolo originario e l'oggetto del tema trattato dalla Commissione di diritto internazionale tra il 2012 e il 2018, prima di decidere, nel 2013, di eliminare dal titolo “formazione” e di sostituire

---

<sup>23</sup> Ci sono casi in cui l'esistenza di una regola è indiscussa ma il suo contenuto è impreciso o contestato, ma di solito sia l'esistenza che il contenuto delle norme di diritto internazionale consuetudinario devono essere determinati. Pochissime regole di diritto internazionale consuetudinario sono chiare e dirette. Il diritto internazionale umanitario consuetudinario è un buon esempio: Uno studio del Comitato Internazionale della Croce Rossa ha fornito una lista di regole dettagliate (la proibizione di attacco indiscriminato, precauzioni e altri principi fondamentali del diritto umanitario) che possono essere considerate come regole consuetudinarie. Inoltre, alcuni aspetti fondamentali del diritto sull'uso della forza (come il diritto all'autodifesa e il divieto di interventi) si riflettono nel diritto internazionale consuetudinario con un significato più o meno chiaro.

“prove” con “identificazione”.<sup>24</sup> “Identificazione del diritto internazionale consuetudinario” è il titolo infine adottato dalla Commissione di diritto internazionale.

Le *Draft conclusions on identification of customary international law* riguardano dunque la metodologia di identificazione delle norme di diritto internazionale consuetudinario. Ma sono una guida pratica, oltre che su come accertare l’esistenza e il contenuto delle norme consuetudinarie, nonostante il cambiamento del titolo, anche sui processi di formazione del diritto internazionale consuetudinario<sup>25</sup>.

Identificazione e formazione non sono ovviamente la stessa cosa, ma sono per molti versi strettamente collegate. Poiché i due elementi costitutivi delle consuetudini internazionali sono anche i due criteri rilevanti per la sua attuazione, le considerazioni sopra svolte a proposito del ruolo delle nuove tecnologie in relazione alla formazione del diritto internazionale consuetudinario costituiscono il perno su cui poggia anche l’analisi che segue, incentrata sulla responsabilità internazionale.

5.1 Anche prima dell’avvento di internet, il ricorso a tecniche di riproduzione visiva era diffuso in vari ambiti del diritto internazionale, a cominciare dal *diritto internazionale penale*. Video che documentano crimini di guerra e altre gravi violazioni dei diritti umani sono da lungo tempo utilizzati per far valere la responsabilità penale individuale per crimini internazionali. Già nel 1945-1946, dinanzi al Tribunale militare internazionale di Norimberga – che può essere considera-

---

<sup>24</sup> Commissione di diritto internazionale, *Report on the Work of its Sixty-fourth Session, General Assembly Official Records, Sixty-seventh Session, Supplement No. 10*, 2012, 108, para. 157 (UN Doc. A/67/10). Id, *Report on the Work of its Sixty-fifth Session, General Assembly Official Records, Sixty-fifth Session, Supplement No. 10* (UN Doc. A/68/10), 2013, 93, para. 64. Su questa fase iniziale dei lavori della Commissione di diritto internazionale, si veda L. GRADONI, *La Commissione del diritto internazionale riflette sulla rilevazione della consuetudine*, *Riv. Dir. Int.*, 97, 2014, 667-698.

<sup>25</sup> È quanto espressamente risulta dal commento della Commissione di diritto internazionale alla *Draft conclusion 1*, a seguito della sua adozione in prima lettura: “Dealing as they do with the identification of rules of customary international law, the draft conclusions do not address, directly, the processes by which customary international law develops over time. Yet in practice identification cannot always be considered in isolation from formation; the identification of the existence and content of a rule of customary international law may well involve consideration of the processes by which it has developed. The draft conclusions thus inevitably refer in places to the formation of rules; they do not, however, deal systematically with how rules emerge, or how they change or terminate.” Commissione di diritto internazionale, *Report on the Work of its Sixty-eighth Session, General Assembly Official Records, Sixty-eighth Session*, 2016, 81, par. 4 del *Commentary to Conclusion 1* (UN Doc. A/71/10).

to il punto di nascita del diritto penale internazionale – il procuratore capo Justice Jackson mostrò con orrore dei giudici e della stampa, i filmati reali che i soldati britannici e americani avevano girato nel campo di concentramento di Bergen-Belsen<sup>26</sup>. In tempi più recenti, la prova digitale ha assunto un ruolo crescente in quasi tutte le attività investigative sia a livello nazionale che internazionale.<sup>27</sup> Immagini sono state presentate abitualmente come prova nei processi davanti ai tribunali penali internazionali *ad hoc* istituiti dal Consiglio di sicurezza all’inizio degli anni 90: il Tribunale penale internazionale per la ex-Iugoslavia e quello per il Rwanda. Come parte della sua *Legacy Strategy*, il primo ha anche intrapreso un importante progetto di digitalizzazione per convertire le registrazioni audiovisive dei suoi procedimenti giudiziari in *files* video digitali ad alta risoluzione<sup>28</sup>.

Le prove digitali sono ormai una pratica *standard* davanti alla Corte penale internazionale<sup>29</sup>.

Un nuovo tipo di prova digitale sono le c.d. “prove digitali *open-source*”: informazioni pubblicamente disponibili, acquisite attraverso la rete, che possono includere, tra l’altro, contenuti dei *social media*, immagini, video e registrazioni audio. Queste informazioni, comprese quelle dai *social media*, possono essere distorte e manipolate, sollevando questioni di affidabilità e credibilità. Le prove digitali, per essere utili, devono essere non solo raccolte, ma anche verificate e autenticate. Internet ha cambiato il valore e l’uso delle prove digitali. Ma i nuovi metodi di raccolta e diffusione delle informazioni hanno anche creato sfide significative<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Questi filmati possono vedersi nella famosa ricostruzione dei processi di Norimberga nel film *Judgment at Nuremberg*, diretto da Stanley Kramer nel 1961.

<sup>27</sup> Si vedano al riguardo gli standards internazionali sviluppati nel 2012 (rivisti e confermati da ultimo nel 2018) dall’Organizzazione internazionale per la standardizzazione (ISO) e dalla Commissione elettrotecnica internazionale (IEC) per armonizzare le pratiche sul trattamento delle prove digitali nei procedimenti nazionali, ISO/IEC 27037 *Guidelines for Identification, Collection, Acquisition, and Preservation of Digital Evidence*, reperibili su <https://www.iso.org>.

<sup>28</sup> Si tratta di un archivio imponente che supera i 9,3 milioni di voci e include fotografie, diari, mappe, diagrammi, documenti di esumazione, radiografie, intercettazioni radio, registrazioni audio, e videocassette. Per una selezione di immagini presentate come prova nei processi dell’ICTY, si veda [www.icty.org](http://www.icty.org).

<sup>29</sup> Sull’impatto delle tecnologie digitali nei procedimenti dinanzi ai tribunali penali internazionali, può leggersi, da ultimo, R. PULVIRENTI, *Internet and International Criminal Accountability: Towards a Human-Centred Approach*, in A. JR GOLIA, M. KETTEMANN, R. KUNZ (a cura di), *International Law and the Internet*, Nomos, Baden-Baden, 2022.

<sup>30</sup> Si vedano N. MEHANDRU, A. KOENIG, *Open Source Evidence and the International Criminal Court*, *Harvard Human Rights Journal (online)*, 32, 2019, <https://harvardhrj.com>; R.J. HAMILTON, *New Technologies in International Criminal Investigations*, *ASIL Proc.*, 112,

Un altro settore del diritto internazionale in cui il ruolo delle nuove tecnologie è diventato prominente ai fini della responsabilità internazionale è quello dei *diritti umani*. Come è stato efficacemente rilevato, affermare che internet, i *social media* e la sempre maggiore connettività hanno un impatto significativo sull'attuazione dei diritti umani costituisce un "*understatement*"<sup>31</sup>. Dai video delle violazioni dei diritti umani ai racconti dei testimoni oculari diffusi sui *social media*, gli operatori dei diritti umani hanno oggi accesso a una quantità di informazioni mai avuta prima.

Occorre, tuttavia, rilevare che alla maggiore disponibilità di dati in materia di diritti umani non ha corrisposto alcuna diminuzione delle relative violazioni. Innanzitutto – significativamente – il progresso tecnologico può facilitare, ma anche ostacolare l'esercizio dei diritti umani. Le nuove tecnologie offrono uno strumento potente per la società e per gli individui per esprimere i propri diritti, ma anche un ambiente in cui tali diritti possono essere limitati da Stati, istituzioni pubbliche e private, e gli stessi individui. Il termine "cybersecurity" è stato coniato per riferirsi alla protezione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione dai tentativi di accesso non autorizzato<sup>32</sup>. Le stesse piattaforme dei *social media* possono dare origine a discorsi d'odio, disinformazione, incitamento alla violenza e altri contenuti suscettibili a loro volta di generare ulteriori violazioni dei diritti umani nel mondo reale. Inoltre, le norme internazionali sui diritti umani si sono formate molto prima della diffusione di internet e dei *social media*, e i relativi obblighi – sia pattizi che consuetudinari – sono stati concepiti per rivolgersi agli Stati, non gli attori privati. Si pone, dunque, l'esigenza di re-interpretare e adattare il quadro normativo esistenti. Ma la mancanza di chiarezza sulla natura degli obblighi in materia di diritti umani degli attori privati, come le aziende *Big Tech*, gli operatori del mercato e i consumatori, insieme al loro crescente potere

---

2018, 131 ss.; B. VAN SCHAACK, *Innovations in International Criminal Law Documentation Methodologies and Institutions*, 2019, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3329102>; R.J. HAMILTON, *Social Media Platforms in International Criminal Investigations, Case Western Reserve Journal of International Law*, 2020, 213 ss..

<sup>31</sup> S. DUBBERLEY, A. KOEING, D. MURRAY (a cura di), *Digital Witness: Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and Accountability*, Oxford, 2020.

<sup>32</sup> Nell'ambito di una letteratura ormai vastissima in argomento, può leggersi M. FINNEMORE, D.B. HOLLIS, *Constructing Norms for Global Cybersecurity, American Journal of International Law*, 2016, 425 ss.

e influenza sugli affari pubblici, continua ad essere una delle questioni più pressanti in materia di diritti umani nell'era digitale<sup>33</sup>.

A causa della sua enorme portata ed estensione globale, le implicazioni per i diritti umani delle nuove tecnologie – non solo internet, ma anche l'IA e i c.d. *Big Data* – non potrebbero essere sopravvalutate. Ma *tutti* i campi del diritto internazionale sono interessati dalla pervasività delle nuove tecnologie.

Le stesse immagini e video che documentano crimini di guerra e altre gravi violazioni dei diritti umani sono suscettibili di costituire, o viceversa far venir meno, il presupposto di un *intervento umanitario*. Quando, ad esempio, all'inizio di dicembre del 1992, l'allora presidente uscente degli Stati Uniti, George H.W. Bush, inviò un contingente di Marines in Somalia per guidare la forza multinazionale autorizzata dalle Nazioni Unite con l'obiettivo di ristabilire l'ordine nel Paese dilaniato dal conflitto civile<sup>34</sup>, i media mostrarono immagini e video dell'arrivo dei 1.800 Marines statunitensi a Mogadiscio. Sostenuti dalle truppe statunitensi, gli operatori umanitari internazionali furono presto in grado di ripristinare la distribuzione di cibo e altri aiuti umanitari. Le violenze tuttavia continuarono, prima con l'omicidio di 24 soldati dell'ONU provenienti dal Pakistan nel 1993, e poi con l'abbattimento di due elicotteri Black Hawk dell'esercito americano, in cui rimasero uccisi 18 soldati americani. Mentre i telespettatori inorriditi guardavano le immagini dello spargimento di sangue – compreso il filmato dei sostenitori del Generale Mohammed Farah Aidid, *leader* di uno dei *clans* ribelli, che trascinavano il corpo di un soldato morto per le strade di Mogadiscio, esultando – il presidente Bill Clinton diede immediatamente l'ordine di ritirare tutti i soldati americani dalla Somalia entro il 31 marzo 1994. Altre nazioni occidentali seguirono l'esempio.

A titolo di ulteriore esemplificazione, le nuove tecnologie possono essere utilizzate per mettere a disposizione immagini satellitari del degrado ambientale, suscettibili a loro volta di essere all'origine di pretese di invocazione di responsabilità internazionali e/o di nuovi o più stringenti obblighi in materia di *ambiente* – vista la interconnes-

---

<sup>33</sup> Si veda, ad esempio, M. LWIN, *Applying International Human Rights Law for Use by Facebook*, *Yale Journal on Regulation*, 2020, <https://ssrn.com/abstract=3681581>; O. POLLICINO, *Judicial Protection of Fundamental Rights on the Internet. A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Oxford, 2021.

<sup>34</sup> Si tratta della missione denominata Operazione *Restore Hope*.

sione fra formazione e attuazione delle norme internazionali, di cui si è detto<sup>35</sup>.

Considerazioni analoghe possono essere svolte rispetto al ruolo delle nuove tecnologie nelle elezioni nazionali, che a loro volta influenzano la politica internazionale: le campagne elettorali nazionali *online* parlano anche del tipo di democrazia che gli Stati oggi considerano come parte – o, viceversa, come violazione – del contenuto essenziale di *democrazia* protetto dal diritto internazionale<sup>36</sup>.

Da quanto qui esposto, un dato appare inconfutabile: in nessun momento della storia, i governi e l'opinione pubblica hanno avuto a disposizione più informazioni sulle violazioni delle norme internazionali. Sempre più le violazioni del diritto internazionale e le relative responsabilità (in particolare ma non esclusivamente in materia di diritti umani) possono essere accertate e documentate attraverso le nuove tecnologie, ben oltre le necessità e gli scopi specifici dei procedimenti per far valere le responsabilità penali individuali per crimini internazionali.

Tuttavia, l'aumentata capacità di individuazione delle violazioni internazionali non si è tradotta in un maggior grado di efficacia delle relative norme di diritto internazionale. In certi casi, l'eccesso di informazioni generate durante i disastri può essere addirittura paralizzante per la risposta, quanto la mancanza di informazioni<sup>37</sup>. Il progresso tecnologico facilita, dunque, l'accertamento delle violazioni, ma a ciò non necessariamente corrisponde una maggiore efficacia delle norme internazionali. Questo qualifica, ma non sminuisce o rende meno significativa la rilevanza delle nuove tecnologie ai fini dell'attuazione del diritto internazionale.

6. I paragrafi precedenti hanno descritto molteplici situazioni in cui gli Stati ed altri attori internazionali agiscono attraverso e all'interno dei moderni mezzi di informazione e comunicazione, mostrando come lo sviluppo tecnologico permei tutti i campi del diritto internazionale. Il comportamento degli Stati e degli attori non statali

---

<sup>35</sup> *Supra*, par. 5.

<sup>36</sup> Sul ruolo di internet, ad esempio, nelle elezioni statunitensi, si veda B. BIMBER, R. DAVIS, *Campaigning Online: The Internet in U. S. Elections*, Oxford, 2003; J.D. OHLIN, *A Roadmap for Fighting Election Interference*, *American Journal of International Law Unbound*, 115, 2021, 69 ss.

<sup>37</sup> Questa inondazione di informazioni è spesso indicata come *Big Crisis Data*. P.P. MEIER, *Digital Humanitarians: How Big Data Is Changing the Face of Humanitarian Response*, Boca Raton, 2015.

ha subito un cambiamento radicale. Gli attori internazionali operano su e attraverso gli spazi mediali, digitali e virtuali generati dalle nuove tecnologie, e così fa il diritto. Questi mutamenti, tuttavia, si sono riflessi solo parzialmente nella teoria del diritto internazionale.

Come si è visto<sup>38</sup>, nei lavori della Commissione di diritto internazionale sulla “Identificazione del diritto internazionale consuetudinario”, vi è solo un riferimento ai *materiali audiovisivi* in relazione agli “insegnamenti dei pubblicisti più qualificati”, quale *mezzo sussidiario* per la determinazione delle norme di diritto internazionale consuetudinario<sup>39</sup>. Che le nuove tecnologie, e le loro potenzialità, non siano neppure menzionate nei lavori svolti dalla Commissione di diritto internazionale nel secondo decennio del XXI secolo, non rende il mondo digitale e virtuale meno rilevante o reale. Indica piuttosto una lacuna nella dottrina e nel pensiero giuridico tradizionali, che occorre colmare.

Attraverso i casi-studio sopra esaminati, si è cercato di mostrare che la prassi internazionale nei nuovi “territori” creati dalle nuove tecnologie non rileva solo ai fini dell’emersione del c.d. “diritto internazionale di internet” (“*Internetvölkerrecht*”, “*international internet law*” o anche, “*international law of the internet*”), ma anche, e in misura sempre crescente, sul piano delle fonti di diritto internazionale, in particolare per quanto riguarda le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute. Il mondo mediatico e digitale fa parte della diversità di forme in cui la prassi e la sua accettazione come diritto si possono manifestare, fornendo al tempo stesso elementi utili ai fini dell’identificazione di regole consuetudinarie esistenti e materiali normativi che possono rappresentare l’emergere e il consolidamento di regole nuove.

Più precisamente, per quanto riguarda la *formazione* del diritto consuetudinario, gli spazi mediatici e digitale (e in un prossimo futuro, anche virtuali) possono fungere sia da cassa di risonanza che come generatore della prassi internazionale. Si tratta di un mutamento importante sul piano delle fonti internazionali, almeno per tre ordini di ragioni. Innanzitutto, nel mondo contemporaneo, tale prassi è anche un mezzo per influenzare, nel corso del tempo, la conclusione e il contenuto dei trattati internazionali. Inoltre, nonostante la rilevanza dei trattati, i processi e le regole consuetudinarie rimangono una parte essen-

---

<sup>38</sup> *Supra*, par. 3.

<sup>39</sup> Commissione di diritto internazionale, *Commentary to Draft conclusion 14, ibidem*.



ziale parte essenziale del diritto internazionale. A dispetto della loro diffusa codificazione in trattati durante il secolo scorso, le norme non scritte del diritto consuetudinario continuano a giocare un ruolo cruciale nelle relazioni internazionali<sup>40</sup>. Infine, il diritto internazionale consuetudinario si forma spesso a un ritmo molto più rapido, specialmente, ma non esclusivamente, nelle aree caratterizzate da forti cambiamenti (tecnologici o di altro tipo)<sup>41</sup>. A differenza dei tempi passati, nell'era moderna delle comunicazioni elettroniche istantanee e della proliferazione di conferenze diplomatiche, organizzazioni e altri *fora* internazionali (anche "virtuali"), la prassi internazionale viene generata e si diffonde ad un ritmo sempre crescente. Le nuove tecnologie comportano importanti implicazioni per la maggior parte, se non tutte, le aree del diritto internazionale. A causa del potere pervasivo delle comunicazioni via internet come mezzo attraverso il quale tutti gli altri *media* possono essere trasmessi e registrati, è difficile concepire una branca del diritto internazionale che non sia influenzata dalle trasformazioni create dallo spazio digitale o virtuale.

La dottrina giuridica internazionale non ha finora messo a fuoco l'impatto del progresso tecnologico sul piano delle fonti internazionali. Con questo articolo abbiamo cercato di far luce sulle nuove tecnologie non nel senso di *game changer* che produce un innesco di nuove regole e regolamenti applicabili nello spazio virtuale (*Internetvölkerrecht*), ma come agente di cambiamento (*change agent*) di processi di formazione e attuazione – in particolare, ma non esclusivamente – del diritto consuetudinario internazionale. L'impatto delle nuove tecnologie sulla creazione, interpretazione e implementazione del diritto internazionale rimane nondimeno sfuggente e difficile da concettualizzare. Questa elusività, tuttavia, non dovrebbe essere confusa con l'effettività dei fenomeni che si sono esaminati. I cambiamenti apportati dal progresso tecnologico ai processi di formazione e attuazione del diritto internazionale sono reali e destinati a diventare sempre più evidenti in futuro. Lo sviluppo tecnologico è in corso da diversi decenni ormai, anche se le nuove tecnologie, in particolare le tecnologie digitali, sono aumentate gradualmente nell'ultimo decennio – un fe-

---

<sup>40</sup> Sulla continua importanza del diritto internazionale consuetudinario e sulle ragioni principali della sua continua vitalità, si veda T. TREVES, *supra* nota 2, paragrafi 90-92.

<sup>41</sup> Si veda in proposito, P. SCHARF, *supra* nota 7, 309, secondo cui: "While one might tend to think of customary international law as growing only slowly, in contrast to the more rapid formation of treaties, the actual practice of the world community in modern times suggests that the reverse is more often the case."



nomeno che l'emergenza COVID-19, dopo avergli impresso una ulteriore – drammatica – accelerazione, ha reso, ancor più se possibile, irreversibile.

La messa a fuoco del progresso tecnologico sotto il profilo dell'impatto sulle *fonti* di diritto internazionale può illuminare la nostra comprensione della relazione tra potere e diritto internazionale e degli equilibri di potere nella *governance* mondiale.

Per secoli, gli Stati più potenti hanno esercitato una grande influenza nella formazione del diritto internazionale consuetudinario. Questo rimane in gran parte vero oggi. L'interfaccia tra progresso tecnologico e diritto internazionale influenza le relazioni e l'equilibrio di potere tra il Sud globale e il Nord globale, in termini di diritto positivo e di partecipazione ai processi di sviluppo e di implementazione. Una posizione particolarmente critica è quella degli Stati che soffrono per il divario digitale. Per i Paesi in via di sviluppo con poco accesso a internet, così come per i Paesi con forti regimi di censura, che controllano il flusso delle informazioni *online*, è difficile usare efficacemente le nuove tecnologie, soprattutto quelle digitali, per partecipare ai processi di formazione delle regole internazionali così come per accertare i comportamenti di altri Stati o documentare la violazione di regole internazionali. L'equa partecipazione ai processi di legislativi internazionali e alle relative procedure di attuazione, così come l'equo impatto sui risultati di tali processi e procedure, sono obiettivi difficilmente raggiungibili in tempi brevi, anche se certamente desiderabili. Nella misura in cui il potere tecnologico replica gli equilibri di potere esistenti, è probabile che il progresso tecnologico acuisca, e renda perfino più difficili da curare, le attuali divisioni.

Le nuove tecnologie oltre a dare potere agli Stati che vi hanno accesso, rafforzano anche il ruolo di altri attori della società internazionale, come le imprese pubbliche e private, le Ong, il mondo accademico e la società civile. Il potere tecnologico è una leva fondamentale nella *governance* globale per gli Stati ma anche per una vasta gamma di attori non statali, come le società *Big Tech* e i gruppi sociali e politici. Poiché il commercio elettronico globale continua a crescere rapidamente, le aziende pubbliche di maggior valore, per esempio, sono ora giganti dell'*e-commerce* non solo negli Stati Uniti ma anche in Cina e Russia. Internet e le tecnologie associate come *blockchain* e *smart contracts* hanno trasformato le catene di approvvigionamento di settori industriali tradizionalmente dominanti come la produzione di automobili, la raffinazione petrolchimica e l'ingegneria aerospaziale.

Anche in Europa, la Commissione europea è stata spinta a proclamare prima la nascita di Industria 4.0, una nuova fase basata su digitalizzazione, *Internet of Things*, *cloud computing*, IA, robotica avanzata, *blockchain* e *smart contracts*, e, quindi, l'obiettivo di Industria 5.0: una industria europea sostenibile, *humancentric* e resiliente.

Gli studiosi che si occupano di sviluppo tecnologico e *governance* mondiale si sono concentrati tradizionalmente sull'esercizio e i limiti del potere degli Stati nazionali. Ma più recentemente, hanno dovuto confrontarsi con le pratiche – e i limiti al potere – delle aziende private e degli attori privati<sup>42</sup>

Si discute molto sulla forma del sistema internazionale nei prossimi 30-50 anni. Una domanda che è stata posta è se il nostro mondo giuridico westfaliano, «which rests heavily on geography, [...] is an appropriate controlling vision of international law as we move further into the 21st century»<sup>43</sup>. Ad avviso di chi scrive, il progresso tecnologico cambia la geografia della statualità, ma non la rende meno importante. Sebbene siano in corso numerosi sviluppi, la geografia rimane centrale nel sistema internazionale. Il concetto stesso di statualità, ma anche altri concetti e principi del diritto internazionale (come i principi di non intervento o di giurisdizione statale) sono profondamente radicati nella nozione tradizionale di geografia territoriale, che dipende dall'estensione del territorio degli Stati. Il progresso tecnologico, tuttavia, amplia la nozione di geografia su cui il nostro universo westfaliano, incentrato sullo stato-nazione, è fondato, per includere lo spazio mediatico, digitale e virtuale, oltre allo spazio fisico degli Stati. Tra le sfide alle concezioni tradizionali di un sistema internazionale radicato nella geografia, vi è dunque anche il fatto che «virtual space takes on dimensions and an importance that rivals physical spa-

---

<sup>42</sup> Si veda, ad esempio, R.A. WESSEL, *Regulating Technological Innovation through Informal International Law: The Exercise of International Public Authority by Transnational Actors*, in M.A. HELDEWEG, E. KICA (eds), *Regulating Technological Innovation: A Multidisciplinary Approach*, London, 2011, 77 ss. Con l'espressione «costituzionalismo digitale», ci si riferisce agli sforzi «to articulate a set of political rights, governance norms, and limitations on the exercise of power on the internet». Il primo scritto in tema di «digital constitutionalism» è di L. GILL, D. REDEKER, U. GASSER, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*, *The Berkman Center for Internet and Society Research Publication*, 2015, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2687120](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120).

<sup>43</sup> D. BETHLEHEM, *The End of Geography: The Changing Nature of the International System and the Challenge to International Law*, *European Journal of International Law*, 2014, 9 ss, 10-11.

ce in the world of transactions, communications, and other engagements»<sup>44</sup>.

Vi è quindi un nesso tra la *governance* del progresso tecnologico e l'impatto di quest'ultimo sui processi di formazione del diritto internazionale e i meccanismi di responsabilità internazionale, come delineato nei paragrafi precedenti. Oltre a comunicare e condividere la conoscenza delle regole internazionali e a contribuire ai relativi processi di formazione e attuazione, l'uso delle nuove tecnologie contribuisce a plasmare il paesaggio internazionale, le relazioni internazionali, l'ordine (o il disordine) giuridico internazionale.

#### ABSTRACT

##### *New Technologies and Sources of International Law*

A lot has been written about new technologies and the law. Relatively little, however, has been said about the impact of the internet, social networks and technological developments in general, on the formation and implementation of international law – both customary international law and treaties. This represents a substantial gap in the literature and knowledge to date, which this article seeks to address. New technologies have increased the speed but also the quantity and quality of diplomatic exchanges. While virtual diplomacy is now a reality of public life, the author posits that technological development – and most recently digital and so-called emerging technologies (Artificial Intelligence, quantum computing, 5G, etc.) – have borne whole new “territories” where the practice of State and non-State actors is recorded and displayed, but it also exists independently from the physical realm – a phenomenon that has been going on for decades now, that the COVID-19 emergency only, albeit dramatically, precipitated. Online and digital spaces act as both a sounding board for, and an originator of, international practice for the purposes of the formation of customary rules. Despite the obvious importance of new technologies for the ascertainment of violations of international law, an increased detection of international law breaches has not generally enhanced the effectiveness of international law. This qualifies, and does not make less significant, the relevance of new technologies also for the implementation of international law.

---

<sup>44</sup> Ibidem, 15.



# I CAVI SOTTOMARINI E IL DIRITTO INTERNAZIONALE: QUALE PROTEZIONE PER LE COSIDDETTE “ARTERIE” DELLA GLOBALIZZAZIONE?

GIUSEPPE GALLO

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. L’odierna rilevanza dei cavi sottomarini per la comunità internazionale e i rischi per la loro sicurezza – 3. Il regime giuridico internazionale – 4. Valutazione critica della disciplina normativa – 5. La protezione dei cavi sottomarini in tempo di guerra – 6. *segue*: cavi sottomarini, attacchi informatici e neutralità – 7. Altri possibili strumenti di protezione dei cavi sottomarini – 8. Considerazioni conclusive

1. L’espressione “*submarine cables and pipelines*” è ampiamente utilizzata nel testo della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 (UNCLOS)<sup>1</sup>. Ora, come per molti termini presenti all’interno della suddetta Convenzione, risulta assai difficile stabilire quale sia, in concreto, il corretto significato da attribuire alla espressione in parola<sup>2</sup>.

A ben vedere, invero, sussistono due differenti tipologie di cavi sottomarini (*submarine cables*): quelli per le telecomunicazioni e quelli, invece, impiegati per il trasporto di energia elettrica<sup>3</sup>. Ambedue le tipologie di cavi in oggetto devono, poi, essere distinte dalle condotte posate sul fondo del mare e destinate al trasporto di importanti risorse naturali, quali soprattutto petrolio greggio e gas naturale (*submarine pipelines*)<sup>4</sup>.

Le condotte impiegate per le telecomunicazioni – le uniche di cui il presente lavoro intende occuparsi – svolgono un ruolo fondamentale per il corretto funzionamento delle moderne società dell’informazione<sup>5</sup>. È noto, infatti, come Internet funzioni proprio mediante sofisticate

---

<sup>1</sup> Sulla Convenzione vedi in generale A. PROELSS, *The United Nations Convention on the Law of the Sea: A Commentary*, London, 2017.

<sup>2</sup> Sulla tematica dei cavi sottomarini vedi in particolare U. K. RAHA, K. D. RAJU, *Submarine Cables Protection and Regulations. A Comparative Analysis and Model Framework*, New York, 2021.

<sup>3</sup> R. LAGONI, *Pipelines*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> A. MATTELART, *Storia della società dell’informazione*, Torino, 2002; M. PIETRANGELO, *La società dell’informazione tra realtà e norma*, Milano, 2007.

infrastrutture fisiche (in particolare cavi terrestri e sottomarini) che permettono le connessioni<sup>6</sup>.

Eppure, nonostante la loro oggettiva rilevanza, la necessità di tutelare i cavi e le condotte in questione è, attualmente, poco dibattuta nella dottrina internazionalistica<sup>7</sup>.

Scopo di questo articolo è, pertanto, quello di identificare l'insieme delle norme internazionali volte alla salvaguardia delle condotte e dei cavi sottomarini alla luce della loro sempre più crescente importanza dovuta allo sviluppo tecnologico in corso. Si procederà, così, alla individuazione, interpretazione e sistematizzazione delle suddette norme mettendone in evidenza, al contempo, eventuali limiti e lacune che possano giustificare l'adozione di regole convenzionali tese a sopperire ai predetti limiti e alle predette lacune.

2. Il traffico Internet avviene soprattutto tramite cavo e solo in minima parte tramite satellite<sup>8</sup>. Ora, a causa delle molteplici difficoltà geopolitiche di gestione dei cavi terrestri internazionali, la gran parte dei cavi utilizzati per le reti informatiche sono posati sul fondo del mare<sup>9</sup>.

Pertanto, oggi, circa il 95% delle comunicazioni mondiali avviene mediante tali particolari costruzioni<sup>10</sup>. Ne deriva che una loro eventuale lesione, rottura o danneggiamento – come opportunamente sottolineato anche dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite – provocherebbe effetti di non poco conto sul commercio e, di conseguenza, sull'intera economia internazionale<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Torino, 2015, 698.

<sup>7</sup> M. MENSÌ, *I cavi sottomarini nuova frontiera di sicurezza: tutti i rischi e le lacune del diritto internazionale*, in *Agenda Digitale*, 21 agosto 2019, reperibile all'indirizzo [www.agendadigitale.eu](http://www.agendadigitale.eu).

<sup>8</sup> A. GILI, *Geoeconomia dei cavi sottomarini*, in *ISPI Online*, 28 gennaio 2022, reperibile all'indirizzo [www.ispionline.it](http://www.ispionline.it).

<sup>9</sup> Secondo gli studi più recenti, i cavi attualmente posati sul fondo del mare sono circa trecento e collegano tra loro più di centotrenta Stati. La maggiore concentrazione di tali infrastrutture fisiche si trova nell'Oceano Atlantico. Per una mappa mondiale dei cavi sottomarini vedi <http://www.submarinecablemap.com>.

<sup>10</sup> T. DAVENPORT, *Submarine Communications Cables and Law of the Sea: Problems in Law and Practice*, in *Ocean Development & International Law*, 2012, 202.

<sup>11</sup> Assemblea generale, *Oceans and the Law of the Sea*, UN Doc. A/65/37 del 7 dicembre 2010, 121.

Può affermarsi con certezza allora che tali cavi rientrano, a tutti gli effetti, tra le infrastrutture essenziali di ogni Stato e sono, per tale ragione, di vitale importanza per la sua sicurezza nazionale<sup>12</sup>.

L'attuale rilevanza delle infrastrutture in oggetto trova peraltro conferma nella costituzione, in seno all'International Law Association (ILA), di un comitato appositamente incaricato di esaminare e definire lo *status* dei cavi sottomarini nel sistema giuridico internazionale<sup>13</sup>.

Tali cavi sono di per sé particolarmente vulnerabili potendo, a ben vedere, essere facilmente individuati, danneggiati e distrutti sia meccanicamente, sia mediante attacchi di natura telematica<sup>14</sup> e, quindi, senza che siano violati materialmente<sup>15</sup>.

Ma una loro lesione o rottura può anche essere involontaria, cioè non intenzionale o, ancora, dovuta a fattori naturali e ambientali<sup>16</sup>. Si pensi, a titolo di esempio, ai molti incidenti che coinvolgono ogni anno siffatti cavi causati da pescherecci<sup>17</sup> o dalle molteplici attività compiute da navi mercantili<sup>18</sup>.

---

<sup>12</sup> T. DAVENPORT, *Submarine Cables, Cybersecurity and International Law: An Inter-sectional Analysis*, in *Catholic University Journal of Law and Technology*, 2015, 62.

<sup>13</sup> International Law Association, *Submarine Cables and Pipelines under International Law - Interim Report 2020 (ILA Interim Report)*, par. 3.

<sup>14</sup> Sul recente e sempre più frequente fenomeno degli attacchi cibernetici nel diritto internazionale la letteratura è ampia. H. H. DINNIS, *Cyber Warfare and the Laws of War*, Cambridge, 2012; O. HATHAWAY, R. CROTOF, *The Law of Cyber-Attack*, in *California Law Review*, 2012, 86 ss.; M. E. O'CONNELL, *Cyber Security Without Cyber War*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2012, 187 ss.; J. GOLDSMITH, *How Cyber Changes the Laws of War*, in *European Journal of International Law*, 2013, 129 ss.; S. HAATAJA, *Cyber Attacks and International Law on the Use of Force*, London, 2019; F. DELERUE, *Cyber Operations and International Law*, Cambridge, 2020; H. LAHMANN, *Unilateral Remedies to Cyber Operations: Self-Defence, Countermeasures, Necessity, and the Question of Attribution*, Cambridge, 2020.

<sup>15</sup> Siffatte strutture possono, infatti, essere oggetto delle migliaia di attacchi informatici, provenienti da *hacker* più o meno connessi o tollerati dagli Stati, che ogni giorno si verificano contro attori statali e non statali, tra l'altro ai fini di spionaggio militare e industriale. Sul punto si veda J. PETTY, *How Hackers of Submarine Cables May Be Held Liable Under the Law of the Sea*, in *Chicago Journal of International Law*, 2021, 264-267.

<sup>16</sup> Nel gennaio del 2008 la rottura di alcuni cavi sottomarini per telecomunicazioni situati nel Mediterraneo ha determinato la totale paralisi del settanta per cento della rete Internet egiziana e del sessanta per cento di quella indiana con problemi di connessione di un certo rilievo, peraltro, anche nei Paesi del Golfo. Secondo più fonti la causa del danneggiamento sarebbe imputabile ad eventi sismici.

<sup>17</sup> Nonostante la gran parte dei cavi sottomarini sia segnalata sulle carte nautiche, si stima che oggi circa il 40% dei danni subiti da dette infrastrutture sia determinato da attività di pesca commerciale. C. BUEGER, T. LIEBETRAU, *Beyond Triple Invisibility: Do Submarine Data Cables Require Better Security?*, in *IPI Global Observatory*, 15 settembre 2021, disponibile all'indirizzo [theglobalobservatory.org](http://theglobalobservatory.org).

<sup>18</sup> V. DE VITO, *La (poca) sicurezza dei cavi sottomarini: è ora di un nuovo trattato internazionale*, in *Agenda Digitale*, 11 settembre 2019, disponibile all'indirizzo [www.agendadigitale.eu](http://www.agendadigitale.eu).

Infine, non per ultimo, i cavi e le condotte in esame possono anche essere oggetto di attività di terrorismo<sup>19</sup>, spionaggio<sup>20</sup> e, sebbene più raramente, di atti di sabotaggio<sup>21</sup>.

3. Tutta questa rete di cavi è oggetto di diversi trattati internazionali, tra i quali spicca, in particolare, la Convenzione di Parigi del 1884, la quale costituisce il primo strumento giuridico specificamente concluso in materia. Un ulteriore riferimento normativo ai cavi e alle condotte in discussione è, poi, rinvenibile nelle due Convenzioni di Ginevra del 1958 rispettivamente riguardanti l'alto mare e la piattaforma continentale. Ma il più importante strumento normativo in tema di tutela dei cavi sottomarini è, oggi, indubbiamente rappresentato dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 (UNCLOS), conclusa a Montego Bay, in Giamaica, il 10 dicembre 1982 e le cui norme, secondo *communis opinio*, corrispondono largamente al diritto internazionale consuetudinario.

Il primo trattato internazionale che viene in rilievo in tema di protezione dei cavi sottomarini è, per l'appunto, la Convenzione internazionale per la protezione dei cavi telegrafici sottomarini, conclusa a Parigi il 14 marzo 1884<sup>22</sup>. La Convenzione si applica a tutti i cavi sottomarini presenti al di fuori del mare territoriale degli Stati firmatari (art. 1) e impone a ognuno di essi l'obbligo di predisporre, nel proprio ordinamento interno, tutte le misure atte a garantire la sua concreta nonché effettiva esecuzione (art. 12)<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Sul punto si veda R. BANNON, R. D. BURNETT, *Submarine Cable Infrastructure Defense Against Terrorist Aggression*, in *Sea Technology*, 2003, 1850-1861.

<sup>20</sup> E. MC ASKILL, J. BORKER, N. HOPKINS, N. DAVIES, J. BALL, *GCHQ Taps Fibre-optic Cables for Secret Access to World's Communications*, in *The Guardian*, 21 giugno 2013. Si precisa che in questo studio non analizzeremo la questione dell'applicazione extra-territoriale dei diritti umani nel ciber spazio. Non faremo riferimento, dunque, al tema della responsabilità internazionale dello Stato nel contesto della sorveglianza digitale, attuata anche mediante le strutture in esame, e i diritti umani. In argomento vedi L. WATT, *State Sponsored Cyber Surveillance. The Right to Privacy of Communications and International Law*, London, 2021.

<sup>21</sup> Sul punto si veda L. WRATHALL, *The Vulnerability of Subsea Infrastructure to Underwater Attack: Legal Shortcomings and the Way Forward*, in *San Diego International Law Journal*, 2010, 224-262, e Y. SAITO, *Reviewing Law of Armed Conflict at Sea and Warfare in New Domains and New Measures: Submarine Cables, Merchant Missile Ships, and Unmanned Marine Systems*, in *Tulane Maritime Law Journal*, 2019, 107-124.

<sup>22</sup> Tale Convenzione rappresenta il risultato degli intensi sforzi diplomatici compiuti in seno alla Conferenza internazionale sulla tutela dei cavi sottomarini convocata, sempre a Parigi, nell'ottobre del 1882. Essa fu ratificata da 47 Stati, tra cui compare anche l'Italia. Il testo originale della Convenzione è consultabile all'indirizzo [www.iscpc.org](http://www.iscpc.org).

<sup>23</sup> Nell'ordinamento italiano, l'esecuzione della suesposta Convenzione è avvenuta con la legge del 1° gennaio 1886 n. 3620. Questa è stata poi modificata, quasi per intero, con



All'art. 2, co. 1, la Convenzione statuisce che la rottura o la lesione di un cavo o di una condotta, «deliberata o imputabile a negligenza colposa», costituisce a tutti gli effetti un reato punibile – a seconda dei casi – con «una pena pecuniaria, una pena detentiva o, ancora, attraverso la comminazione di ambedue». La norma in commento non trova però applicazione nei casi di «rotture o lesioni provocate da persone che hanno agito nel solo intento legittimo di proteggere sé stessi o la sicurezza della propria nave, dopo aver posto in essere tutte le misure necessarie a prevenire od evitare il danno» (art. 2, co. 2).

Di particolare importanza risulta poi l'art. 8, co. 1, il quale stabilisce che il tribunale competente a conoscere delle eventuali violazioni della Convenzione è quello dello Stato a cui appartiene la nave che ha danneggiato il cavo o la condotta<sup>24</sup>.

Infine, degni di nota risultano essere gli articoli 13 e 15 della predetta Convenzione<sup>25</sup>. Ai sensi dell'art. 13, lo Stato che emana leggi o regolamenti in qualche misura connessi con l'oggetto della Convenzione, è tenuto a darne comunicazione alle altre parti contraenti. Viceversa, l'art. 15 afferma che le disposizioni contenute nella Convenzione non pregiudicano in nessun modo la libertà di condotta dei belligeranti nei casi di conflitto armato. Ne scaturisce pertanto che, come si vedrà meglio di seguito, le protezioni sancite dalla Convenzione non ricevono applicazione in presenza di uno stato di guerra.

Un ulteriore riferimento normativo alle condotte e ai cavi sottomarini è rinvenibile, inoltre, nelle Convenzioni di Ginevra del 1958 riguardanti rispettivamente l'alto mare<sup>26</sup> e la piattaforma continentale<sup>27</sup>. In particolare, la Convenzione di Ginevra del 1958 sull'alto mare – la quale dichiarava come suo scopo primario quello di codificare le norme del diritto internazionale relative all'alto mare – riconosce il di-

---

l'entrata in vigore della legge n. 1447 del 19 dicembre 1956, il cui testo è consultabile all'indirizzo [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

<sup>24</sup> Nelle ipotesi in cui tale previsione non possa applicarsi, in base a quanto disposto dal co. 2 della disposizione in commento, «le infrazioni saranno decise dagli Stati contraenti cui appartengono i cittadini coinvolti in tali infrazioni sulla base delle norme generali sulla giustizia penale di detto Stato o di trattati internazionali».

<sup>25</sup> Come espressamente statuito inoltre dall'art. 14, qualunque Stato terzo alla Convenzione può, in qualsiasi momento, qualora lo ritenga opportuno, proporre domanda di adesione alla stessa.

<sup>26</sup> Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 29 aprile 1958, articoli 26, 27, 28 e 29.

<sup>27</sup> Convenzione di Ginevra sulla piattaforma continentale del 29 aprile 1958, art. 4.

ritto di tutti gli Stati di posare cavi sottomarini sul fondo dell'alto mare e, dunque, al di fuori delle proprie acque territoriali (art. 2)<sup>28</sup>.

Oggi, come detto in precedenza, i cavi sottomarini sono disciplinati principalmente dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982, che ha progressivamente sostituito le due Convenzioni di Ginevra del 1958. In base all'art. 21, co. 1, la protezione di simili cavi e condotte rientra tra le materie in merito alle quali lo Stato costiero può emanare leggi e regolamenti relativi al passaggio inoffensivo di navi straniere attraverso il proprio mare territoriale.

Nella parte V della Convenzione, l'art. 58, co. 1, riconosce poi a ogni Stato sia costiero che privo di litorale la libertà di posa di condotte e cavi sottomarini nella zona economica esclusiva.

L'art. 51, co. 2, impone in particolare allo Stato arcipelagico di astenersi dal ledere i preesistenti cavi sottomarini che attraversano le sue acque senza toccare la costa. Lo Stato arcipelagico è tenuto, peraltro, anche a consentire la riparazione e la sostituzione dei suddetti cavi, non appena sia stato informato della loro posizione e della intenzione di effettuare lavori di manutenzione.

In base all'art. 79, co. 1, tutti gli Stati hanno inoltre il diritto di posare condotte e cavi sottomarini sulla piattaforma continentale. Il percorso dei cavi e delle condotte posate è tuttavia subordinato al previo consenso dello Stato costiero (art. 79, co. 3), il quale non può, ad ogni modo, impedire la loro posa o manutenzione (art. 79, co. 2). Lo Stato costiero è, comunque, libero di predisporre determinate condizioni per i cavi e le condotte che entrano nel suo mare territoriale (art. 79, co. 4). Al momento della posa, sempre secondo la disposizione in parola, gli Stati debbono infine tenere debito conto dei cavi e delle condotte già collocati (art. 79, co. 5)<sup>29</sup>.

Nella parte VII della Convenzione, dedicata all'alto mare, l'art. 112, co. 1, riconosce a ciascuno Stato il diritto di posare condotte e cavi sottomarini al di là della piattaforma continentale, tenendo debi-

---

<sup>28</sup> Occorre peraltro notare come il problema della protezione dei cavi sottomarini sul piano internazionale venne sollevato anche qualche tempo prima della redazione delle suindicate Convenzioni, ossia durante la cinquantaquattresima sessione della Commissione di diritto internazionale, tenutasi a New York nel 1950. Già in tale occasione, infatti, fu riconosciuto il ruolo fondamentale delle infrastrutture in esame per gli Stati e la loro vitale importanza per il corretto funzionamento di molti dei servizi pubblici nazionali. Per una ricostruzione storica del quadro giuridico internazionale in materia di condotte e cavi sottomarini vedi L. D. M. NELSON, *Submarine Cables and Pipelines*, in R. J. DUPUY, D. VIGNES (eds.), *A Handbook on the Law of the Sea*, Dordrecht-Boston, 1991, 809-818.

<sup>29</sup> In particolare, non deve essere pregiudicata la possibilità di riparare o sostituire quelli già esistenti.

tamente conto dei cavi e delle condotte già collocati e senza pregiudicare la possibilità della loro riparazione (art. 112, co. 2, che richiama l'art. 79, co. 5)<sup>30</sup>.

Infine, nell'affrontare la questione della lesione di una condotta o di un cavo, la Convenzione richiama quasi per intero quanto precedentemente convenuto nella più risalente Convenzione di Parigi del 1884. A norma dell'art. 113, invero, ogni Stato adotta le leggi e i regolamenti atti a definire come reati perseguibili la rottura o il danneggiamento, intenzionale o imputabile a negligenza colposa, di cavi telegrafici o telefonici, da parte di navi battenti la propria bandiera o di persone che ricadono sotto la sua giurisdizione, suscettibili di interrompere o precludere le comunicazioni telegrafiche o telefoniche<sup>31</sup>.

A tal proposito, di fondamentale importanza sono anche gli articoli 114 e 115. L'art. 114 della Convenzione impone agli Stati parti l'obbligo di adottare le leggi e i regolamenti idonei a garantire che le persone soggette alla propria giurisdizione, sopportino il costo delle riparazioni, qualora nel posare o riparare un dato cavo sottomarino situato in alto mare, di cui siano i proprietari, provochino danni a un altro cavo o condotta<sup>32</sup>. L'art. 115 prevede invece l'obbligo per gli Stati contraenti di prevedere un indennizzo posto a carico dei proprietari delle condotte e dei cavi sottomarini in caso di perdite subite dai proprietari delle navi nell'evitare la rottura o il danneggiamento di simili cavi o condotte<sup>33</sup>.

Da quanto precede risulta che la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 incorpora molti degli obblighi già prescritti dalle antecedenti Convenzioni di Ginevra del 1958 concernenti

---

<sup>30</sup> La Convenzione di Montego Bay conferma, dunque, la libertà di posa sul fondo dell'alto mare, già ampiamente consacrata nel corso della prima conferenza di Ginevra sul diritto del mare del 1958. *Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, Doc. Uff.*, vol. IV, Deuxième Commission, par. 19.

<sup>31</sup> È da notare come la disposizione in esame trovi applicazione anche nelle ipotesi di comportamenti che appaiono soltanto suscettibili di danneggiare i cavi o le condotte sottomarine, nonché in presenza di azioni che siano intenzionalmente dirette a provocare una loro lesione o rottura, a prescindere dunque dal fatto che tale rottura o lesione si sia verificata o meno.

<sup>32</sup> La norma in discussione richiama quanto già affermato dall'art. 4 della Convenzione del 1884 il cui testo afferma: «The owner of a cable who, on laying or repairing his own cable, breaks or injures another cable, must bear the cost of repairing the breakage or injury (...)».

<sup>33</sup> La disposizione riproduce pressochè testualmente l'art. 7, co. 1, della Convenzione di Parigi laddove reca: «Owners of ships or vessels who can prove that they have sacrificed an anchor, a net, or other fishing gear in order to avoid injuring a submarine cable, shall receive compensation from the owner of the cable».

rispettivamente l'alto mare e la piattaforma continentale. Essa, tuttavia, non prevede alcune importanti misure contemplate, viceversa, dalla Convenzione di Parigi del 1884. Si pensi, a titolo di esempio, all'art. 10 di tale Convenzione che consente ai comandanti di una nave da guerra di visitare legittimamente navi commerciali sospettate di aver compiuto, in alto mare, lesioni intenzionali o causate da negligenza ai cavi. Una simile previsione è del tutto assente nella Convenzione di Montego Bay. Come si evince, invero, dal tenore letterale dell'art. 110, co. 1, della stessa il danneggiamento di un cavo o di una condotta sottomarina non rientra tra gli atti che giustificano, in presenza di fondati motivi, il diritto di visita di navi straniere da parte di navi militari di uno degli Stati contraenti<sup>34</sup>.

4. La Convenzione di Montego Bay e, più precisamente, l'art. 113 che contempla l'obbligo di prevedere come reati perseguibili la rottura, la lesione o il danneggiamento prende in considerazione, come già detto, soltanto i cavi telegrafici, i cavi telefonici e, per ultimo, i cavi dell'alta tensione sottomarini. Nessuna menzione viene fatta, pertanto, ai cavi in fibra ottica per le telecomunicazioni. Ciò potrebbe indurre a ritenere che la suindicata Convenzione non possa, di conseguenza, venire in rilievo ai fini della salvaguardia dei cavi in discorso<sup>35</sup>.

Tuttavia, come opportunamente sostenuto in dottrina, è possibile affermare con decisione che detta Convenzione regoli ogni tipo di cavo o condotta sottomarina, indipendentemente dalle sue finalità di impiego o dai materiali utilizzati per la sua costruzione<sup>36</sup>. In altri termini,

---

<sup>34</sup> L'art. 110 della Convenzione di Montego Bay ammette un diritto di visita di navi di altri Stati nel mare internazionale da parte di navi da guerra soltanto «qualora vi siano fondati motivi per sospettare» che la nave sia impegnata in atti di pirateria o nella tratta di schiavi, in trasmissioni radiofoniche o televisive non autorizzate e la nave da guerra appartenga a uno degli Stati legittimati a processare gli autori delle trasmissioni, o sia priva di nazionalità o ancora «pur battendo una bandiera straniera o rifiutando di esibire la sua bandiera, la nave abbia in effetti la stessa nazionalità della nave da guerra». In tali casi la nave da guerra può procedere con le verifiche necessarie ad accertare il diritto della nave interessata a battere la propria bandiera. Se dopo il controllo dei documenti i sospetti permangono «si può procedere con ulteriori indagini a bordo, che saranno svolte con ogni possibile riguardo». Se i sospetti si dimostrano infondati «e purché la nave non abbia commesso alcun atto che li giustifichi, essa sarà indennizzata di ogni danno o perdita che possa aver subito». È da notare, peraltro, che la disposizione in discorso non prevede il potere dello Stato della nave militare di sequestrare la nave o processare l'equipaggio. Tale Stato può quindi solamente informarne lo Stato nazionale della nave visitata.

<sup>35</sup> Y. TAKEI, *Law and Policy for International Submarine Cables: An Asia-Pacific Perspective*, in *Asian Journal of International Law*, 2012, 207-209.

<sup>36</sup> W. H. VON HEINEGG, *Protecting Critical Submarine Cyber Infrastructure: Legal Status and Protection of Submarine Communications Cables under International Law*, in K. ZIOL-

non è immaginabile una lettura dell'art. 113 della Convenzione tale da limitarne l'ambito di applicazione alle sole tipologie di cavi ivi elencate.

Ad ogni modo, le norme giuridiche oggi esistenti in materia di cavi sottomarini appaiono essere in parte non idonee ad assicurare una loro adeguata tutela a livello internazionale. In primo luogo, la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982, come si è visto, pone l'obbligo di prevedere quale fattispecie penale la rottura o la lesione di condotte e cavi situati in alto mare in capo solo allo Stato di bandiera o allo Stato alla cui giurisdizione sono sottoposti gli autori della predetta rottura o lesione; sono pertanto esclusi Stati diversi<sup>37</sup>. Infatti, come si ricava dall'art. 97 della Convenzione – la cui interpretazione è stata di recente esaminata dal Tribunale arbitrale costituito in base all'annesso VII della Convenzione sul diritto del mare per decidere la controversia tra l'Italia e l'India relativa all'incidente della *Enrica Lexie*<sup>38</sup> – in caso di incidenti di navigazione, tra cui pacificamente vengono inclusi le rotture di cavi o condotte sottomarine<sup>39</sup>, gli Stati diversi da quello della bandiera o da quello dell'autore o degli autori dell'incidente non possono esercitare la propria giurisdizione penale (art. 97, commi 1 e 3).

Del resto, come si evince anche da un'attenta lettura dell'art. 101 della Convenzione, la rottura o il furto di un cavo sottomarino non può mai essere qualificata come un atto di pirateria<sup>40</sup>. La pirateria è infatti

---

KOWSKI (ed.), *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy*, NATO CCD COE Publication, Tallinn, 2013, 296-297.

<sup>37</sup> Si noti come spesso lo Stato di bandiera possa non corrispondere allo Stato offeso, ossia allo Stato nazionale cui è riconducibile la proprietà del cavo leso o cui appartiene l'ente proprietario del cavo in questione.

<sup>38</sup> Vedi in argomento A. CANNONE, *L'interpretazione della espressione "altri incidenti di navigazione" di cui all'art. 97 della Convenzione sul diritto del mare nella sentenza arbitrale del 21 maggio 2020 relativa alla vicenda della Enrica Lexie (Italia c. India)*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, 283 ss.

<sup>39</sup> Vedi in relazione ai lavori preparatori dinanzi alla Commissione di diritto internazionale relativi a quello che sarebbe poi divenuto l'art. 11 della Convenzione di Ginevra del 1958 sull'alto mare, poi riprodotto nell'art. 97 UNCLOS L. MAGI, *Criminal Conduct on the High Seas: is a General Rule on Jurisdiction to Prosecute Still Missing?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, 79 ss., in specie p. 92, e A. CANNONE, *op. cit.*, 289, nota 33, in cui è richiamata la proposta della Turchia nel corso dei lavori preparatori relativi alla disposizione corrispondente al futuro art. 11 di prevedere, in caso di danni a condotte e cavi sottomarini, la competenza dello Stato proprietario della condotta o del cavo accanto alla competenza dello Stato di bandiera della nave con la prevalenza dello Stato il cui territorio è più vicino al luogo dell'incidente.

<sup>40</sup> In questo senso R. BECKMAN, *Submarine Cables – A Critically Important but Neglected Area of the Law of the Sea*, Paper presented at Indian Society of International Law, 7th Inter-

definita dalla disposizione in discorso come la commissione di (a) «ogni atto illecito di violenza o di sequestro, od ogni atto di rapina, commesso a fini privati dall'equipaggio o dai passeggeri di una nave o di un aeromobile privati», rivolti *in alto mare* contro un'altra nave o aeromobile o, ancora, contro persone o beni da essi trasportati, o *in un luogo che si trovi fuori dalla giurisdizione di qualunque Stato* contro una nave o un aeromobile, oppure contro persone o beni; (b) «ogni atto di partecipazione volontaria alle attività di una nave o di un aeromobile, commesso nella consapevolezza di fatti tali da rendere i suddetti mezzi nave o aeromobile pirata»; (c) «ogni azione che sia di incitamento o di facilitazione intenzionale a commettere gli atti descritti alle lettere a) o b)»<sup>41</sup>. Ne consegue quindi che *non* è, appunto, pirateria il furto o il danneggiamento di una condotta o di un cavo sottomarino nel mare internazionale.

In secondo luogo, la Convenzione di Montego Bay non trova applicazione in tempo di guerra come attestato, tra l'altro, dagli articoli 88 (utilizzo dell'alto mare per scopi pacifici) e 95 (immunità delle navi da guerra in alto mare). Il diritto internazionale bellico si applica, come noto, a titolo di *lex specialis*, sulla disciplina complessiva dettata dalla stessa<sup>42</sup>. Tuttavia, la questione della tutela dei cavi sottomarini durante un conflitto armato riveste assoluta rilevanza<sup>43</sup>. Nelle ultime due guerre mondiali, infatti, le Potenze belligeranti provvidero a tagliare i cavi sottomarini collegati con lo Stato avversario, ed effettuarono tale operazione militare anche in luoghi dove difettava ogni loro sovranità, come in alto mare, e persino allorché i cavi risultavano

---

*national Conference on Legal Regimes of Sea, Air, Space and Antarctica*, New Delhi, January 15-17, 2010, 15.

<sup>41</sup> Sulla pirateria nel diritto internazionale vedi, tra gli altri, J. KRASKA, *Contemporary Maritime Piracy: International Law, Strategy, and Diplomacy at Sea*, Santa Barbara, 2011; D. GUILFOYLE, *Modern Piracy Legal Challenges and Responses*, Cheltenham, 2013.

<sup>42</sup> Le regole dello *ius in bello* – come affermato anche dalla Corte internazionale di giustizia nel parere consultivo del 8 luglio 1996, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflicts*, par. 25 – hanno carattere per così dire speciale poiché afferenti al solo regime bellico delle ostilità.

<sup>43</sup> Gli Stati e i loro servizi pubblici essenziali, come quelli relativi alla distribuzione energetica, alle telecomunicazioni e alle stesse strutture militari, sono sempre più interdipendenti, invero, da sistemi connessi nella rete informatica globale. Il corretto funzionamento della rete telematica globale dipende, come osservato, quasi interamente dai cavi e dalle condotte poste sul fondo del mare. Una loro lesione o rottura, nel corso di un conflitto armato, provocherebbe così conseguenze gravissime per la popolazione civile dello Stato avversario o, ancora, per quella dello Stato neutrale. Potrebbe, infatti, verificarsi la totale paralisi – più o meno protratta nel tempo – di numerose infrastrutture critiche dello Stato colpito come, ad esempio, il sistema sanitario, quello bancario o, ancora, quello riguardante la distribuzione di beni primari.

essere di proprietà di uno Stato neutrale e, quindi, sottratti a ogni loro autorità territoriale<sup>44</sup>. Sembrerebbe allora legittimo chiedersi quali regole vengono in rilievo, ai fini della tutela delle infrastrutture in discorso, durante un conflitto armato interno o internazionale<sup>45</sup>.

5. La Convenzione di Montego Bay, come già osservato, non trova applicazione nei casi di conflitto armato e prevede anzi una sorta di eccezione rispetto ad attività militari<sup>46</sup>. In proposito si ritiene che l'effetto sospensivo (o estintivo) dei trattati multilaterali che si possa verificare in caso di un conflitto armato lungi dall'operare *ipso facto* si verifichi sulla base di una valutazione fatta di volta in volta alla luce della compatibilità o meno degli obblighi derivanti dal trattato con lo stato di guerra nell'ambito della verifica di un eventuale mutamento fondamentale delle circostanze (c.d. clausola *rebus sic stantibus*)<sup>47</sup>.

Sulla base di questa premessa si può procedere alla disamina relativa al diritto internazionale umanitario. Ora, poiché i principi e le regole del diritto umanitario non contengono, a ben guardare, alcun riferimento significativo alle condotte e ai cavi sottomarini, al fine di stabilire quale trattamento debba essere riservato alle infrastrutture in parola, nel corso di un conflitto bellico, pare utile ricorrere a quanto disposto dai principali manuali militari di riferimento.

A tal proposito, secondo quanto prescritto dal Manuale di San Remo sul diritto internazionale applicabile alla guerra marittima del 1995, i combattenti sono tenuti a prendere tutte le misure necessarie a prevenire nonché evitare possibili danni alle condotte e ai cavi sottomarini il cui utilizzo non sia riservato ai soli belligeranti<sup>48</sup>. Le condotte e i cavi sottomarini il cui utilizzo sia destinato ai soli belligeranti, alla luce di quanto contemplato dal Manuale di Oslo del 2020, costi-

---

<sup>44</sup> G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto Bellico*, Padova, II ed., 1954, 385.

<sup>45</sup> Per una meno recente analisi sullo *status* dei cavi sottomarini nel corso di un conflitto armato vedi A. PEARCE HIGGINS, *Submarine Cables and International Law*, in *British Year Book of International Law*, 1921-1922, 149-165.

<sup>46</sup> Vedi M. W. JANIS, *Dispute Settlement in the Law of the Sea Convention: The Military Activity Exception*, in *Ocean Development and International Law*, 1977, 51 ss. e, di recente, P. PUSTORINO, R. VIRZO, *La qualificazione delle attività militari nell'ordinanza del Tribunale internazionale del diritto del mare relativa al caso della Detenzione di tre navi militari ucraine*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, 720 ss.

<sup>47</sup> Vedi in argomento B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, Napoli, XII ed., 2021, 151 ss.; M. CASTELLANETA, *Conflitti armati (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, vol. V, 2012, 316 ss., in specie p. 345 s.

<sup>48</sup> L. D. BECK (ed.), *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, Cambridge, 1995, art. 37.



tuirebbero invece a tutti gli effetti degli obiettivi militari legittimi<sup>49</sup>. Con la conseguenza che, in qualsiasi momento, potrebbero essere attaccati e distrutti<sup>50</sup>. L'operazione, si badi, deve però essere giustificata da una oggettiva necessità militare<sup>51</sup> e, soprattutto, deve essere condotta nel pieno rispetto dei principi del diritto internazionale umanitario<sup>52</sup>.

Infine, in virtù di quanto previsto dal Manuale di Oxford sulla guerra navale del 1913, possono essere attaccati, da taluno dei belligeranti, sia i cavi che collegano il suo territorio con quello dell'avversario, sia i cavi che congiungono i territori dei nemici nonché, per ultimo, i cavi che connettono il territorio dell'avversario con quello di uno Stato neutrale<sup>53</sup>. In caso di distruzione di cavi che collegano il territorio del nemico con quello di uno Stato neutrale, è dovuto a quest'ultimo un equo indennizzo, una volta cessati i combattimenti<sup>54</sup>. I cavi che congiungono i territori delle Potenze neutrali sono invece inviolabili<sup>55</sup>.

L'art. 54 del Manuale di Oxford del 1913 trova applicazione, in virtù di quanto sancito dalla stessa norma, a prescindere dalla circo-

---

<sup>49</sup> Y. DINSTEIN (ed.), *Oslo Manual on Select Topics of the Law of Armed Conflict. Rules and Commentary*, Cham, 2020, art. 68.

<sup>50</sup> Tali cavi non possono essere però attaccati se situati in acque neutrali. Ciò in conformità con quanto previsto dalle norme sulla neutralità, le quali impongono a carico dello Stato belligerante l'obbligo di rispettare il territorio delle Potenze neutrali.

<sup>51</sup> Sulla necessità militare G. VENTURINI, *Necessity in the Law of Armed Conflict and in International Criminal Law*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2010, 45-78; L. SALVADEGO, *Struttura e funzioni della necessità militare nel diritto internazionale*, Torino, 2016.

<sup>52</sup> Per valutare la liceità di un attacco armato condotto contro cavi o condotte sottomarine, secondo alcuni Autori, viene in considerazione, in particolare, il principio di proporzionalità. Sul punto vedi R. MCLAUGHLIN, T. P. PAIGE, D. GUILFOYLE, *Submarine Communication Cables and the Law of Armed Conflict: Some Enduring Uncertainties, and Some Proposals, as to Characterization*, in *Journal of Conflict & Security Law*, 2022, 32-38.

<sup>53</sup> *Manual of the Laws of Naval War*, Oxford, 9 agosto 1913, art. 54.

<sup>54</sup> Quando, in passato, i cavi sottomarini appartenenti ai neutrali sono stati distrutti, le Potenze belligeranti hanno provveduto talvolta a risarcirli e altre volte a riattivarli al termine delle ostilità. La regola, in questi casi, appare pertanto essere nel senso che il belligerante può, per le necessità della guerra, compiere atti che sarebbero altrimenti vietati ed illeciti anche secondo le norme comuni della neutralità e che si giustificano solo eccezionalmente per la impellente necessità militare che li genera, ma deve però risarcire alla Potenza neutrale il danno così arrecato. G. CANSACCHI, *Nozioni di diritto internazionale bellico*, Torino, V ed., 1968, 127.

<sup>55</sup> *Manual of the Laws of Naval War*, art. 54.



stanza che proprietario dei cavi sia lo stesso Stato belligerante o, viceversa, singole entità private ad esso riconducibili<sup>56</sup>.

Non è chiaro, tuttavia, fino a che punto le regole contenute nei manuali di Oxford, Sanremo e Oslo, riflettano l'effettiva posizione degli Stati sul punto<sup>57</sup>. Sarebbe, in realtà, che la tutela delle condotte e dei cavi sottomarini durante un conflitto bellico sia rimessa quasi interamente alla volontà degli Stati o, comunque, dipenda prevalentemente da quanto sancito nei loro ordinamenti interni piuttosto che da quanto contemplato a livello internazionale.

Ad ogni modo, nulla impedisce invece alle Potenze belligeranti di avvalersi dei cavi sottomarini di loro proprietà al fine di effettuare, nel corso di un conflitto armato, operazioni di spionaggio *cyber*<sup>58</sup>. A giudizio di chi scrive, in assenza di un diritto pattizio che disciplini espressamente la dimensione del c.d. *cyberspace*<sup>59</sup>, occorrerà pertanto fare riferimento, in via analogica, a quanto statuito dalle regole di diritto umanitario tradizionali, sempreché ovviamente applicabili al singolo caso di specie. A tal proposito, l'articolo 24 della IV Convenzione dell'Aia sulle leggi e sugli usi della guerra terrestre ed il relativo Regolamento annesso del 1907 riconoscono come lecito l'impiego dei mezzi necessari per procurarsi informazioni inerenti al nemico nel suo

---

<sup>56</sup> A ben guardare, il Manuale di Oxford sulla guerra navale richiama, quasi per intero, quanto già precedentemente sancito nella risoluzione dell'Institut de Droit International, adottata a Bruxelles nel 1902, e concernente lo *status* dei cavi sottomarini in tempo di guerra. La risoluzione in commento propone infatti la regola secondo cui «that cables connecting two belligerents or two parts of the territory of a belligerent can be cut anywhere except in neutral waters» mentre, al contrario, «that cables connecting two neutral territories are inviolable». Institut de Droit International, *Câbles Sous-Marins en Temps de Guerre*, Resolution, Brussels Session, 23 settembre 1902.

<sup>57</sup> È bene ricordare che i Manuali militari, di norma, non sono fonti di diritto, neppure a livello interno, ma semplicemente traducono, sul piano nazionale, quanto convenuto in trattati internazionali spesso di assai difficile interpretazione. Essi, consistenti talvolta in pubblicazioni dei ministeri della difesa contenenti specifiche regole di condotta per i membri delle forze armate, interpretano il diritto dei conflitti armati alla luce delle riserve apposte dallo Stato o delle dichiarazioni interpretative da esso effettuate al momento della firma o della ratifica delle convenzioni internazionali. Inoltre, delle volte, dettano importanti regole nelle materie in cui il c.d. *ius in bello* appare essere particolarmente lacunoso (si pensi, a titolo di esempio, alla guerra aerea, che ancora oggi non è stata oggetto di codificazione). Ad ogni modo, tali strumenti normativi non sono mai di per sé giuridicamente vincolanti. N. RONZITTI, *Diritto Internazionale dei Conflitti Armati*, Torino, VII ed., 2021, 168-169.

<sup>58</sup> Sullo spionaggio cibernetico nel diritto internazionale R. BUCHAN, *Cyber Espionage and International Law*, Oxford, 2018; P. O. KAAAN, *Confronting Cyber Espionage under International Law*, New York, 2019.

<sup>59</sup> K. KITTICHAISAREE, *Public International Law of Cyberspace*, New York, 2017; nonché B. DE PADIRAC, *The International Dimensions of Cyberspace Law*, London, 2000.

territorio allo scopo di indebolirne la difesa ed aumentare la propria capacità di offesa<sup>60</sup>.

La liceità dello spionaggio in presenza di uno Stato di guerra – a prescindere, si badi, dalle modalità e dai mezzi attraverso cui questo viene condotto – risulta, del resto, ampiamente confermata dalla prassi, passata e presente, degli Stati ed è sostanzialmente ammessa anche dalla maggioranza della dottrina internazionalistica<sup>61</sup>.

Infine, a nostro parere, deve escludersi con forza che la distruzione di un cavo o di una condotta sottomarina possa di per sé costituire un attacco armato ai sensi dell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite e, conseguentemente, consentire agli Stati interessati la reazione in legittima difesa individuale o collettiva<sup>62</sup>.

6. I cavi e le condotte sottomarini situati nelle acque dello Stato neutrale potrebbero essere utilizzati, da taluno dei belligeranti, durante un conflitto armato, per sferrare un attacco informatico contro lo Stato nemico<sup>63</sup>. Come risulta dalla prassi più recente, gli Stati ricorrono sempre più frequentemente, durante un conflitto bellico, anche di tipo tradizionale, all'impiego dei sistemi e della tecnologia informatica<sup>64</sup>. Si pone, così, il problema riguardante l'integrità territoriale e la neutralità degli Stati terzi al conflitto<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> Da un'analisi di insieme delle fonti normative convenzionali sopra citate si evince che, pur non essendo dichiarata espressamente lecita, l'attività di spionaggio militare svolta in tempo di guerra viene comunque inquadrata nell'ambito delle misure legittime adottabili nel corso di un conflitto armato in quanto strumento di difesa o di offesa per le parti in lotta. M. C. CICIRIELLO, *Spionaggio (Diritto internazionale)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXX, 1993.

<sup>61</sup> A. PETERS, *Surveillance Without Borders? The Unlawfulness of the NSA-Panopticon*, in *EjilTalk!*, Part 1, 1 novembre 2013, reperibile online all'indirizzo [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org).

<sup>62</sup> La distruzione di un cavo sottomarino non costituisce un atto di guerra e, conseguentemente, non dà luogo ad un conflitto armato. Di diversa opinione B. SHEPHERD, *Cutting Submarine Cables: The Legality of the Use of Force in Self-defense*, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2020, 199-220.

<sup>63</sup> Un attacco condotto per via telematica può essere effettuato secondo diverse modalità tecniche. Una delle più comuni consiste nell'attivazione, nel sistema informatico bersagliato, di un *virus* o di un *worm* che ne assume il completo controllo secondo istruzioni prestabilite. C. FOCARELLI, *op. cit.*, 1830.

<sup>64</sup> Per quanto concerne i casi di prassi relativi ad attentati alla sicurezza di uno Stato attraverso l'uso dei mezzi di natura informatica vedi A. BUFALINI, *Uso della forza, legittima difesa e problemi di attribuzione in situazioni di attacco informatico*, in A. LANCIOTTI, A. TANZI (a cura di), *Uso della forza e legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*, Napoli, 2012, 408-412.

<sup>65</sup> Sul rapporto di neutralità nel diritto internazionale v. A. SRING, *The International Law Concept of Neutrality in the 21 Century st*, Zurich, 2014; J. UPCHER, *Neutrality in Contemporary International Law*, Oxford, 2015.

A tal proposito, il Manuale di Tallinn sul diritto internazionale applicabile alla guerra cibernetica stabilisce che il belligerante non può sferrare attacchi diretti contro le infrastrutture critiche dello Stato neutrale<sup>66</sup> e non può effettuare operazioni cibernetiche nel territorio di quest'ultimo (art. 92). Al contempo, il neutrale ha il dovere di impedire ai belligeranti l'uso delle strutture cibernetiche presenti all'interno del suo territorio (art. 93). Il Manuale, seppur implicitamente, richiama l'obbligo imposto allo Stato belligerante di rispettare il territorio neutrale<sup>67</sup> e, in secondo luogo, il dovere dello Stato neutrale non soltanto di astenersi dal compiere atti ostili nei confronti dell'uno o dell'altro belligerante ma di impedire anche che il suo territorio venga utilizzato a sua volta come base per lo svolgimento di atti di ostilità<sup>68</sup>.

Ora, come emerge da una prima lettura dell'art. 54 del Manuale di Tallinn, i cavi e le condotte posti nelle acque della Potenza neutrale rientrano certamente tra le infrastrutture essenziali di quest'ultima<sup>69</sup>. Ne consegue che i belligeranti non possono attaccare i cavi e le condotte di proprietà dello Stato neutrale (art. 150) o utilizzarli allo scopo di compiere atti di ostilità di natura telematica (art. 151).

Tuttavia, l'attuazione delle regole contenute nel Manuale di Tallinn presume un livello di controllo da parte delle Potenze belligeranti, sui cavi e sulle condotte situate in acque neutrali, che appare, a dire il vero, poco realistico<sup>70</sup>. A causa delle peculiari caratteristiche del mezzo telematico, invero, può rivelarsi particolarmente difficile per le parti impegnate nel conflitto, al momento di compiere atti ostili di natura informatica, astenersi dall'utilizzare i cavi e le condotte di proprietà dello Stato neutrale<sup>71</sup>. Allo stesso tempo, per quest'ultimo è quasi impossibile impedire che il belligerante si avvalga anche delle strutture cibernetiche presenti nel suo territorio, al fine di effettuare un attacco informatico contro l'avversario<sup>72</sup>.

---

<sup>66</sup> M. N. SCHMITT (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge, 2013, art. 91.

<sup>67</sup> Il suindicato obbligo, espressione del diritto internazionale consuetudinario, è rinvenibile nell'art. 1 della V Convenzione dell'Aia del 1907 concernente i diritti e i doveri delle Potenze neutrali in caso di guerra terrestre, il quale afferma testualmente che «il territorio delle Potenze neutrali è inviolabile».

<sup>68</sup> Vedi la V Convenzione dell'Aia del 18 ottobre 1907 sulla neutralità nella guerra terrestre, art. 5.

<sup>69</sup> M. N. SCHMITT (ed.), *op. cit.*, art. 54.

<sup>70</sup> J. KRASKA, *The Law of Maritime Neutrality and Submarine Cables*, in *EJIL:Talk!*, 29 luglio 2020, reperibile online all'indirizzo [www.ejiltalk.org](http://www.ejiltalk.org).

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

Gli attacchi telematici, di solito, coinvolgono un traffico transfrontaliero di dati<sup>73</sup>. Limitare o respingere tale flusso transfrontaliero richiede, in pratica, un monitoraggio costante, da parte del neutrale, dell'intera attività di rete<sup>74</sup>. Un simile obbligo, gravante sullo Stato neutrale, sarebbe per questi particolarmente difficile da adempiere<sup>75</sup>.

Al contrario di quanto sostenuto da taluni Autori, il flusso di dati attraverso cui un attacco informatico può realizzarsi non va equiparato al movimento di munizioni o, ancora, alla circolazione di truppe in territorio neutrale<sup>76</sup>. Per tale motivo, secondo chi scrive, l'eventuale utilizzo di cavi e condotte posti in acque neutrali, allo scopo di lanciare un attacco telematico contro l'avversario, da parte di taluno dei belligeranti, non comporta una violazione degli obblighi e dei doveri di neutralità. Ciò, tuttavia, vale soltanto per gli attacchi informatici che, originati nel territorio del Belligerante, attraversano successivamente le strutture cibernetiche dello Stato neutrale prima di aver raggiunto e colpito l'obiettivo<sup>77</sup>. Diversa, invece, è la situazione in cui gli attacchi telematici contro la Potenza avversaria vengono generati direttamente mediante le infrastrutture cibernetiche presenti nel territorio del neutrale<sup>78</sup>. In tali ipotesi, viceversa, l'utilizzo dei cavi sottomarini situati nelle acque neutrali deve ritenersi certamente vietato e sorge, peraltro, in capo alla Potenza neutrale l'obbligo di prevenire, impedire o far cessare, con tutti i mezzi a sua disposizione, l'attacco armato non convenzionale sferrato<sup>79</sup>.

---

<sup>73</sup> J. C. WOLTAG, *Cyber Warfare*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2012.

<sup>74</sup> *Ibidem*.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> J. T. G. KELSEY, *Hacking into International Humanitarian Law: The Principles of Distinction and Neutrality in the Age of Cyber Warfare*, in *Michigan Law Review*, 2008, 1443-1445. Sugli obblighi di neutralità e gli attacchi informatici (quando l'attacco telematico viene effettuato utilizzando la struttura informatica di uno Stato terzo) vedi anche G. K. WALKER, *Information Warfare and Neutrality*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2000, 202 ss.; J. E. KASTENBERG, *Non-Intervention and Neutrality in Cyberspace: An Emerging Principle in the National Practice of International Law*, in *AFL Review*, 2009, 43 ss.; W. H. VON HEINEGG, *Territorial Sovereignty and Neutrality in Cyberspace*, in *International Law Studies*, 2013, 123 ss.

<sup>77</sup> M. ROSCINI, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford, 2014, 259-261.

<sup>78</sup> *Ivi*, 254-259.

<sup>79</sup> Si tratta, a ben guardare, di un obbligo giuridico di dovuta diligenza. *Ivi*, 257. Sugli obblighi di *due diligence* nel diritto internazionale vedi R. PISILLO MAZZESCHI, *Due Diligence e responsabilità internazionale degli Stati*, Milano, 1989; J. KULESZA, *Due Diligence in International Law*, Leiden-Boston, 2016; H. KIEGER, A. PETERS (eds.), *Due Diligence in the Inter-*

Infine, a nostro parere, deve escludersi che lo Stato neutrale sia costretto ad impedire l'uso dei propri cavi sottomarini alle Potenze belligeranti per la sola eventuale trasmissione di notizie riguardanti le operazioni belliche o, ancora, per la trasmissione di informazioni generali, di carattere non militare, rivolte alla propria popolazione civile.

7. Secondo alcuni Autori la tutela delle condotte e dei cavi sottomarini dovrebbe essere promossa in seno alle principali organizzazioni internazionali. In particolare, una maggiore supervisione di detti cavi e condotte potrebbe essere incentivata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite<sup>80</sup>. La soluzione prospettata, per quanto di indubbio interesse, tuttavia non convince del tutto. Come noto, invero, l'Assemblea esercita la propria attività prevalentemente mediante raccomandazioni e dichiarazioni di principi, ossia atti privi di efficacia giuridica vincolante<sup>81</sup>. Sembra allora difficile pensare che la salvaguardia delle infrastrutture in oggetto possa essere affidata al solo organo in questione. Inoltre, vi sarebbero, a dire il vero, altri organismi internazionali che meglio potrebbero adempiere una tale funzione quali, ad esempio, su tutti, l'Unione internazionale delle telecomunicazioni<sup>82</sup>.

Secondo altri Autori, viceversa, un rafforzamento della tutela dei cavi e delle condotte in esame può ricavarsi, seppur implicitamente, dalla Convenzione per la repressione degli atti illeciti contro la sicurezza della navigazione marittima (SUA)<sup>83</sup>. Anche questa tesi appare però francamente poco convincente. A ben guardare, infatti, la Convenzione in commento è destinata essenzialmente a reprimere, perseguire e punire atti di terrorismo o di criminalità organizzata transnazionale che si verificano principalmente, ma non solo, in alto mare<sup>84</sup>. Tale strumento normativo mal si presta, dunque, ad assicurare la tutela

---

*national Legal Order*, Oxford, 2020; A. OLLINO, *Due Diligence Obligations in International Law*, Cambridge, 2022.

<sup>80</sup> Y. TAKEI, *op. cit.*, 231-233.

<sup>81</sup> B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova, IX ed., 2017, 123-136.

<sup>82</sup> L'ITU è una agenzia specializzata delle Nazioni Unite responsabile per i temi relativi alle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni; cfr. D. WESTPHAL, *International Telecommunication Union (ITU)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2014.

<sup>83</sup> S. KAYE, *International Measures to Protect Oil Platforms, Pipelines, and Submarine Cables from Attack*, in *Tulane Maritime Law Journal*, 2007, 421.

<sup>84</sup> La Convenzione, conclusa nell'ambito IMO a Roma nel 1988, è entrata in vigore soltanto nel marzo del 1992. Essa è stata ratificata attualmente da 165 Stati, tra cui figura anche l'Italia. Il testo originale della Convenzione è reperibile all'indirizzo [treaties.un.org](http://treaties.un.org).

dei cavi e delle condotte situate in spazi marini diversi da quello, per l'appunto, testé indicato.

Infine, altri Autori ancora hanno invocato la creazione di una c.d. “*cable protection zone*”, analoga alle *safety zones* previste nell'art. 60 paragrafi 4 e 5 della Convenzione sul diritto del mare rispetto alle isole artificiali, strutture e installazioni<sup>85</sup>. Tale area non costituirebbe di per sé un limite alla libertà di navigazione degli Stati, ma assolverebbe soltanto il compito di prevenire ed evitare talune delle attività che, più di frequente, minacciano l'integrità dei cavi<sup>86</sup>. Tale proposta, nonostante la sua portata innovativa, non trova tuttavia riscontro nell'impianto normativo esistente<sup>87</sup>.

8. La concezione che Internet sia uno spazio “virtuale” libero da costrizioni fisiche è largamente diffusa ma inesatta<sup>88</sup>. Internet funziona infatti principalmente per via di cavi transnazionali che consentono la connessione. La maggior parte di tali cavi, prodotti in fibra ottica, sono posati sul fondo del mare. Come si è detto, tra il 95 e il 99 % delle comunicazioni internazionali avviene oggi per via di tali sofisticate costruzioni. Esse rientrano, così, tra le infrastrutture essenziali di ogni Stato della comunità internazionale.

Tutta questa rete di cavi è oggetto di diverse norme internazionali, tra le quali spiccano gli articoli 58, 79, e 112-115 della Convenzione di Montego Bay del 1982 sul diritto del mare. In sintesi, in base a quanto sancito dalla predetta Convenzione tutti gli Stati godono della libertà di posa di cavi e condotte nella zona economica esclusiva nonché, nel rispetto di determinate condizioni, nella piattaforma continentale e, infine, nell'alto mare.

Il quadro giuridico appena delineato appare però non del tutto sufficiente a fornire un efficace livello di protezione delle condotte e dei cavi sottomarini. Esso, invero, risponde alla specifica esigenza di assicurare la tutela di tali infrastrutture fondamentali da tutta una serie di pericoli di cui gli Stati erano perfettamente a conoscenza nel corso del ventesimo secolo. Tuttavia, a fronte delle minacce emerse a partire

---

<sup>85</sup> L. WRATHALL, *op. cit.*, 254 ss.

<sup>86</sup> S. KAYE, *op. cit.*, 422 ss.

<sup>87</sup> W. H. VON HEINEGG, *op. cit.*, 312-313.

<sup>88</sup> Un'interessante prospettiva sulla dimensione tecnica di Internet è offerta da B. DORMON, *How the Internet works: Submarine fibre, brains in Jar, and coaxialcables*, 24 maggio 2016, consultabile su [arstechnica.com](http://arstechnica.com).

dall'inizio del nuovo millennio, tale articolato *corpus* normativo presenta alcuni limiti.

In particolare, è stato evidenziato nelle pagine precedenti che nella Convenzione sul diritto del mare del 1982 negli articoli 113 e 97 non sono presi in considerazione, in caso di rottura o lesione di condotte o cavi situati in alto mare, Stati diversi dallo Stato di bandiera o dallo Stato di appartenenza degli autori del danneggiamento in ordine all'obbligo di introdurre specifiche fattispecie criminose o in ordine all'esercizio della giurisdizione penale.

Inoltre, in tempo di guerra, sulla base dei manuali militari e della prassi degli Stati, più che sulla base della normativa relativa ai conflitti armati internazionali, risulta che le condotte e i cavi sottomarini costituiscono obiettivi militari legittimi. Tali infrastrutture, invero, non rientrano tra le categorie di beni oggetto di particolare protezione durante un conflitto.

Gli Stati belligeranti possono, poi, avvalersi dei cavi e delle condotte poste in acque neutrali allo scopo di lanciare un attacco informatico contro la Potenza avversaria; si pone, allora, il problema di stabilire se un tale utilizzo delle strutture in commento possa pregiudicare, in concreto, la posizione delle Potenze neutrali. A nostro parere, dato il carattere transfrontaliero della trasmissione dei dati, che non può essere equiparata al movimento di munizioni o di truppe nel territorio dello Stato neutrale, e stante le difficoltà per quest'ultimo di impedire o limitare tale flusso transfrontaliero di dati, vi sarebbe una violazione delle regole sulla neutralità soltanto nei casi in cui l'attacco telematico venga generato direttamente dai cavi sottomarini di proprietà dello Stato neutrale.

L'obbligo del neutrale di impedire l'uso dei suoi cavi non sussisterebbe, invece, rispetto ad attacchi informatici che non si originano attraverso le sue condotte sottomarine o rispetto ad altre operazioni cibernetiche che non raggiungono la soglia di un attacco armato quali, ad esempio, la mera diffusione di informazioni riguardanti le operazioni militari o, ancora, la semplice trasmissione di comunicazioni alla popolazione civile.

Tra i principali motivi per cui il tema della tutela dei cavi sottomarini per le telecomunicazioni è stato così a lungo trascurato può annoverarsi, anzitutto, l'assoluta mancanza di agenzie nazionali e internazionali specializzate nella gestione, supervisione e *governance* di



tali particolari infrastrutture<sup>89</sup>. In secondo luogo, ciò è senz'altro imputabile alla scarsa collaborazione tra gli Stati e le imprese multinazionali che operano nel settore della costruzione dei cavi in discussione<sup>90</sup>.

In conclusione, quanto suesposto induce a pensare che forse sia venuto il tempo di rivedere e aggiornare la normativa internazionale attualmente in vigore in tema di condotte e cavi sottomarini per le telecomunicazioni, al fine di avere un quadro giuridico più adeguato ai tempi, che tenga conto dei cambiamenti tecnologici in atto.

#### ABSTRACT

*Submarine Cables and International Law:  
What Protection for the So-Called "Arteries" of Globalization?*

Submarine internet cables play a fundamental role in the modern society. Indeed, experts assess that 98 percent of data and telephone traffic is transmitted by these underwater buildings. Moreover, submarine communications cables have an essential function for the national security of every State. However, these undersea buildings are vulnerable to a lot of natural and human threats. Furthermore, during an armed conflict, belligerents could damage submarine cables or exploit them to launch cyber-attacks against their enemy. These activities might influence the position of neutral states. This article analyses the international law with respect to submarine fiber optic cables. It concludes that the current legal regime for their protection is inadequate.

---

<sup>89</sup> R. BECKMAN, *op. cit.*, 16.

<sup>90</sup> Le principali società oggi operanti nella produzione e installazione di cavi sottomarini sono l'Alcatel Submarine Networks, con sede in Francia, e ancora SubCom, la cui sede è invece negli Stati Uniti. C. WALL, P. MORCOS, *Invisible and Vital: Undersea Cables and Transatlantic Security*, in *Center for Strategic & International Studies*, 11 giugno 2021, disponibile all'indirizzo [www.csis.org](http://www.csis.org).



# OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

## THE CONVENTION ON THE RIGHT TO DEVELOPMENT: DRAFTING A NEW GLOBAL HUMAN RIGHTS TREATY

KOEN DE FEYTER

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Law-making on global human rights. – 3. The slow road to a Convention on the right to development. – 4. The decision to elaborate a legally binding instrument. – 5. Initial stage of the drafting process. – 6. The inclusivity of treaty-making. – 7. Providing added protection to rights holders. – 8. Final observation.

1. The Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the most recent core United Nations human rights convention was adopted in 2006. At the initiative of countries of the Global South, the Human Rights Council is now again embarked on human rights treaty making on the regulation in international human rights law of the activities of transnational corporations and other business enterprises<sup>1</sup> as well as on the right to development, that is central to this contribution.

The debate on drafting a treaty on the right to development emerged soon after the adoption of the UN Declaration on the Right to Development in 1986. The current drafting process was set in motion by the Non-Aligned Movement when it used its majority in the Human Rights Council to mandate the Chairperson-Rapporteur of the Intergovernmental Working Group on the Right to Development with preparing a draft legally binding instrument. The divergence of opinion on the usefulness of initiating treaty-making on the right to development raises the fundamental issue of how in our contemporary world global human rights law can legitimately be made.

2. The pressure to engage in human rights law-making may never relent if we accept, as the Universal Declaration of Human Rights suggests,

---

<sup>1</sup> For an update on the law-making process on the ‘business and human rights’ treaty, see UN Human Rights Council, *Report on the Seventh Session of the Open-ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to Human Rights*, UN Doc. A/HRC/49/65, 2021.

that human rights are an instrument for protecting human dignity. As threats to human dignity evolve over time, so will the demand for new forms of human rights protection.

It could be argued that it is the inclusiveness, fairness and transparency of the drafting process that provides legitimacy to a new human rights instrument. One can take a substantive perspective and argue that any new human rights treaty should provide protection to rights holders that is both necessary and unavailable under existing human rights treaties. Or one could argue that such a treaty should reflect shared global values. All these perspectives are helpful to assess whether the adoption of a Convention on the right to development makes sense.

An observer of the intergovernmental deadlock on the right to development may be surprised by the extent to which the right to development resonates with religious and philosophical traditions across the world. Differently from States, such traditions are not bound by State boundaries, and thus more readily commend empathy and solidarity among humans regardless of where they are located. They also acknowledge the value of communitarian belonging to individual well-being.

Khurshid Iqbal has discussed the relevance of *maslahah* (the objective of protecting the public interest in Islamic law) to the right to development<sup>2</sup>. At the occasion of the 30<sup>th</sup> anniversary on the UN Declaration on the Right to Development, the Organization of Islamic Cooperation's Independent Permanent Human Rights Commission adopted the Abu Dhabi Declaration that expresses full support for the right to development, highlighting 'the Islamic concept of development and social protection based on the egalitarian principles of compassion and solidarity with fellow Muslims and humanity'<sup>3</sup>.

Han Sang-Jin has argued that the *minben* tradition within Confucianism opens the space for a non-authoritarian consensual determination of the common good of a community based on participation, and more generally for the idea of a people-centered, participatory communitarian human rights tradition<sup>4</sup>, that is also at the heart of the right to development.

---

<sup>2</sup> K. IQBAL, *Re-Conceptualizing the Right to Development in Islamic Law*, in *The International Journal of Human Rights*, 2010, 1013-1041.

<sup>3</sup> OIC Independent Permanent Human Rights Commission, *Abu Dhabi Declaration on the Right to Development*, 2016. [oic-iphrc.org/en/data/docs/seminars/527603.pdf](http://oic-iphrc.org/en/data/docs/seminars/527603.pdf) (all online sources viewed May 2022).

<sup>4</sup> H. SANG-JIN, *Confucianism and Human Rights*, in W. CHANG, L. KAMALSON (eds.), *Confucianism in Context: Classic Philosophy and Contemporary Issues. East Asia and Beyond*, New York, 2010, 121-144.

Mofihli Teleki offers *Ubuntu* as a bridge between universalism and cultural relativism in the context of the implementation of the right to development<sup>5</sup>. Winks explains that African humanism is ‘a fraternitarian philosophy, sustained by compassion, using fraternity or solidarity as a bridge between liberty and equality’<sup>6</sup> and is particularly apt to deal with past injustices such as apartheid, and, potentially, colonialism.

According to McIlroy, in the Christian approach to human dignity all are equally deserving of human rights protection, as all human beings are made in the image of God. Viewed in this light, ‘possessive individualism is an infection and a distortion of the idea of rights’<sup>7</sup>. The social doctrine of the Catholic Church unequivocally endorses the right to development: ‘As the Magisterium sees it, the right to development is based on the following principles: unity of origin and a shared destiny of the human family; equality between every person and between every community based on human dignity; the universal destination of the goods of the earth; the notion of development in its entirety; and the centrality of the human person and solidarity’<sup>8</sup>. Against that backdrop it comes as no surprise that the Association “Comunità Papa Giovanni XXIII” (APG23) and Finn Church Aid are among the few NGOs that has persevered over the years in actively participating in the sessions of the UN Intergovernmental Working Group on the Right to Development.

Ultimately however, as the drafters of the Universal Declaration of Human Rights acknowledged, it may be difficult to ground human rights including the right to development in values that are shared by the great variety of religious and philosophical traditions across the globe. Hence perhaps the pragmatic alternative of focusing on the inclusivity of decision-making processes on global human rights norms.

At the time when the right to development and other solidarity rights were first discussed as potential global human rights, Philip Alston sounded a note of caution. ‘Rights’ he wrote, seemed to be ‘brought into

---

<sup>5</sup> M. TELEKI, “Ubuntu-ism” as the Arbiter between Cultural Relativism and Universalism in the Context of the Right to Development, in W. ZHANG (ed.), *The Right to Development. Sustainable Development and the Practice of Good Governance*, Leiden, 2019, 207-228.

<sup>6</sup> B. WINKS, *A covenant of compassion: African humanism and the rights of solidarity in the African Charter on Human and Peoples’ Rights*, in *African Human Rights Law Journal*, 2011, 456. See also S. NDONDO, *Human Rights: Perceptions and making the discourse functional. A case of Gokwe Central Communities*, in *International Journal of Scientific and Research Publications*, 2014, 4.

<sup>7</sup> D. MCILROY, *Catholic and Protestant Approaches to Human Rights*, in *Law & Justice. Christian Law Review*, 2017, 146.

<sup>8</sup> Pontifical Council for Justice and Peace, *Compendium of the Social Doctrine of the Church*, 2014, paras 446-468. See [www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/justpeace/documents/rc\\_pc\\_justpeace\\_doc\\_20060526\\_compendio-dott-soc\\_en.html#Cooperation%20to%20guarantee%20the%20right%20to%20development](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_en.html#Cooperation%20to%20guarantee%20the%20right%20to%20development).

existence as if by magic<sup>9</sup>. The example at hand was the premature proclamation by the UN Commission on Human Rights of the existence of a human right to development<sup>10</sup>. Alston felt that the UN General Assembly was in danger of losing credibility as the final arbiter on whether a claim should be deemed a global right or not. He therefore proposed the adoption of procedural standards that would ensure that due reflection and input from a wide variety of sources, including experts, preceded the proclamation and codification of new human rights. He suggested a seven-step procedure<sup>11</sup> that relied heavily on UN bureaucrats and intergovernmental negotiations. He proposed that at the request of a UN human rights body, the UN Secretary-General should prepare a preliminary study on which comments from governments, international organizations and NGOs could be solicited. Those would be incorporated in a more comprehensive study that could be the basis for a recommendation by the Commission on Human Rights to the UN General Assembly to proclaim a new human right. It would then be up to the General Assembly to proclaim the right (or not) and to consider the drafting of an instrument dedicated to the new right.

Alston's proposal was never adopted but today there is broad agreement that UN law-making processes on global human rights need to be inclusive and that the UN General Assembly is the institution that should endorse or adopt new global human rights instruments. The codification of new global human rights requires input from the international community, and not least from the intended rights holders (as represented by civil society organizations) and duty bearers (States and increasingly non-State actors). As has been pointed out, if those to whom a norm is addressed are part of the decision-making process, the norm derives legitimacy and compliance pull<sup>12</sup>. The United Nations Human Rights Council and subsequently the UN General Assembly are in principle appropriate fora where common understandings of human rights can be defined through processes allowing the gathering of expert advice and the participation of a wide variety of stakeholders. Whether these bodies operate thus in practice needs to be assessed on a case-by-case basis.

---

<sup>9</sup> P. ALSTON, *Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control*, in *American Journal of International Law*, 2014, 607.

<sup>10</sup> UN Human Rights Commission, *Resolution 4 (XXXIII)*, 21 February 1977, no vote. The UN General Assembly duly recognized the right to development as a human right two years later (UN General Assembly, *Resolution 34/46*, 23 November 1979, adopted by a 136-1-7 vote).

<sup>11</sup> P. ALSTON, *op. cit.*, 620.

<sup>12</sup> A. BOYLE, C. CHINKIN, *The Making of International Law*, Oxford, 2007, 25.

Upendra Baxi puts forward what could be perceived of as a substantive test for a new human rights instrument. In Baxi's view the primary authors of human rights are peoples and communities. Their resistance to (abusive) power, he explains '(...) at a second order level [is] translated into standards and norms adopted by a community of States. In the making of human rights, it is the local that translates into global languages the reality of their aspiration for a just world'<sup>13</sup>. In his otherwise critical assessment of the UN Declaration on the Right to Development, Baxi applauded the audacity of the instrument in challenging the dominant view that only States have the monopoly on defining the public interest and common good at the international level. The Declaration, he argued, subscribed to 'a cosmopolitan perspective of participative national and global governance'<sup>14</sup> and supported the notion that peoples and communities were the primary authors of human rights.

Although it may not have been intended as such, Baxi's analysis could be read as a prescription for global human rights making. The global legislator is well advised to draw inspiration from the real-life struggles of peoples and communities to achieve human dignity when drafting new human rights norms. From a substantive point of view, new human rights instruments should only be drafted if they result in more effective protection. As the European Court of Human Rights has stated rights should not be 'theoretical or illusory but (...) practical and effective'<sup>15</sup>. If existing human rights treaties are normatively inadequate to provide protection to the many in the world population who are currently deprived of a life in human dignity, then the need for the further normative development of human rights is established. Protecting 'peoples and communities' may, in our example, lead to the construction of a right to development of both peoples (understood as both populations and communities) and individuals. The individual dimension of the right is inherently valuable, but also important from a communitarian perspective. Validating an individual human rights claim potentially serves the interest not only of the individual, but of all those who are in the same situation and may thus benefit a community. An individual claim may be required for procedural reasons in order to access domestic courts or treaty bodies even if the purpose of the claim is to protect a community or a population. Empowerment through individual rights may well be necessary to enable human rights-based participation within a community.

---

<sup>13</sup> U. BAXI, *The Future of Human Rights*, New Delhi, 2002, 101.

<sup>14</sup> U. BAXI, *Human Rights in a Posthuman World*, New Delhi, 2009, 133.

<sup>15</sup> European Court of Human Rights, judgement of 13 May 1980, *Artico v. Italy*, para. 13.

3. In Africa the issue of a legally binding instrument on the right to development was resolved quickly when the right to development was incorporated in the African Charter on Human and Peoples' Rights in 1981. In the African Charter, the right to development is a peoples' right that State parties have a duty to ensure, individually or collectively (Article 22). The African Court has left no doubt about the justiciability of the right and found a violation of the provision in the *Ogiek* case<sup>16</sup>. Nearly forty years went by, however, before the UN Human Rights Council decided to engage in drafting a legally binding instrument on the right to development. The tale of these four decades has been told elsewhere<sup>17</sup> so only a few milestones will be recalled here. A more detailed analysis of the recent initiation of the drafting process of the Convention follows in the next section.

After the General Assembly's proclamation of the right, the UN Commission on Human Rights established a working group of 15 governmental experts and mandated them with drafting an international instrument on the right to development<sup>18</sup>. The Working Group discussed various drafts of a Declaration for several years but failed to reach agreement. Amidst considerable controversy, the Commission transmitted the Working Group's unfinished work to the UN General Assembly 'to enable the General Assembly to adopt a declaration'<sup>19</sup>. At the UN General Assembly's Third Committee, the representative of Yugoslavia, Danilo Turk, introduced a new draft<sup>20</sup> that laid the groundwork for the final text. The General Assembly adopted the Declaration on the Right to Development<sup>21</sup> on 4 December 1986, but a vote was requested<sup>22</sup>. The lack of consensus would later hinder the Declaration's capacity to contribute to the formation of customary law.

In the Declaration the right to development is a human right held by human beings and peoples, entitling them to active, free and meaningful

---

<sup>16</sup> African Court on Human and Peoples' Rights, judgement of 26 May 2017, application No. 006/2012, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, para. 208-211.

<sup>17</sup> S. MARKS, *The Politics of the Possible. The way ahead for the right to development*, Berlin, 2011; United Nations, *Realizing the Right to Development*, New York, 2013.

<sup>18</sup> UN Human Rights Commission, *Resolution 36 (XXXVII)*, 11 March 1981, 40-1-2 vote.

<sup>19</sup> UN Human Rights Commission, *Resolution 1985/43*, 14 March 1985, 25-10-6 vote.

<sup>20</sup> UN General Assembly, *Report of the Third Committee (1985)*, UN Doc. A/40/970, para. 11.

<sup>21</sup> UN General Assembly, *Resolution 41/128, Declaration on the Right to Development*, 4 December 1986. Adopted by a 148-1-8 vote (against: United States of America; abstaining: Denmark, Finland, Germany, Federal Republic of, Iceland, Israel, Japan, Sweden, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland).

<sup>22</sup> Earlier UN human rights declarations on the prohibition of torture or on the rights of disabled persons had been adopted without a vote.

participation in development and to the fair distribution of the benefits of development. State obligations pertain to both the domestic and the international legal order. The right to development had three dimensions: the domestic dimension (dealing with acts and omissions of a State within its territory); the extraterritorial dimension (dealing with acts and omissions that influence the enjoyment of the right to development outside of the State's territory); and the global dimension (dealing with the States' duty to cooperate to ensure the enjoyment of the right to development).

The question of a treaty on the right to development was debated at length at the UN Commission on Human Rights and at its successor body at the UN Human Rights Council. Discussions took place at the open-ended intergovernmental Working Group on the right to development that has met in its current form since 1998<sup>23</sup>. Expert advice was made available to the Working Group through the appointment of an Independent Expert on the Right to Development (1998-2004)<sup>24</sup> and a High-Level Task Force (2004-2010)<sup>25</sup>.

Agreement failed to emerge. Most developing countries focused on obligations pertaining to the developed countries and argued that the realization of the right to development required reform of the international economic order. Codification of the right to development was necessary to put it on a par with other human rights, and to ensure that it would be taken seriously by actors (including international economic and financial organizations) adversely impacting on its realization. Most developed countries prioritized the human rights-based approach to development, and increased accountability of governments to their own population on the human rights impact of their domestic development policies. A treaty was redundant. The right to development could be realized if existing human rights were read in a development informed manner, and soft law guidelines on implementation sufficed. The United States maintained its principled opposition to a collective human right. Ibhawoh concluded that the debates demonstrated how the legitimizing language of human rights was used to press goals that had more to do with the international politics of power and resistance and with the interests of regimes than with welfare and empowerment of ordinary citizens<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> UN Human Rights Commission, *Resolution 1998/72*, 22 April 1998, no vote, para 10a.

<sup>24</sup> *Ibidem*, para. 10b.

<sup>25</sup> UN Human Rights Commission, *Resolution 2004/7*, 13 April 2004, 49-3-0 vote, para 10b.

<sup>26</sup> B. IBHAWOH, *The Right to Development: The Politics and Polemics of Power and Resistance*, in *Human Rights Quarterly*, 2011, 76-104.



In 2007 the Human Rights Council found consensus on a program of work<sup>27</sup> that was to 'lead to raising the right to development (...) to the same level and on a par with all other human rights and fundamental freedoms'<sup>28</sup>. The program of work provided that criteria for the periodic evaluation of global partnerships should be prepared. These criteria were to be used 'as appropriate' in the elaboration of a comprehensive and coherent set of standards for the implementation of the right to development. Next, the Working Group would 'take appropriate steps for ensuring respect for and practical application of these standards, which could take various forms, including guidelines on the implementation of the right to development, and evolve into a basis for consideration of an international legal standard of a binding nature, through a collaborative process of engagement'<sup>29</sup>. The latter wording is still invoked today by all sides in support of their position.

The High-Level Task Force (HLTF) subsequently proposed a 'core norm' of the right to development as 'the right of peoples and individuals to the constant improvement of their well-being and to a national and global environment conducive to just, equitable, participatory and human-centered development respectful of all human rights'<sup>30</sup>. The proposed core norm had three attributes: a comprehensive and human-centered development policy, participatory human rights processes and social justice in development. For each of the attributes, the HLTF drew up a table of criteria, sub-criteria and indicators that related to both domestic development policies and global responsibilities. The HLTF final report was not well received, and the Human Rights Council terminated its mandate<sup>31</sup>.

In a written submission in follow-up to the resolution<sup>32</sup> the Non-Aligned Movement (NAM) expressed disagreement with the reformulation of the right to development proposed by the HLTF 'and especially the overemphasis on national responsibilities, in neglect of the basic notion of international cooperation'. The Task Force had gone beyond its mandate in redefining the right to development. The Task Force had adopted a human rights-based approach to development; what was needed, however, was a development approach to human rights. The NAM

---

<sup>27</sup> UN Human Rights Council, *Resolution 4/4*, 30 March 2007, no vote, para. 7.

<sup>28</sup> *Ibidem*, para. 2.

<sup>29</sup> *Ibidem*, para. 2d.

<sup>30</sup> UN Human Rights Council, *Report of the High-Level Task Force on the Implementation of the right to development on its sixth session. Addendum. Right to development criteria and operational sub-criteria*, UN Doc. A/HRC/WG.2/TF/Add.2, 2010, 8.

<sup>31</sup> UN Human Rights Council, *Resolution 15/25*, 7 October 2010, 45-0-1 vote.

<sup>32</sup> Unreferenced, on file with the author.



reiterated that the right to development should be translated into an international legal framework to be on a par with other human rights. In its written submission<sup>33</sup> the European Union (EU) reiterated that it did not favor an international legal standard of a binding nature ‘because it does not believe that it is the most appropriate instrument to operationalize the right to development’. Instead, the EU preferred implementation of the right to development through the elaboration of benchmarks and indicators for States to empower individuals as active agents in the development process. Surprisingly, given EU countries’ endorsement of the resolution sanctioning non-renewal of the HLTF mandate, the submission stated that the EU felt that the mandate of the HLTF should have been extended to allow for further refinement of the criteria, sub-criteria and indicators.

Having deprived itself of expert support, the Working Group embarked on drafting ‘criteria and corresponding operational sub-criteria’ for the operationalization of the right to development, an excruciating task that it failed to complete. Discussions became extremely technical, open to filibustering, and appeared to all but a small crowd of insiders removed from reality. Interest in the Working Group’s meetings gradually dwindled as little progress was achieved.

In 2016, the Chairperson-Rapporteur of the Working Group prepared a set of standards for the implementation of the right to development<sup>34</sup>, but this effort also proved unsuccessful in overcoming the political deadlock. In the same year, the UN Human Rights Council established the mandate of a Special Rapporteur on the Right to Development<sup>35</sup>. The Special Rapporteur was tasked with supporting the Working Group; contributing to the promotion, protection and fulfilment of the right to development in the context of the 2030 Agenda on Sustainable Development, and with supporting efforts to mainstream the right to development in international organizations. In his 2019 report, Special Rapporteur Saad Alfarargi presented guidelines on the practical implementation of the right to development<sup>36</sup>.

In September 2018, however, the Human Rights Council had already opted to move forward towards drafting a treaty, providing mo-

---

<sup>33</sup> Unreferenced, on file with the author.

<sup>34</sup> UN Human Rights Council Working Group on the Right to Development, *Standards for the Implementation of the Right to Development, Report of the Chair-Rapporteur of the Working Group on the Right to Development*, UN Doc. A/HRC/WG.2/17/2, 2016.

<sup>35</sup> UN Human Rights Council, *Resolution 33/14*, 29 September 2016, 34-2-11 vote.

<sup>36</sup> UN Human Rights Council. *Report of the Special Rapporteur on the right to development*, UN Doc. A/HRC/42/38, 2019, paras 7-180.

mentum for the upcoming, symbolically significant twentieth session of the Intergovernmental Working Group.

4. Venezuela introduced the draft of UN Human Rights Council resolution 39/9 on behalf of the NAM. The resolution provided that the Working Group should ‘commence the discussion to elaborate a draft legally binding instrument on the right to development through a collaborative process of engagement, including on the content and scope of the future instrument’<sup>37</sup> at its twentieth session. It charged the Chair-Rapporteur of the Working Group with preparing a first draft<sup>38</sup>. The Human Rights Council further entrusted its Advisory Committee to prepare a research-based report on the importance of a legally binding instrument on the right to development<sup>39</sup>, although it simultaneously decided to set the drafting process in motion.

HRC Resolution 39/9 was passed with 30 votes in favor, 12 votes against and 5 abstentions<sup>40</sup>. Slovakia, speaking on behalf of the European Union expressed disappointment that the NAM had not shown flexibility during the negotiations and reiterated that the EU remained opposed to the elaboration of an international legally binding instrument. Similar statements were made by Australia, Switzerland, and by Iceland and Mexico (that both abstained). South Africa called on all States to work constructively in the context of the Intergovernmental Working Group and to support the resolution<sup>41</sup>.

Clearly, the developed States felt that the ‘collaborative process of engagement’ referred to in HRC resolution 4/4 had not been respected by the NAM decision to initiate the treaty-making process by a majority vote. In contrast, within the Non-Aligned Movement a sense of pride prevailed that a consensus had been achieved among NAM members that are economically, socially and politically widely diverse (including regarding their human rights records). It was felt that the time had arrived

---

<sup>37</sup> UN Human Rights Council, *Resolution 39/9*, 27 September 2018, 30-12-5 vote, para. 17e.

<sup>38</sup> *Ibidem*, para. 17f.

<sup>39</sup> *Ibidem*, para. 18.

<sup>40</sup> In favor: Afghanistan, Angola, Brazil, Burundi, Chile, China, Côte d’Ivoire, Cuba, Democratic Republic of the Congo, Ecuador, Egypt, Ethiopia, Iraq, Kenya, Kyrgyzstan, Mongolia, Nepal, Nigeria, Pakistan, Peru, Philippines, Qatar, Rwanda, Saudi Arabia, Senegal, South Africa, Togo, Tunisia, United Arab Emirates, Venezuela (Bolivarian Republic of). Against: Australia, Belgium, Croatia, Georgia, Germany, Hungary, Slovakia, Slovenia, Spain, Switzerland, Ukraine, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. Abstaining: Iceland, Japan, Mexico, Panama, Republic of Korea.

<sup>41</sup> See for all statements: [www.unog.ch/unog/website/news\\_media.nsf/\(httpNewsByYear\\_en\)/9D4F51A8FE8D58EDC12583150061C97A?OpenDocument](http://www.unog.ch/unog/website/news_media.nsf/(httpNewsByYear_en)/9D4F51A8FE8D58EDC12583150061C97A?OpenDocument).

for a major human rights initiative by the Global South, and that after decades of negotiations all options at arriving at a consensus with the EU had been exhausted.

A treaty does not create obligations for a State that does not consent to it (Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, Article 34). Given the voting pattern on the resolution setting in motion the drafting process, the proponents of a Convention on the right to development thus face a dilemma. They may either attempt a treaty that can still gather the consent of the largest possible number of States including developed countries, or they opt for a treaty that reflects the views of States that are currently strongly committed to the creation of a legally binding instrument. Both options have disadvantages. A treaty commanding wide support may need to focus on vague commitments rather than on precise obligations. A treaty with clear, mandatory provisions may not be ratified by States whose compliance is essential for the realization of the extraterritorial and global dimensions of the right to development.

If developed countries do not become a party to the treaty, the duty to cooperate – the key obligation connected to the global dimension of the right to development will – as a treaty obligation – only apply among developing countries, testing South-South solidarity. The ratification of a treaty on the right to development by a large majority of States in the Global South would still send a strong political message: the treaty would strengthen the moral foundation of the right to development as a global human right, and thus increase the pressure on non-ratifying States to align their practice, even if they are not legally obliged to do so. Proponents of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons that has entered into force on 22 January 2021<sup>42</sup> but has not been ratified by any nuclear power, thus argue that by its mere existence, the treaty changes the global conversation on the issue<sup>43</sup>.

Once entered into force, the Convention will in any case bind the ratifying States and thus strengthen the protection of rights holders in those States.

5. At the opening of the twentieth session of the Intergovernmental Working Group, the Chairperson-Rapporteur, Ambassador Zamir Akram (Pakistan) stressed the momentous nature of the occasion. He then invited several independent experts to offer their views on different aspects of the future Convention: the preamble and final provisions, the type and

---

<sup>42</sup> See [treaties.unoda.org/t/tpnw](https://treaties.unoda.org/t/tpnw).

<sup>43</sup> R. LENNANE, *Let's be Realists. Eleven answers to common questions and comments on nuclear weapons*, Geneva, 2020, 13-14.

structure of the document, the nature of obligations, the compliance procedure and the topics of gender and of business enterprises and investors<sup>44</sup>. NAM countries strongly supported the adoption of a Convention, but few questions were addressed to the experts, and few positions taken on the content of the future treaty. States targeted by unilateral coercive measures stressed that the Convention should declare such measures illegal. The EU had stated in advance that it would not contribute to the discussion on the treaty, and Australia and Japan likewise decided not to engage<sup>45</sup>. Sessions were suspended regularly for consultations within the NAM that produced little indication on how States wished to move forward. The Office of the High Commissioner (OHCHR) sent out a questionnaire on the form and content of the treaty to States, intergovernmental organizations, human rights institutions, UN human rights bodies and NGOs. In the context of its own report on the legally binding instrument, the Advisory Committee similarly consulted stakeholders<sup>46</sup>.

The Chair-Rapporteur of the Working Group sought the support of the OHCHR Research and Right to Development Division to prepare the first draft of the Convention. Funds were secured by OHCHR to convene a three-day meeting of an informal drafting group 'of recognized experts in the field of international law with due regard to equitable gender and geographical representation to prepare a draft including commentaries'<sup>47</sup>. The task of the drafting group was to assist the Chairperson-Rapporteur who retained the final say on the text that was to be submitted to Working Group.

The meeting of the informal drafting group<sup>48</sup> went ahead as planned in October 2019 at the UN Headquarters in New York. Rapporteur Mihir Kanade introduced an initial draft together with an extensive commentary. The draft was modeled on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and included elements from other human rights instruments and the International Law Commission's work on the responsibility of States and international organizations. During the meeting additional innovative elements were introduced that reflect the unique character of the right to development as a human right that is dependent in part on inter-State cooperation for its realization. Part IV of the draft text deal-

---

<sup>44</sup> UN Human Rights Council Working Group on the Right to Development, *Report on its twentieth session*, UN Doc. A/HRC/42/35, 2019, paras 75-87.

<sup>45</sup> *Ibidem*, paras 14, 35, 38.

<sup>46</sup> UN Human Rights Council Advisory Committee, *Importance of a legally binding instrument on the right to development. Study of the Human Rights Council Advisory Committee – Second draft*, UN Doc. A/HRC/AC/24/CRP.3, 2020, para. 3.

<sup>47</sup> As per the Terms of Reference of the drafting group – on file with the author.

<sup>48</sup> Mihir Kanade (Rapporteur), Makane Moïse Mbengue, Diane Desierto, Margarette May Macaulay, Koen De Feyter.

ing with the implementation mechanism for instance took inspiration from compliance committees in the area of international environmental law while adding access for rights holders (see *infra*). Discussions took place in a cordial and constructive atmosphere and a full draft of the Convention was agreed by consensus. It was decided to solicit individual comments on the agreed draft from ten additional experts. The improved text was submitted to the Chair-Rapporteur of the Working Group, who endorsed the text as it stood. The draft Convention on the right to development was published on 17 January 2020<sup>49</sup>, followed by the commentaries<sup>50</sup>.

In the meantime, the UN General Assembly adopted its lengthy annual resolution on the right to development<sup>51</sup> which inter alia took note with appreciation<sup>52</sup> of the Human Rights Council's decision to create yet another body devoted to the right to development, i.e. a five-person subsidiary Expert Mechanism on the Right to Development that was 'to provide the Council with thematic expertise on the right to development in searching for, identifying and sharing best practices with Member States and to promote the implementation of the right to development worldwide'<sup>53</sup>. In New York, the informal drafting group had been aware of the Human Rights Council decision (on a proposal by China) to create an Expert Mechanism on the Right to Development, and drafted Part IV of the draft Convention in such a way that the new mechanism could over time morph into the Implementation mechanism for the Convention, if the parties to the Convention would so wish.

The vote on the 2019 General Assembly resolution serves as an indication of the extent of support for the right to development among States. 138 States voted in favor of the resolution; 23 voted against (most EU States, Israel, Japan, Ukraine, the UK and the US), and 26 States abstained (including Brazil and Mexico).

The formal treaty-making process started at the twenty-first and twenty-second sessions of the Intergovernmental Working Group on the Right to Development, both held in the course of 2021. The Chairperson-Rapporteur presented a second revised draft of the Convention<sup>54</sup> to the

---

<sup>49</sup> UN Human Rights Council Working Group on the Right to Development, *Draft Convention on the Right to Development*, UN Doc. A/HRC/WG.2/21/2, 2020.

<sup>50</sup> UN Human Rights Council Working Group on the Right to Development, *Draft Convention on the Right to Development, with commentaries*, UN Doc. A/HRC/WG.2/21/2/Add.1, 2020.

<sup>51</sup> UN General Assembly, *Resolution 74/152*, 18 December 2019, 138-23-26 vote.

<sup>52</sup> *Ibidem*, para. 19.

<sup>53</sup> UN Human Rights Council. 2019, *Resolution 42/23*, 27 September 2019, para. 29.

<sup>54</sup> UN Human Rights Council Working Group on the Right to Development, *Revised Draft Convention on the Right to Development*, UN Doc. A/HRC/WG.2/23/2, 2022.

twenty-third session of the Intergovernmental Working Group in May 2022.

6. Global treaty making on human rights is ideally based on the input of a variety of stakeholders beyond the States that are entrusted with the authority to formally adopt the text. New human rights instruments derive legitimacy from the participation of the addressees of human rights that include both rights holders and duty bearers. As Philip Alston and others have suggested, expert advice demonstrating the need for the codification of new human rights and obligations should also be gathered. In principle, intergovernmental negotiations at United Nations bodies offer the opportunity to involve all States, but also intergovernmental organizations, national human rights institutions, civil society organizations and research institutes.

During the long global norm-making process on the right to development States relied heavily on expert advice from both practitioners and academia. The idea of the right to development was originally launched at an academic institution, the International Institute of Human Rights (Strasbourg) by Kéba M'Baye and Karel Vašák who were both practitioners and scholars as a result of an intellectual reflection on the failure of international human rights law to address global inequality<sup>55</sup>. The modest progress that was achieved in the intergovernmental negotiations after the adoption of the Declaration was closely linked to the impetus provided by the Independent Expert and the High-Level Task Force. In more recent times States again turned to the epistemic community to prepare a first draft of the Convention and to advise during the formal negotiations. Academia has held a strong interest in the right to development, perhaps because it implies a critique of the existing human rights *system*. Clearly, within academia too there are proponents and critics of the right to development, but the division does not run along North/South fault lines. Nor is there any doubt that it is perfectly feasible to draft a legally sound right to development treaty with sufficiently precise language.

Civil society organizations were not the main driving force behind the proclamation of the right to development as a human right. The campaign for the recognition of the right to development was led by the developing countries in the aftermath of the decolonization process. In the African regional human rights system, both domestic and international NGOs were instrumental in bringing cases to the African Commission

---

<sup>55</sup> K. M'BAYE, *Le droit au développement comme un droit de l'homme*, in *Revue des Droits de l'Homme*, 1972, 503-534; K. VASÁK, *For the third generation of human rights: the rights of solidarity. Inaugural lecture to the tenth study session of the International Institute of Human Rights*, Strasbourg, 1979.



and Court to establish the justiciability of the right to development. Nevertheless, there is little evidence that even in Africa civil society organizations are making significant use of the right to development. Elsewhere the absence of a global treaty on the right to development acts as an obstacle to using the right to development for advocacy purposes. Among civil society actors the right to development is not broadly known and often not well understood. Several indigenous and civil society organizations associate ‘development’ with development aggression and human rights violations. A right to development claimed by States is met with suspicion. In response the Expert Mechanism on the Right to Development has prioritized the enhancement of ‘the ability of grassroots organizations to understand and support implementation of the right to development’ as one of its two overarching objectives<sup>56</sup>. The limited interest of civil society organizations in taking up the right to development as an instrument for the protection of rights holders is also evident from their modest participation in the treaty drafting process<sup>57</sup>. Few NGOs systematically follow up on the drafting process. They do not include the major global human rights NGOs<sup>58</sup>. In addition, social movements that work directly with local communities often lack ECOSOC consultative status and thus have no direct access to the negotiations at the United Nations. In order to ensure their participation, regional consultations outside of the UN institutional context need to be set up.

The start of the treaty-making process has rekindled the interest of some intergovernmental organizations, mostly from within the United Nations system. UNESCO, FAO, UNHCR and UNODOC provided written comments on draft provisions that are of interest to their mandate. The Declaration on the Right to Development has had a significant impact on the UN specialized agencies and other entities in bringing about the integration of human rights within their work and this perhaps explains their attention to the treaty-making process. Various UN human

---

<sup>56</sup> UN Expert Mechanism on the Right to Development, *Annual Report*, UN Doc. A/HRC/48/62, 2021, 2.

<sup>57</sup> For an overview of all comments made on the first draft of the Convention, see UN Human Rights Council Working Group on the Right to Development, *Compilation of comments and textual suggestions on the draft convention on the right to development*, UN Doc. A/HRC/WG.2/23/CRP.1, 2022.

<sup>58</sup> The HRC Advisory Committee consultation on the legally binding instrument did trigger an immediate, well-crafted response from Amnesty International (UN Human Rights Council Advisory Committee, *Importance of a legally binding instrument on the right to development. Study of the Human Rights Council Advisory Committee – Second draft*, UN Doc. A/HRC/AC/24/CRP, 2020, para. 3). See Amnesty International, *Response to the Human Rights Council Advisory Committee’s Consultation on the Importance of a Legally Binding Instrument on the Right to Development*, London, 2019.

rights treaty and expert bodies also commented, as did some national human rights institutions.

The participation of States in the treaty-making process remains crucial. The treaty-making process on the right to development has been able to rely on the existing intergovernmental working group on the right to development that is open to participation by all UN member States, and not only to the members of the Human Rights Council. In comparison a similar working group had to be created specifically for the purpose of the business and human rights drafting process and in that case was chaired by the State that was sponsoring the treaty-making initiative. The Chairperson-Rapporteur of the intergovernmental working group on the right to development has a role beyond the treaty-making process. This allows him to maintain more distance from the States that act as the main proponents of the Convention and creates the potential for a more autonomous (perhaps mediating) role of the chair in steering the process.

The compilation of comments received on the first draft of the right to development Convention contains textual suggestions by 21 UN Member States and the Holy See. Except for the Russian Federation and Turkey, they have either Member or Observer States of the Non-Aligned Movement. This inevitably steers the draft in a specific direction, although the proposed amendments show divergence of opinion within the NAM. Only a single least developed country (Bangladesh) has made a textual proposal. The constraints on the capacity of LDC missions at the United Nations are well document, but it is particularly sad to note the lack of participation by LDC's in a decision-making process on a treaty that is sympathetic to addressing their concerns and likely to be of significant benefit to rights holders.

The EU and other developed countries' non-participation are not due to lack of capacity, but due to political choice. The EU so far opts to observe, but not to actively participate in the intergovernmental working group's sessions on the drafting of the Convention. In its general statement the EU delegation includes critical comments on the draft Convention<sup>59</sup> but it refrains from proposing textual amendments or from responding to proposals made by others. The EU has adopted a similar stance on the business and human rights treaty although recently its position appears to be wavering<sup>60</sup>. The EU refusal to engage in the drafting process stems from its discontent with the NAM decision to push for a

---

<sup>59</sup> See for instance the EU General Statement of 20 November 2011 at: [www.eeas.europa.eu/delegations/un-geneva/hrc-22nd-session-working-group-right-development-eu-general-statement\\_en](http://www.eeas.europa.eu/delegations/un-geneva/hrc-22nd-session-working-group-right-development-eu-general-statement_en).

<sup>60</sup> See [www.iisd.org/itn/en/2021/12/20/breakthrough-in-business-and-human-rights-binding-treaty-negotiation-but-be-prepared-for-a-bumpy-road-ahead](http://www.iisd.org/itn/en/2021/12/20/breakthrough-in-business-and-human-rights-binding-treaty-negotiation-but-be-prepared-for-a-bumpy-road-ahead).



treaty – a move the EU considered as contrary to the ‘collaborative process of engagement’ that the Human Rights Council committed to in 2007.

The position nevertheless has significant drawbacks. Concerns that the EU and other developed countries prioritize on human rights and development – mainly dealing with the domestic dimension of the right to development – are not put forward as amendments to the current draft. As the EU recalls in its statements at the Human Rights Council the EU is the largest development actor that has committed to a human rights-based approach to development. The delegation also stresses that it supports the right to development as it understands it. From that perspective the EU could usefully share its experience not only on the integration of human rights in official development assistance but also insist that rights holders everywhere are empowered by the future Convention both domestically and in the international context to ensure that development efforts focus on their well-being. This would be extremely helpful, as it is an issue of concern that a 2017 NAM Proposal on a Set of Standards regarding the implementation and realization of the Right to Development<sup>61</sup> took an entirely statist approach to the right to development. The Standards included in the Proposal spelled out extraterritorial and global duties of States vis-à-vis each other (in practice of developed countries vis-à-vis developing countries), but contained nothing on the empowerment of individuals, communities and populations as the holders of the right to development. Even if EU Member States would ultimately decide not to become a party to the Convention, it does make sense for them to ensure that the rights holders that are at the heart of EU human rights policies benefit to the largest possible extent from the treaty.

In addition, even if EU Member States would opt not to ratify the Convention, the provisions in the treaty dealing with the international dimension of the right to development will still affect the relationships between EU Member States and the States that do ratify the treaty. Ratifying States will be bound by the obligations contained in the treaty upon its entry into force in their future external relationships with the EU and its Member States.

In summary, the treaty-making process on the right to development is inclusive and transparent. It has benefitted from significant support by the epistemic community in the form of studies and contributions to the drafting process of the Declaration, of indicators and currently of the

---

<sup>61</sup> UN Human Rights Council Working Group on the Right to Development, *NAM Proposal on Set of Standards regarding the implementation and realization of the Right to Development*, UN Doc. A/HRC/WG.2/18/G/1, 2017.

Convention. The process offers opportunities for broad participation by States and non-State actors alike. These opportunities are not always used because of lack of capacity and in case of civil society due to limited access. Perhaps more could still be done within the United Nations system to facilitate participation by least developed countries and by social movements that do not have ECOSOC status. When States take a conscious decision not to engage in a drafting process that is open to their participation the process itself is not delegitimized.

At some point in time the debate will need to move from the UN Human Rights Council to the UN General Assembly. In the negotiations on the business and human rights treaty, the option appears to be to maintain the drafting process in Geneva for a considerable period. At the time of writing, the Chair-Rapporteur of that process invited a group of ambassadors in Geneva to act as friends of the Chair to facilitate and advance work on the draft with a view to submitting an updated text in the course of 2022<sup>62</sup>. The treaty-making process on the right to development may follow a different route. At the end of the November 2021 session of the Intergovernmental Working Group the Chairperson-Rapporteur orally suggested moving the second draft of the Convention quickly to the General Assembly – in practice most likely to the Third Committee. Given the lengthy and somewhat acrimonious history of negotiations on the right to development at the Intergovernmental Working Group and the ample expertise in treaty-making of negotiators in New York, this is a sensible suggestion. The process remains State driven, however.

7. As discussed in the second section, a substantive test for any new global human rights instrument is whether it assists the rights holders in achieving better protection against threats to their human dignity. The Expert Mechanism on the Right to Development has expressed an opinion on the essential elements the future Convention should contain<sup>63</sup>. Several early comments on the first draft of the Convention have been published<sup>64</sup>. The purpose of this section is to focus on four key elements

---

<sup>62</sup> UN Human Rights Council, *Report on the Seventh Session of the Open-ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to Human Rights*, UN Doc. A/HRC/49/65, 2021, para. 20b.

<sup>63</sup> See [www.ohchr.org/en/essential-elements-legally-binding-instrument-right-development](http://www.ohchr.org/en/essential-elements-legally-binding-instrument-right-development).

<sup>64</sup> N. SCHRIJVER, *A new Convention on the human right to development: Putting the cart before the horse?*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2020, 84-93; M. KANADE, *Towards a legally binding instrument on the right to development*, Ideas for Peace Series No.15, 2020; Y. LI, D. URIBE, DANISH, *The international discourse on the right to development and the need to reinvigorate its implementation*, South Centre Research Paper 149, 2022, 29; R.G. TESHOME, *The Draft Convention on the Right to Development: A New Dawn*

that could offer added protection to rights holders, as compared to current international human rights treaty law. The second draft of the Convention is roughly in line with these suggestions, particularly if the text is read together with the commentary. It remains to be seen to what extent these elements will be retained in the final text. The four key elements can be summarized as follows: the meaning of development is determined by the rights holders; the rights holders are individuals, populations and communities; the duty to cooperate is the cornerstone of the Convention; the institutional mechanisms monitor and facilitate cooperation.

As Article 2(3) of the Declaration on the Right to Development suggests, development policies should be based on the active, free and meaningful participation of individuals and peoples that are also entitled to the fair distribution of the benefits resulting therefrom.

The understanding of development will thus differ according to context and evolve over time. This is not uncommon in international human rights law. As the Inter-American Court of Human Rights famously recalled in the *Awás Tingni* case where it found that the right to property included communal property as understood by indigenous peoples, human rights treaties are ‘live instruments whose interpretation must adapt to the evolution of the times and, specifically, to current living conditions’<sup>65</sup>.

As development in the context of the human right to development is self-determined by the rights holders, it would be contradictory to adopt a single global legally binding definition of development in the Convention that would constrain ratifying States regardless of the views of the rights holders to which they are accountable.

Nevertheless, the contemporary global understanding of development as expressed in the 2030 Agenda on Sustainable Development clearly identifies three dimensions of development that need to be reconciled: the economic, social and environmental. The International Court of

---

*to the Recognition of the Right to Development as a Human Right?*, in *Human Rights Law Review*, 2022, 1-24. Short pieces include: V. SINGH, *Operationalisation of ‘Duties’ of States and Non-State Actors in the Draft Convention on the Realisation of the Right to Development*, [opiniojuris.org/2020/12/11/operationalisation-of-duties-of-states-and-non-state-actors-in-the-draft-convention-on-the-realisation-of-the-right-to-development](https://opiniojuris.org/2020/12/11/operationalisation-of-duties-of-states-and-non-state-actors-in-the-draft-convention-on-the-realisation-of-the-right-to-development), 2020; F. MESTRUM, *The right to development. Do we need it? A political project, a democratic deepening at a global level, a practice of contradiction and distribution*, in *Wall Street International Magazine*, 2021, [wsimag.com/economy-and-politics/66910-the-right-to-development-do-we-need-it](https://wsimag.com/economy-and-politics/66910-the-right-to-development-do-we-need-it); M. NAKAGARI, *Right to Development in Today’s Draft Convention: Retransformation into a State’s Right?*, [www.ejiltalk.org/right-to-development-in-todays-draft-convention-retransformation-into-a-states-right](http://www.ejiltalk.org/right-to-development-in-todays-draft-convention-retransformation-into-a-states-right), 2022.

<sup>65</sup> Inter-American Court of Human Rights, judgement of August 31, 2001, *Case of the Mayagna (Sumo) Awás Tingni Community v. Nicaragua*, para. 146.

Justice referred to sustainable development as a ‘concept’<sup>66</sup>. Following judge Weeramantry’s separate opinion, Christina Voigt later argued convincingly that sustainable development is today supported by the *opinio juris communis*: the legal conviction of both States and non-State actors participating in international legal debates. The term ‘sustainable development’ is used widely in national legal systems, in international law, and in the jurisprudence of international courts and tribunals. As a result, so she maintains, sustainable development can today be classified as a general principle of law<sup>67</sup>. Regardless of whether sustainable development is a concept that needs to be considered or a fully-fledged general principle of international law, the effect for our purposes is very similar, namely that the Convention as a whole, including current Article 4 on the right development should be interpreted in the light of sustainable development<sup>68</sup>.

In implementing the Convention, a balance will therefore need to be struck in both domestic and international development policies (and rules and practices) in such a way as to optimally reconcile the creation of economic well-being, ecological sustainability and social justice as understood locally by rights holders.

There is one caveat to self-determined development. One of the main achievements of the UN Declaration on the Right to Development was to make clear that whatever the applicable concept of development is, it must include respect for human rights. Human rights violations signify a lack of development, and thus lack of economic well-being, social injustice or ecological unsustainability cannot be invoked to justify human rights violations. As holders of the right to development individuals and peoples are entitled to a process and an outcome of development that does not violate either their civil and political rights or their economic, social and cultural rights

The proposed Convention is a human rights treaty. The right to development is a human right. It is a right held by every person and all peoples. It is not a right of States. As in all other human rights instruments, States are the duty bearers. They have the obligation to realize the right to development, separately and more innovatively, jointly.

---

<sup>66</sup> International Court of Justice, judgement of 25 September 1997, *Gabcikovo-Nagymaros project (Hungary v. Slovakia)*, para. 140.

<sup>67</sup> C. VOIGT, *Sustainable Development as a Principle of International Law*, Leiden, 2009, 145-186. Consider also E. BÜRGI BONANOMI, *Sustainable development in international law making and trade*, Cheltenham, 2015.

<sup>68</sup> Note that the revised draft Convention also contains a separate provision on sustainable development (Article 23).

The individual right to development entitles all persons to hold States – and ideally other relevant actors – accountable on how they design and implement development policies. The individual dimension of the right provides protection against development policies that violate human rights. It is important from an enforceability perspective: individuals currently enjoy much broader access than other rights holders to judicial and quasi-judicial human rights mechanisms at both international and domestic levels. International human rights treaty law already applies to any domestic government policy including the development policy. As the Declaration on the Right to Development only contains an elementary provision on women's rights and the gender dimension of development (in Article 8(1) of the Declaration), a more detailed treatment in the Convention would be welcome<sup>69</sup>.

In the political debates the individual right to development remains of huge importance to the EU and other western States in order to avert the risk that a purely collective human right to development would be used by authoritarian governments to justify violations of individual human rights. In any case, it should be made clear that the new Convention will in no way diminish the existing legal obligations of States to ensure individual human rights.

As a peoples' right, the right to development is a right both of the entire population of a State as well as of peoples within a State. Arjun Sengupta, the former Independent Expert on the right to development explains<sup>70</sup> that at the time of the adoption of UN Declaration on the Right to Development the aim was to focus on improving the well-being of entire populations. The right to development of the entire population of a State is closely aligned with the right to self-determination and with permanent sovereignty over natural resources which in human rights law is owned by the people, not by the State<sup>71</sup>. The population of a State has the right to pursue its own development path, including regarding the use of the natural wealth and resources on the territory. The domestic State is required to respect this right, but also to offer protection against abuses by third parties, i.e., to shield the population (as well as peoples within the State) against the potentially adverse human rights and development

---

<sup>69</sup> For a still pertinent critique of the right to development from a gender perspective, see H. CHARLESWORTH, *The public private distinction and the right to development in international law*, in *Australian Yearbook of International Law*, 2009, 190-204. Note also Article 19 on the right to sustainable development in the Maputo Protocol to the African Charter of Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa (11 July 2003).

<sup>70</sup> A. SENGUPTA, *On the Theory and Practice of the Right to Development*, in *Human Rights Quarterly*, 2002, 848.

<sup>71</sup> K. DE FEYTER, *Sovereignty*, in K. DE FEYTER, G. ERDEM TÜRKELLI, S. DE MOERLOOSE (eds.), *Encyclopedia of Law and Development*, Cheltenham, 2021, 276-278.

impacts of interventions by external actors, including foreign States, intergovernmental organizations and private actors<sup>72</sup>. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence.

The Declaration on the Right to Development remains silent on entitlements of sub-national groups within States to specific development policies reflecting their separate identity. Today, the international recognition of indigenous rights<sup>73</sup>, environmental treaties<sup>74</sup> as well as intergovernmental organizations acknowledging participatory rights of local communities<sup>75</sup> and the case-law of both the African Commission and Court on Human and Peoples' Rights on the concept of 'people'<sup>76</sup> and of the Inter-American Court of Human Rights on Afro descendants in Latin America<sup>77</sup> should be fully acknowledged.

A contemporary reading of the right to development requires that both indigenous peoples and local communities<sup>78</sup> that are not accommodated by dominant development paradigms and are victimized by mainstream development policies are considered as 'peoples' that hold the right to development. The Commentary to the first draft of the Convention leaves no doubt on this point<sup>79</sup>.

---

<sup>72</sup> K. DE FEYTER, *The Right to Development in Africa*, in E. BREMS, C. VAN DER BEKEN, S. YIMER (eds.), *Human Rights and Development*, Leiden, 2015, 23-50.

<sup>73</sup> E.g., Article 23, United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. UN General Assembly, *Resolution 61/295*, 13 September 2007.

<sup>74</sup> E.g., Article 8j, Convention on Biological Diversity (5 June 1992); Article 3a, UN Convention to Combat Desertification in Those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, particularly in Africa (14 October 1994),

<sup>75</sup> E.g. see the World Bank Environmental and Social Standard 7 on Indigenous Peoples and Sub-Saharan African Historically Underserved Traditional Local Communities (2016) or the WIPO Division on Indigenous Peoples and Local Communities' approach to protecting traditional knowledge (at [https://www.wipo.int/about-wipo/en/activities\\_by\\_unit/index.jsp?id=122](https://www.wipo.int/about-wipo/en/activities_by_unit/index.jsp?id=122)).

<sup>76</sup> See African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication No. 266/03, *Kevin Mgwanga Gunme et al v. Cameroon*, final report of 27 May 2009, para. 179), and Communication No. 276/2003, *Centre for Minority Rights Development (Kenya), Minority Rights Group International on behalf of the Endorois Welfare Council v. The Republic of Kenya*, final report of 25 November 2009, para. 148. African Court on Human and Peoples' Rights, judgement of 26 May 2017, Application No. 006/2012, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, para. 210.

<sup>77</sup> Inter-American Court of Human Rights, judgement of *Saramaka People v. Suriname*, 28 November 2007.

<sup>78</sup> D. NEWMAN, *Community and Collective Rights, A Theoretical Framework for Rights held by Groups*, Oxford, 2011, describes local communities as sub-State groups that come together by a concept of common good and are structured in some way, in the sense that they are isolated from other communities that share similar values.

<sup>79</sup> UN Human Rights Council Working Group on the Right to Development. *Draft Convention on the Right to Development, with commentaries*, UN Doc. A/HRC/WG.2/21/2/Add.1, 2020, 24.



In accordance with international law indigenous peoples enjoy the right to free, prior and informed consent on decisions that affect them, including on land use. Similarly situated local communities that are not accommodated by dominant development paradigms are entitled as holders of the right to development to active, free and meaningful participation in development and in the fair distribution of the benefits resulting therefrom.

It is of crucial importance that the communitarian dimension of the right to development is maintained in the future Convention. In many parts of the world communities are of vital importance in protecting human dignity<sup>80</sup>. In the absence or under threat of the State, communities self-organize to provide social justice, ecological sustainability and economic well-being for their members, in some instances even across State borders<sup>81</sup>. In the reality of today's world, the communitarian right to development is a necessary complement to the protection of individual human rights in international treaty law in order to improve the protection of human dignity.

State obligations connected to the right to development pertain to three levels: the domestic, the extraterritorial (dealing with the impact of States acts affecting persons not within their jurisdiction) and the global (dealing with cooperation between States for the realization of the right to development). From an added value perspective, the third dimension – that finds expression in the duty to cooperate – is key, primarily because both the other dimensions can be addressed by existing international human rights treaty mechanisms focusing on unilateral rather than joint responsibility of States.

In a world marred by global inequality it stands to reason that only cooperation between States can ensure equal human rights protection to all. Human rights protection is resource intensive, and resources are distributed unevenly among States. Yet, human rights treaty law remains largely dependent on each State acting separately to realize the human rights of the rights holders for which it is responsible. Precisely because of the pivotal role of State sovereignty, the need arises for an inter-State duty to cooperate – each State according to its capacity – to achieve universal assurance of human rights. Although the duty to cooperate thus applies between States, it is a duty States owe to the rights holders.

---

<sup>80</sup> Compare K. DE FEYTER, *Sites of rights resistance*, in K. DE FEYTER, S. PARMENTIER, C. TIMMERMAN, G. ULRICH (eds.), *The Local Relevance of Human Rights*, Cambridge, 2011, 11-39.

<sup>81</sup> Note for instance that the UNESCO Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (17 October 2003) safeguards the culture heritage of a community across the borders of States.

The duty to cooperate addresses both normative and institutional forms of cooperation and thus seeks to ensure that both international agreements and international organizations<sup>82</sup> are geared towards the protection of human rights of peoples and individuals. In addition to their domestic human rights obligations States are required to cooperate to build a political, economic, social and ecological order that is conducive to the realization of human rights. The economic dimension has been particularly stressed by developing countries and has been echoed by the UN General Assembly: ‘Globalization has brought disparities between and within countries and [that] issues such as trade and trade liberalization, transfer of technology, infrastructure development and market access should be managed effectively in order to mitigate the challenges of poverty and underdevelopment and to make the right to development a reality for everyone’<sup>83</sup>.

The above paragraph presents a high angle view on the duty to cooperate as a component of the right to development: one that looks at reciprocal obligations of States with a view to the realization of rights. The draft Convention approaches the duty to cooperate in this mode.

It is equally pertinent to adopt a low angle view on the duty to cooperate starting from the lived experience of communities and individuals as rights holders. On the ground, the human dignity of rights holders is often affected not only by the domestic State, but also by third States and other non-State external actors, such as foreign investors, international organizations, and both public and private donor agencies. This may be particularly the case in peripheral lands or poor urban neighborhoods where State institutions are largely absent. In such a context cooperation is in practice required by the territorially responsible State and all other relevant public and private actors that impact on the human rights of the affected communities and individuals. From an accountability perspective, ideally such cooperation takes the form of agreements by all relevant stakeholders. This multi-stakeholder interpretation of the duty to cooperate is in line with the 2030 Agenda for Sustainable Development<sup>84</sup> that throughout the text promotes a collaborative partnership between all countries and all stakeholders.

---

<sup>82</sup> The draft Convention includes obligations of international organizations (UN Human Rights Council Working Group on the Right to Development, *Revised Draft Convention on the Right to Development*, UN Doc. A/HRC/WG.2/23/2, 2022, Article 9), and is open to them for accession (Articles 29-30).

<sup>83</sup> UN General Assembly *Resolution 71/192*, 19 December 2016, 146-3-39 vote, para. 24.

<sup>84</sup> UN General Assembly. *Resolution 70/1*, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. Adopted 25 September 2015, no vote.



More work still needs to be done on spelling out the details of how the duty to cooperate can be operationalized in a context where a variety of actors impact on the local situation of the rights holders, mainly through field work. Beyond the respect of the participatory rights discussed previously, elements of cooperation among the actors impacting on the situation could include the need to provide advance information on activities that may have an adverse human right impact, the need to engage in dialogue, the need to give due consideration to the interests and positions of actors involved, the need to negotiate in good faith with a view to arriving at an agreement that respects the right to development of affected rights holders<sup>85</sup>.

References to obligations of intergovernmental organizations and private actors appear in the draft Convention. The low angle view could usefully be addressed in guidelines on the operationalization of the duty to cooperate or in a future protocol to the Convention.

The OHCHR questionnaire sent out in the initial stage of the drafting process queried States and other stakeholders on the preferred format of the legally binding instrument: should it take the form of a standard treaty or of a framework agreement? Few participants expressed a strong preference, and it was suggested that the decision on the format could be taken during the drafting process.

The current draft Convention has a hybrid format. The normative part of the draft is specific and contains a detailed typology of State obligations inspired by standard human rights treaties as interpreted by the treaty monitoring bodies. The proposed institutions however resemble the institutional set-up found in existing framework agreements<sup>86</sup>. Framework conventions tend to be adopted when there is agreement that an issue is of importance (e.g., ‘of common concern to humanity’) and needs to be addressed, but disagreement remains on detailed regulation. Framework agreements are treaties but contain principles and general obligations rather than detailed provisions such as those included in the current draft Convention. If during the drafting process the political priority would be to seek compromise between all regional groups (with a view to seeking universal ratification) the format of a framework convention may still be reverted to. In that hypothesis the normative part of the Convention would need to be more succinct and remain closer to the

---

<sup>85</sup> The Expert Mechanism on the Right to Development is preparing a thematic study on the duty to cooperate and non-State actors. The study will become available in due time at [www.ohchr.org/en/hrc-subsiararies/expert-mechanism-on-right-to-development](http://www.ohchr.org/en/hrc-subsiararies/expert-mechanism-on-right-to-development).

<sup>86</sup> See K. DE FEYTER, *Towards a framework convention on the right to development*, Geneva, 2013. Note that the Convention on the Rights of Persons with Disabilities includes a Conference of the parties.

Declaration on the right to development that at the time of its adoption attracted North-South support. This would not prevent an update of the provisions of the Declaration in the light of the evolution of international law. An implementation mechanism (that is typically absent from a declaration) would also be provided for.

Regardless of the ultimate format of the instrument, the Convention could usefully contain two institutions: a Conference of the parties and a compliance committee. A Conference of the parties could serve as the global forum for discussions on development and human rights. Given that the realization of the right to development requires the cooperation of a wide variety of stakeholders, the Conference would ideally be broadly accessible: to State parties (who alone would have voting rights), but also to States that are not a party to the Convention, to non-State actors and to the epistemic community. Apart from acting as a forum for debate, the Conference could review implementation and engage in law-making in the form of protocols or guidelines.

In line with the current draft Convention the implementation mechanism could focus on the duty to cooperate. The model of existing human rights treaty monitoring bodies is not well suited for this purpose, as existing bodies deal with the obligations of individual States. Domestic legal proceedings also face obstacles in dealing with inter-State cooperation given foreign State immunities. A focus in the Convention on the implementation of the duty to cooperate would fill the gap. Rather than establishing a quasi-judicial mechanism, a compliance committee that aims at encouraging best practices, and in situations of non-compliance focusses on recommending improvement would be appropriate. The compliance committee would be composed of individual experts and provide access to rights holders. Rights holders would be entitled to bring situations in State parties to the attention of the compliance committee when lack of cooperation has adversely affected their right to development. The compliance committee would be empowered to analyse the situation in the light of the Convention and recommend how cooperation could be improved in order to remove the obstacles to the implementation of the right to development.

It would be up to the Conference of the parties to decide at a later stage whether, in addition to the compliance committee, a complaints procedure on violations of the right to development should be established, through the adoption of an optional protocol.

Even if a credible system for the implementation of the Convention is put into place ultimately the domestic realm – in developing and developed countries alike – remains crucial in human rights law. Such is

‘the misery of international law’<sup>87</sup>. The realization of the right to development hinges on strong civil society actors claiming the right and allying with governmental institutions and international organizations to produce policies that comply with the States’ obligations. At the domestic level these policies include foreign policy: ensuring that each State offers protection against threats by external actors, and actively engages in cooperation with other States and non-State actors to ensure that rights holders participate in and benefit from the right to development.

8. The history of exclusion of non-European law that was a feature of public international law when it expanded its reach to non-European societies<sup>88</sup> has contributed to the lingering perception in the Global South that international law has acted as an instrument for the universalization of foreign norms. Human rights are the language that the international community has chosen to use when it seeks to protect human dignity. For that language to resonate with users in the Global South, the input from non-European law and non-European societies is crucial. As Onuma put it: ‘For human rights to be accepted by people all over the world and become truly universal, it must overcome its peculiarities stemming from its historicity’<sup>89</sup>. As international legal language human rights need to be open to human rights conceptualizations from other legal traditions that genuinely address human rights needs.

The impact of the debate on the right to development on the legitimacy of human rights as a global language should not be underestimated. The right to development is a human rights concept that is widely supported in the Global South. The right to development has been incorporated as a legally binding and justiciable right in a significant regional human rights treaty, the African Charter on Human and Peoples’ Rights. The right to development speaks to a host of real human rights issues that are impacted upon by the Global North: the history of exclusion through colonialism and the many inequalities that era left behind; the lack of global solidarity for the realization of human rights, and the importance of safeguarding communities on which individuals rely for human rights protection when the domestic State falters. The adoption of a meaningful Convention on the right to development that offers valuable added protection to human rights holders would be an important achievement for

---

<sup>87</sup> J. LINARELLI, M. SALOMON, M. SORNARAJAH, *The Misery of International Law. Confrontations with Injustice in the Global Economy*, Oxford, 2018.

<sup>88</sup> See A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, 2005.

<sup>89</sup> Y. ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on International Law*, Leiden, 2010, 387.

the international community and beneficial to the international human rights system.

ABSTRACT

*The Convention on the Right to Development: Drafting a  
New Global Human Rights Treaty*

The UN Human Rights Council embarked in 2018 on the drafting of a Convention on the Right to Development. This paper discusses both the inclusivity of the treaty-making process as well as the substantive added value of the prospective treaty. The research finds that the treaty-making process gives sufficient opportunity for broad participation, but that in practice not all stakeholders make use of this opportunity, either for lack of capacity or for political expediency. It is argued that the Convention can potentially provide meaningful protection that is yet not sufficiently available in current international human rights treaty law to individuals, communities and populations. This is particularly the case when cooperation between the domestic State and other States and non-State actors is required to address threats to the human dignity of the rights holders. It remains to be seen to what extent the States involved in the treaty-making process will ensure that the final treaty evolves in this direction.

# DISCRIMINATION AGAINST WOMEN AND GENDER STEREOTYPES UNDER THE “CEDAW”: A DIRECT PROTECTION OF THE LGBT RIGHTS IN *FLAMER-CALDERA V. SRI LANKA*?

PIETRO PUSTORINO – ELENA TERRIZZI\*

SUMMARY: 1. The Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women: asymmetrical approach to substantive equality. – 2. Definition of discrimination and gender stereotypes under the Convention. – 3. Committee’s position on the recognition of LGBT rights. – 4. ... (following) *Flamer-Caldera v. Sri Lanka*. – 5. Conclusive remarks.

1. By stating that «*all human beings* are born free and equal in dignity and rights»<sup>1</sup>, the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) establishes the principle of equality as a cornerstone of the international human rights framework<sup>2</sup>.

However, the ongoing and extensive discrimination against women, which creates an obstacle to their participation «on equal terms with men, in the political, social, economic and cultural life of their countries»<sup>3</sup>, has increased the UN’s efforts on granting a substantial *equal* treatment to

---

\* This essay is the product of the joint efforts of the co-authors. In any event, attribution of the different parts of the essay is as follows. Pietro Pustorino: Sections 2, 5; Elena Terrizzi: Sections 1, 3, 4.

<sup>1</sup> General Assembly, Universal Declaration of Human Rights (UDHR), Resolution 217 A (III), UN Doc. A/180, 10 December 1948, Article 1.

<sup>2</sup> In this sense, it is worth noting that references to the principles of non-discrimination and equality are included to not only in the Bill of Human Rights – which includes the UDHR (which is *per se* non-binding), the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), along with its two Optional Protocols, and the International Covenant on Economic, Social, Cultural Rights (ICESCR) – but also in different and specific human rights treaties – such as in Article 2(1) of the United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC) – as to grant human rights to women and men on an equal basis.

<sup>3</sup> Preamble of the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women. More specifically, discrimination against women have continued (and still continue) to exist despite the fact that negative and positive international obligations had been previously adopted in human rights treaties, such as the above-mentioned Universal Declaration of Human Rights, Articles 2 and 7; General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, Resolution 2200A (XXI), 16 December 1966, Articles 2, 3 and 26; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Resolution 2200A (XXI), 16 December 1966, Article 3.

wards females<sup>4</sup>. In this sense, the UN human rights system implements the protection of women's rights in two complementary ways: by enhancing the principles of non-discrimination and equality «in its *mainstream* human rights treaties»<sup>5</sup> and also by promoting a female-tailored human right treaty. Accordingly, the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women (“CEDAW”)<sup>6</sup> is aimed at pursuing three main objectives: (a) elimination of discrimination against women; (b) equality between men and women and (c) State accountability in cases where the aforementioned goals are not achieved<sup>7</sup>.

At first sight, if compared to the majority of the other international human rights treaties – which are characterized by the adoption of a symmetric approach to equality in favor of both men and women – the CEDAW's approach is deemed to be *asymmetrical*<sup>8</sup>. More specifically, the Convention's objective to sanction all forms of discrimination against “women”, rather than generally prohibiting any discrimination based on

<sup>4</sup> For an analysis supporting the idea that the contemporary status of women still justifies the implementation of specific provisions for the protection of women's rights, see R. L. JOHNSTONE, *Ha ancora una rilevanza la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne? Per una sua (ri)considerazione nel tempo presente*, in *Ragion pratica*, 2011, 151-184.

<sup>5</sup> F. VAN LEEUWEN, “*Women rights are human rights!*”: *the practice of the United Nations Human Rights Committee and the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, in A. HELLUM, H. SINDING AÆSEN (eds.), *Women's Human Rights: CEDAW in International, Regional and National Law*, Cambridge, 2013, 246.

<sup>6</sup> Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly, UN Doc. A/RES/34/180, 18 December 1979, entered into force on 3 September 1981, ratified by 189 states.

<sup>7</sup> S. ZWINGEL, *Translating International Women's Rights: The CEDAW Convention in Context (Gender and Politics)*, 2016, London, 1<sup>st</sup> ed., 219. More specifically, while it has been argued that the provision of “gender-blind” rights make them less difficult to be effectively enacted as to achieve equity, some authors consider that the exclusive application of the Convention to women helps avoiding the privileged status that men have in the society (R. HOLTMAAT, P. POST, *Enhancing LGBTI Rights by Changing the Interpretation of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women?*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2015, 319, 321-322).

<sup>8</sup> It has been argued that the decision to shift from the prohibition of discrimination, based on sex, to the prohibition of “all forms of discrimination against women”, does not represent a mere question of terminology. Accordingly, «it is a question of providing protection only in favor of women; that is, legislation that operates asymmetrically and tends to remove the obstacles that prevent women from achieving a substantive equality in the enjoyment of human rights, which is not only based on legislation, but also on social reality» (R. PISILLO MAZZESCHI, *International Human Rights Law: Theory and Practice*, Turin, 2021, 384). See also W. KÄLIN, J. KÜNZLI, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford, 2019, 348-350.

“sex” or “gender”<sup>9</sup>, has been praised as an instrument to achieve the substantive sex-equality, in order to end the oppression of vulnerable groups in the society<sup>10</sup>. Hence, the recognition of women’s rights empowers them directly to hold the State accountable for the domestic violations of those principles defended by the Convention<sup>11</sup>, with a view to grant (an otherwise denied) justice in those areas where women risk to have scarce protection<sup>12</sup>.

In light of the above, by imposing positive obligations on State Parties – as to ensure *de facto* equality between male and female – the Convention seems to provide a tailored «international bill of right for women»<sup>13</sup>. On this ground, critics have been raised against the Convention’s

---

<sup>9</sup> See E. MEYER, *Designing Women: The Definition of “Woman” in the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, in *Chicago Journal of International Law*, 2016, 553.

<sup>10</sup> In short, formal equality is met in those cases where, according to the well-known Aristotelian principle, equals are treated equally; whereas substantive equality is aimed at removing *de facto* obstacles which prevent concrete equality in the society. For a deeper analysis of the equality principle, see R. PISILLO MAZZESCHI, *op. cit.*, 375). Therefore, according to its asymmetrical nature, CEDAW is deemed to effectively pursue the principle of “equality”. In other words, «the general abstract equality of all human beings is not the starting point for the construction of legal norms, but the fact that, in reality of social life, large differences in power and differences in the actual situation and capacities of human beings exist» (R. HOLTMAAT, P. POST, *op. cit.*, 322, note 14). See also R. HOLTMAAT, C. TOBLER, *CEDAW and the European Union’s Policy in the Field of Combating Gender Discrimination*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, 399.

<sup>11</sup> The positive obligation of State Parties to grant *de facto* equality of women shall be fulfilled by the adoption of special measures and through the removal of all sources of oppression and violence against women. See P. PUSTORINO, *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, Bari, 2nd ed., 2020; I. BOEREFIJN, F. COOMANS, J.E. GOLDSCHMIDT, R. HOLTMAAT, R. WOLLESWINKELET (eds.), *Temporary Special Measures. Accelerating De Facto Equality of Women Under Article 4(1) UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, Cambridge, 2003; C. CHINKIN, *Violence Against Women*, in M. FREEMAN, C. CHINKIN, B. RUDOLF (eds.), *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women: A Commentary*, New York, 2012, 443 ff. In this context, it is worth noting that «treaty-based human rights petitions procedures take the State down from the pedestal of sovereignty to the level of the individual» (B.G. RAMCHARAN, *The Fundamentals of International Human Rights Treaty Law*, Leiden-Boston, 2011, 1).

<sup>12</sup> See D. CASSEL, *Does International Human Rights Law Make a Difference*, in *Chicago Journal of International Law*, 2001, 121-122.

<sup>13</sup> F. RADAY, *Gender and democratic citizenship: the impact of CEDAW*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 512. More specifically, it has been sustained that, after its enactment, «the CEDAW proved to be a catalyst for legal and policy reform, an effective tool in domestic litigation, advocacy and activism, and an important means of holding States Parties accountable for violations of women’s human rights» (S. CUSACK, *The CEDAW as a legal framework for transnational discourses on gender stereotyping*, in A. HELLUM, H. SINDING Aesen (eds.), *op. cit.*, 124). See also A. BYRNES, *The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Reflections on their role in the Development of International Human*



women-only orientation, as the above-mentioned gender-blind approach is deemed to increase gender inequality – for instance, by neglecting the men’s equal right to fight against discriminations. More precisely, such an asymmetric approach is considered to strengthen the so-called gender-binary, with the consequence of stigmatizing women as victims *per se* of gender-based discrimination<sup>14</sup>. Following this view, the CEDAW’s emphasis on female protection is said to consider women as *relative* to men, thus reinforcing the superiority of the latter as an example of “equality”, that shall be reached by the former<sup>15</sup>.

For the purposes of this contribution, absent any UN’s human rights treaty expressly aimed at granting “sexual orientation” and “gender identity”, the above-discussed considerations have become increasingly important as to question whether and how the current international legal framework could also foster LGBT human rights<sup>16</sup>. In this context, ef-

*Rights Law and as a Catalyst for National Legislative and Policy Reform*, in *UNSW Law Research Paper*, 2010, available online.

<sup>14</sup> S. ZWINGEL, *op. cit.*, 221. Scholars who criticize the asymmetrical approach endorsed by CEDAW also point out that other human rights treaties effectively contrast discrimination by referring to “inclusive” categories of individuals. For example, the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (“CERD”), is aimed at eliminating all forms of discrimination based on «race, color, descent, or national or ethnic origin», thus being equally successful in its objective as CEDAW (D. ROSENBLUM, *Unsex CEDAW, or What’s Wrong with Women’s Rights*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2011, 148-158). Therefore, the introduction of mechanisms dealing exclusively with the protection and recognition of women’s rights, such as CEDAW, is deemed to increase the marginalization of women’s rights. This is the opinion followed by A. BYRNES, *Women, Feminism and International Human Rights Law – Methodological Myopia, Fundamental Flaws or Meaningful Marginalization?: Some Current Issues*, in *Australian Yearbook of International Law*, 1992, 205-206; R. JOHNSTONE, *Feminist Influences on the United Nations Human Rights Treaty Bodies*, in *Human Rights Quarterly*, 2006, 151; A. GALLAGHER, *Ending the Marginalization: Strategies for Incorporating Women into the United Nations Human Rights System*, in *Human Rights Quarterly*, 1997, 285.

<sup>15</sup> See D. OTTO, *Disconcerting ‘Masculinities’: Reinventing the Gendered Subject(s) of International Human Rights Law*, in A. MANJI, D. BUSS (eds.), *International Law: Modern Feminist Approaches*, London, 2005, 105. For an opinion regarding the fact that the Women’s Convention has granted a pivotal additional value, if compared to the sex-equality approach followed in several national and supranational legal systems, see R. HOLTMAAT, *The CEDAW: A Holistic Approach to Women’s Equality and Freedom*, in A. HELLMUM, H. SINDING AÆSEN (eds.), *op. cit.*, 104. See also E. SEPPER, *Confronting the “Sacred and Unchangeable”:* *The Obligation to Modify Cultural Patterns under the Women’s Discrimination Treaty*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2008, 585-639.

<sup>16</sup> Some authors have endorsed the opportunity to introduce an entirely new multilateral treaty aimed at explicitly prohibiting discrimination against individuals on the grounds of sexual orientation and gender identity (E. HEINZE, *Sexual Orientation: A Human Right. An Essay on International Human Rights Law*, Dordrecht-Boston-London, 1995, 90-92; K. BRAUN, *Do Ask, Do Tell: Where is the Protection Against Sexual Orientation Discrimination in International Human Rights Law?*, in *American University International Law Review*, 2014, 872-873 ff.). Others argue that LGBT human rights can be derived from the extensive



forts have been made by the international community in order to overcome the CEDAW's gender-blind orientation. Indeed, the decisions of the CEDAW Committee, as to adopt a broader interpretation of the Convention's object and purpose, have often resulted in the protection of women from different forms of gender-specific discrimination<sup>17</sup> – not expressly mentioned in the Convention itself – such as gender stereotypes and fixed parental gender roles<sup>18</sup>.

On this ground, the extensive interpretation of the Convention's original wording has been considered as a timely and efficient method to expand the protection of those individual's human rights which are currently not expressly granted by any international legal instrument. For instance, it has been suggested that the term "woman" shall be intended as to include not only female but all individuals who identify as such (e.g., transgender women)<sup>19</sup>; whereas a broader interpretation of the term "discrimination" shall encompass any act or omission based on sexual orientation or gender identity<sup>20</sup>.

Grounded on these premises, the following article will analyze the CEDAW Committee's evolving position on the opportunity to extend women's protection under the CEDAW, as to enhance LGBT human rights. As it will emerge from the analysis below, open-minded approaches in this area have been achieved thanks to the evolutionary inter-

---

interpretation of already existing international legal instruments (R. GALLAGHER, *Redefining "CEDAW" to Include LGBT Rights: Incorporating Prohibitions Against the Discrimination of Sexual Orientation and Gender Identity*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 2020, 638-658).

<sup>17</sup> The extensive interpretation on the ground of "sex" and "gender", adopted by the CEDAW Committee, has made it possible to include the consideration, among the others, of sexual orientation, marital status and maternity. For these reasons, if compared with other Committees, «the CEDAW Committee has probably been most innovative, being the first to give an extensive interpretation to the concept of gender discrimination» (W. VANDENHOLE, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Antwerp, 2005, 147).

<sup>18</sup> As it will be further discussed, sex-role stereotypes are said to be «preconceptions concerning the roles that women and men perform or are expected to perform, and the types of behaviors to which they are expected to conform (e.g. women should be mothers and caregivers)» (S. CUSACK, *op. cit.*, 127). See also R. J. COOK, S. CUSACK, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, 2010, 1, 9, 20, 25-31).

<sup>19</sup> Some authors have argued that an inclusive understanding of the word "woman" shall encompass «both biological sex and gender performance/identity» (R. GALLAGHER, *Redefining "CEDAW" to Include LGBT Rights: Incorporating Prohibitions Against the Discrimination of Sexual Orientation and Gender Identity*, *cit.*, 650, citing E. MEYER, *op. cit.*, 577). See also E. MEYER, *op. cit.*, 556, where the term "woman" is deemed to include biological, anatomical, genetic, gender performance, and/or gender identity features.

<sup>20</sup> S.M. CLAVIER, *Objection Overruled: The Binding Nature of the International Norm Prohibiting Discrimination Against Homosexual and Transgendered Individuals*, in *Fordham International Law Journal*, 2012, 384, 390-94.

pretation of the Convention, which founds its basis on the national and international regulation's development, as well as on the openness towards the LGBT community spreading within the more developed societies.

2. As noted above, it is clear from its title that the main object of the Convention is the elimination of *all forms of discrimination* against women<sup>21</sup>.

More specifically, the broad definition of discrimination contained in Article 1 seems to involve a more symmetric approach than the one adopted in the rest of the articles<sup>22</sup>, by using the general terms "sex" and "equality of men and women"<sup>23</sup>. On the ground that it generally involves sex and equality, discrimination has thus been interpreted as a wider form of "oppression" – embracing direct and indirect forms of sexual prejudice and gender stereotypes<sup>24</sup> or identity<sup>25</sup> – which could emerge from reli-

---

<sup>21</sup> Regarding the CEDAW's title, it has been said that it «incorporates a classic civil-political issue, discrimination, but the content of this convention's rights and the work of its Committee range more broadly» (H. STEINER, P. ALSTON, R. GOODMAN, *International Human Rights in Context. Law Politics Morals*, Oxford, 3<sup>rd</sup> ed., 2008, 175).

<sup>22</sup> Article 1 of CEDAW: «(...) the term 'discrimination against women' shall mean any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis of equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field». It worth recalling that, among the core international human rights treaties, a specific definition of "discrimination" can be found only in Article 1(1) of ICERD; Article 2 of CRPD and Article 1 of CEDAW.

<sup>23</sup> R. GALLAGHER, *Redefining "CEDAW" to Include LGBT Rights: Incorporating Prohibitions Against the Discrimination of Sexual Orientation and Gender Identity*, cit., 646. Contrary to this opinion, it has been stated that «such a broad interpretation of the non-discrimination principle indicates a human rights approach to combating discrimination, as opposed to a formal legal approach, in which a (symmetrical) sex equality or *equal treatment* norm prevails» (R. HOLTMAAT, *The CEDAW: A Holistic Approach*, cit., 99). See also R. HOLTMAAT, *European women and the CEDAW Convention. The way forward*, in AFFJ & EWLA (dir.) *L'égalité entre femmes et hommes et la vie professionnelle. Le point sur les développements actuels en Europe*, Paris, 2003, 153-174; R. HOLTMAAT, C. TOBLER, *op. cit.*, 399-425.

<sup>24</sup> Absent a specific definition of "gender stereotypes" in the text of the Convention, they could be considered as a «generalized view or preconception about the attributes or characteristics that are or ought to be possessed by, or the roles that are or should be performed by, women and men». As above-mentioned, critics have underlined a potential limitation of the CEDAW, which emerges from its codification of the gender-binary (male/female), with the consequence of addressing stereotyped roles for men and women. In this context, more serious prejudice would also be caused towards those individuals who do not fit into either category, such as lesbian, transgender and intersex persons (S. CUSACK, *op. cit.*, 127-145).

<sup>25</sup> Gender identity can be defined as a person's individual sense of being male, female or of not being/feeling tagged in any determinate sex. See R.J. STOLLER, *Sex and Gender: The Development of Masculinity and Femininity*, London-New York, 2019.

gion<sup>26</sup>, culture or even be rooted and legitimated in the legal system of a particular society<sup>27</sup>.

The assumption that discrimination encompasses a wider form of oppression – related to women’s sexuality, gender roles and identity – is deemed to arise from the systematic interpretation of the Convention’s overall objectives. According to Article 5(a)<sup>28</sup>, not only the Convention requires State Parties to condemn discrimination, but it also prescribes the positive obligation to modify the social and cultural behavior of men and women, as to effectively eliminate prejudice and traditions rooted on the idea that a gender (male) is superior to another (female), thus deconstructing the stereotyped roles imposed by the society, which increase the concrete oppression of marginalized groups.

More precisely, according to the Committee’s General Recommendation No. 25<sup>29</sup>, State Parties are obliged to: (a) ensure full equality of women before the law and to protect them against discrimination in the public as well as the private sphere; (b) improve the *de facto* position of women through concrete and effective policies and programmes; (c) address prevailing gender relations and the persistence of gender-based stereotypes. Accordingly, the aforementioned objectives are said to find their basis on Article 5(a) – in conjunction with Article 2(f)<sup>30</sup> – of the

---

<sup>26</sup> With specific regard to religion, some States have manifestly expressed their concern about the “compatibility” between some CEDAW’s provisions and specific religious principles. For a deeper analysis on this topic, see F. BRUNETTA D’USSEAUX, E. CECCHERINI, *La precettività della CEDAW alla luce delle riserve a carattere religioso: un equilibrio precario*, in *DPCE Online*, 2021, [www.dpceonline.it](http://www.dpceonline.it).

<sup>27</sup> For these reasons, in order to grant the effective respect of the CEDAW’s principles, some authors have suggested that national legal systems shall be subjected to an in-depth gender analysis. See R. HOLTMAAT, *Towards Different Law and Public Policy: The Significance of Article 5a CEDAW for the Elimination of Structural Gender Discrimination*, The Hague, 2004.

<sup>28</sup> Article 5 of CEDAW: «States Parties shall take all appropriate measures: (a) To modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women». For a more specific analysis of Article 5, see R. HOLTMAAT, *Article 5*, in M. FREEMAN, C. CHINKIN, B. RUDOF (eds.), *op. cit.*

<sup>29</sup> UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *General Recommendation No. 25 on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures*, 18 August 2004, adopted at the Thirtieth Session of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women.

<sup>30</sup> Article 2(f) of CEDAW: «States Parties condemn discrimination against women in all its forms, agree to pursue by all appropriate means and without delay a policy of eliminating discrimination against women and, to this end, undertake (...) (f) To take all appropriate measures, including legislation, to modify or abolish existing laws, regulations, customs and practices which constitute discrimination against women (...)».

Convention, as gender-based stereotypes «affect women not only through individual acts by persons but also in law, and legal and societal structures and institutions»<sup>31</sup>. In this sense, the Convention is deemed to address not only *personal* convictions, but more generally the *systemic* and *structural* discrimination against women arising from the set of rules of a specific society, thus invoking the need to pursue “equality as (a cultural) transformation”<sup>32</sup>. In this way, the concept of transformative equality fosters the introduction of changes in the society<sup>33</sup>, with the aim of combating all the concrete obstacles to women’s equality and human dignity, through the promotion of a «social re-ordering of the political economy, and the cultural valuations ascribed to men and women»<sup>34</sup>.

In light of the above, peculiar relevance is given by the Committee to those forms of discrimination and prejudice which may find their grounds on legally tolerated customs, or (even) practices undertaken by national institutions<sup>35</sup>, with the consequence that the broad interpretation of Article 5 represents a powerful «vehicle for cultural change»<sup>36</sup>. More

---

<sup>31</sup> UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *General Recommendation No. 25*, para. 7. For an opinion concerning the fact that Article 5a represents a general interpretative key for all the substantive articles of the Convention, see C. CHINKIN, M. FREEMAN, *Introduction*, in M. FREEMAN, C. CHINKIN, B. RUDOF (eds.), *op. cit.*, 8. On this point, «the obligations in Articles 2(f) and 5(a) extend further still, to rights not expressly guaranteed under the CEDAW but which are recognized under other treaties or customary international law and have an impact on the elimination of all forms of discrimination against women and the achievement of substantive equality» (S. CUSACK, *op. cit.*, 133). See also A. BYRNES, *Article 1*, in M. FREEMAN, C. CHINKIN, B. RUDOF (eds.), *op. cit.*, 62. See also UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *General Recommendation No. 28 on the core obligations of State parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, UN Doc. CEDAW/C/GC/28, 16 December 2010, para. 7.

<sup>32</sup> R. HOLTMAAT, P. POST, *op. cit.* 324. See also S. FREDMAM, *Substantive equality revisited*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2016, 712-738.

<sup>33</sup> The Committee has adopted the principle of transformative equality in its General Recommendation No. 25, para. 10, 2004, by stating that steps must be undertaken «towards a real transformation of opportunities, institutions and systems so that they are no longer grounded in historically determined male paradigms of power and life patterns».

<sup>34</sup> S. CUSACK, R. COOK, *Combating Discrimination Based on Sex and Gender*, in C. KRAUSE, M. SCHEININ (eds.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, Turku, 2009, 206-226.

<sup>35</sup> It has been argued that Article 2(f) and Article 5 «strongly reinforce the commitment to eliminate all forms of discrimination, since many pervasive forms of discrimination against women rest not on law as such but on legally tolerated customs and practices of national institutions» (R.J. COOK, *State accountability under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, in ID (ed.), *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, Philadelphia, 1994, 239-240).

<sup>36</sup> L.S. GROENMAN, C.E. VAN VLEUTEN, R. HOLTMAAT, T.E. VAN DIJK, J.H.J. DE WILDT (Hrsg.), *Het Vrouwenverdrag in Nederland anno 1997, Verslag van de Rapportagecommissie Internationaal Verdrag tegen Discriminatie van Vrouwen*, Den Haag, 1997.

specifically, although Article 5 does not mention the word “discrimination”, and Article 1 – in defining discrimination – does not expressly quote “gender stereotypes”, from the reading of these articles it is possible to deduce that gender stereotypes and fixed parental gender roles may represent the *basis* or the *cause* of discrimination against women<sup>37</sup>.

Bearing in mind that gender-based differentiation – rooted on prejudice and customs, which crystallize the inferiority of women – jeopardizes freedom and autonomy of choice upon women<sup>38</sup>, thus causing a denial of their right to conduct a life according to their personal interests and convictions<sup>39</sup>, one of the most evident examples of a break with the gender-stereotypes is seen on the decision of lesbian women not to have a male sexual partner, considering that this personal choice causes the rejection of any form of male supervision and control over their lives<sup>40</sup>.

Therefore, once recognized that women can take various roles in the society, beyond being mothers and wives, their relevance as individual persons and actors in the community, and in the society at large, is highlighted<sup>41</sup>. As it emerges from the expansive interpretation of Article 5(a) CEDAW, it is thus clear that gender stereotypes and fixed parental gender roles directly affect the lives also of all those males/females sexed persons (such as intersex<sup>42</sup> and transgender<sup>43</sup>) and those individuals with

---

<sup>37</sup> According to some authors, the CEDAW Committee usually defines stereotypes as a cause of discrimination, but, in some cases, it has also considered stereotypes as *discriminatory per se*. See R. HOLTMAAT, *The CEDAW: A Holistic Approach*, cit., 109. See also UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *Concluding Observation: Burundi*, CEDAW/C/BDI/CO/4, 2008, para. 17, where the Committee has expressed its concern about the persistence of «patriarchal attitudes and deep-rooted stereotypes regarding the role and responsibilities of men and women in society, which discriminate against women». On this ground, Article 5 is deemed to identify gender stereotypes as the ultimate cause of discrimination, as defined in Article 1.

<sup>38</sup> In this sense, the Committee has considered as necessary the need «to overcome obstacles to equality arising from prejudices, customs or practices» (UN Doc. A/41/45, para. 365, cited by M. WADSTEIN, *Implementation of the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, in *Netherlands Human Rights Quarterly*, 1988, 13).

<sup>39</sup> M. NUSSBAUM, *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge, 2000. In this context, it has been argued that «gender stereotypes and fixed parental gender roles (...) also deny women the autonomy to live their lives according to their own interests and convictions about their personal and unique contributions to sustaining and developing humanity» (R. HOLTMAAT, *The CEDAW: A Holistic Approach*, cit., 113).

<sup>40</sup> For example, see *Report of the UN Special Rapporteur on the question of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Commission on Human Rights March 2006, UN Doc. E/CN.4/2006/6/Add.1, paras 180 and 183, regarding the gang rape of lesbian women in order “to cure” them from their “abnormal” sexual preference.

<sup>41</sup> UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *Concluding Observations: Suriname*, A/57/38 (part II), CEDAW/C/SR., 2002, 557, 558 and 566, para. 48.

<sup>42</sup> Intersexed persons are generally defined as individuals who were born with a combination of male and female biological characteristics and traits.

non-heterosexual orientation (including lesbian, gay and bisexual) who shall be entitled of the right to freely renounce traditional heterosexual and patriarchal gender roles.

3. The question whether the term “sex”, as expressly adopted in the Convention, shall also embody women’s sexual orientation or sexuality – to the extent that the CEDAW shall grant protection also towards lesbian, transgender and intersexual persons – has been largely debated.

It is known that the international community has progressively made steps towards the recognition of the LGBT community<sup>44</sup>. However, absent a binding international treaty, it is still not uncommon for States to implement discriminatory policies in breach of LGBT human rights, which have scarce effective accountability at the international level.

On this ground, State Parties can be held legally accountable for their failure to meet the obligations arising from the Convention, either through the periodic reporting procedure stated in Article 18 of the CEDAW<sup>45</sup>, or through the individual Communications<sup>46</sup> or Inquiry mechanism<sup>47</sup> procedures provided by the Optional Protocol to the Con-

<sup>43</sup> The word “transgender” is deemed to encompass «any and all kinds of variation from gender norms and expectations». Therefore, «what counts as *transgender* varies as much as gender itself, and it always depends on historical and cultural context» (S. STRYKER, *Transgender History*, Berkeley, 2008, 40).

<sup>44</sup> In lack of a specific and binding international treaty, the UN has adopted three non-binding instruments referred to LGBT rights: the Draft Resolution on Human Rights and Sexual Orientation (so-called “Brazilian Resolution”), which provided an International Bill of Human Rights applicable to all individuals, regardless of their sexual orientation; the Yogyakarta Principles, which makes reference to the «application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity»; and the UN Declaration on Sexual Orientation and Gender Identity, specifically aimed at acknowledging LGBT rights and granting their protection. See *Promotion & Protection of Human Rights*, Commission on Human Rights on its Fifty-Ninth Session, UN Doc. E/CN.4/2003/L.92 (Apr. 17, 2003); *The Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity*, Yogyakarta Principles 7 (2007), ([http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles\\_en.pdf](http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf)); UN General Assembly, *Statement on Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity*: presented in the sideline of the united nations general assembly, paras 3, 6, 11-12 (2008), ([www.unhcr.org/refworld/docid/49997ae312.html](http://www.unhcr.org/refworld/docid/49997ae312.html)).

<sup>45</sup> Article 18 of CEDAW: «States Parties undertake to submit (...) for consideration by the Committee, a report on the legislative, judicial, administrative or other measures which they have adopted to give effect to the provisions of the present Convention and on the progress made in this respect».

<sup>46</sup> Article 2 of the Optional Protocol: «Communications may be submitted by or on behalf of individuals or groups of individuals, under the jurisdiction of a State party, claiming to be victims of a violation of any of the rights set forth in the Convention by the State party».

<sup>47</sup> Article 8(1) of the Optional Protocol: «If the Committee receives reliable information indicating grave or systematic violations by a State party of rights set forth in the Convention,



vention<sup>48</sup>. In this context, the CEDAW Committee has adopted non-binding views and recommendations with the aim to provide an incisive analysis, as to encourage the dialogue about anti-discrimination policies enforced in the various State Parties.

First, the Committee has noticed an “intersection” between gender equality and LGBT rights, thus considering that the «discrimination of women based on sex and gender is inextricably linked with other factors that affect women, such as (...) sexual orientation and gender identity» (General Recommendation No. 28)<sup>49</sup>. As a consequence, the Committees’ references to lesbian women, transexual and transgender has usually been made regarding issues of intersectionality, as well as in relation to particular disadvantaged or vulnerable groups in need of special protection<sup>50</sup>.

Secondly, LGBT issues have also been mentioned in some Concluding Observations related to “violence against women”. Among the others<sup>51</sup>, the Committee’s particular attention towards discrimination, based

the Committee shall invite that State party to cooperate in the examination of the information and to this end to submit observations with regard to the information concerned».

<sup>48</sup> Originally, the Committee was responsible only of examining the periodic reports submitted by State Parties. Advancing in time, with the adoption of the Optional Protocol to the Convention, the individual complaint procedure and the investigation procedure against States have been implemented, thus expanding the powers of the Committee in the detection of women’s rights violations.

<sup>49</sup> UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of State Parties Under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, UN Doc. CEDAW/C/GC/28, 16 December 2010. Discrimination on the ground of sexual orientation is also mentioned in *General Recommendation No. 27 on older women and protection of their human rights*, UN Doc. CEDAW/C/GC/27, para. 13, 16 December 2010.

<sup>50</sup> The term “intersectionality” has been widely used by scholars as to include interrelated forms of discrimination. Among the others, see C.A. MACKINNON, *Intersectionality as Method: A Note*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 2013, 1019 ff.; L. SOSA, *Intersectionality in the Human Rights Legal Framework on Violence against Women. At the Centre or the Margins?*, Cambridge, 2017; P. HILL COLLINS, S. BILG, *Intersectionality*, Cambridge, 2016. The Committee has also addressed intersecting forms of discrimination in its views on *Isatou Jallow v. Bulgaria*, CEDAW/C/52/D/32/2011, 28 August 2012; *S.V.P. v. Bulgaria*, CEDAW/C/53/D/31/2011, 24 November 2012; *Kell v. Canada* (CEDAW/C/51/D/19/2008), 26 April 2012; *A.S. v. Hungary*, CEDAW/C/36/D/4/2004, 29 August 2006; *R.P.B. v. Philippines*, CEDAW/C/57/D/34/2011, 12 March 2014; and *M.W. v. Denmark*, CEDAW/C/63/D/46/2012, 21 March 2016, among others, and in its reports on inquiries of the Committee, in particular those concerning Mexico (CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO, 27 January 2005) and Canada (CEDAW/C/OP.8/CAN/1, 30 March 2015).

<sup>51</sup> For example, see UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *Concluding Observations: Venezuela*, where the Committee has expressly regretted «the lack of effective measures taken to address discrimination and violence faced by (...) lesbian, bisexual, transgender women and intersex persons» (CO Venezuela, CEDAW/C/VEN/CO/7/8, 2014, paras 36-37. See also the Concluding Observations on Albania, where the Committee



on sexual orientation and gender identity, has clearly emerged in the Observations on Georgia, where «violence against and harassment of lesbian, bisexual and transsexual women» has been specifically addressed<sup>52</sup>. However, it has been argued that Committees' "recommendations" as such – thus, not providing statements on how to actually end discrimination – have failed in introducing a specific and tailored framework as to meet the peculiar circumstances of the accountable State party, with the consequence that, being its views excessively broad, the Committees' intervention has often been considered as unlikely to trigger tangible responses and effects upon States<sup>53</sup>. In addition, although the extensive interpretation to the ground of sex/gender, it has been noted that the Committees' effort emerging from the above-mentioned observations is still aimed at avoiding violence against women *per se*, thus not expressly extending the scope of the CEDAW towards a broader "equality-based" approach<sup>54</sup>.

On this ground, among the others<sup>55</sup>, more concrete recommendations have been found, for instance, in the Concluding Observations on Singapore – where the State was invited to put into place «a *comprehensive strategy* to modify or eliminate patriarchal attitudes and stereotypes that discriminate against women, including those based on sexual orientation and gender identity»<sup>56</sup> – as well as in the Concluding Observations on

---

has called on the State party to «implement fully the Law on Protection from Discrimination in relation to discrimination based on gender identity and sexual orientation by providing effective protection against discrimination and violence against women on such grounds» (CO Albania, CEDAW/C/ALB/CO/3 (2010), paras 42-43.

<sup>52</sup> *Concluding Observations on Georgia*, CEDAW/C/GEO/4-5 (2014), para. 35(e).

<sup>53</sup> This is the opinion shared by R. GALLAGHER, *Redefining "CEDAW" to Include LGBT Rights: Incorporating Prohibitions Against the Discrimination of Sexual Orientation and Gender Identity*, cit., 651. Moreover, it has been also argued the importance of achieving a higher level of cultural acceptance of the principle of women's equality, through the implementation of a «dialogue between the State and international actors (for instance the CEDAW Committee), but also to promote and enhance a dialogue between the State and the main internal stakeholders, that is, religious leaders, community leaders and (women's) NGOs» (R. HOLTMAAT, *The CEDAW: A Holistic Approach*, cit., 120). See also UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *Concluding Observations: Nicaragua*, CEDAW/C/NIC/CO/6, 2007, para. 12; UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment 21*, 20 November 2009, UN Doc. E/C. 12/GC/21, para. 11.

<sup>54</sup> R. HOLTMAAT, P. POST, *op. cit.*, 328-329. Such an opinion has also been sustained by those who argued that «in its concluding comments, the CEDAW Committee very often takes the general perspective of women's rights rather than the specific one of gender discrimination» (W. VANDENHOLE, *op. cit.*, 147).

<sup>55</sup> See UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *Concluding Observation: Russian Federation*, CEDAW/C/URS/CO/7, 2010, para. 41; *Id.*, *Concluding Observation: South Africa*, C/ZAF/CO/4, 2011.

<sup>56</sup> UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *Concluding Observation: Singapore*, CEDAW/C/SGP/CO/4, 2012, para. 21(a).

Norway – concerning the need to adopt «*specific measures* to address difficulties faced by lesbian and transgendered asylum seekers»<sup>57</sup>.

Moreover, with regard to the negative stereotypes associated with lesbian women, the Committee's decision in *O.N. and DP v. Russia Federation* has recently stressed the failure by the State party to comply with its duty – in violation of Article 5 of the CEDAW – to uphold women's rights, thus not having been able to effectively deny violence and discrimination against women, based on their sexual orientation. According to the need of providing more specific advice, than merely expressing formulaic recitations, the Committee has thus required the Russian Federation to «ensure timely gender-sensitive *training* for police and investigative authorities on the Convention», aimed at promptly starting investigations on gender-based violence against women «for which there are grounds to believe that such violence was motivated by hatred towards lesbian women»<sup>58</sup>.

In light of the above, the initial Committees' effort in providing protection to lesbian, transgender, transexual and intersexual persons has found its basis on the extensive references to the concept of discrimination, thus considering that all forms of discrimination and/or violence – also against LGBT persons – shall fall within the scope of the Convention. Indeed, as evidence shows, the Committee's innovative approach has made it possible to extend the application of the CEDAW not only in relation to women's rights, but also as an instrument for the elimination of those forms of discrimination more generally grounded on sexual orientation or gender identity<sup>59</sup>. In such circumstances, it has been questioned whether the Committee has expressly referred to Articles 5 and Article 2 of the Convention as to cover various forms of discrimination against LGBT persons. Hence, it has been noted that the Committees' Concluding Observations and General Recommendations – as well its Decisions and Views on Individual Communications, which can be submitted under the Optional Protocol – expressly refer to the above-

---

<sup>57</sup> UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *Concluding Observation: Norway*, CEDAW/C/NOR/CO/8, 2012, para. 36(d).

<sup>58</sup> CEDAW/C/75/D/119/2017, *ON and DP v Russia Federation*, 2020, para. 9. It is worth noting that in this occasion the Committee has also recalled its previous concluding observations (CEDAW/C/USR/CO/7, para. 41), where it had already expressed its concern about «acts of violence against lesbian, bisexual and transgender women and called upon the State party to provide effective protection against violence and discrimination against women based on their sexuality» (para. 7.9).

<sup>59</sup> In this sense, it has been argued that «there is, in principle, no reason why the Convention should not be applied to provide protection for women who are discriminated against because of their sexuality» (A. BYRNES, *Article 1*, in M. FREEMAN, C. CHINKIN, B. RUDOLF (eds.), *op. cit.*, 64).

mentioned articles of the Convention only in a few cases. Accordingly, the vague and cautious approach adopted by the Committee has been considered in line with its initial reluctance «to take a clear stance on the question of whether the discrimination ground ‘sex’ in the Convention includes all identities captured under the LGBT initialism»<sup>60</sup>. However, it should be noted that, even if Article 5 is rarely mentioned, the Committee has often made clear that the causes of discrimination and violence strongly lied in gender stereotypes<sup>61</sup>, thus indirectly recalling the content and scope of the aforementioned article.

4. The attention that the CEDAW Committee has progressively devoted towards LGBT issues has found an important turning point in the recent case *Rosanna Flamer-Caldera v. Sri Lanka*<sup>62</sup>.

On August 23<sup>rd</sup>, 2018, under article 7(1) of the Optional Protocol<sup>63</sup>, the complainant submitted a communication to the Committee, in order to contest the criminalization of same-sex sexual activity between consenting adults, expressly sanctioned under section 365A of the Sri Lankan Penal Code as an “act of gross indecency”<sup>64</sup>. More specifically, the author – a Sri Lankan lesbian woman and Executive Director of an LGBT organization (called “Equal Ground”) – argued that the criminalization of same-sex sexual activity violates the principle of equality and non-discrimination under Article 2 of the Convention<sup>65</sup>, as she «has been

---

<sup>60</sup> R. HOLTMAAT, P. POST, *op. cit.*, 330.

<sup>61</sup> Among the others, see UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *Concluding Observation: Panama* CEDAW/C/PAN/7, 2010, paras 22-23; *ID.*, *Concluding Observation: Chile*, CEDAW/C/CHI/5-6, 2012, para. 17b; *ID.*, *Concluding Observation: Singapore*, CEDAW/C/SGP/CO/4, 2012, para. 21.

<sup>62</sup> UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *Views adopted by the Committee under article 7(3) of the Optional Protocol, concerning Communication No. 134/2018*, CEDAW/C/81/D/134/2018, 23 Marc 2022.

<sup>63</sup> Article 7(1) of the Optional Protocol: «The Committee shall consider communications received under the present Protocol in the light of all information made available to it by or on behalf of individuals or groups of individuals and by the State party concerned, provided that this information is transmitted to the parties concerned». A largely shared opinion considers the Committee’s jurisprudence under the Optional Protocol as an emerging area of importance, likely to increase in significance, especially through the implementation of the individual communication procedure. See A. BYRNES, *The Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, in A. HELLMUM, H. SINDING AESEN (eds.), *op. cit.*, 45.

<sup>64</sup> The provision - which originally encompassed only “male person” – has been amended by the Penal Code (Amendment) Act No. 22 of 1995 as to include also sexual conduct between women, thus replacing the wording “male person” with “person”.

<sup>65</sup> See Inter-American Court of Human Rights, *Judgment (Merits, Reparations and Costs) of 24 February 2012, Atala Riffó and daughters v. Chile*, Series C No. 239, paras 79, 91 and 133. Moreover, the CEDAW Committee expressly requires State Parties to abstain from «making laws, policies, regulations, programmes, administrative procedures and institutional structures that directly or indirectly result in the denial of the equal enjoyment by women of

subjected to threats and harassment based on her sexuality and her non-conformity with stereotypical roles and appearances for women, causing her to fear for her own safety and that of her family»<sup>66</sup>.

The relevancy of the present case lies in the fact that, for the first time, the CEDAW Committee was called to decide over an individual complaint specifically related to the criminalization of lesbian and bisexual women<sup>67</sup>. According to the extent of the communication submitted by the author, the Committee has thus been called to decide over a series of violations which involve fundamental principles enshrined in the CEDAW.

First, the Committee has held Sri Lanka responsible under Article 2 (c)-(f)<sup>68</sup> – in compliance with General Recommendations Nos. 19 and 35 – for the criminalization of same-sex sexual activity between women, on the ground that it exacerbates gender-based violence against women<sup>69</sup>,

---

their civil, political, economic, social and cultural rights» (CEDAW Committee, General Recommendation No. 28, par. 9).

<sup>66</sup> CEDAW/C/81/D/134/2018, para. 3.2.

<sup>67</sup> This also represents the second case in which a UN human rights treaty body has been called to decide over the duty to decriminalize consensual same-sex conduct. See *Toonen v Australia*, Communication No. 488/1992, UN Doc CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

<sup>68</sup> It must be stressed that Article 2 of the Convention is considered as one of its' core articles. In this sense, «the CEDAW Committee regards Article 2 as a fundamental and core provision to the Convention and considers any reservation to that article to be contrary to the object and purpose of the Convention and incompatible with international law» (W. VANDENHOLE, *op. cit.*, 25). See UN Doc. A/52/38/Rev. 1, para. 59 (*Marocco*); UN Doc. A/56/38 (part. I), para. 37 (*Egypt*); UN Doc. A/55/38 (part. II), para. 186 (*Iraq*); UN Doc. A/56/38 (part. II), para. 74 (*Singapore*), in which the Committee has considered Article 2 and 16 to be «the very essence of obligations under the Convention».

<sup>69</sup> It is worth noting that, in its General Recommendation No. 35, the Committee has expressed its preference for the use of the term “gender-based violence against women” rather than “violence against women”, because it underlines the «gender causes and impacts of violence», and «strengthens the understanding of this violence as social» (UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, General Recommendation No. 35, *cit.*, para. 9). On this ground, it has been argued that «embedded constructions of femininity and masculinity based on ascribed sex roles and consequent gender stereotyping hinder the elimination of gender-based violence and the implementation and full realization of women's human rights» (R. BIHOLAR, *Transforming Discriminatory Sex Roles and Gender Stereotyping: The implementation of article 5(a) CEDAW for the realization of women's right to be free from gender-based violence in Jamaica*, Cambridge, 2013, 62, 320). In this context, some authors have also argued the distinction between “gendered violence” and “violence based on the gender”. See F. POGGI, *Violenza di genere e convenzione di Istanbul: un'analisi concettuale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, 51 ff. For a deeper analysis of the concept of “gender-based violence against women”, see also S. DE VIDO, *The Prohibition of Violence Against Women as Customary International Law? Remarks on the CEDAW General Recommendation No. 35*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, 379-396; ID., *Donne, Violenza e Diritto internazionale. La Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Milan, 2016.

such as the vilification and harassment perpetrated against the author<sup>70</sup>. Echoing the content of the General Recommendation No. 35<sup>71</sup>, the decision underlines the fact that gender-based violence can take “multiple forms”, including acts or omissions intended – or likely to cause or result – in sexual, psychological harm or suffering to women, as well as harassment, coercion and arbitrary deprivation of liberty. Therefore, contributing to its innovative orientation towards gender-based violence against women – including lesbians<sup>72</sup> – the Committee’s decision clearly complies with the principle that «gender-based violence may breach specific provisions of the Convention, regardless of whether those provisions expressly mention violence»<sup>73</sup> – as it is the case with Article 2 (c)-(f).

Secondly, the finding ascertains the violation of Articles 5(a) – read in conjunction with Article 1 – of the Convention. This assumption finds its basis on the fact that, through the criminalization of same-sex sexual activity, the State has legitimated – instead of denied – prejudice and gender stereotypes against women. As it also emerges from the above analysis, the obligation to respect<sup>74</sup> requires State Parties to refrain from wrongful stereotyping. However, from the examined case, it is clear that the State has violated the prohibition from exercising its powers in a way that penalizes, stigmatizes or otherwise marginalizes individuals

---

<sup>70</sup> The Committee requires State Parties to adopt a “zero tolerance policy” and to address the issue of gender-based violence in a holistic manner, for example, through legislation and enforcement and monitoring of existing law. See UN Doc. A/57/38 (part. II), para. 239 (*Zambia*); UN Doc. A/55/38 (part. I), para. 70 (*India*); UN Doc. A/55/38 (part. I), para. 218 (*Congo*); UN Doc. A/52/38/Rev.1 (part II), para. 402 (*Australia*); UN Doc. A/52/38/Rev.1 (part. II), para. 451 (*Bangladesh*).

<sup>71</sup> *General Recommendation No. 35*, para. 14.

<sup>72</sup> *ON and DP v Russian Federation* (2020), cit., where the authors of the individual complaint were a lesbian couple.

<sup>73</sup> See UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *General Recommendation No. 19*, para. 6. Surprisingly, the CEDAW itself does not contain any express reference to the issue of “violence” against women. In this context, some have argued that «it seems nevertheless that this omission can be explained by the fact that CEDAW was formulated in 1979, at a time when there was little, if any, recognition of violence against women as an issue falling within the ambit of international human rights law» (R. J. A. MCQUIGG, *The CEDAW Committee and Gender-Based Violence against Women*, in *International Human Rights Law Review*, 2017, 264). Similarly, it has been considered that prior to 1990s, «violence against women was not seen as a major issue, and if it was recognised as an issue at all, it was considered an issue for national governments (criminal law) rather than international law» (A. EDWARDS, *Violence Against Women under International Human Rights Law*, Cambridge, 2010, 7). See also R. REDDOCK, *CEDAW and Violence Against Women: Reflections After 40 Years*, in *Violence against Women*, SAGE Journals, 2022, 1723-1727, accessible at: <https://doi.org/10.1177/10778012221086003>.

<sup>74</sup> UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *General Recommendation No. 28*, paras 9-10.

who decide not to conform to gender stereotypes, such as lesbian women. As a consequence, the examined case highlights the “intersectional” impact between conducts undertaken by lesbian and bisexual women<sup>75</sup> and the effects that they produce in the context of *all forms of discrimination* that may affect individuals, both because they are women and because they are lesbian or bisexual. In this context, the necessity for the State to decriminalize the consensual same-sex relations, as an essential step for preventing and protecting the author against violence, discrimination and harmful gender stereotypes<sup>76</sup>, has thus been invoked as urgent and compelling.

On a different ground, with regard to the right of access to justice – expressly disciplined under Articles 2 and 15<sup>77</sup> of the Convention – the relevancy of the previous considerations emerges when considering that the criminalization is *per se* incompatible with the complainant’s right to have access – at the domestic level – to the protection and remedies offered through criminal law<sup>78</sup>. More precisely, the Sri Lankan Constitution explicitly denies the possibility to bring any legal challenge against the validity of laws that are already in force, as constitutional challenges can only be activated towards bills that have not yet been enacted. The lack of an effective legal remedy in favor of the author, in order to challenge section 365A of the Sri Lankan Penal Code, thus derived from the fact that the pre-enactment review of the criminal provision in exam should have been brought before the Supreme Court only through the filing of a

---

<sup>75</sup> As above-mentioned, intersectional discrimination refers to those forms of differentiation suffered by women by virtue of their sex and other status. In this sense, the Committee has referred to the “intersectional discrimination” in its General Recommendation No. 28 and also in its General Recommendations related to disabled women, elderly women and migrant women workers. See UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *General Recommendation No. 15* (1990) on the avoidance of discrimination against women in national strategies for the prevention and control of AIDS; *General Recommendation No. 24*, para. 6, on women and health; *General Recommendation No. 25*, para. 12; *General Recommendation No. 26*, paras 6 and 7; *General Recommendation No. 27* (2010) on older women and the protection of their human rights; *General Recommendation No. 33* (2015) on women’s access to justice, paras 8 and 9. More recently, intersectional discrimination has been recalled in *ON and DP v Russian Federation*, where the Committee has underscored that the «discrimination against women is inextricably linked to other factors that affect their lives, including being lesbian women» (para. 7.4).

<sup>76</sup> See A/HRC/35/36, para. 37 and A/HRC/31/57, para. 10.

<sup>77</sup> Article 15 of CEDAW: «1. States Parties shall accord to women equality with men before the law (...).»

<sup>78</sup> With regard to the obligation upon State Parties as to ensure that national criminal investigations and legal proceedings are impartial and fair, in contrast with the consideration of gender stereotypes, see UN General Assembly, *Interim Report of the Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers*; see also UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *Karen Tayag Vertido v The Philippines*, CEDAW/C/46/D/18/2008.



preventive request, within one week of the bill being placed on the Order Paper of Parliament<sup>79</sup>. Given the limited time frame and the alleged lack of information argued by the author, Sri Lanka has been found liable under Articles 2 and 15 of the Convention, as not having showed any proof that, in practice, the complainant should and could have appointed the above-described constitutional remedy in a timely and efficient manner.

Last but not least, one of the key aspects of the present case is found in the Committee's decision to sanction the same-sex sexual criminalization as a breach of the rights to autonomy and choice, expressly enshrined in Article 16 of the Convention<sup>80</sup>, which prescribes the duty upon States to ensure that women have the "same right" to enter into marriage and to freely chose a spouse on a basis of "equality between men and women". Although the wording of Article 16 is far from explicitly allowing same-sex couples to marry, by recognizing that women in family – «whatever the form of a family»<sup>81</sup> – must be treated equally both at law and in private, the Committee has expressly pointed out that these rights «belong to all women, including lesbian, bisexual, transgender and intersex women, and that article 16 of the Convention applies also to non-heterosexual relations»<sup>82</sup>.

Therefore, flowing from the Committee's purposive interpretation, its final recommendations in *Rosanna Flamer-Caldera v. Sri Lanka*, which significantly emphasizes the inclusive nature of CEDAW<sup>83</sup>, seems to be *directly* aimed – and this is the key point – at the protection of lesbian, bisexual transgender and intersex women. On this ground, starting from the consideration that certain groups of women, including lesbian women, are particularly vulnerable to discrimination by means of civil and penal law, regulations, customary law and practice<sup>84</sup>, the Committee

---

<sup>79</sup> Article 121(1) of the Sri Lankan Constitution.

<sup>80</sup> This Article is considered critical by the Committee for the full enjoyment of women's rights. See UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, *General Recommendation No. 21* (1994), Equality in Marriage and Family Relations; UN Doc. A/52/38/Rev.1 (part II), para. 433 (*Bangladesh*).

<sup>81</sup> CEDAW/C/81/D/134/2018, para. 9.7.

<sup>82</sup> *Id.*

<sup>83</sup> By underlining the inclusive nature of the CEDAW, the Committee has responded to those critics based on the consideration that, under the Convention, women's right to family life are protected only in relation to heterosexual marriages. This critical opinion is argued in D. MOECKLI, S. SHAH, S. SIVAKUMARAN (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford, 2022, 357.

<sup>84</sup> See UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of State Parties Under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, UN Doc. CEDAW/C/GC/28, 16 December 2010, para. 31 and *General Recommendation No. 35 on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19*, UN Doc. CEDAW/C/GC/35, 26 July 2017, para. 12.



has thus highlighted the State party's failure in eliminating the prejudice and stereotypes to which the author has been exposed, on account of being lesbian.

Following the above-mentioned trend aimed at rendering recommendations more effective and concrete, rather than mere "suggestions", not only the Committee has invited the State to expressly decriminalize consensual same-sex sexual conduct between women having passed the age of consent, but it has also expressly required Sri Lanka to adopt a «*comprehensive legislation against discrimination against lesbian, bisexual, transgender and intersex women*»<sup>85</sup>, in addition to provide «adequate protection (...) to lesbian, bisexual, transgender and intersex women who are victims of discrimination»<sup>86</sup>.

In this sense, the Committee has followed the practice and case-law of other international bodies entitled to supervise the respect of human rights, such as the European Court of human Rights<sup>87</sup>, which has repeatedly stated the necessity for the State party to respect specific positive obligations in order to deny sex-based discrimination, also through the adoption of general measures requiring the amendment of the domestic legislation, as to comply with the human rights framework. More specifically, the ECtHR, after having stated, in its judgment of June 24<sup>th</sup>, 2010 in *Schalk and Kopf v. Austria*, that the same-sex unions of a stable nature are included within the notion of family according to Article 8 ECHR<sup>88</sup>, has censured with the judgment of July 21<sup>st</sup>, 2015 in *Oliari and Others v. Italy* the absence in the national legal system of a legal framework allowing for recognition and protection of same-sex relationships, thus finding a violation of Article 8 ECHR. In particular, the Court criticised the serious shortcomings of the Italian legal system in this area, pointing out, *inter alia*, the gap between social reality, in which same-sex unions widely exist and are accepted, and the absence of effective legal protection for

---

<sup>85</sup> UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Views adopted by the Committee under article 7(3) of the Optional Protocol, concerning communication No. 134/2018*, CEDAW/C/81/D/134/2018, 24 March 2022, para. 11(b)(ii).

<sup>86</sup> *Ibidem*, para. 11(b)(iii).

<sup>87</sup> From here "ECtHR".

<sup>88</sup> European Court of Human Rights, judgement 24 June 2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, Appl. no. 30141/04, para. 94. Subsequently, the European Court of Human Rights [Grand Chamber], in its judgment of 7 November 2013, *Vallianatos and Others v. Greece*, Appl. Nos. 29381/09 and 32684/09, para. 73, opened further in favour of the protection of family relationships of a homosexual nature, limiting the importance of the said condition of stability of the family union and thus guaranteeing similar protection to homosexual couples who, "for professional and social reasons" and therefore on the basis of an adequate justification, are not permanently cohabiting.

them<sup>89</sup>. The Court highlighted the rapid development in the recognition of the rights of same-sex couples, albeit through different legal instruments – marriage, civil partnerships, etc. – both within the framework of the legal systems of the Council of Europe member countries and at the universal level<sup>90</sup>.

For these reasons, the ECtHR has found a failure to comply with the positive obligations deriving from Article 8 ECHR, also requiring the State «to implement, under the supervision of the Committee of Ministers, appropriate general and/or individual measures to fulfil its obligations to secure the right of the applicants and other persons in their position to respect for their private and family life»<sup>91</sup>. Such in compliance with the well-established case law according to which the Court, in the event of systematic or generalised violations, may require the adoption of general measures (including legislative ones) or measures of an individual nature in order to resolve the situation created in the case at issue and to prevent similar situations from arising<sup>92</sup>.

More recently, the Strasbourg Court, in its judgment of July 13<sup>th</sup>, 2021 in *Fedotova and Others v. Russia*, reaffirmed the positive obligation of Contracting Parties to the ECHR to provide a legal framework that guarantees the recognition of same-sex relationships, rejecting the respondent State's argument that a majority of Russians disapproved same-sex unions. In the Court's commendable opinion, «[i]t would be incompatible with the underlying values of the Convention, as an instrument of the European public order, if the exercise of Convention rights by a minority group were made conditional on its being accepted by the majority»<sup>93</sup>.

For the aim of the present analysis, it is thus worth noting that, differently from other previous decisions, the CEDAW Committee has taken on the (strong) responsibility to *directly* address the protection of LGBT interests – not only by referring to gender-based violence against women “including” lesbians, but rather – *directly* entitling lesbians, bisexual, transgender and intersex women – considered as an “autonomous” marginalized group affected by “intersectional” discrimination –

---

<sup>89</sup> For a more detailed analysis on the national, supranational and international case-law regarding the legal *status* of same-sex couples, see D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (eds.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin, 2014.

<sup>90</sup> Appl. nos. 18766/11 and 36030/11.

<sup>91</sup> See para. 200 of the judgment.

<sup>92</sup> Based on the ruling of the ECtHR, the Italian Parliament approved Law No. 76 of 20 May 2016 on the regulation of civil unions, including those between persons of the same sex.

<sup>93</sup> See Appl. nos. 40792/10, 30538/14 and 43439/14, para. 52.

with human rights<sup>94</sup>. In conclusion, extending the scope of the Convention as to include LGBT rights, the decision in comment is said to represent the first “verdict” adopted by a UN human rights treaty body which expressly recognizes the criminalization of same-sex lesbian conduct as a *direct* human rights violation.

5. The increasing complexity, ambition and extension of the entire human rights framework strongly arises from the undertaken analysis, especially when considering the international community’s effort in the recognition of LGBT rights<sup>95</sup>.

First of all, believing that the «overarching object and purpose of human rights treaties is the protection of the rights of *individuals*»<sup>96</sup>, the absence in the CEDAW of any express references to sexual orientation and gender identity is deemed not to automatically exclude the applicability of its principles also to LGBT *individuals*. After all, having considered sexual orientation and gender identity as grounds for discrimination under Articles 1 and 5, the CEDAW Committee has increasingly fostered the adoption of measures by State Parties, in order to ensure the enjoyment of rights provided by the Convention, also in favor of LGBT persons<sup>97</sup>. In doing so, when compared with others, the CEDAW Committee has been considered as one of the most innovative, having it extensively

---

<sup>94</sup> A similar - but still different - attempt can be found in the above-mentioned *ON and DP v Russian Federation* (2020) case, where the Committee’s recommendation expressly required the State to «provide lesbian women who are victims of violence with safe and prompt access to justice» (para. 9(b)(iv)).

<sup>95</sup> For an analysis on the international community’s need to address LGBT rights through international law, see D. L. DELAET, *Don’t Ask, Don’t Tell: Where is the Protection Against Sexual Orientation Discrimination in International Human Rights Law?*, in *Law and Sexuality*, 1997, 31.

<sup>96</sup> K. MECHLEM, *Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2009, 91.

<sup>97</sup> In this sense, it is said that «CEDAW slowly but surely is making its mark on international, regional and national legal developments» (A. HELLUM, H. SINDING AESEN, *Conclusions*, in A. HELLUM, H. SINDING AESEN (eds.), *op. cit.*, 653). On a slightly different ground, it is worth noting that, with regard to LGBT minors – although Article 2(1) of the Convention on the Rights of the Child does not contain any reference to discrimination based on sexual orientation or gender identity – the Committee on the Rights of the Child has frequently stated that sexual orientation and gender identity «are included within the prohibited grounds of discrimination outlined in Article 2 and has urged State parties to take appropriate measures for preventing and combating those two forms of discrimination» (see R. VIRZO, *The United Nations Committee on the Rights of the Child and the Protection of the “Fundamental Rights” of LGBT minors*, in *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 2017, 61). See also UN Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 15 (2013) on the right the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health* (Article 24), par. II(B), U.N. Doc. CRC/C/GC/15 (Apr. 17, 2013).

interpreted the concept of discrimination as to include “gender-based violence” and “gender discrimination”<sup>98</sup>.

Thus, the decision not to expressly define the term “woman” into the CEDAW, in addition to the use of the broader term “sex” in defining discrimination, has made it possible to extend the inquiry of the Convention, requiring a deeper investigation into “woman” as gender<sup>99</sup>. If the concepts of freedom and autonomy of choice were universally understood to broadly encompass sexuality and gender identity – as it seems from the Committee’s recent orientation – violations of LGBT human rights, stemming from gender stereotypes and fixed parental roles, could thus feasibly fall within the application of the CEDAW’s principles<sup>100</sup>. Evidence of it can be found in the Committee’s recommendations to States Parties, which are (directly or indirectly) grounded on the Convention, when declaring that any form of violence against “sexual” minorities shall be prevented, that women shall not be marginalized because of their sexual orientation or gender identity, and that consensual same-sex sexual activity between consenting adults shall be decriminalized.

Therefore, notwithstanding the critics related to the formal prerogatives and limits of the CEDAW<sup>101</sup>, it should be noted that the step-by-

---

<sup>98</sup> Considering that each Committee tends to take its own approach, it has been pointed out that «while the CEDAW Committee frequently recommends affirmative action measures to accelerate *de facto* equality for women in all fields of life, other Committees have been much more restrictive, or do not have as yet developed any policy» [e.g. CRC Committee] (W. VANDENHOLE, *op. cit.*, 286-287). See also K. FROSTELL, *Gender Difference and the Non-Discrimination Principle in the CCPR and the CEDAW*, in L. HANNIKAINEN, E. NYKÄNEN (eds.), *New Trends in Discrimination Law – International Perspectives*, Turku, 1999, 34.

<sup>99</sup> E. MEYER, *op. cit.*, 574. However, supporting an extensive interpretation of the term “gender”, some authors have strongly endorsed the idea that a narrow «equation women-gender [would be] (...) worrying because it [could] be exploited to minimize and limit international legal obligations with regard to violence perpetrated against LGBTQIA» (S. DE VIDO, *op. cit.*, 381). In this context, it is thus worth recalling that, during the negotiations for the adoption of the Istanbul Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (2011), the Holy See and the Russian Federation expressly objected a broad definition of “gender”, thus endorsing the idea that gender shall only include two sexes, male and female. See Council of Europe, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Istanbul, 11 May 2011, para. 43.

<sup>100</sup> Many authors criticize this assumption on the ground that the terms “sex” and “gender” are not universally interpreted as to include the specific significance of sexual orientation and gender identity in many national legislations. For an example taken by the United States – which excludes the inclusion of “sexual orientation” or “gender identity” in the meaning of “sex” as intended in Title VII – see *Simonton v. Runyon*, 232, F. 3d 33, 38 (2d Cir. 2000). On this topic, an exhaustive analysis of the increasing importance that sexual orientation and gender identity have progressively gained can also be found in M.C. VITUCCI, *La tutela internazionale dell’orientamento sessuale*, Napoli, 2012.

<sup>101</sup> Although reinterpreting CEDAW has helped the LGBT community by providing persuasive authority for the protection of its rights, this solution has been considered as generally

step recognition of a crucial link between gender discrimination and LGBT rights endorsed by the CEDAW Committee – in lack of a tailored treaty aimed at granting sexual orientation – represents a forward-looking and significant innovation<sup>102</sup>.

---

not satisfying in the long term. First, with a view to contrast the “women-only” orientation, some have argued the need to “unisex” the CEDAW, in order to foster the implementation of “gender-neutral” sex equality norms (D. ROSENBLUM, *op. cit.*). In contrast with this proposal, critics have been raised by those who underlined that, by maintain the wording of the CEDAW – from which the asymmetrical approach stems – the Convention «would likely only protect LBT women, leaving GBT men unprotected» (R. GALLAGHER, *Redefining “CEDAW” to Include LGBT Rights: Incorporating Prohibitions Against the Discrimination of Sexual Orientation and Gender Identity*, *cit.*, 651). From a slightly different perspective, recognizing that the ongoing ideological obstacles make it difficult to extend the term “sex” as to include other sexes and sexualities, others have suggested amendments to the CEDAW, as to “super-sex” the Convention, through the express inclusion of LGBT rights’ protection (B. HERNÁNDEZ-TRUYOL, *Unsex CEDAW? No! Super-sex it!*, in *Columbia Journal of Gender and Law*, 2011, 220). On the one hand, this approach has been strongly criticized as unrealistic, especially by those who have supported the idea of the necessity to enhance LGBT rights through the progressive judicial process, rather than resorting to a new international law document (see T. GARVEY, *God v. Gays? The rights of Sexual Minorities in International Law as seen through the Doomed Existence of the Brazilian Resolution*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, 2010, 659). On the other hand, being men the only other gender expressly recognized in CEDAW, the actual wording of the Convention is said to paradoxically reaffirm and legitimate the hierarchy between genders, with the consequence that such amendments would effectively deconstructing the usage to refer to men as a universal standard of comparison, in addition to reinforcing a fluid approach to gender identity (D. OTTO, *Queering Gender [Identity] in International Law*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 2015, 33. This opinion seems to be supported by the initial statements of the CEDAW Committee which have affirmed the usage of the asymmetrical approach only as a “temporary” measure as to achieve substantive women’s equality. See UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *General Recommendation No. 25 on Article 4*, para. 1 of the Convention (UN Doc. CEDAW/C/GC/25 (2004)). However, it is clear that amending CEDAW would probably cause a negative impact on the progress of women’s rights, as the Convention was originally written with a “women-only” orientation (D. OTTO, *International Human Rights Law: Towards Rethinking Sex/Gender Dualism and Asymmetry*, in M. DAVIES, V. E. MUNRO (eds.), *A Research Companion to Feminist Legal Theory*, Farnham, 2013, 197-199). Therefore, an alternative to the CEDAW’s reinterpretation – or amendment – would be represented by the creation of a new multilateral treaty, explicitly aimed at prohibiting discrimination against individuals on the basis of their sexual orientation or gender identity. In this way, a new legally binding convention could implement «definitive normative framework for transforming rights of sexual minorities into reality» (E. HEINZE, *op. cit.*). Lastly, another suggested alternative would be represented by the adoption of a General Recommendation expressly regarding LGBT rights or (better) extending the scope of Article 5(a) as to explicitly include the strong link between gender stereotypes and gender roles as affecting LGBT rights. For a deeper analysis of this proposal, see R. HOLTMAAT, P. POST, *op. cit.*, 336.

<sup>102</sup> Following a prospective view, «as the Committee’s body of case law grows, and more decisions are adopted in which the Committee finds violations, the question of domestic implementation will assume greater importance» (A. BYRNES, *The Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, *cit.*, 47).

Hence, it is clear that the Committee's efforts, based on a progressive and extensive interpretation of the Convention, aim to ensure equality and dignity of all *individuals* within the human rights framework. In doing so, starting from the adoption of cautious attempts to encompass ("in addition") LGBT rights in the core objectives of the Convention, the aforementioned Committee's recent recommendations are said to represent the basis of a landmark development, mainly intended – for the first time – to *directly* promote the rights of lesbian, transgender, intersex or bisexual individuals within the scope of the CEDAW.

From a more general perspective, the relevance of the Committee's orientation can be easily perceived, as it endorses the need for the adoption of a holistic approach related to every specific form of discrimination, with the aim of "strengthening" the current regulation, on the basis of a teleological and evolutionary interpretation of the most relevant provisions, thus adapting the wording of the Convention to the renewed needs arising from the modern society.

#### ABSTRACT

*Discrimination Against Women and Gender Stereotypes  
Under the "Cedaw": A Direct Protection of the LGBT Rights in  
Flamer-Caldera v. Sri Lanka?*

The current human rights framework is characterized by the absence of a tailored multilateral treaty directly aimed at granting LGBT rights. Starting from the analysis of the "asymmetrical" approach adopted by the Convention on the Elimination of all forms of Discrimination Against Women ("CEDAW") – whose "women-only" orientation immediately emerges from its title – this contribution examines the object and purpose of the Convention, in order to detect whether it could be instrumental in addressing the protection of the LGBT community. Following this aim, the article investigates the extent to which the concept of "discrimination" and "gender stereotypes" – arising from Article 1 and 5 of the Convention – might be intended. Accordingly, the discussion will consider some remarkable decisions adopted by the CEDAW Committee on this topic, among which the recent *Flamer-Caldera v. Sri Lanka* case stands out, having them progressively emphasized the inclusive nature of the Convention, beyond its formal structure and wording.



## THE EU SUSTAINABLE FINANCE STRATEGY: SOME PERSPECTIVES ON CLIMATE DIPLOMACY

GIULIA BORGHESI, FABIO GIUDICE\*, CESARE IMBRIANI, PIERGIUSEPPE MORONE

SUMMARY: 1. Introduction – 2. International sustainable finance initiatives: an overview – 3. The EU environmental agenda and the quest for a shared Taxonomy – The EU climate diplomacy: a strategic outlook – 5. Conclusion

1. Climate change is increasingly central in the agenda of governments across the world. The emergency caused by the COVID-19 pandemic has shown once again that global issues must be tackled with firmness and conviction. The need to work as a global community and to join forces in politics, academia, civil society and business is, by all means, increased over the last two years.

In this context, green or sustainable finance is a complementary instrument to ensure that both the public and private sector take on the role that everyone expects to achieve climate goals. However, several aspects still need improvements, such as uniformity of standards and certification criteria, especially for green bonds. Generally speaking, these are bonds whose proceeds are linked to the financing of sustainable projects with beneficial impacts on the environment<sup>1</sup>.

Many policymakers around the world have already started to develop green financial instruments, but there is a need for international coordination to facilitate the exchange and integration of sustainable products into financial markets. The EU is no stranger to this effort, rather it is among the leading actors in the field.

This paper will argue that global initiatives (such as at the G20 and United Nations level) and domestic EU initiatives in the field of climate change – sustainable finance included – are inevitably interconnected.

---

\* Le opinioni sono espresse a titolo personale e non sono riconducibili al Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale.

<sup>1</sup> See [www.icmagroup.org](http://www.icmagroup.org).



This analysis will be carried out with a primarily economic approach. Moreover, it argues that the EU internal environmental policies cannot be isolated from their geopolitical and strategic consequences. Therefore, it proposes a fresh perspective on the EU Green Deal diplomacy and the current negotiations on the EU sustainable finance regulations.

A methodological specification is also necessary. The domain of sustainable finance, considering the difficulty in reaching legally binding agreements in the field and the absence of a global financial legislation, has increasingly been targeted by soft law<sup>2</sup>, which is much more flexible and can encourage more reluctant states to adopt policies<sup>3</sup>. In addition, it may contribute to shaping and developing binding norms, but also to provide an interpretation to international law<sup>4</sup>. For this reason, the first paragraph will primarily discuss soft law initiatives, both globally and at EU level, in order to provide a framework to understand EU policy initiatives which will be addressed in the following paragraphs, such as Regulation (EU) 2020/852, amending Regulation (EU) 2019/2088<sup>5</sup>, which represent also the first attempt to provide sustainable finance a legal framework<sup>6</sup>.

The second chapter presents the global sustainable finance initiatives, therefore providing an updated overview of the progress made in the field, with special consideration for the recent Rome G20 and the COP26. The third chapter focuses on the EU internal environmental agenda, starting from the EU Green Deal, the NextGenerationEU and other relevant policies, to conclude with a specific focus on sustainable finance regulations and the current negotiations within the EU institutions. The fourth chapter provides a wider outlook of the connection between these policies and the geopolitical and foreign policy scenario. It concentrates on climate diplomacy and the role played (and to be played) by the European Union in the future. The fifth chapter concludes, providing some reflections on why the current debate and the decisions to be taken need a strategic approach.

---

<sup>2</sup> O. HEILAND, *Transition to Hard Law: ESG Integration and the EU Framework on Sustainable Finance*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2020, 553 ff.

<sup>3</sup> Eurofound, *European Observatory of Working Life*, available online.

<sup>4</sup> D. THÜRER, *Soft Law*, in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, available online.

<sup>5</sup> See *infra*, Section 3.

<sup>6</sup> O. HEILAND, *op. cit.*

2. Sustainable finance has increasingly become relevant in the EU and global agenda. Collective action against climate change is now more urgent than ever, and the huge investments for the transition require massive financial resources<sup>7</sup>. According to the European Commission's definition of sustainable finance, this would mean «taking environmental, social and governance (ESG) considerations into account when making investment decisions in the financial sector»<sup>8</sup>. Article 2 of the 2015 Paris Agreement expressly calls upon the Parties to make «finance flows consistent with a pathway towards low greenhouse emissions and climate-resilient development».

Indeed, throughout the last two decades, many international initiatives have already begun to tackle the issue in various ways. The United Nations, the World Bank, the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), the Financial Stability Board (FSB) and a number of central banks have concretely engaged in making finance more environmentally-friendly. For instance, the United Nations created the UNEP Finance Initiative and the so-called Principles for Responsible Investment (PRI), a peculiar association of investors launched in the New York Stock Exchange in 2005. The Financial Stability Board formed a Task Force on Climate-Related Disclosures (TCFD) to enhance the monitoring and transparency of financial operators' investments in the field of sustainability. In November 2020, the TCFD published a report that claimed for a more systematic application of sustainability principles and underlined the lack of exhaustive data to assess risks<sup>9</sup>.

Other relevant financial actors, such as central banks, are coordinating and contributing to the implementation of green finance: the Network of Central Banks and Supervisors for Greening the Financial System (NGFS), created in 2017, is one of the fora where this is happening. More recently, the European Investment Bank (EIB) announced that by 2021 it would stop financing fossil fuel-based projects and that it would mobilize 1 trillion euros in sustainable investments<sup>10</sup>. In the previous year, the European Central Bank (ECB) announced it would accept green bonds as collateral, with payouts linked to sustainability goals and that it

---

<sup>7</sup> Italian Ministry of Environment and Protection of Land and Sea, United Nations Environment, *Rapporto del Dialogo Nazionale dell'Italia per la finanza sostenibile*, 2016, available online; J.D. SACHS, W.T. WOO, N. YOSHINO, F. TAGHIZADEH-HESARY, *Why Is Green Finance Important?*, in *ADB Working Paper Series*, No. 917, January 2019, 3, available online.

<sup>8</sup> Available online.

<sup>9</sup> Financial Stability Board, *The Implications of Climate Change for Financial Stability*, 23 November 2020, available online.

<sup>10</sup> EIB, *EU Bank Launches Ambitious New Climate Strategy and Energy Lending Policy*, 14 November 2019, available online.

will include them in asset purchase schemes<sup>11</sup>. The effects of green Quantitative easing are also being considered as part of the ECB's monetary policy decisions for the post-COVID-19 recovery<sup>12</sup>.

Moreover, the World Bank's International Finance Corporation (IFC) elaborated the Equator Principles to set environmental and social risk management standards to be applied to its investments<sup>13</sup>. IOSCO, the International Organization of Securities Commissions, instituted a task force to coordinate national initiatives<sup>14</sup>. The OECD took some step forward through its Center for Green Finance and Investment<sup>15</sup>.

The private sector too is experiencing interesting developments with sustainable finance and green bonds. The International Capital Markets Association (ICMA) launched the Green Bond Principles, the Social Bond Principles and the Sustainability Bond Guidelines<sup>16</sup>. BlackRock – the world's largest investment firm with nearly \$8 trillion in assets under management – has recently embarked on a long list of sustainable investment initiatives. For example, over the past year BlackRock has integrated and improved the measurement of ESG criteria into the investment strategies it offers. The firm is also involved in the growth of the green bond market: as of 2020, BlackRock held over \$16 billion in green bonds. To increasingly promote these instruments, it has developed a proprietary taxonomy that assigns a color to each green bond on a scale from very light green to dark green depending on the intended use of the bond proceeds, the associated environmental benefits and the commitment of its issuers to impact allocation and reporting<sup>17</sup>. In Italy, Intesa San Paolo started issuing green bonds in 2017 and is scaling up its sustainability agenda, along with other major credit institutions<sup>18</sup>.

Against this background, the EU Commission as well has been working since 2016 by appointing a High-Level Expert Group on Sustainable Finance. In 2018, the Commission unveiled its Sustainable Fi-

---

<sup>11</sup> European Central Bank, *Never Waste a Crisis: COVID-19, Climate Change and Monetary Policy*, 17 July 2020, available online.

<sup>12</sup> A. FERRARI, V. NISPI LANDI, *Whatever It Takes to Save the Planet? Central Banks and Unconventional Green Policy*, in *BCE Working Paper Series*, No. 2500, 2020, available online.

<sup>13</sup> See [www.equator-principles.com](http://www.equator-principles.com).

<sup>14</sup> International Organization of Securities Commissions, *Sustainable Finance and the Role of Securities Regulators and IOSCO*, Final Report, FR04/2020, April 2020, available online.

<sup>15</sup> See [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

<sup>16</sup> See [www.icmagroup.org](http://www.icmagroup.org).

<sup>17</sup> See [www.blackrock.com](http://www.blackrock.com).

<sup>18</sup> See [www.intesasanpaolo.com](http://www.intesasanpaolo.com).

nance Action Plan<sup>19</sup> which has set three main goals (fully aligned with the Paris Agreement): reorienting capital flows towards sustainable investments; managing financial risks stemming from climate change; fostering transparency and long-termism in the financial sector. The next chapter will be dedicated to the follow-up to this Action Plan, considering the European Green Deal, the Next Generation EU and especially the implementation of the Taxonomy Regulation for the legal definition of «green investments».

Before doing so, we should take stock and summarize the outcome of two significant and recent events for climate diplomacy (as well as for Italy): the Rome G20 meeting and the COP26 held in Glasgow. These were perfect occasions for advancing new commitments in the field of sustainable finance, within the framework of the COVID-19 pandemic. With the latter, the drive towards a structural change in the economy has increased, as policymakers reacted to the economic crisis with considerable fiscal and industrial policies.

Starting from the G20, it is needless to say that the October final meeting was just the icing on the cake of a year-long diplomatic effort, to which the Sustainable Finance Working Group (SFWG) made no exception. The Group itself is the result of subsequent commitments by Parties since 2016, when it was launched as a Study Group (SFSG) under the Chinese presidency. In the same year, the Group first evidenced a series of barriers to the development of sustainable finance. From a micro-economic standpoint, barriers would include information asymmetry, maturity mismatches and inadequate analytical capacity. Instead, macroeconomic barriers could be either general (inflation, capital controls, GDP and exchange rates volatility) or specific (fiscal capacity, access to international capital markets, under-development of local capital markets)<sup>20</sup>.

In 2018, the Group had already provided general suggestions on voluntary options to enhance private investments in sustainable activities, then endorsed by the G20 Leaders' declaration of Buenos Aires<sup>21</sup>. The Rome G20 has dedicated even more attention to sustainable finance, as demonstrated by the Leaders' declaration (paragraphs 30 and 31)<sup>22</sup>, where they affirmed it is «crucial for promoting orderly and just transi-

---

<sup>19</sup> Communication from the Commission, *Action Plan: Financing Sustainable Growth*, 8 March 2018, COM(2018) 97 final, available online.

<sup>20</sup> G20 Green Finance Study Group, *G20 Green Finance Synthesis Report*, 5 September 2016, available online.

<sup>21</sup> G20 Sustainable Finance Study Group, *Sustainable Finance Synthesis Report*, July 2018, available online.

<sup>22</sup> Available online.

tions towards green and more sustainable economies and inclusive societies, in line with the 2030 Agenda for Sustainable Development and the Paris Agreement». Concretely, the Rome G20 decided for an upgrade of the Study Group as Working Group, now co-chaired by China and the United States (not a negligible result given the current state of international relations), with Secretariat support from the United Nations Development Programme (UNDP). The Leaders also endorsed the Roadmap elaborated by the SFWG, a multi-year action-oriented document focused on climate but also open to further connected issues such as biodiversity and social impacts<sup>23</sup>.

The Roadmap consists of three main pillars: improving the comparability and interoperability of approaches to align investments to sustainability goals; improving sustainability reporting and disclosure; and enhancing the role of international financial institutions in supporting the goals of the Paris Agreement and 2030 Agenda. As for the first pillar, the SFWG recommended to increase coordination and alignment between different taxonomies (e.g. the EU and the Chinese ones) and rating methodologies, also by adopting internationally recognized classifications. Actually, already in 2019, the EU launched the International Platform on Sustainable Finance (IPSF), which includes other 18 members representing more than 50% of global greenhouse emissions. The IPSF's aims are exactly those indicated by the SFWG, but in order to produce effective results, a clearer development of national (or regional) taxonomies is required. As we will discuss in the next paragraph, the EU Member States divergences on the Taxonomy implementation risk to undermine the EU's efforts on the international arena as climate diplomacy leader. As for the second pillar, the Working Group likewise recommended to align internationally sustainability reporting standards, while considering capacity-building initiatives for small and medium enterprises and emerging markets. Finally, the third pillar recommendations concerned the need to enhance the role of Multilateral Development Banks (MDBs) to finance climate transition, especially in emerging and developing countries, where the social impact of the transition is expected to be more challenging.

In short, the G20 Rome summit systematized the study and the development of sustainable finance, providing palpable advancements since 2018, but also evidencing how many shortcomings still remain.

The Rome summit was immediately followed by the COP26, that is the 26<sup>th</sup> Conference of the Parties to the United Nations Framework Con-

---

<sup>23</sup> Available online.

vention on Climate Change, held in Glasgow. Probably also due to the momentum built with the G20, expectations were very high. However, these were met with the general deception of both negotiators and public opinion around the final decision<sup>24</sup>. The main cause for complaint was a last-minute amendment to weaken the «phasing out» of unabated coal power with a mere «phasing down» pledge, purportedly imposed by China and India. Anyhow, the whole declaration requires a very articulated analysis which would fall out the scope of this paper. For our present purposes, it will be more appropriate to limit our evaluation on sustainable finance commitments.

The COP26 works in 2021 demonstrated a huge attention to finance, as it was presented as one of three main goals (the other two being mitigation and adaptation, therefore in full alignment with the Paris agreement)<sup>25</sup>. The headline for Glasgow's finance agenda was supporting developing countries with \$100 billion a year from developed countries, a promise first made at the Copenhagen COP15. In March 2021, a Taskforce on Access to Climate Finance was launched and then convened several times to select principles and recommendations, also stressing the importance of harmonization and alignment of processes. Other priorities set by the Presidency concerned: the increasingly central role to be played by Multilateral Development Banks<sup>26</sup> (in tune with the G20) and multilateral climate funds; the need to mobilize private climate finance, i.e. ensuring that every professional financial decision takes climate change into account; the necessity of allowing wider fiscal space to governments, in developing countries as well, in order to cope with the pandemic and the transition; the call on finance actors to support adaptation, reduction and response to disaster risks.

If these were the premises of the Convention, what has been the final result of COP26 on sustainable finance? The quick answer could be: not enough. The Glasgow final declaration «urges developed country Parties to urgently and significantly scale up their provision of climate finance», «emphasizes the need to mobilize climate finance from all sources (...), including significantly increasing support for developing country Parties, beyond USD 100 billion per year» and yet «notes with deep regret that the goal of developed country Parties to mobilize jointly USD 100 billion per year by 2020 (...) has not yet been met» and «urges

---

<sup>24</sup> Available online.

<sup>25</sup> See [www.ukcop26.org](http://www.ukcop26.org).

<sup>26</sup> The Multilateral Development Banks involved issued a statement on 2 November 2021 to commit with the G20 and COP26 recommendations: see [www.ukcop26.org](http://www.ukcop26.org).

developed country Parties to fully deliver on the USD 100 billion goal urgently and through to 2025».

So, the Glasgow Climate Pact merely urges rich countries to deliver the same promised amount within 2025 and to at least double the financing destined for adaptation, from \$20 billion to \$40 billion. This latter is a noticeable step to address the persisting imbalance between funding for mitigation and adaptation efforts. In fact, adaptation finance now amounts to only a quarter of total climate finance, whereas needs to adapt to the heightening impacts of the climate crisis continue to grow<sup>27</sup>. Another important result was the announcement by the International Finance Reporting Standards Foundation (IFRS) of the creation of the International Sustainability Standards Board (ISSB), welcomed as an improvement for the harmonization of international ESG standards<sup>28</sup>.

In sum, the COP26 commitments on finance seem to be aligned with the generalized mixed feelings about the Convention: some progress was made, but important promises remain unfulfilled. According to some observers<sup>29</sup>, the United States' failure to make any substantial public finance contribution to the Glasgow Climate Pact conducted to an underwhelming compromise and gave China and other large developing countries a political justification to avoid doing more<sup>30</sup>. And as for the EU, a world leader in public climate finance, this result risk to undermine its quest for strategic autonomy and to lose the occasion to support countries who it could otherwise turn into strategic and trade partners.

Still, some ad-hoc commitments were announced, such as the \$8.5 billion pledge that the EU, the US, and the UK delivered to support South Africa's phasing out from coal to renewable energy<sup>31</sup>. This model could be replicated in other bilateral or regional agreements, within the framework of a consistent EU foreign policy. A challenging task, if one recalls the internal struggle between Member States to agree on concrete finan-

---

<sup>27</sup> World Resources Institute, *COP26: Key Outcomes From the UN Climate Talks in Glasgow*, 17 November 2021, available online.

<sup>28</sup> R. SKINNER, *Four Sustainable Finance Takeaways From COP26*, in Forrester, 19 November 2021, [www.forrester.com](http://www.forrester.com).

<sup>29</sup> K. LENAERTS, S. TAGLIAPIETRA, *Goodbye Glasgow: What's Next for Global Climate Action?*, in *Bruegel Blog*, 18 November 2021, available online; E. GUERIN, *The Four Pillars of European Green Deal Diplomacy*, 13 January 2022, available online.

<sup>30</sup> However, the mere presence and active engagement of the United States at the COP26 was a progress compared to the former Administration's policy.

<sup>31</sup> N. KUMLEBEN, *South Africa's Coal Deal Is a New Model for Climate Progress*, in *Foreign Policy*, 12 November 2021, available online.



cial pledges and on regulatory issues, as we will now discuss in the following paragraph<sup>32</sup>.

3. Turning now our attention to the European Union's sustainable finance strategy, it seems necessary to contextualize it also taking into account the general relevance of soft law in shaping hard law and the European transition from soft to hard law in the field of sustainable finance, as discussed in the introduction<sup>33</sup>. Whereas the Sustainable Finance Action Plan was presented in March 2018, important changes occurred since. With the elections to the EU Parliament and the newly appointed Commission, in December 2019, the EU Green Deal was presented as a «growth strategy» encompassing all sectors of the EU economy, as well as a review of the European fiscal and industrial policy governance<sup>34</sup>. The plan also openly claimed that «by setting a credible example, and following-up with diplomacy, trade policy, development support and other external policies, the EU can be an effective advocate»<sup>35</sup>.

Then, as we entered 2020, the COVID-19 crisis shook the world and Europe as well. After intense negotiations, in April 2020 the NextGenerationEU (NGEU) program was presented<sup>36</sup> to inject up to €806 billion (5% of EU GDP) into the EU economy in the form of expenditures and loans. This was a groundbreaking moment in the history of the EU, as well as a huge opportunity to advance the ambitious environmental commitments set by the EU Green Deal. Indeed, the Commission pledged to fund 30% of the NGEU program through green bond issuance, amounting to up to €250 billion, therefore establishing the EU as one of the biggest green bond issuers globally and reinforcing the EU's policy and market leadership in sustainable finance<sup>37</sup>. For the issuance of the green bonds, the Commission has adopted a specific framework, aligned with the principles set by ICMA and based on four main pillars. First, according to the «use of proceeds» bond framework, the funds will be di-

---

<sup>32</sup> K. ABNETT, *EU Countries Struggle to Agree Approach to COP26 Climate Talks*, in *Reuters*, 23 September 2021, [www.reuters.com](http://www.reuters.com).

<sup>33</sup> See *supra*, Section 1.

<sup>34</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, 11 December 2019, *The European Green Deal*, COM/2019/640 final, available online.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on a new funding strategy to finance NextGenerationEU, 14 April 2020, COM(2021) 250 final, available online.

<sup>37</sup> *Ibid.* With a Press release published on 12 October 2021, the Commission announced the first issuance of NGEU green bond on the same day, for an amount of €12 billion.

rected to nine categories of expenditure linked with climate change mitigation and adaptation. Secondly, the investments will be identified based on the 37% climate expenditure of the Recovery and Resilience Plans (part of the NGEU). Thirdly, the Commission will oversee the management of the proceeds, and fourthly, will use two kinds of reporting to show how the funds have been spent and what they have achieved.

In the context of the pandemic, other important topics such as monetary policy and trade policy were subject to a review. Since both are linked with the EU sustainable finance agenda (both at home and abroad), a quick glance seems appropriate.

As for monetary policy and the ECB, we already mentioned its decision in 2020 to accept green bonds as collateral, with payouts linked to sustainability goals and that it will include them in its asset purchase schemes. In May 2021, Christine Lagarde, the ECB President, held a speech in which she advocated the development of a Green Capital Markets Union to counter fragmentation and financing constraints, while making the monetary union more resilient to cyclical shocks<sup>38</sup>. A few days later, Fabio Panetta (member of the Executive Board), stressed the importance of multilateral efforts to develop sustainable finance, to counter information asymmetries and insufficient transparency. He therefore reminded the necessity of developing consistent and harmonized standards as «the risk of regulatory arbitrage and a race to the bottom has grown. If left unaddressed, this trend could result in lower standards globally, increasing the likelihood of greenwashing»<sup>39</sup>.

As a confirmation of its new approach, in July 2021 the ECB presented its monetary policy review<sup>40</sup>, committed to: further incorporate climate change considerations into its monetary policy framework; expand its analytical capacity in macroeconomic modelling, statistics and monetary policy with regard to climate change; include climate change considerations in monetary policy operations in the areas of disclosure, risk assessment, collateral framework and corporate sector asset purchases; implement the action plan in line with progress on the EU policies and initiatives in the field of environmental sustainability disclosure and reporting. In sum, the ECB role is central for the development of a fully

---

<sup>38</sup> European Central Bank, *Towards a Green Capital Markets Union for Europe*, 6 May 2021, available online.

<sup>39</sup> European Central Bank, *A Global Accord for Sustainable Finance*, in *The ECB Blog*, 11 May 2021, available online.

<sup>40</sup> European Central Bank, *ECB's Governing Council Approves Its New Monetary Policy Strategy*, Press Release, 8 July 2021.

implemented European sustainable finance framework, not only in the EU internal market but (evidently enough) also globally.

The EU trade policy is equally relevant for our purposes, considering it is one of its most characterizing and well-established competences since its very first steps. On 18 February 2021, the Commission published a «Trade Policy Review» to better consider the European Green Deal and the COVID-19 crisis impact on trade and investments<sup>41</sup>. The first, interesting remark made in the communication is that the new trade policy should be founded on the concept of «open strategic autonomy» meaning for the EU to be an engaged leader who advances its own interests and values, such as open and fair trade but also sustainability and resilience. According to the Commission, «it is important to promote the understanding among our partners that the green transformation is not only a necessity in the medium term, but already constitutes smart economic policy today»<sup>42</sup>. Then, the communication proposes six main areas of intervention, including the green transition and the promotion of sustainable value chains. The Commission's resolve for the future is to ensure that trade tools support a global transition towards a climate neutral economy, including accelerating investments in clean energy, and promote value chains that are circular, responsible and sustainable.

In order to reach this goal, the EU is expected to act all levels: multilaterally, bilaterally and autonomously. The first level mainly concerns the WTO reform agenda, while the second affects the EU's network of bilateral investment agreements. These are particularly important to mainstream environmental consideration and boost green investments and the implementation of clean technologies. In this respect, the EU also launched the negotiations for its first ever Sustainable Investment Facilitation Agreement with Angola, meant to promote sustainable and responsible investment<sup>43</sup>. As for the third level (autonomous measures), the Commission mentions several initiatives which are meant to primarily affect the internal market and the EU Member States, although they inevitably imply wider global effects. A clear example is the Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM), which is part of the wider «Fit for 55

---

<sup>41</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Trade Policy Review – An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy*, 18 February 2021, COM(2021) 66 final.

<sup>42</sup> *Ibid.*, 6.

<sup>43</sup> European Commission, *EU and Republic of Angola Launch Negotiations for a First-ever Sustainable Investment Facilitation Agreement*, Press release, 22 June 2021, available online.

package» – a set legislative initiatives aimed at cutting greenhouse gas emission levels by at least 55% by 2030. The objective of the CBAM is to prevent the relocation of industrial production to non-EU countries – with looser environmental rules and the increase of carbon-intensive products<sup>44</sup>. The issue with the CBAM is that to many EU trade partners this sounds like green trade protectionism<sup>45</sup>. As the Commission itself points out in the Trade Policy Review, «the EU needs to adopt a more proactive stance when designing new regulations so as to be better equipped to promote EU regulatory approaches around the world. This will require greater synergies between internal policies and external policies to identify at an early stage those strategic areas on which international regulatory cooperation should focus»<sup>46</sup>. In other words, the EU Green Deal agenda is inevitably linked with the Union's foreign and trade policy, so that when implementing the measures inside the EU, one has to keep in mind the wider context and the potential impact on the EU's partners and competitors. This is all the more important if one considers the ongoing discussions between Member States in the Council on the CBAM itself: while France (holding the six-months Presidency from January to June) pushes for a rapid implementation, Germany seems more hesitant and other countries (such as Spain, Portugal, Poland and Austria) are opposed to the current proposal<sup>47</sup>.

These considerations now allow us to turn our attention to the sustainable finance strategy with a full understanding of what is at stake. As previously mentioned, in 2018 the Commission unveiled its Action Plan for the development of a European sustainable finance ecosystem. As it is a very wide and complex matter, we will concentrate now on the most debated measures.

The first main initiative undertaken by the Commission has been the elaboration of the so-called Taxonomy Regulation 2020/852<sup>48</sup>. From 2018 to 2020 an ad hoc Technical Expert Group (TEG) analyzed and dis-

---

<sup>44</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a carbon border adjustment mechanism, COM/2021/564 final.

<sup>45</sup> E. GUERIN, *op. cit.*

<sup>46</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Trade Policy Review – An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy*, 18 February 2021, COM(2021) 66 final, 16.

<sup>47</sup> F. SIMON, *EU Ministers Mull Carbon Border Tax, Argue Over Nuclear's Green Credentials*, in *Euractiv*, 21 January 2022, [www.euractiv.com](http://www.euractiv.com).

<sup>48</sup> Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, and amending Regulation (EU) 2019/2088, PE/20/2020/INIT.

cussed the possible legal definitions of «green» and «sustainable» investments. As a result, according to Article 3 of Regulation 2020/852<sup>49</sup> an activity is sustainable if: it contributes substantially to one or more environmental objectives; it does not significantly harm any of these; it is compliant with the minimum safeguards set by the Regulation; it complies with technical screening criteria established by the Commission. Following a Pareto-efficiency approach<sup>50</sup>, an activity is sustainable only if it achieves an environmental goal without endangering the others.

The environmental goals defined by the Commission are six: (a) climate change mitigation; (b) climate change adaptation; (c) the sustainable use and protection of water and marine resources; (d) the transition to a circular economy; (e) pollution prevention and control; (f) the protection and restoration of biodiversity and ecosystems.

The Regulation also provides for exceptions to the criteria to allow for broader participation. In addition to activities that by nature are in line with the Regulation (such as the installation of wind turbines), it encompasses «enabling» or «transitional» activities. The former ones, while not directly contributing to one of the six environmental objectives, are instrumental to the exercise of sustainable activities, for example by supplying parts or finished products (such as the manufacture of a wind turbine). The latter ones, while not instrumental to any of the goals, are allowed since they are deemed as indispensable in the short term, provided that they follow high standards compared to the industry average (as the case of cement production). In any case, one should refer to this Regulation as a dynamic measure, subject to further development. To this aim, article 20 of the Regulation instituted a Platform on Sustainable Finance (PSF): a group of experts mandated to assist the Commission in developing its sustainable finance policies. We will shortly develop more on this point, as it is the subject of a heated debate<sup>51</sup>.

The Taxonomy regulation further sets disclosure and transparency rules aimed at financial market participants and those required to publish

---

<sup>49</sup> Ibid., 16-17.

<sup>50</sup> Pareto efficiency, or optimality, implies that resources are allocated in the most economically efficient manner. It is an economic state where resources cannot be reallocated to make one person better off without making someone else worse off, therefore no further improvements can be made to a society's well-being. Conversely, a Pareto-improvement is obtained anytime one (or more) person is better off without making anyone else worse off. In this regard, the "do not significantly harm" principle stems directly from the Pareto-improvement concept.

<sup>51</sup> See *infra*, Section 3.

a non-financial statement under Directive 2013/34<sup>52</sup> and Regulation 2019/2088<sup>53</sup>. The latter is another result of the EU 2018 Action Plan, which targets sustainable risk management. Financial market participants and advisors shall publish their policies integrating information about sustainability risks, the negative effects of investment decisions, and the consistency of remuneration policies. Besides, specific requirements are made for pre-contractual information on financial products.

Other areas of action in which the EU is committed are investment firms and the so-called sustainable benchmarks. With reference to the former, the Commission has prepared a draft delegated act with the aim of clarifying the charges to be borne by consultants in terms of information and investment guidance for clients in line with environmental and social risks<sup>54</sup>. As for sustainable benchmarks, the Commission has drawn up environmental criteria to be applied to indices (also known as benchmarks) that contribute to the formation of the price of financial products. Although ESG benchmarks had already been developed, their reliability was not considered sufficient, so that Regulation 2019/2088 was enacted to remedy the fragmentation in the market<sup>55</sup>.

Moreover, following the example set by the Ecolabel for commercial products, the Commission intends to set clear and recognizable standards to reward green investments. Specifically, the elaboration of an EU Green Bond Standard (EUGBS) is in the pipeline. The TEG had published a preliminary report based on which European green bonds should be of the «use of proceeds» type and be closely integrated with the Taxonomy<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC.

<sup>53</sup> Regulation (EU) 2019/2088 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on sustainability-related disclosures in the financial services sector, PE/87/2019/REV/1, amended by Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, PE/20/2020/INIT.

<sup>54</sup> Draft delegated regulation, Ares(2020)2955205 amending Delegated Regulation (EU) 2017/565 as regards the integration of sustainability factors, risks and preferences into certain organisational requirements and operating conditions for investment firms.

<sup>55</sup> Regulation (EU) 2019/2088 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on sustainability-related disclosures in the financial services sector, PE/87/2019/REV/1, amended by Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment, PE/20/2020/INIT.

<sup>56</sup> EU Technical Expert Group on Sustainable Finance, *Usability Guide EU Green Bond Standard*, March 2020, available online.



Then, in July 2021, the Commission unveiled its new Sustainable Finance Strategy<sup>57</sup>, with the aim of facilitating access to transition finance, especially for SMEs and to develop international sustainable finance initiatives. In the same occasion, it also unveiled a Regulation proposal setting an EU Green Bonds Standard, with the intention of making it a gold standard for how companies and sovereigns can finance green investments (and that will be open to non-EU issuers too). The proposed scheme requires that: the funds are allocated fully with the EU Taxonomy; there is full transparency and reporting of proceeds allocation; EU green bonds are checked by external reviewers (to be registered with the European Securities Markets Authority). According to some observers<sup>58</sup>, just by proposing a standard, the EU could already direct investors towards higher-quality bonds and projects. Then, when fully developed, the EU Green Bonds Standard could either become a recognized benchmark, either a too demanding standard, especially in terms of technical compliance to the EU Taxonomy. For sure, the adoption of the EUGBS in future bond emissions by the Commission might help. In addition, a deep coordination effort between Member States is necessary to avoid a race-to-the-bottom effect, provided that each government is developing its own framework for sovereign green debt. Lastly, as already mentioned<sup>59</sup>, the EU should keep on discussing with international partners already engaged with their on standard-setting (such as the UK, the USA and China).

Against this background, a relevant issue concerns a Delegated Regulation – supplementing Regulation 2020/852 – aimed at establishing the technical screening criteria for determining if an economic activity qualifies as contributing substantially to climate change mitigation or adaptation and for determining whether that economic activity causes no significant harm to any of the other environmental objectives<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> European Commission, *Commission Puts Forward New Strategy to Make the EU's Financial System More Sustainable and Proposes New European Green Bond Standard*, Press release, 6 July 2021.

<sup>58</sup> A. LEHMANN, M. DOMÍNGUEZ-JIMÉNEZ, *Accounting for Climate Policies in Europe's Sovereign Debt Market*, in *Bruegel Blog*, 3 May 2021, [www.bruegel.org](http://www.bruegel.org); A. LEHMANN, *The EU Green Bond Standard: Sensible Implementation Could Define a New Asset Class*, in *Bruegel Blog*, 12 July 2021, available online.

<sup>59</sup> See *infra*, Section 3.

<sup>60</sup> Commission Delegated Regulation (EU) 2021/2139 of 4 June 2021 supplementing Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council by establishing the technical screening criteria for determining the conditions under which an economic activity qualifies as contributing substantially to climate change mitigation or climate change adaptation and for determining whether that economic activity causes no significant harm to any of the other environmental objectives.



In sum, the Delegated Regulation presents two detailed Annexes where the Commission specifies the environmental requirements for (almost) each economic activity, pursuant to the Taxonomy Regulation. This measure is fundamental, as investors and financial advisors have to comply, as well as governments. However, as the same Commission notes in the recitals, nuclear and natural gas energy production are not included. It only states that «in order to acknowledge the role of natural gas as an important technology in reducing greenhouse gas emissions, the Commission will consider a specific legislation to ensure that activities contributing to emissions reductions would not be deprived of appropriate financing». As for nuclear energy, the Taxonomy requires an assessment of «the potential contribution and feasibility of all relevant existing technologies. For nuclear energy, that assessment is still ongoing».

The Commission finally drew its conclusions as it elaborated a draft proposal «amending Delegated Regulation (EU) 2021/2139 as regards economic activities in certain energy sectors and Delegated Regulation (EU) 2021/2178 as regards specific public disclosures for those economic activities»<sup>61</sup>. The draft was first circulated to the Member States Expert Group on Sustainable Finance and to the PSF on 31<sup>st</sup> December 2021, followed by a Press release in the aftermath<sup>62</sup>. According to it, Member States are moving towards climate-neutrality from different positions – as some are still relying on carbon-emitting coal. Therefore, the Commission «considers there is a role for natural gas and nuclear as a means to facilitate the transition towards a predominantly renewable-based future», although under «clear and tight conditions». In short, the Commission deems that gas and nuclear energy would help to accelerate the phase out of coal and other high-carbon sources.

As for the content of the draft, it is mainly focused on presenting the assessments of the Commission on nuclear energy, in addition to providing a proposal of technical criteria for both gas and energy. The text also points out that both are characterized by rapid technological development, something that would justify their initial inclusion, although subject to regular technical review.

Since its unveiling, the draft sparked a lot of discussion among stakeholders. As affirmed<sup>63</sup>, it is very difficult to stop this process as gas

---

<sup>61</sup> Available online.

<sup>62</sup> European Commission, *EU Taxonomy: Commission Begins Expert Consultations on Complementary Delegated Act Covering Certain Nuclear and Gas Activities*, Press release, 1 January 2022.

<sup>63</sup> A. HERNANDEZ, *EU Enters Endgame in Fight over Green Investing Rules*, in *Politico*, 20 January 2022, [www.politico.eu](http://www.politico.eu).

and nuclear are included in the same act, so both are either accepted or excluded.

As for Member States, there seemed to be divergences, e.g. between France and Germany: while the former is a traditionally pro-nuclear country, the latter has been focusing on natural gas as a bridging technology.

Spain, Austria, Luxembourg and Denmark stated their position in a letter to the Commission<sup>64</sup>, defining the draft «a step backwards» and «problematic». The letter also warned about the serious risk of rejection by investors. For instance, the Institutional Investors Group on Climate Change (IIGCC) addressed the Commission in an open letter calling for gas to be excluded from the EU Taxonomy<sup>65</sup>.

As for Italy, it was affirmed<sup>66</sup> that the current draft would exclude most of Italian planned investments in natural gas from the Taxonomy, while better suiting coal-exposed countries such as Poland, Germany and Czech Republic. As for nuclear energy, Italy is traditionally more aligned on Germany's positions, although internal divisions emerged on its possible reintroduction in the national energy mix<sup>67</sup>.

To these divergences, one should add the position of the European Parliament. According to EURACTIV<sup>68</sup>, nearly all political groups appeared frustrated for the handling of the dossier and the lack of their adequate involvement. One of the lead MEP negotiators for Taxonomy, Sirpa Pietikäinen (of European's People Party) criticized the bad timing and signaled unity in its party about discontent. However, beside from procedural matters, the Parliament as well looked divided: while eighty lawmakers (from all parties but Greens) wrote to the Commission to push for a loosening of the draft criteria<sup>69</sup>, Socialists & Democrats officially stated its reject both under political and technical criteria<sup>70</sup>.

The debate is far from solved. Nor should one forget about the wider framework of the negotiations. Three main factors – all somehow interconnected – have been influencing the current situation. The first is the energy crisis hitting Europe since 2021, due to a series of causes includ-

---

<sup>64</sup> 20 January 2022, available online.

<sup>65</sup> 12 January 2022, available online.

<sup>66</sup> J. GILIBERTO, *Energia, così l'Italia rischia di perdere i finanziamenti «green» europei*, in *Il Sole 24 Ore*, 7 January 2022.

<sup>67</sup> *Il Sole 24 Ore*, *Ue: bozza per includere nucleare e gas in fonti green. Salvini: Lega pronta a referendum*, 1 January 2022.

<sup>68</sup> K. TAYLOR, *Fury in Parliament as EU Green Taxonomy Deadline Expires*, in *Euractiv*, 21 January 2022, [www.euractiv.com](http://www.euractiv.com).

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> *Ibid.*

ing higher demand after lockdowns, reduced gas supplies – originally due to divestment and political pressure from Russia for the opening of Nord Stream 2 pipeline – and heavy reliance on natural gas imports<sup>71</sup>. This have clearly contributed to the second factor: the so-called green inflation. As in September 2021 annual energy sector inflation hit a 17.4% record surge, consumers have been hit hard and government pressured to moderate bill prices with temporary measures<sup>72</sup>. However, as the ECB evidenced<sup>73</sup>, the EU green agenda set by the Green Deal and the Fit for 55 Package are equally responsible for higher carbon prices, and therefore higher end-user bills. To quote the ECB, «while such relative price changes are desirable and intended, they may weigh on the economy if firms and households cannot substitute more expensive carbon-intensive energy with greener and cheaper alternatives»<sup>74</sup>. As a consequence, governments are called to compensate the energy poverty threat with social measures, while «monetary policy, for its part, cannot afford to look through energy price increases if they pose a risk to medium-term price stability»<sup>75</sup>, therefore implying a shift in the previous accommodative stance.

Last, but not least, the war between Ukraine and Russia cannot be ignored. The conflict is a game-changer for the EU domestic and external policy. Reducing energy dependence on Russia climbed to the top political priorities, also given that Russia already started cutting off supplies of gas to the EU<sup>76</sup>.

In sum, the negotiations on the Delegated Regulation are a crucial dossier, linked with some of the main strategic challenges for the European Union. However, one should not lose sight of the long-term goal: a carbon-neutral EU. How relevant should contingent issues be for the definition of rules that are aimed at establishing a global gold standard? Already before the outbreak of war, it was noted that the debate on sustain-

---

<sup>71</sup> L. CHADWICK, *Europe's Energy Crisis: Five Charts to Explain why your Bills Might Go up this Winter*, in *Euronews*, 25 October 2021, [www.euronews.com](http://www.euronews.com); G. ZACHMANN, B. MCWILLIAMS, G. SGARAVATTI, *How Serious Is Europe's Natural Gas Storage Shortfall?*, in *Bruegel Blog*, 21 December 2021, available online; A. GILI, *The Great European Energy Crisis: What Lies Ahead?*, 5 January 2022, [www.ispionline.it](http://www.ispionline.it).

<sup>72</sup> Ibid.

<sup>73</sup> European Central Bank, *Looking through Higher Energy Prices? Monetary Policy and the Green Transition*, 8 January 2022, available online.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> A. HERNANDEZ, *Berlin Accuses Moscow of Playing Gas Games as Pipeline Flows Fall*, in *Politico*, 15 June 2022, [www.politico.eu](http://www.politico.eu).

able finance and energy scenarios was mixed up: although gas and nuclear have a role in the transition, they are not “green”<sup>77</sup>.

The Platform on Sustainable Finance, asked to provide a feedback to the Commission on the draft, seemed to agree<sup>78</sup>. The Platform members acknowledged that the draft «comes at a time of rapid change in the EU energy market» and that the transition has extra-environmental effects to be considered. However, they noted that «the Taxonomy is a disclosure requirement and not mandatory for investments, nor can it solve energy sector transition policy beyond environmental performance», which is the main focus of the regulation<sup>79</sup>. The PSF also pointed out that the need to permanently store radioactive nuclear waste could potentially collide with recyclability requirements in the Taxonomy. They also worried that encouraging countries to replace coal plants with gas ones would allow a huge number of CO<sub>2</sub>-emitting power stations to be declared green over the next decade. In addition, the draft «threatens the EU’s abilities to meet its climate targets» and «risks exposing investors to stranded asset and credibility risks»<sup>80</sup>. Similarly, it was affirmed that gas and nuclear have little if no space in the European Investment Bank’s climate roadmap and warned that the EU might risk losing ground in the global competition without more investments for innovative technologies<sup>81</sup>.

4. The previous chapters presented sustainable finance both in a global and European context. As we already hinted, the current debate around the Taxonomy Delegated Regulation should not be underestimated and is linked to many (more or less) contingent and wider dossiers. In this paragraph, we will widen our analysis to consider the EU stance in international climate diplomacy and draw conclusions on the future challenges for the EU and its Green Deal agenda, both at home and abroad.

The underlying assumption of our analysis is that the EU Green Deal is a foreign policy instrument, since climate change is a world-wide issue. The EU choices on climate change mitigation and adaptation cannot but affect its international partners as well: we have already cited the implications of natural gas imports dependency and the risks of the so-

---

<sup>77</sup> Live TV interview. The declaration can be found @Tagliapietra\_S on Twitter.com in a tweet of 21 January 2022.

<sup>78</sup> Platform on Sustainable Finance, *Response to Complementary Delegated Act*, 21 January 2022, available online.

<sup>79</sup> Ibid., 1

<sup>80</sup> A. HERNANDEZ, *EU Enters Endgame*, cit.

<sup>81</sup> K. TAYLOR, «Gas Is Over», *EU Bank Chief Says*, in *Euractiv*, 21 January 2021, www.euractiv.com.

called green trade protectionism<sup>82</sup>. In a more general sense, the decarbonization of the EU energy mix – currently relying on fossil fuels for three-quarters of it<sup>83</sup> – implies geopolitical consequences for: the EU's fossil fuels suppliers; global energy markets; energy security; global trade and investments<sup>84</sup>.

First, the decarbonization strategy will directly affect the EU's neighbors – especially Russia, Azerbaijan, Kazakhstan, Norway, Libya, Algeria, and Egypt, for whom the EU is the first buyer of their fossil fuel supply. Inevitably, the transition of the European Union towards climate neutrality will force these countries to review their own energy and trade policy, perhaps looking for new partners and investments in new technologies. However, new opportunities will be created for EU relations with its neighbors, depending on the countries: for instance, Middle East and North Africa (MENA) countries could benefit from a shift towards solar and wind energy. In addition, the MENA region could play a central role for hydrogen production too, as already demonstrated by a partnership between Morocco and Germany to develop Africa's first green hydrogen plant<sup>85</sup>.

The change in the European energy mix will also affect global energy markets as a whole, given the size of the EU economy. Overall, the fall in global oil demand from the EU would probably depress world prices, with heavier effects on countries with higher production costs (such as Nigeria and Venezuela) and smoother ones for countries like Saudi Arabia and Iraq<sup>86</sup>.

The continent's energy security too will be put under extreme pressure. In the coming years, the need to quickly curb down emissions will require additional gas imports: Russia could have had a major role, but the war against Ukraine is gradually excluding the country from the EU energy mix. Part of this issue will also be determined by the Delegated Regulation we have already discussed. In the mid-to-long term, a shift to wind, solar and hydrogen powered energy will expose the EU to other security risks, namely the supply of minerals and metals required by these technologies. This is a dossier where the relations with China – the ab-

---

<sup>82</sup> See *supra*, Section 3.

<sup>83</sup> Eurostat (2021), available online.

<sup>84</sup> M. LEONARD, J. PISANI-FERRY, J. SHAPIRO, S. TAGLIAPIETRA, G. WOLFF, *The Geopolitics of the European Green Deal*, in *Policy Contribution*, February 2021, available online, [www.bruegel.org](http://www.bruegel.org).

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> *Ibid.*

solute leader in the supply of most of these critical raw materials – will be crucial<sup>87</sup>.

Finally, global trade as well will be impacted by the EU's policies, especially with the introduction of a carbon tariff. This would prevent carbon leakage and incentivize other countries to decarbonize. However, technical issues (calculating the emissions content of products) and political ones (retaliation by partners) would require a careful assessment, also pursuant to current WTO rules. Once more, the EU will be called to negotiate with other major partners, such as the US and China. How difficult will this task be depend on many factors.

Future scenarios for climate change diplomacy have already been evaluated under a risk management perspective<sup>88</sup>. Three possible scenarios have been elaborated: a cooperative «Green Globalisation» scenario, where leaders collaborate to establish a stable and global transition, with short-term risks; a chaotic «Climate Anarchy» scenario, in which national interests prevent coordination, with lower short-term risks but very high long-term risks; and a competitive «Green Cold War» situation, with climate blocs competing for energy, technology and market dominance. Though this would accelerate innovation and investments, long-term environmental and geopolitical risks would be high. The report finds this latter scenario the most likely one, as a middle-way between the other two extremes. According to it «despite the more cooperative ambitions displayed at COP 26, the world's major powers are already on course for unconstrained geostrategic competition. (...) Climate change is set to become the ultimate test of whether competition for political and economic dominance and cooperation for the pursuit of collective interest can coexist in the face of a common challenge»<sup>89</sup>.

In fact, the subject of climate diplomacy has been increasingly explored by scholars to understand its characteristics and development. For instance, some noted that climate negotiations – within the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) – represent a clear shift from club diplomacy to network diplomacy (or multi-

---

<sup>87</sup> J. OERTEL, J. TOLLMANN, B. TSANG, *Climate superpowers: how the EU and China Can Compete and Cooperate for a Green Future*, European Council on Foreign Relations, E3G, Policy Brief, December 2020. See also: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Critical Raw Materials Resilience: Charting a Path towards Greater Security and Sustainability*, 3 September 2020, COM(2020) 474 final.

<sup>88</sup> Lloyd's, *Shifting Powers: Climate Cooperation, Chaos or Competition?*, 18 January 2022, [www.lloyds.com](http://www.lloyds.com).

<sup>89</sup> *Ibid.*, 30.

stakeholder diplomacy)<sup>90</sup>. The increasing interconnectedness of the world and the global nature of climate change require an opening of diplomatic negotiations to experts, civil society, local authorities and businesses<sup>91</sup>. Of course, this could make climate diplomacy more cumbersome and less efficient. The failure of the Copenhagen COP15 seemed to demonstrate this assumption, while the Paris COP21 seemed to bring hope; five years later, the enthusiasm faded away with the modest results of COP26.

One core issue might be represented by the institutional framework, based on a Secretariat with constrained autonomy and subject to the collective will of the parties. An even more evident one, is the consensus mechanism, forcing negotiators to water down pledges and clauses to save the whole event. According to some<sup>92</sup>, national interests are still advanced over global concerns and procedural delays and constraints are instrumental to them. This also forces last-minute solutions, often decided by a restricted group of leaders – an ironic return of club diplomacy<sup>93</sup>. In addition, UNFCCC negotiations are affected by the divide between developed countries and developing countries, which led to the formulation of the principle of common but differentiated responsibilities (CBDR). This should allow for mutual cooperation, based on the objective reality that some countries are on a different point of the environmental Kuznets' curve than others<sup>94</sup>. However, the very definition of developing countries implies controversies (especially regarding China's status) and the principle does not seem to guarantee neither the inclusiveness nor the efficacy of negotiations, also due to different perceptions of «fairness»<sup>95</sup>.

Some propose to improve climate negotiations by resorting to mini-lateral diplomacy, that is engaging the major emitters and economies in a

---

<sup>90</sup> L. ELLIOTT, *Climate Diplomacy* in A. F. COOPER, J. HEINE, R. THAKUR (eds.), *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*, Oxford, 2013, 626-637.

<sup>91</sup> H. SCHROEDER, H. LOVELL, *The Role of Non-nation-state Actors and Side Events in the International Climate Negotiations*, in *Climate Policy*, 2012, 23 ff.

<sup>92</sup> P. HAAS, *Climate Change Governance after Bali*, in *Global Environmental Politics*, 2008, 1 ff.

<sup>93</sup> L. ELLIOTT, *op. cit.*

<sup>94</sup> The environmental Kuznets curve suggests that economic development initially leads to a deterioration in the environment, but after a certain level of economic growth, a society begins to improve its relationship with the environment and levels of environmental degradation reduces. D.I. STERN, *The Environmental Kuznets Curve after 25 Years*, in *Journal of Bioeconomics*, 2017, 7 ff.

<sup>95</sup> M. FRIMAN, M. HJERPE, *Agreement, Significance, and Understandings of Historical Responsibility in Climate Change Negotiations*, in *Climate Policy*, 2015, 302 ff.; V. TORSTAD, H. SAELEN, *Fairness in the Climate Negotiations: What Explains Variation in Parties' Expressed Conceptions?*, in *Climate Policy*, 2017, 642 ff.



different ad-hoc forum<sup>96</sup>. The G20 is among the potential settings, as already demonstrated by the increasing relevance of climate change in its agenda. However, some note that the G20 is more apt to setting ambitious goals rather than implementing them<sup>97</sup> (and probably less open to bottom-up influence). In sum, institutional design may make a difference, but cannot alone remove the effect of deep-seated political conflicts<sup>98</sup>. The core of environmental negotiations is eminently political: that is why developing, advancing and coordinating environmental foreign policies is ever more urgent for the most prominent actors in the international arena, the European Union included.

The very nature of the EU – marked by «intersecting multilateralisms»<sup>99</sup> – adds complexity to the task of structuring a sound environmental foreign policy. A first issue is the balance of powers and the share of competencies assigned to the institutions: although the Commission is now entitled to negotiate most of the international agreements in climate change, Member States continue to participate on their own and to express their positions in both the EU Council and the Council; in addition, the European civil society is increasingly relevant in the shaping of environmental policy<sup>100</sup>.

Secondly (and consequently), inconsistencies may arise among them – as the debate on Taxonomy exemplifies. However, if one scales up to a global level, the 27 EU Member States are less diverse than what could be expected<sup>101</sup>. They share a very diversified yet common cultural heritage; they have common geographical interests (although with different degrees of perception by Member States); they have similar levels of prosperity and the existing gaps are not comparable to those afflicting developing countries and the most developed ones (a group including all the EU countries); they have a common internal market with an increasingly shared (or harmonized) set of regulations. This means that the EU

---

<sup>96</sup> L. ELLIOTT, *op. cit.*; K. ENGELBREKT, *Minilateralism Matters More? Exploring Opportunities to End Climate Negotiations Gridlock*, in *Global Affairs*, 2015, 399 ff.; S. ANDRESEN, *International Climate Negotiations: Top-down, Bottom-up or a Combination of Both?*, in *The International Spectator*, 2015, 15 ff.

<sup>97</sup> S. ANDRESEN, *op. cit.*

<sup>98</sup> D. VICTOR, *Global Warming Gridlock: Creating More Effective Strategies for Protecting the Planet*, Cambridge, 2011.

<sup>99</sup> K.V. LAATIKAINEN, K.E. SMITH, *The European Union at the United Nations – Intersecting Multilateralisms*, Basingstoke, 2006.

<sup>100</sup> C. DOWNIE, *Shaping International Negotiations from within the EU: Sub-State Actors and Climate Change*, in *Journal of European Integration*, 2013, 705 ff.

<sup>101</sup> L. VAN SCHAİK, *The Sustainability of the EU's Model for Climate Diplomacy*, in S. OBERTHÜR, M. PALLEMAERTS (eds.), *The New Climate Policies of the European Union: Internal Legislation and Climate Diplomacy*, Brussels, 2010, 251-280.

Member States have a baseline interest to promote their regulatory standards on the international arena, although that requires clarity in the internal agenda and unity in the external representation<sup>102</sup>. The efforts to reach internal coordination risk to absorb much of the time and resources available, therefore undermining the outreach of the EU policies.

What is then the current design and the role played by the EU foreign climate policy? Many observers noted a paradigm shift in the last two decades, especially since the failure of the COP15 negotiations<sup>103</sup>. The Union went to Copenhagen with a strong normative agenda, too optimistic expectations, a miscalculation of the geopolitical context and without offering additional unilateral concessions<sup>104</sup>. Consequently, the EU changed its strategy by focusing on forging alliances with a pragmatic approach, more as a «leadiator» than as a leader<sup>105</sup>. Some defined this approach as «multiple bilateralism», intended as a «strategy that entails the maintenance of several bilateral relationships in parallel as a subset of a multilateral negotiation setting»<sup>106</sup>, which probably contributed to the success of the COP21 negotiations<sup>107</sup>.

Such revised climate diplomacy is not only a key test case for its capacity to act strategically, but also for determining the effectiveness of its contribution to the Paris Agreement implementation. The latter comes at a time when the EU has focused its policies on the Paris Agreement goal of net-zero emissions by mid-century and vowed to «develop a stronger ‘green deal diplomacy’ focused on convincing and supporting others to take on their share to achieve that aim»<sup>108</sup>. An instrumental development to reach this goal was already accomplished with the 2008/2009 climate and energy package, further reinforced with the entry into force of the

---

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> K. BÄCKSTRAND, O. ELGSTRÖM, *The EU's Role in Climate Change Negotiations: From Leader to "Leadiator"*, in *Journal of European Public Policy*, 2013, 1369 ff.; S. FISCHER, O. GEDEN, *The Changing Role of International Negotiations in EU Climate Policy*, in *The International Spectator*, 2015, 1 ff.; S. SHUNZ, *The European Union's Strategic Turn in Climate Diplomacy: 'Multiple Bilateralism' with Major Emitters*, in *EU Diplomacy Papers*, 2021, available online.

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> K. BÄCKSTRAND, O. ELGSTRÖM, *op. cit.*

<sup>106</sup> D. BELIS, S. SCHUNZ, D. JAYARAM, T. WANG, *Climate Diplomacy and the Rise of 'Multiple Bilateralism' between China, India and the EU*, in *Carbon and Climate Law Review*, 2018, 85 ff.

<sup>107</sup> S. OBERTHÜR, L. GROEN, *Explaining Goal Achievement in International Negotiations: The EU and the Paris Agreement on Climate Change*, in *Journal of European Public Policy*, 2018, 708 ff.

<sup>108</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *The European Green Deal*, 11 December 2019, COM(2019) 640 final.

Lisbon Treaty in 2009. Article 191, par. 1 TFEU elevates climate change to the rank of a quasi-constitutional objective: the «Union policy on the environment shall contribute to (...) the following objectives: (...) promoting measures at international level to deal with regional or worldwide environmental problems, and in particular combating climate change». Therefore, the EU has a treaty-based obligation to pursue its role as a regional and global climate guardian through effective internal and external climate policies<sup>109</sup>.

However, as already discussed, many challenges lie ahead. As an example, the EU and its Member States are currently non-compliant to the Paris Agreement from a legal and procedural standpoint<sup>110</sup>. Article 4, par. 16 of the Paris Agreement specifically provides that Parties that have reached agreement on a joint National Determined Contribution «shall notify the secretariat of the terms of that agreement, including the emission level allocated to each Party with the relevant time period, when they communicate their nationally determined contributions». The Council Decision 2016/1841 approving the Paris Agreement<sup>111</sup> acknowledged the need to notify the UNFCCC Secretariat of the emission levels allocated to the EU and its Member States. Yet, a formal agreement on overall and national emission levels is still missing, therefore blocking the notification process.

The latter is just one example of the issues to be solved for the EU climate diplomacy to become consistent and effective. Most probably, a reconsideration of this foreign policy is needed. Some propose a dual track approach<sup>112</sup>, which takes into account both the geopolitical impact of the Green Deal agenda and the actions to foster the EU global environmental leadership (or «leadatorship»). The first track would include: managing the repercussions on neighboring oil and gas exporting countries; improving the security of critical raw materials supply and decreasing dependence on China; managing the geopolitical implications of the Carbon Border Adjustment Mechanism. The second track, instead, should make the EU a global reference and a standard-setter for the energy transition, so that it can «internationalize» the Green Deal policy. Moreover, the EU should further engage in coalition-building initiatives,

---

<sup>109</sup> S. SHUNZ, *op. cit.*

<sup>110</sup> C. SCHWARTE, *EU Non-compliance with the Paris Agreement*, in *Heinrich-Böll-Stiftung*, 27 October 2021, available online.

<sup>111</sup> Council Decision (EU) 2016/1841 of 5 October 2016 on the conclusion, on behalf of the European Union, of the Paris Agreement adopted under the United Nations Framework Convention on Climate Change.

<sup>112</sup> M. LEONARD, J. PISANI-FERRY, J. SHAPIRO, S. TAGLIAPIETRA, G. WOLFF, *op. cit.*

in fields such as emissions abatement and the socio-economic consequences of the transition.

The second track of the renewed Green Deal diplomacy should be based on some core principles and pillars<sup>113</sup>. A first key issue is the EU trade policy and investment policy: as already discussed in the previous paragraphs<sup>114</sup>, trade is already affected by the development of the EU environmental agenda. As this is one of the traditional core competencies of the European Union – and given the economic size of the EU – a coherent trade policy is capable of shaping other partners' environmental choices, although the risk for retaliation does exist. A solid Green Deal diplomacy would also imply a reform and update of the WTO, as well an adjustment of investment treaties to raise environmental standards.

A second pillar should be sustainable finance: the COP26 did not provide the international solidarity required to support developing countries. The EU is the world's largest provider of public climate finance, but it did not use its credibility to build bridges with developing countries – as UN Secretary General Antonio Guterres suggested during a trip to Brussels in June 2021<sup>115</sup>. This remains an issue beyond Glasgow: as it pursues strategic autonomy amid the escalating tensions between the US and China, the EU risks to neglect countries and people who could become strategic and commercial partners.

These two pillars are inevitably linked with two procedural principles. The first is multilateralism: despite increasing tensions between the two major world powers, the EU should continue to promote dialogue and coordination, at least on environmental dossiers. While bilateral relations with key neighbors and partners can't be neglected, an all-round engagement is needed both to serve the EU strategic interests and to contribute to the fight against climate change.

The second principle is, not surprisingly, domestic implementation and cohesion. The EU is (and should be) proud to proclaim its credentials as a global climate champion, but it now needs to demonstrate this status through its implementation of the European Green Deal at home. By placing climate action at the core of its economic recovery, the EU would prove its intent through action and not just words. Of course, this can be achieved only by solving internal disputes, still without lowering the bar

---

<sup>113</sup> E. GUERIN, *op. cit.*

<sup>114</sup> See *supra*, Section 3.

<sup>115</sup> United Nations, *Secretary-General Highlights Europe's Key Role as Bridge Builder to Safeguard Human Rights, Tackle Climate Crisis, COVID-19 Worldwide*, at European Parliament Session, Press Release SG/SM/20794, 24 June 2021.

just to reach consensus among Member States. A risk that, as seen, concerns the implementation of the Taxonomy as well.

5. This paper introduced the topic of sustainable finance as a global issue and it presented the main initiatives and the latest developments in international fora such as the G20 and the COP26. Then, it focused on the EU sustainable finance initiatives, within the wider context of the Green Deal Agenda, and discussed the challenges in the implementation of the Taxonomy. Last, it contextualized the current internal negotiations within the geopolitical and foreign policy scenario to conclude with a proposed (and renewed) EU Green Deal diplomacy.

As already argued<sup>116</sup>, the Taxonomy is just one tile of a complex mosaic, yet a really foundational one. We have advocated the leading role of the EU in the environmental transition, which is increasingly enshrined in its own identity as an international actor. To a certain extent, discussions on the Taxonomy mirror some of the fragilities of the EU and show how difficult it is to gain the much endeavored «strategic autonomy»

We reaffirm three fundamental points: first, the negotiations on sustainable finance have to be framed within the wider context of the EU climate foreign policy. The world is watching closely, despite an inward-looking tendency by Member States. Second, the challenges concerning the continent energy security cannot define, per se, the future of the EU environmental agenda. Many of these factors (such as Covid-19, inflation, relations with Russia), whilst pressing, will fade away or stabilize sooner or later; the environmental standards and the strategic choices made today will be harder to revert. Thirdly, and logically, the negotiations have to be tackled with a long-term strategic outlook, which takes into account the risk of «climate failure» for the EU and its closest partners and neighbors. Neglecting the consequences of climate change on developing countries is short-sighted. Today, national interests are much more global and interconnected than before, so that building ideal or physical walls is counterproductive.

From this perspective, the internal quarrels and divisions look diminished. The EU Member States are more homogenous than what usually seems, since no one will escape the drastic consequences of inaction. Although a realistic outlook cannot be abandoned, there is space for optimism. A multi-level push towards environmental ambition is evident, especially by looking at younger generations' mobilization. Moreover, as

---

<sup>116</sup> See *supra*, Section 3.

demonstrated by the COVID-19 crisis, seemingly impossible goals – such as collective EU bond emissions – can be achieved. Besides, the NGEU funds are likely to help accelerate the green transition and the development of the EU sustainable finance agenda.

As of now, the Taxonomy Delegated Regulation sends a mixed signal on the acceleration of the energy transition, within and outside Europe. Nevertheless, the EU will have many opportunities to show what it really stands for through trade, public-private finance deals, multilateralism, and alliances with vulnerable countries. Only this way, the European Union will be able to develop a Green Deal diplomacy capable of tackling the global issues of tomorrow.

#### ABSTRACT

*The EU Sustainable Finance Strategy:  
Some Perspectives on Climate Diplomacy*

This paper argues that global and domestic EU initiatives in the field of climate change – sustainable finance included – are inevitably interconnected. Moreover, it argues that the EU internal environmental policies cannot be isolated from their geopolitical and strategic consequences. Therefore, it proposes a fresh perspective on the EU Green Deal diplomacy and the current negotiations on the EU sustainable finance regulations.

The second paragraph presents the global sustainable finance initiatives, with special consideration for the recent Rome G20 and the COP26. The third paragraph focuses on the EU internal environmental agenda, starting from the EU Green Deal, the NextGenerationEU and other relevant policies, to conclude with a specific focus on sustainable finance regulations and the current negotiations within the EU institutions. The fourth paragraph provides a wider outlook of the connection between these policies and the geopolitical and foreign policy scenario. It concentrates on climate diplomacy and the role played (and to be played) by the European Union in the future. The fifth paragraph concludes, providing some reflections on why the current debate and the decisions to be taken need a strategic approach.

# LA PROTEZIONE TEMPORANEA ACCORDATA DALL'UNIONE EUROPEA ALLE PERSONE IN FUGA DALL'UCRAINA: ASPETTI POSITIVI ED ELEMENTI CRITICI DELLA DECISIONE (UE) 2022/382

VALERIA DI COMITE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'attivazione della protezione temporanea con la decisione di esecuzione 2022/382. – 3. Le diverse categorie di aventi diritto e le questioni aperte. – 4. Obblighi per gli Stati membri, diritti dei beneficiari di protezione temporanea e principio di solidarietà. – 5. Considerazioni conclusive.

1. A seguito dell'invasione russa dell'Ucraina voluta dal Presidente Vladimir Putin<sup>1</sup>, che ha provocato un'immediata reazione nella Comunità internazionale<sup>2</sup>, anche l'Unione europea ha da subito condannato l'azione

---

<sup>1</sup> Nel discorso del 24 febbraio 2022, pronunciato per giustificare l'azione bellica, il Presidente Putin ha dichiarato: «You and I simply have not been left with any other opportunity to protect Russia, our people, except for the one that we will be forced to use today. Circumstances require us to take decisive and immediate action. The people's republics of Donbass turned to Russia with a request for help. In this regard, in accordance with Article 51 of Part 7 of the UN Charter, with the sanction of the Federation Council of Russia and in pursuance of the treaties of friendship and mutual assistance ratified by the Federal Assembly on 22 February this year with the Donetsk People's Republic and the Luhansk People's Republic, I decided to conduct a special military operation. Its goal is to protect people who have been subjected to bullying and genocide by the Kiev regime for eight years. And for this we will strive for the demilitarisation and denazification of Ukraine, as well as bringing to justice those who committed numerous, bloody crimes against civilians, including citizens of the Russian Federation. At the same time, our plans do not include the occupation of Ukrainian territories. We are not going to impose anything on anyone by force».

<sup>2</sup> Ciò si evince peraltro dai lavori delle Nazioni Unite e dalle risoluzioni approvate dall'Assemblea generale, che tuttavia hanno registrato il voto contrario e l'astensione di alcuni importanti Stati membri. Ovviamente, il veto russo ha impedito l'approvazione della bozza di risoluzione del Consiglio di sicurezza, il cui *draft* aveva ottenuto il supporto di 81 Stati membri dell'ONU e che condannava la condotta russa e riconosceva la sovranità, l'indipendenza, l'unità e l'integrità territoriale dell'Ucraina all'interno dei suoi confini internazionalmente riconosciuti (UN Doc. S/2022/155, votata il 28 febbraio 2022 con 11 voti a favore, il veto della Russia e astensione di Cina, Emirati Arabi Uniti e India). Diversa è stata la situazione nell'Assemblea generale che il 2 marzo 2022, ricordando gli obblighi derivanti dall'art. 2 della Carta, ha approvato la risoluzione intitolata *Aggression against Ukraine* per condannare l'intervento russo e chiedere l'immediata cessazione delle ostilità (UN Doc. A/RES/ES-11/1, approvata nell'undicesima sessione di emergenza con 141 voti favorevoli, 35 Stati astenuti, tra cui Cina e India, nonché i voti contrari di Russia, Bielorussia, Corea del



bellica manifestando al contempo un chiaro sostegno all'Ucraina e alla sua popolazione<sup>3</sup>.

In tale scenario l'Unione si è trovata ad affrontare gravi difficoltà di diversa natura: politica, economica, e umanitaria. Tra i gravissimi problemi che hanno richiesto una tempestiva risposta emerge quello dell'accoglienza agli sfollati provenienti dall'Ucraina. Infatti, come indicano gli *orientamenti operativi* della Commissione europea, pochi giorni dopo l'inizio della c.d. "operazione speciale" russa, già 650.000 sfollati erano giunti negli Stati dell'Unione europea confinanti con l'Ucraina: Polonia, Slovacchia, Ungheria e Romania<sup>4</sup>.

In considerazione della complessità della situazione da affrontare, la convergenza politica degli Stati interessati a trovare una rapida soluzione è stata nell'immediato un fattore favorevole per riconoscere la protezione temporanea<sup>5</sup>. Quest'ultima, prevista dall'art. 78, par. 2, lett. c), TFUE, ha la funzione di salvaguardare gli "sfollati" provenienti da Stati terzi ed è caratterizzata dal fatto che può essere accordata con celerità, ma ha una durata molto limitata nel tempo. Si tratta di una forma di protezione applicabile solo in casi eccezionali e si affianca alle altre forme di protezione previste nell'ordinamento UE: la protezione internazionale e quella sussidiaria. La protezione temporanea è attualmente disciplinata dalla direttiva 2001/55/CE e per la sua attivazione è richiesta una decisione del Consiglio che accerti l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati<sup>6</sup>.

Nord, Siria ed Eritrea). Nella successiva risoluzione del 24 marzo 2022, relativa alle *Conseguenze umanitarie dell'aggressione contro l'Ucraina*, l'Assemblea ha tra l'altro affermato che l'offensiva militare russa contro il territorio "sovrano" dell'Ucraina «raggiunge proporzioni che la Comunità internazionale non aveva visto in Europa da decenni» (UN Doc. A/RES/ES-11/2).

<sup>3</sup> Il Consiglio europeo, nelle conclusioni del 24 febbraio, *sull'aggressione militare non provocata e ingiustificata della Russia nei confronti dell'Ucraina*, ha condannato «con la massima fermezza l'aggressione militare non provocata e ingiustificata della Federazione russa nei confronti dell'Ucraina. Con le sue azioni militari illegali la Russia viola palesemente il diritto internazionale e i principi della Carta delle Nazioni Unite e compromette la sicurezza e la stabilità europee e mondiali. Il Consiglio europeo sottolinea che ciò include il diritto dell'Ucraina di scegliere il proprio destino. La responsabilità di questo atto di aggressione e di tutte le distruzioni e perdite di vite umane che ne risulteranno ricade interamente sulla Russia, che sarà chiamata a rispondere delle sue azioni».

<sup>4</sup> Cfr. decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio, del 4 marzo 2022, che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'art. 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea, 5° 'considerando'; nonché, comunicazione della Commissione, del 4 marzo 2022, *Orientamenti operativi per la gestione delle frontiere esterne al fine di agevolare l'attraversamento delle frontiere UE-Ucraina*, (2022/C 104 I/01), 1.

<sup>5</sup> La scelta politica è stata da subito dichiarata "storica" dalla commissaria europea agli affari interni Ylva Johansson.

<sup>6</sup> Cfr. direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, che stabilisce norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati.

Nella riunione del 3 marzo, il Consiglio dell'Unione ha approvato all'unanimità<sup>7</sup> la "storica" decisione di agevolare l'accoglienza degli sfollati, attivando per la prima volta lo strumento della protezione temporanea previsto nella direttiva del 2001 che per ben venti anni non era mai stata applicata, sebbene non fossero mancate importanti crisi umanitarie e richieste in favore di tale attivazione<sup>8</sup>.

Peraltro, la realtà è andata oltre le previsioni, infatti, al 6 marzo gli sfollati entrati nel territorio degli Stati membri erano già 1,8 milioni e il loro afflusso ha continuato inesorabilmente ad aumentare: agli inizi di maggio superavano 4 milioni e agli inizi di settembre erano oltre 7 milioni<sup>9</sup>. Nella comunicazione dell'8 marzo, la Commissione ha, dunque, affermato: «Gli sforzi eccezionali profusi dagli Stati membri sotto pressione sono sostenuti dall'UE attraverso la fornitura diretta di rifugi, generi alimentari e assistenza sanitaria e accordando alle persone in fuga dalla guerra in Ucraina uno status chiaro attraverso un'offerta di protezione temporanea senza precedenti»<sup>10</sup>.

2. Sulla base della proposta della Commissione del 2 marzo 2022, con la decisione di esecuzione 2022/382 il Consiglio ha accertato l'esistenza di un «afflusso massiccio nell'Unione di sfollati che hanno dovuto abbandonare l'Ucraina a seguito di un conflitto armato» (art. 1), verificando quindi l'esistenza del presupposto giuridico necessario per attivare la protezione temporanea<sup>11</sup>. Quest'ultima è definita nella direttiva

Recepita in Italia con d.lgs. del 7 aprile 2003, n. 85. Il fondamento giuridico della direttiva è l'art. 63, par. 2, lettere a) e b), TCE, divenuto art. 78, par. 2, lett. c), TFUE.

<sup>7</sup> Ai sensi dell'art. 5 della direttiva, per l'approvazione della decisione sarebbe stata sufficiente la maggioranza qualificata; la piena condivisione della proposta della Commissione da parte di tutti gli Stati membri è messa in luce dal fatto che si sia raggiunta l'unanimità (senza contare la Danimarca, che non è vincolata dalla direttiva).

<sup>8</sup> A causa delle insormontabili difficoltà verificatesi in relazione all'attivazione della protezione temporanea nel *Nuovo patto su immigrazione e asilo* del 2020, la Commissione europea ha proposto di istituire una nuova forma di "protezione immediata" e di abrogare la direttiva 2001/55, cfr. P. DE PASQUALE, *Il Patto per la migrazione e l'asilo: più luci che ombre*, 5 ottobre 2020, in *Annali AISDUE*, II, Napoli, 2021, 379.

<sup>9</sup> Si vedano i dati pubblicati e aggiornati settimanalmente dall'UNHCR, in cui tra l'altro si indica che al 7 settembre 2022 più di 2.460 sfollati dall'Ucraina hanno chiesto la protezione temporanea o forme analoghe di protezione nei 27 Stati membri dell'UE e in altri Stati europei tra cui Regno Unito e Svizzera, dati disponibili su *Operation Data Portal, Ukraine Refugee Situation*, <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine>

<sup>10</sup> Comunicazione della Commissione, dell'8 marzo 2022, *Solidarietà europea nei confronti dei rifugiati e di coloro che fuggono dalla guerra in Ucraina*, COM(2022) 107 final.

<sup>11</sup> L'attivazione della protezione temporanea ha suscitato un grande interesse nella dottrina, la quale non ha mancato di evidenziarne gli aspetti positivi e innovativi, ma anche le criticità, cfr. A. CORRERA, *Protezione temporanea per la popolazione ucraina: una svolta per la politica di asilo dell'Unione europea?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2022, 39 ss.; A. DI PASCALE, *Volere è potere! L'attivazione della protezione temporanea per l'accoglienza dei*

2001/55 come «la procedura di carattere eccezionale che garantisce, nei casi di afflusso massiccio o di imminente afflusso massiccio di sfollati provenienti da paesi terzi che non possono rientrare nel loro paese d'origine, una tutela immediata e temporanea alle persone sfollate, in particolare qualora vi sia anche il rischio che il sistema d'asilo non possa far fronte a tale afflusso senza effetti pregiudizievoli per il suo corretto funzionamento, per gli interessi delle persone di cui trattasi e degli altri richiedenti protezione»<sup>12</sup>.

Dall'esame dei ventisette 'considerando' che compongono la motivazione della decisione 2022/382 si evincono con chiarezza le ragioni che hanno indotto l'Unione a ritenere la "protezione temporanea" la forma giuridica più adeguata a favorire l'arrivo degli sfollati dall'Ucraina. In particolare, il 16° 'considerando' pone l'accento sulla "straordinarietà" ed "eccezionalità" della situazione alla quale è necessario fare fronte e sull'opportunità di evitare il "rischio di sovraccaricare sistemi di asilo degli Stati membri". Il riconoscimento di tale protezione avviene, difatti, automaticamente da parte delle competenti autorità nazionali, senza aggravati procedurali.

Un aspetto di grande rilevanza risiede nell'aver accordato ai potenziali beneficiari della protezione temporanea il diritto di scegliere in quale Stato membro presentare la richiesta di protezione, consentendo i movimenti secondari degli sfollati (16° 'considerando' della decisione 2022/382). Tale situazione si differenzia, quindi, in maniera evidente rispetto a quella prevista per le domande di protezione internazionale che, invece, devono essere presentate allo Stato individuato secondo i rigidi criteri previsti dal regolamento Dublino III<sup>13</sup>, con il limite del rispetto dei diritti fondamentali<sup>14</sup>.

---

*profughi ucraini nell'Unione europea*, in *EuroJus*, 2022, reperibile online; G. MORGESE, *L'attivazione della protezione temporanea per gli sfollati provenienti dall'Ucraina: Old but Gold?*, in *blogDUE*, 9 marzo 2022, reperibile online; S. PEERS, *Temporary Protections for Ukrainians in the EU, Q and A*, in *EU Law Analysis*, 2022, reperibile online; D. THYM, *Temporary Protection for Ukrainians: The Unexpected Renaissance of 'Free Choice'*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 2022, reperibile online.

<sup>12</sup> Numerosissimi sono gli studi relativi alla materia dell'asilo. Tra gli altri, si veda, B. NASCIMBENE, *La dimensione interna ed esterna della politica di immigrazione e asilo. Principi e valori*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, 267.

<sup>13</sup> Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide.

<sup>14</sup> In tal senso si veda l'interessante sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 21 dicembre 2011, causa C-411/10, *N.S. e altri*, in cui è stata considerata contraria al diritto UE una presunzione assoluta del rispetto dei diritti fondamentali nello Stato membro competente a esaminare la domanda di asilo, individuato sulla base dei criteri del regolamento Dublino III. In tema cfr. G. MORGESE, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di*

3. Per quanto concerne i soggetti beneficiari della protezione temporanea è opportuno premettere che la definizione di “sfollati” prevista come regola generale dall’art. 2 della direttiva 2001/55 si riferisce ai cittadini di Paesi terzi o apolidi i quali hanno dovuto «abbandonare il Paese di origine» e il cui rimpatrio in condizioni sicure «risulta impossibile a causa della situazione del paese stesso» per le cause indicate nella stessa norma, che include anche il caso di conflitto armato<sup>15</sup>. Nel caso concreto della situazione dell’Ucraina, la decisione 2022/382 individua il suo ambito di applicazione soggettiva nell’art. 2. A tal fine si stabiliscono diversi criteri, il primo ha carattere temporale e gli altri sono collegati alla cittadinanza e allo *status* delle persone in fuga. Di conseguenza, i beneficiari della protezione temporanea sono suddivisi in diverse categorie.

*In primis*, la protezione temporanea può essere accordata solo alle persone che sono «sfollate dall’Ucraina dopo il 24 febbraio 2022» a seguito dell’invasione delle forze armate russe. Pertanto, il primo elemento da considerare è il momento in cui i richiedenti protezione temporanea hanno lasciato il territorio ucraino.

Inoltre, la decisione individua tre diverse categorie di beneficiari che si trovano giuridicamente in situazioni alquanto diverse. Ai sensi dell’art. 2, par. 1, le persone che beneficiano *de iure* di tale protezione sono: i «cittadini ucraini residenti in Ucraina prima del 24 febbraio 2022» (lett. a); gli «apolidi» e i «cittadini di paesi terzi diversi dall’Ucraina che beneficiavano di protezione internazionale o di protezione nazionale equivalente prima del 24 febbraio» (lett. b); infine, i familiari delle categorie di persone contemplate nelle lettere a e b della disposizione in esame (lett. c). La nozione di familiare ai fini dell’applicazione della decisione è specificata al par. 4 dell’art. 1. Sotto questo profilo, la decisione 2022/382 interpreta in senso ampio la direttiva 2001/55, facendo rientrare nella nozione di “sfollati” non solo i cittadini ucraini, ma anche le persone (individuate nelle lett. b) che godevano in Ucraina di protezione internazionale o equivalente, nonché i loro familiari<sup>16</sup>.

---

*mutua fiducia tra Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2012, 147.

<sup>15</sup> L’art. 2 definisce testualmente gli «sfollati» come «i cittadini di paesi terzi o apolidi che hanno dovuto abbandonare il loro paese o regione d’origine o che sono stati evacuati, in particolare in risposta all’appello di organizzazioni internazionali, ed il cui rimpatrio in condizioni sicure e stabili risulta impossibile a causa della situazione nel paese stesso, anche rientranti nell’ambito d’applicazione dell’articolo 1A della Convenzione di Ginevra o di altre normative nazionali o internazionali che conferiscono una protezione internazionale, ed in particolare: i) le persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica; ii) le persone che siano soggette a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani o siano state vittime di siffatte violazioni».

<sup>16</sup> Cfr. G. MORGESE, *L’attivazione*, cit.

La seconda categoria di “potenziali beneficiari” riguarda le persone che godevano di un diritto di soggiorno permanente in Ucraina. Dall’analisi dell’art. 2 della decisione 2022/382 è di tutta evidenza che gli stranieri soggiornanti in Ucraina e che al 24 febbraio 2022 non beneficiavano di protezione internazionale o equivalente, non possono beneficiare “automaticamente” della protezione temporanea. Tuttavia, la decisione tiene conto della posizione di queste persone affermando all’art. 1, par. 2, che gli Stati membri “applicano” la decisione 2022/382 o “una protezione adeguata” prevista nel proprio ordinamento nazionale agli apolidi e agli stranieri (non ucraini) che «possono dimostrare che soggiornavano legalmente in Ucraina prima del 24 febbraio 2022 sulla base di un permesso di soggiorno permanente valido rilasciato conformemente al diritto ucraino e che non possono ritornare in condizioni sicure e stabili nel proprio paese o regione di origine». In altri termini, la decisione affida agli Stati membri la scelta della forma di protezione da accordare alle persone che in Ucraina godevano di diritto di soggiorno permanente e per le quali non sarebbe sicuro il rientro nel Paese di origine. Il concetto di «paese di origine» è quindi inteso in senso ampio, in quanto comprende anche quello di cittadino di un Paese terzo diverso dall’Ucraina. Dal tenore letterale della norma risulta evidente che, accertati i due requisiti, anche questa categoria di persone gode del diritto alla protezione temporanea o a un’altra forma adeguata di protezione prevista dal diritto interno.

Infine, il par. 3 dell’art. 2 afferma: «A norma dell’articolo 7 della direttiva 2001/55/CE, gli Stati membri possono applicare la presente decisione anche ad altre persone, compresi gli apolidi e i cittadini di paesi terzi diversi dall’Ucraina, che soggiornavano legalmente in Ucraina e che non possono ritornare in condizioni sicure e stabili nel proprio paese o regione di origine». Quest’ultima disposizione rimette alla piena discrezionalità degli Stati la scelta di determinare se accordare la protezione temporanea anche agli apolidi o agli stranieri regolarmente residenti in Ucraina che non erano “soggiornanti di lungo periodo” alla data del 24 febbraio 2022.

Infine, nulla è stabilito nella direttiva in relazione a una quarta categoria di persone, ossia gli immigrati irregolari presenti sul territorio ucraino, tra i quali si contano anche i richiedenti asilo.

L’Italia ha provveduto a dare attuazione alla decisione 2022/382 con il D.P.C.M. 28 marzo 2022, che ai sensi dell’art. 1, par. 3, accorda la “protezione temporanea” esclusivamente alla seconda categoria di beneficiari, ossia ai titolari di permesso di soggiorno permanente (categoria prevista nell’art. 2, par. 2, della decisione 2022/382). Nel D.P.C.M. nulla è previsto per la categoria di persone indicate al par. 3 dell’art. 2 della decisione. Agli stranieri che erano regolarmente residenti in Ucraina non

è dunque riconosciuta la possibilità di beneficiare della “protezione temporanea” in Italia. Tantomeno sono presenti disposizioni relative agli immigrati irregolari che erano presenti sul territorio ucraino e fuggono dalla guerra.

Inoltre, l’art. 1, par. 5 del D.P.C.M. stabilisce che i ricongiungimenti familiari in Italia sono consentiti solo nei confronti di coloro che soggiornano fuori dal territorio degli Stati UE. In altri termini, il familiare potrà ricongiungersi con il richiedente protezione temporanea solo se risiede in uno Stato terzo. Questa disposizione induce gli sfollati, che in base alla decisione del Consiglio possono scegliere a quale Stato richiedere la protezione temporanea, a rivolgersi allo Stato membro in cui già si trovano i propri familiari.

È evidente la scelta italiana di attuare la decisione 2022/382 utilizzando la propria discrezionalità in modo da accogliere una cerchia ristretta di sfollati. Questa differenziazione in categorie, sebbene giuridicamente corretta, manifesta uno spirito poco solidale proprio nei confronti dei soggetti più vulnerabili.

4. Per quanto concerne il trattamento dei beneficiari della “protezione temporanea”, è interessante notare come la direttiva 2001/55 dedica uno specifico titolo agli obblighi degli Stati piuttosto che ai diritti dei beneficiari di protezione temporanea. Il capo III, composto dagli articoli da 8 a 16, è espressamente intitolato: «Obblighi incombenti agli Stati membri nei confronti dei titolari di protezione temporanea». Gli Stati membri sono dunque tenuti a garantire alcuni “diritti minimi” (ossia un trattamento non meno favorevole di quello espressamente previsto nella direttiva) e possono offrire una tutela più ampia e condizioni più favorevoli.

Ai sensi dell’art. 8 della direttiva 2001/55 è previsto per gli Stati membri l’obbligo di rilasciare ai beneficiari un titolo di soggiorno valido per tutto il periodo di durata della protezione temporanea. Tale durata in base alla direttiva dovrebbe essere di un anno, ma può essere automaticamente prorogata di sei mesi in sei mesi per un altro anno. Una ulteriore proroga di un anno (giungendo quindi fino a tre anni) è infine possibile ai sensi dell’art. 4, par. 3<sup>17</sup>.

In relazione al riconoscimento della protezione temporanea si è inteso semplificare le procedure in modo da accordare una protezione immediata; non è prevista la presentazione formale di una “domanda”, ma gli

---

<sup>17</sup> La protezione temporanea potrebbe essere prorogata di un ulteriore anno con decisione adottata dal Consiglio a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione, se si accertasse il perdurare della situazione (art. 4, par. 3); tuttavia, la durata potrebbe anche essere inferiore qualora il Consiglio decida a maggioranza qualificata di far cessare la protezione temporanea fondandosi sui motivi previsti dall’art. 6 della direttiva 2001/55.



Stati membri possono richiedere che per motivi amministrativi si compili un modulo per la registrazione e che siano presentati documenti comprovanti la identità e la residenza del potenziale beneficiario di protezione<sup>18</sup>.

Inoltre, nel caso relativo alle persone in fuga dall'Ucraina, per effetto della dichiarazione degli Stati membri allegata alla decisione che esclude l'applicazione dell'art. 11 della direttiva, agli sfollati di cittadinanza ucraina è consentito di spostarsi all'interno dell'Unione per un breve periodo, cioè fino a 90 giorni, ciò in quanto erano esenti dall'obbligo di visto (v. 16° 'considerando' della decisione 382/2022).

Tra i diritti riconosciuti ai titolari di protezione temporanea, o meglio gli obblighi incombenti agli Stati, si possono ricordare quello all'accesso all'istruzione per i minori in condizioni di parità con i cittadini nazionali (art. 14 della direttiva 2001/55), quello all'accesso al lavoro (art. 12 della direttiva 2001/55) che ha comportato, nel caso attuale, anche l'adozione di specifiche misure per il riconoscimento delle qualifiche professionali. Sono previsti anche il diritto all'alloggio, alle cure mediche e a ottenere assistenza sociale e contributi al sostentamento. Una particolare attenzione è riconosciuta alla situazione dei minori non accompagnati (art. 16 della direttiva 2001/55) e alle vittime di torture, stupri o altre gravi forme di violenza fisica e psichica.

La direttiva 2001/55 stabilisce, altresì, le regole applicabili ai fini dell'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare (art. 15).

In considerazione degli obblighi previsti dalla direttiva, è necessario introdurre importanti misure finalizzate a garantire almeno questi diritti minimi agli sfollati provenienti dall'Ucraina una volta giunti nell'Unione europea; misure che hanno sicuramente un importante impatto anche economico per ciascuno Stato membro di accoglienza. In questo contesto, dunque, diventa di speciale rilevanza l'applicazione del principio di solidarietà a cui è dedicato il capo VI della direttiva (articoli 24-26).

L'idea di solidarietà cui si ispira la protezione temporanea, pertanto, non attiene solo all'attenzione verso le persone che scappano dall'Ucraina, ma anche alle modalità di cooperazione tra Stati membri dell'Unione per far fronte a questa emergenza umanitaria. Trova dunque

---

<sup>18</sup> Alcune indicazioni operative utili a facilitare le pratiche per il riconoscimento della protezione temporanea sono state pubblicate dalla Commissione. È interessante notare che nella comunicazione viene precisato che in assenza di documenti le autorità nazionali competenti dovrebbero rivolgersi alle autorità ucraine presenti sul territorio nazionale e che laddove manchino del tutto prove sia attivata la procedura per la richiesta di asilo. Cfr. comunicazione della Commissione, del 21 marzo 2022, *relativa agli orientamenti operativi per l'attuazione della decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2001/55 e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea* (2022/C 126 I/01), 3.



chiara applicazione, il principio di solidarietà sancito dall'art. 80 TFUE, che si riferisce a «un'equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri anche sul piano finanziario»<sup>19</sup>. La protezione temporanea, come già osservato in passato dalla Corte di giustizia, è un chiaro esempio di applicazione di questo principio, il quale in questo ambito è finalizzato sia a consentire che le persone bisognose di protezione siano accolte da tutti gli Stati membri, e non solo da quelli che si trovano geograficamente più esposti, sia a garantire che gli sforzi finanziari e operativi siano pienamente condivisi.

In termini concreti, nel caso in esame, l'Unione ha immediatamente stanziato 550 milioni di euro per il sostegno all'Ucraina, in funzione delle emergenze da affrontare, parte della dotazione finanziaria è stata destinata a far fronte a esigenze umanitarie quali l'allestimento di rifugi, l'acquisto di beni essenziali, la prestazione di cure mediche.

Per sostenere l'azione degli Stati membri nell'accoglienza degli sfollati, l'Unione ha approvato nuovi e ingenti stanziamenti finanziari e ha anche previsto la possibilità di destinare parte di fondi già esistenti all'accoglienza degli sfollati provenienti dall'Ucraina, consentendone l'attuazione con regole eccezionali che permettono di agire in modo immediato (ad esempio non si richiede il cofinanziamento). Si è quindi accordata la possibilità di usare le risorse stabilite nell'ambito dell'azione di coesione a favore dei rifugiati CARE<sup>20</sup>, nonché del programma di assistenza REACT-EU, istituito per reagire alle conseguenze della pandemia da Covid-19<sup>21</sup>. Inoltre, facendo seguito alle sollecitazioni del Consiglio europeo<sup>22</sup>, nel mese di giugno la Commissione ha presentato una proposta per attivare l'azione FAST-CARE, che offre maggiore flessibilità e garantisce una risposta più celere ed efficace nell'ambito della politica di coesione, per far fronte sia alle “sfide migratorie” derivanti dal continuo

---

<sup>19</sup> Nella sentenza *N. S.*, cit., punto 93, la Corte di giustizia ha osservato che «l'art. 80 TFUE prevede che la politica dell'asilo e la sua attuazione siano regolate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario. La direttiva 2001/55 costituisce un esempio di tale solidarietà ma, (...), i meccanismi di solidarietà che essa contiene sarebbero limitati a situazioni del tutto eccezionali rientranti nell'ambito di applicazione di tale direttiva, ossia l'afflusso massiccio di sfollati».

<sup>20</sup> A tal fine sono state introdotte opportune modifiche con il regolamento (UE) 2022/562 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 aprile 2022, recante modifica dei regolamenti (UE) n. 1303/2013 e (UE) n. 223/2014 per quanto riguarda l'azione di coesione a favore dei rifugiati in Europa (CARE).

<sup>21</sup> REACT-EU è un programma di assistenza dell'Unione europea che è stato approvato per aiutare gli Stati membri e le regioni più colpite dalla pandemia da Covid-19. L'impiego delle risorse può essere attuato con una significativa flessibilità al fine di favorire la ripresa, cfr. regolamento (UE) 2020/2221 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 dicembre 2020.

<sup>22</sup> Conclusioni del Consiglio europeo, del 30 e 31 maggio 2022, punto 10.

afflusso di sfollati, sia alle «perturbazioni del mercato in settori economici chiave»<sup>23</sup>. Sotto il profilo operativo per coordinare la risposta degli Stati membri la Commissione ha, altresì, istituito una “piattaforma di solidarietà”.

5. L’attivazione della protezione temporanea per gli ucraini e gli altri sfollati provenienti dall’Ucraina, a nostro parere, ha il merito di aver consentito una tempestiva risposta da parte dell’Unione e una grande capacità di accoglienza in uno dei momenti più oscuri per l’Europa dopo la II guerra mondiale.

Questo istituto sicuramente ha dei vantaggi sia per i beneficiari, che possono scegliere in quale Stato membro soggiornare, ottenendo al contempo una serie di diritti, sia per gli Stati membri in considerazione della sua temporaneità e del fatto che si tratta di una forma di protezione meno onerosa rispetto al riconoscimento dello *status* di rifugiato<sup>24</sup>.

Altro elemento di rilievo è dato dall’ampia discrezionalità di cui godono gli Stati membri in base alla decisione di esecuzione 232/2022, che consente di scegliere quale tipo di protezione accordare ad alcune delle diverse categorie di soggetti individuati nella stessa decisione; tuttavia, ciò crea un regime differenziato in funzione della cittadinanza degli sfollati e del loro *status*. In questo modo, la scelta politica dell’Unione consente un trattamento giuridico diverso a seconda dello Stato membro che accorda la protezione temporanea. Tale situazione induce gli sfollati a scegliere di rivolgersi allo Stato che maggiormente li tutela. Di conseguenza, si avrà una numerosità di sfollati e un impatto economico differente nei ventisette Stati membri, nonché un diverso trattamento giuridico

---

<sup>23</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, *recante modifica del regolamento (UE) n. 1303/2013 e del regolamento (UE) 2021/1060 per quanto concerne un’ulteriore flessibilità per affrontare le conseguenze dell’aggressione militare da parte della Federazione russa FAST (assistenza flessibile ai territori) - CARE*, del 29 giugno 2022, COM(2022) 325 final. L’iter legislativo finalizzato all’adozione del regolamento, al 23 settembre 2022, è in fase di prima lettura.

<sup>24</sup> Bisogna osservare alcune criticità relativamente al coordinamento tra protezione temporanea e protezione internazionale nelle regole dell’Unione e anche in quelle attuative italiane. In particolare, a nostro parere, dubbi di compatibilità con il diritto UE desta l’art. 7, par. 2, del d.lgs. 85 del 2003, che stabilisce che per beneficiare della protezione temporanea bisogna rinunciare alla domanda di protezione internazionale «qualora l’esame delle domande per il riconoscimento dello *status* di rifugiato non sia stato differito (...), il richiedente lo *status* potrà beneficiare del regime di protezione temporanea solo se presenti rinuncia alla istanza di riconoscimento dello *status* di rifugiato o se la medesima istanza ha avuto un esito finale negativo». Sebbene l’art. 19, par. 1, della direttiva 2001/55 stabilisca che gli Stati UE «possono disporre che il beneficio della protezione temporanea non sia cumulabile con lo status di richiedente asilo durante il periodo di esame della domanda», a nostro parere sarebbe stato opportuno prevedere un meccanismo che assicuri l’effetto sospensivo della domanda di asilo, piuttosto che istituire l’obbligo di rinuncia a tale domanda.

delle persone in funzione della loro cittadinanza, del loro *status* giuridico, del momento in cui hanno lasciato l'Ucraina e della loro capacità di scelta; situazione non esente da criticità rispetto all'applicazione del principio di non discriminazione e di quello di solidarietà.

#### ABSTRACT

*European Union's Temporary Protection for Displaced Persons from Ukraine: Pros and Cons of Implementing Decision (EU) 2022/382*

The extreme emergency situation brought about by the Russian invasion of Ukraine has forced millions of people of different nationalities to flee into neighbouring States. In order to ensure the reception of displaced persons, the Council of the European Union, based on a proposal by the European Commission, triggered Implementing Decision (EU) 2022/382, establishing the existence of a mass influx of displaced persons from Ukraine. By this Decision, Temporary Protection Directive 2001/55 has been implemented for the first time in twenty years. This paper aims to investigate the rules laid down within the EU as well as their implementation in Italy, laying special emphasis on the scope of the Decision 2022/382. Interestingly, temporary protection does not apply to all displaced persons in the same way, as eligibility depends on such factors as status and nationality. Therefore, this situation raises some critical issues, since it might not be entirely consistent with the principle of non-discrimination as well as the principle of solidarity.



# NOTE E COMMENTI

## LA SURROGAZIONE DI MATERNITÀ COME REATO UNIVERSALE E ALCUNI OBBLIGHI INTERNAZIONALI DELL'ITALIA

ANGELA MARIA GALLO

SOMMARIO: 1. Premessa: la surrogazione di maternità e le proposte di legge n. 306 del 23 marzo 2018 e n. 2599 del 20 luglio 2020. – 2. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra diritto alla vita privata e diritti addizionali. – 3. Cenni ad alcuni altri strumenti internazionali su diritto alla pianificazione familiare e salute riproduttiva: la compatibilità delle proposte di legge con gli obblighi internazionali gravanti sull'Italia. – 4. Cenni sulla regolamentazione della surrogazione in alcuni altri Stati. – 5. Alcune considerazioni conclusive.

1. La surrogazione di maternità è una particolare pratica di procreazione medicalmente assistita che si è diffusa negli ultimi decenni tra le coppie infertili o dello stesso sesso e che consiste nell'utilizzo dell'utero di una donna, estranea alla coppia che, dietro corrispettivo o a titolo gratuito, si obbliga a portare a termine una gravidanza e a consegnare al committente il neonato in un momento successivo al parto.

La pratica rientra, quindi, nell'ampio *genus* della fecondazione artificiale, definita come l'insieme delle tecniche mediche che consentono di dare luogo al concepimento di un essere umano senza la congiunzione fisica di un uomo e di una donna, operando dall'interno (in questo caso si parla di fecondazione artificiale intracorporea o *in vivo*) oppure al di fuori (fecondazione artificiale extracorporea o *in vitro* o, come si dice più comunemente, "in provetta") delle vie genitali della donna, che può impiegare gameti appartenenti alla stessa coppia che si sottopone alle tecniche (fecondazione omologa), o provenienti in tutto o in parte da donatori esterni (fecondazione eterologa)<sup>1</sup>.

La gestazione per altri, termine con il quale spesso viene pure indicata la pratica di surrogazione, ha generato un intenso dibattito interno e internazionale, sia scientifico sia sociale, di grande rilievo, che si è essenzialmente

---

<sup>1</sup> M. FACCIOLI, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. civ., Agg., vol. II, 2007, 1051 ss.

focalizzato attorno a due visioni, tra loro altamente dissonanti: la prima, infatti, si pone a favore della medesima, perché vi riconosce una donazione in qualche misura equiparabile ad altre già consentite, come quelle, ad esempio, di midollo osseo, sangue o organi<sup>2</sup>, nonché una possibilità più celere, rispetto all'adozione, per la formazione di un nucleo familiare<sup>3</sup> da parte dei genitori d'intenzione; la seconda ritiene, al contrario, che attraverso tale pratica venga lesa la dignità umana, in particolar modo quella della donna gestante, favorendo la mercificazione del suo corpo, che verrebbe utilizzato come mero organismo riproduttivo<sup>4</sup>, e che, tramite la stessa tecnica, si rende commerciabile il rapporto genitore-figlio, in considerazione del fatto che le donne gestanti per altri si presterebbero alla surrogazione di maternità non per spirito solidaristico ma per necessità economica.

Va detto che è proprio a quest'ultima concezione, avversa alla surrogazione di maternità, che afferisce il divieto imposto dall'art. 12, co. 6, della legge 40 del 2004, che prevede la reclusione da tre mesi fino a due anni, oltre ad una sanzione amministrativa pecuniaria che va da 600.000 ad un milione di euro, per «chiunque realizzi, organizzi o pubblicizzi la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità». Inoltre, dal momento che, stanti i divieti imposti dal diritto italiano, la pratica è spesso effettuata all'estero, dove il neonato viene registrato come figlio dei genitori d'intenzione, la dichiarazione di maternità di una donna che non ha contribuito al corredo genetico del figlio potrebbe essere ritenuta mendace e, di conseguenza, punita con la reclusione da uno a sei anni, ai sensi dell'art. 495 c.p., potendo altresì integrare anche il reato di alterazione di stato, punito dall'art. 567, co. 2, c.p. con la reclusione da cinque a quindici anni. Va detto che tanto la giurisprudenza quanto la dottrina hanno escluso l'applicabilità di queste due norme incriminatrici, nel rispetto del principio della riserva di legge e della conseguente necessità di ancorare le fattispecie al carattere normativo della nozione di falsità e agli obblighi che incombono sui richie-

---

<sup>2</sup> A.R. VITALE, *Escursioni biogiuridiche in tema di maternità surrogata*, in *Medicina e morale*, 2016, 167 ss. In Italia la disciplina di questo tipo di donazioni è contemplata dalla legge 4 maggio 1990, n.107, "Disciplina per le attività trasfusionali relative al sangue umano ed ai suoi componenti e per la produzione di plasmaderivati", dalla legge del 6 marzo 2001, n. 52, "Riconoscimento del Registro nazionale italiano dei donatori di midollo osseo", e dalla legge 1° aprile 1999, n. 91, "Disposizione in materia di prelievi e di trapianti di organi e tessuti".

<sup>3</sup> La questione della celerità delle tempistiche non è cosa di poco conto: è la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo a sottolinearne l'importanza nel parere del 10 aprile 2019. Per un'analisi più approfondita, M. GATTUSO, *Certezza e tempi "breves que possible" per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere Cedu 10/4/2019*, 2019, reperibile online in [www.geniusreview.eu](http://www.geniusreview.eu).

<sup>4</sup> Così D. BERLOCO, *Tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *Lo stato civile italiano*, 2020, 4 ss.

denti il titolo<sup>5</sup>. Quanto alla norma “principale”, comunque, essa appare evidentemente volta a vietare qualsiasi forma di surrogazione di maternità: solo un divieto così ampio, infatti, pare compatibile con la sua *ratio*, di prevenire ogni forma di abuso e sfruttamento della condizione di fragilità delle madri surrogate<sup>6</sup>.

È in questo contesto, quindi, che vanno collocate le proposte di legge n. 306 del 23 marzo 2018 e n. 2599 del 20 luglio 2020, recanti la modifica all’art. 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all’estero da cittadino italiano, le quali, da ultimo, hanno ricevuto l’approvazione dalla Commissione giustizia del Parlamento italiano in data 21 aprile 2022; va detto che, nelle more della correzione delle bozze di questo lavoro, in conseguenza dello scioglimento delle Camere avvenuto il 21 luglio 2022, le due proposte di legge sono decadute, ma è probabile che saranno presentate nuovamente in seno al Parlamento nella sua composizione rinnovata.

Va da subito osservato che le due proposte di legge fanno riferimento alla condotta di realizzazione della surrogazione di maternità, che include non solo l’intervento medico assistito, ma l’intera procedura espletata per la consegna del neonato ai committenti. Per potersi applicare l’art. 6 c.p.<sup>7</sup>, inoltre, pare sufficiente che anche solo l’accordo di surroga sia concluso in Italia; qualora invece questo fosse concluso all’estero, verrebbero in rilievo gli articoli 7, n. 5 e n. 9, comma 2, c.p.<sup>8</sup>. Quanto ai soggetti attivi di tale condotta, essi sono certamente gli organizzatori e i promotori della pratica di gestazione per altri, mentre per quanto concerne i committenti, una parte della dottrina ritiene che anch’essi rientrino direttamente nella categoria<sup>9</sup>, mentre

---

<sup>5</sup> Per un approfondimento della questione, Cassazione, sez. VI, sentenza dell’11 ottobre 2016, n. 48696; V. TIGANO, *I limiti dell’intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, 2019, 405 ss.

<sup>6</sup> M. PELISSERO, *Surrogazione di maternità: la pretesa di un diritto punitivo universale. Osservazioni sulle proposte di legge n. 2599 (Carfagna) e 306 (Meloni)*, *Camera dei Deputati*, in *Sistema Penale*, 2021, reperibile online in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

<sup>7</sup> L’art. 6 c.p., come noto, punisce i reati commessi nel territorio italiano, che si definiscono tali poiché l’azione o l’omissione che li costituiscono sono avvenuti in tutto o in parte in Italia, oppure l’evento che ha cagionato l’azione o l’omissione si è verificato nel territorio italiano.

<sup>8</sup> L’art. 7, n. 5, disciplina i reati commessi all’estero che sono perseguibili sono in presenza di una disposizione di legge o convenzione internazionale che stabiliscano l’applicabilità della legge italiana. L’art. 9, co. 2, invece, estende l’ambito di applicazione della legge penale italiana ai reati commessi in territorio estero dai cittadini italiani, per i quali è prevista una reclusione inferiore nel minimo a tre anni, e lega la punibilità del cittadino alla sua presenza nel territorio dello Stato nonché alla richiesta del Ministro della giustizia.

<sup>9</sup> L. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire. Riflessioni sul ruolo della laicità nell’esperienza penalistica*, Torino, 2008, 52 ss.; V. TRINCHERA, *Limiti spaziali all’applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all’estero*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 1391 ss.; V. TIGANO, *Alterazione di stato e surrogazione di maternità all’estero*, reperibile online in [www.foroitaliano.it](http://www.foroitaliano.it).



altri sostengono che vi rispondano solo a titolo di concorso di persone nel reato<sup>10</sup>. Isolata è rimasta, invece, la giurisprudenza del Tribunale di Bologna che, con la sentenza del 28 marzo 2017, ha escluso la responsabilità penale dei committenti, costruendo la struttura del reato di surrogazione di maternità in maniera analoga a quella del reato di prostituzione, nel quale sono incriminate solo le condotte collaterali di sfruttamento e organizzazione della prostituzione e non anche l'atto di prostituirsi<sup>11</sup>. Ancora, va detto che parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono necessaria per l'applicazione dell'art. 9, co. 2, c.p., la doppia incriminazione, vale a dire che la surrogazione di maternità debba essere considerata un reato anche dalla *lex loci* dello Stato in cui viene svolta la pratica<sup>12</sup>; in caso contrario si punirebbe un soggetto per un fatto che non è previsto come reato da quell'ordinamento giuridico<sup>13</sup>.

Ebbene, sulla scorta di queste premesse, necessariamente brevi, ci proponiamo di analizzare le proposte di legge alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU), che, come noto, più volte si è pronunciata sulla questione, nonché di alcuni strumenti internazionali, per tentare di comprendere se tali proposte siano compatibili con gli obblighi internazionali che vincolano l'Italia. Peraltro – riteniamo opportuno chiarirlo preliminarmente – la questione sarà trattata nella sola prospettiva della tutela della donna gestante, dal momento che è questa la *ratio* che, dichiaratamente, ispira le proposte, lasciando da parte, se non per alcuni profili, l'aspetto relativo alla tutela del minore<sup>14</sup> e quelli più strettamente internazionalprivatistici, relativi al riconoscimento dello *status filiationis*<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> E. DOLCINI, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Flamigni e Mori*, in *Notizie di politeia*, 2014, 79 ss.; A. VALLINI, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in *Discrimen-Criminalia*, 2020, 221 ss.

<sup>11</sup> Tribunale di Bologna, sentenza del 28 marzo 2017, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2017, 1207 ss.

<sup>12</sup> Sulla necessità del requisito della doppia incriminazione, fondato sulla base dei principi di legalità e colpevolezza, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. GATTA, *Manuale di diritto penale*, 2020, 164 ss.; Cassazione, sez. I, sentenza del 17 settembre 2002, n. 38401.

<sup>13</sup> Cassazione penale, sez. V, sentenza del 5 aprile 2016, n. 13525.

<sup>14</sup> Su questi aspetti, tra gli altri, v. P. GEBER, K. O' BYRNE (eds.), *Surrogacy, law and Human Rights*, London/New York, 2015; I. REIN-LESCASTEREYRES, *Recent Case Law On Cross-Border Surrogacy*, in K. BOELE-WOELKI, A. FUCHS (eds.), *Same-Sex Relationships and Beyond: Gender Matters in the EU*, Cambridge, 2017, 140 ss.; M. STOCKEY-BRIDGE, *The Lure of Hope. On the Transnational Surrogacy Trail from Australia to India*, Vancouver, 2018, *passim*.

<sup>15</sup> Su tali aspetti si vedano, tra gli altri, anche per ulteriori riferimenti, A. DI BLASE, *Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita: problemi di diritto internazionale privato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, 63 ss.; G. NENCINI, *La maternità surrogata, l'ordine pubblico e il superiore interesse del minore*, in *Lo stato civile italiano*, 2018, 15 ss.; G.M. RUOTOLO, *Il diritto internazionale privato italiano delle "nuove" famiglie nel contesto europeo*, in *Questione giustizia*, 2019, 53 ss.

2. Come abbiamo accennato, le proposte di legge in esame muovono dall'idea che sarebbe necessario tutelare la donna gestante dalla pratica di surrogazione di maternità, e mirano quindi ad impedirla, punendola come un reato universale. Con quest'ultima espressione, come noto, nella prospettiva dell'ordinamento italiano si fa riferimento a tutti i crimini punibili dalla giurisdizione italiana anche se commessi all'estero<sup>16</sup>, così come stabilito dagli articoli 7, n. 5, e 9, co. 2, c.p., nei quali è prevista una deroga al principio di territorialità<sup>17</sup>.

Il cittadino che commette all'estero un reato per il quale sia prevista la sanzione indicata nella norma, difatti, risulta assoggettato alla legge penale italiana quando è stabilito da speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali (art. 7, n. 5, c.p.), quando si trova nel territorio del nostro Stato o quando ciò è richiesto dal Ministro della giustizia (perché la reclusione nel minimo, prevista per quel reato, è inferiore a tre anni, così come disciplinato dall'art. 9, co. 2, c.p.).

Dunque, in esercizio della c.d. giurisdizione universale è possibile la persecuzione di un reato anche al di fuori dei confini territoriali statali, dal momento che ad esso, a causa della sua particolare gravità, viene riconosciuta una rilevanza "transnazionale", e, di conseguenza, chi lo ha commesso può essere processato indipendentemente dalla sua nazionalità, dal luogo di

---

<sup>16</sup> Nei discorsi che hanno accompagnato la discussione presso la Commissione giustizia della Camera dei deputati circa il testo che prevede la surrogazione di maternità come reato universale, le On.li Meloni e Carfagna hanno testualmente affermato che «le pratiche della surrogazione di maternità costituiscono un esempio esecrabile di commercializzazione del corpo femminile e degli stessi bambini che nascono attraverso tali pratiche, che sono trattati alla stregua di merci. Ciononostante il ricorso a queste pratiche è in vertiginoso aumento e la maternità surrogata sta diventando un vero e proprio *business* che, tanto per fare un esempio, in India vale oltre 2 miliardi di dollari l'anno. In questo Paese le "volontarie", reclutate nelle zone più povere, "producono" più di millecinquecento bambini all'anno per assecondare la domanda che viene dall'estero, attirata dai prezzi bassi, "appena" 25.000/30.000 dollari rispetto ai 50.000 che si spendono negli Stati Uniti d'America».

<sup>17</sup> L'art. 7, co. 5, c.p. prevede la punibilità dei reati commessi all'estero quando speciali disposizioni di legge o Convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana. Invero, l'art. 9 c.p. prevede una deroga al principio di territorialità: infatti il cittadino italiano che commette un reato all'estero, per il quale è previsto l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, è assoggettato alla legge penale italiana. Tuttavia, questo è possibile solo se esiste una condizione obiettiva di punibilità (art. 44 c.p.), in questo caso ravvisabile nella presenza del cittadino sul territorio italiano. La Cassazione penale definisce la presenza del cittadino nel territorio italiano una condizione di procedibilità (sez. VI, sentenza del 21 dicembre 2018, n. 58239; sez. II, sentenza del 10 giugno 2008, n. 23304) che deve necessariamente sussistere al momento dell'esercizio dell'azione penale. Per approfondimenti B. ROSSI, *La nozione di delitto politico e le condizioni di procedibilità per i crimini commessi all'estero*, in *Cassazione penale*, 2019, 1163 ss.; G. CAMERA, *Alcune riflessioni in materia di punibilità per il delitto comune commesso dal cittadino all'estero*, in *L'indice penale*, 2006, 449 ss.

commissione del crimine e dalla nazionalità della vittima<sup>18</sup>. L'universalità trae origine dall'idea di base per cui alcune condotte ledono valori e interessi superiori: proprio in ragione della gravità di tali crimini quindi si giustificerebbe una deroga al principio di territorialità<sup>19</sup>.

Ebbene, è proprio nell'ambito di applicazione degli articoli 7, n. 5, e 9, co. 2, c.p., che vanno inquadrate le due proposte di legge, qui analizzate.

Va detto da subito che, per potersi procedere ai sensi dell'art. 9, co. 2, c.p., dal momento che la reclusione prevista per il reato di surrogazione di maternità è, nel minimo, inferiore a tre anni, sono condizioni necessarie di procedibilità la richiesta del Ministro della giustizia, ovvero l'istanza o la querela della persona offesa, e il già menzionato requisito della doppia incriminazione. Dal 2004 ad oggi non risultano<sup>20</sup>, però, autorizzazioni da parte del Ministro della giustizia a procedere per la persecuzione del reato di surrogazione di maternità all'estero, tantomeno risulta che altri Stati considerino il fenomeno della surrogazione di maternità un reato.

Un altro aspetto da prendere in considerazione, in merito alle due proposte, è quello della posizione del cittadino straniero residente in Italia che accede alla pratica di gestazione per altri: nella proposta 306 del 23 marzo 2018, non si fa menzione alcuna al soggetto attivo della condotta, se ne può dedurre, quindi, che il reato debba essere punibile nei confronti di chiunque, cittadini italiani o meno; nella proposta 2599 del 20 luglio 2020, invece, si chiede di perseguire il reato di surrogazione di maternità quando è commesso all'estero da cittadino italiano, se ne può concludere che tale norma sarebbe applicabile solo a coloro che posseggono la cittadinanza italiana, di conseguenza, per un comportamento materiale analogo non sarebbero punibili i cittadini stranieri residenti in Italia, cosicché si verificherebbe una violazione del divieto di discriminazione nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciute dalla CEDU.

Ebbene, come dicevamo, è necessario cercare di comprendere se queste proposte siano compatibili con i diritti riconosciuti dalla CEDU, così come interpretati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>21</sup>, nonché con altri obblighi internazionali gravanti sull'Italia.

---

<sup>18</sup> N. FRACCAROLI, *La Giurisprudenza Universale*, in *Per i diritti umani*, 2020, reperibile online in [www.peridirittiumani.com](http://www.peridirittiumani.com).

<sup>19</sup> Così F. GALLO, F. RE, R. D'ANDREA, A. CICATELLI, E. ARDITO, M. MICELI, L.M.R. NEGRI, P. STRINGA, *La Gravidanza per Altri in Italia: dal divieto universale alle proposte di regolamentazione. Riflessioni a margine del progetto di legge "Meloni" e della proposta di legge dell'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica*, in *Giurisprudenza penale*, 2022, reperibile online in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com). In generale, sulla questione, v. M. LA MANNA, *La giurisprudenza penale universale nel diritto internazionale*, Napoli, 2020, *passim*.

<sup>20</sup> F. GALLO, F. RE, R. D'ANDREA, A. CICATELLI, E. ARDITO, M. MICELI, L. M.R. NEGRI, P. STRINGA, *op. cit.*, 7 ss.

<sup>21</sup> Per approfondimenti sul tema delle questioni riproduttive e della surrogazione di maternità nella giurisprudenza di Strasburgo: G. CIARLARIELLO, *LA maternità surrogata: evoluzio-*

*In primis* è opportuno ricordare come la gestazione per altri rappresenti, almeno in linea di principio, una scelta della donna, che trova il suo titolo nel principio di autodeterminazione riproduttiva<sup>22</sup>, il quale prevede la libertà di decidere (o meno) di procreare, in correlazione con la pianificazione della vita familiare, e, come tale, presenta una certa analogia con le pratiche di sterilizzazione e aborto, le quali richiedono, a loro volta, la necessaria accettazione preventiva da parte delle donne che vi si sottopongono.

Esiste una copiosa giurisprudenza della CEDU, intervenuta, in particolare modo a seguito di ricorsi presentati da donne di etnia rom avverso la pratica di sterilizzazione<sup>23</sup>, che afferma: «in consent's absence from the interested party, the sterilization represents an interference in the enjoyment of the rights guaranteed by art.8 of the ECHR, since it not only affects a woman's reproductive health, but can have various repercussions on her private and family life»<sup>24</sup>. Inoltre, i giudici di Strasburgo ritengono che si prefiguri la violazione dell'art. 3 CEDU «a major interference with a person's reproductive health status»<sup>25</sup> e che la sterilizzazione incida «on manifold aspects of the individual's personal integrity including her physical and mental well-being and emotional, spiritual family life»<sup>26</sup>.

Da queste sentenze, seppur relative a una pratica particolarmente odiosa, emerge comunque l'intenzione della Corte di ribadire il diritto della donna di decidere del proprio corpo<sup>27</sup>. Analogo approccio ci pare emerga dalle pronunce in materia di aborto<sup>28</sup>, nelle quali, sebbene non si possa individuare un vero e proprio diritto all'interruzione di gravidanza, viene sottolineata la rilevanza della volontà della donna di interrompere una gravidanza, a *fortiori*

*ne giurisprudenziale italiana ed europea, in Il diritto di famiglia e delle persone, 2016, 1117 ss.; O. LOPES PEGNA, Mater (non) semper certa est! L'impasse sulla verità biologica nella sentenza D. c. Francia della Corte europea, in Diritti umani e diritto internazionale, 2021, 709 ss.; C. CASELLA, Gestazione per altri e interessi in conflitto, in BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto, 2020, 321 ss.; E. FALLETTI, Di chi sono figlio? Dipende da dove mi trovo. Riflessioni comparate su status, genitorialità e GPA, in Famiglia e diritto, 2020, 743 ss.; L. RICCARDI, Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità intenzionale: il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano, in Freedom, Security & Justice, 2019, 160 ss.; A. FEDERICO, Il divieto di maternità surrogata e il superiore interesse del minore, in Giustizia civile, 2020, 647 ss.*

<sup>22</sup> L. POLI, *Il contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani al dibattito sulla gestazione per altri*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, Torino, 2019, 165 ss.

<sup>23</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 28 aprile 2009, ricorso n. 32881/04, *K.H. e altri c. Slovacchia*; dell'8 novembre 2011, ricorso n. 18968/07, *V.C. c. Slovacchia*; del 12 giugno 2012, ricorso n. 29518/102, *N.B. c. Slovacchia*; del 13 novembre 2012, ricorso n. 15966/04, *I.G. M.K. e R.H. c. Slovacchia*.

<sup>24</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza *V.C. c. Slovacchia*, cit., par. 143.

<sup>25</sup> Ivi, par. 106.

<sup>26</sup> Ivi, par. 143.

<sup>27</sup> L. POLI, *op. cit.*, 106 ss.

<sup>28</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 13 maggio 1980, ricorso n. 8416/78, *W.P. c. Regno Unito*, par. 9, e dell'8 luglio 2004, ricorso n. 53924/00, *Vo c. Francia*, par. 80.

in presenza di situazioni che potrebbero compromettere la sua salute fisica e mentale<sup>29</sup>. Per la Corte, infatti, la donna è titolare del diritto di interrompere una gravidanza, il quale, in sede di bilanciamento, deve prevalere rispetto al nascituro, cui non si può riconoscere un diritto assoluto alla vita<sup>30</sup>.

La giurisprudenza CEDU offre, così, più di uno spunto di riflessione in merito alla possibilità di valutare la surrogazione di maternità analogamente a sterilizzazione e aborto, sulla base della presenza dell'elemento della volontà della donna, centrale in tutti e tre i trattamenti medici, i quali, inoltre, sono accomunati pure dalla loro rilevante incidenza sull'*iter* riproduttivo<sup>31</sup>.

La surrogazione di maternità, inoltre, come detto, è spesso vista come pratica risolutrice dei problemi attinenti alla sfera familiare: vi ricorrono infatti le coppie infertili, dello stesso sesso o che temono per la salute del nascituro eventualmente da loro generato. È proprio in virtù di quest'ultimo aspetto che sempre la Corte EDU ha emesso una sentenza a favore dei genitori d'intenzione, nella quale s'individua il diritto alla vita familiare, tutelato, come noto, dall'art. 8 CEDU. Nel caso *Costa e Pavan*<sup>32</sup>, infatti, è stato ritenuto preminente l'interesse dei ricorrenti ad avere una famiglia, visto come un'evoluzione dell'autodeterminazione personale (nel caso di specie la Corte ha ritenuto che ciò imponesse che i ricorrenti fossero messi in condizione di poter perseguire tale fine attraverso i c.d. controlli pre-impianto). In questa sentenza la Corte ha affermato che, sebbene agli Stati contraenti venga lasciato ampio margine discrezionale circa il riconoscimento dei diritti connessi alla surrogazione di maternità, non è possibile ammettere un'ingerenza di siffatta portata del diritto interno nella vita privata e familiare dei propri cittadini, tutelata dall'art. 8 CEDU<sup>33</sup>.

A nostro parere, quindi, si potrebbe accostare la surrogazione di maternità al fenomeno riproduttivo "tradizionale", dal momento che se la riproduzione mira a favorire la nascita di nuovi nuclei familiari, analogo obiettivo è perseguito dalla gestazione per altri; ed è appena il caso di ricordare, in tema di formazione di famiglie e bilanciamento, che nella sentenza *Dickson v. United Kingdom*<sup>34</sup> fu ritenuto preminente l'interesse di una coppia, formata da madre libera e padre detenuto condannato all'ergastolo, alla formazione di una famiglia rispetto all'interesse statale all'afflittività della pena, nonché al

---

<sup>29</sup> L. POLI, *op. cit.*, 106.

<sup>30</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 marzo 2006, ricorso n. 6339/05, *Evans v. United Kingdom*.

<sup>31</sup> C. LUZZI, *Dall'aborto alla surrogazione di maternità: antiche e nuove modalità di "esproprio" del corpo femminile*, in *Ragion pratica*, 2019, 373 ss.

<sup>32</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza dell'11 febbraio 2013, ricorso n. 54270/10.

<sup>33</sup> S. AGOSTA, *Tra disegni compiuti e tasselli ancora mancanti: mosaici giurisprudenziali (sopranazionali ed interni) a proposito della decisione di diventare genitori e procreare (ovvero di non farlo)*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2019, 19 ss.

<sup>34</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 4 dicembre 2007, ricorso n. 44362/04.

rischio, paventato dal Governo convenuto, di un impatto negativo dello stato di detenzione del genitore sul benessere del minore.

Va pure ricordato, brevemente, che un altro parametro utilizzato dalla Corte EDU, è quello del *best interest of the child*, che è diventato la chiave di lettura di tutte le controversie che coinvolgono i minori e le relazioni familiari. Questa espressione, come noto, è stata utilizzata per la prima volta nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959, nella quale si afferma che «the best interest of the child shall be the paramount consideration»<sup>35</sup>, ed è stata successivamente inserita nell'art. 3 della Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989, che stabilisce che: «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente»<sup>36</sup>.

La Corte EDU ha fatto proprio tale principio e lo ha posto al centro di numerose sentenze in materia di surrogazione di maternità e riconoscimento dello *status filiationis* in capo al minore nato attraverso GPA. Infatti, in due importanti sentenze, quali *Mennesson c. Francia* e *Labassée c. Francia*<sup>37</sup>, datate 26 giugno 2014, la Corte ha accertato la violazione dell'art. 8 CEDU da parte dello Stato francese – che non aveva permesso la trascrizione degli atti di nascita dei bambini nati all'estero attraverso surrogazione di maternità, in quanto ritenuti mendaci, dal momento che le madri committenti non condividevano lo stesso corredo genetico con i figli – non già, però, in riferimento ad una *violazione della vita familiare*, poiché il mancato riconoscimento dello *status* di filiazione non avrebbe impedito alla coppia di beneficiare in Francia del loro rispetto alla vita familiare, quanto piuttosto in merito alla vita privata dei minorenni, che sarebbero vissuti in uno stato d'incertezza legato all'impossibilità di ottenere la cittadinanza francese nonché di poter succedere ai genitori intenzionali dopo la loro morte<sup>38</sup>. Inoltre la Corte ha ritenuto che la violazione dell'art. 8 CEDU fosse integrata anche in virtù del fatto che, tra i genitori intenzionali, il padre era tale anche sotto il profilo biologico, quindi lo Stato stava privando i minori di un legame naturale e giuridicamente riconosciuto. E ciò sarebbe stato difficilmente conci-

---

<sup>35</sup> N. DI LORENZO, *il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni famigliari*, reperibile online in [www.cde.unict.it](http://www.cde.unict.it).

<sup>36</sup> Testo correlato dalla legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione sui Diritti del fanciullo n. 176 del 27 maggio 1991, reperibile online in [web.camera.it](http://web.camera.it).

<sup>37</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 26 giugno 2014, ricorsi n. 65192/11 e n. 65941/11.

<sup>38</sup> P. GRIMALDI, *Gli accordi di maternità surrogata tra autodeterminazione sulle scelte procreative, autonomia privata e best interest of the child*, in *Famiglia-il diritto della famiglia e delle missioni in Europa*, 2017; G.M. RUOTOLO, *Art. 12 della Risoluzione dell'Institut de Droit International su Human Rights and Private International Law: il diritto alla registrazione alla nascita e alla documentazione dell'identità*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022.



liabile con il principio del *best interest of the child*: infatti, ostacolando sia il riconoscimento che l'accertamento, nel diritto interno, del rapporto biologico padre-figlio, lo Stato convenuto sarebbe andato ben oltre quanto consentitogli dal margine di apprezzamento; la libertà, pur esistente in capo agli Stati, di voler dissuadere i propri cittadini dal ricorrere alla surrogazione di maternità con i provvedimenti ritenuti utili a raggiungere questo fine, deve infatti rispettare l'interesse del minore, che è preminente rispetto a qualsiasi volontà di repressione della surrogazione di maternità<sup>39</sup>.

La Corte EDU torna poi a pronunciarsi sulla questione con due sentenze datate rispettivamente 27 gennaio 2015<sup>40</sup> e il 24 gennaio 2017<sup>41</sup>, *Paradiso e Campanelli c. Italia*. In questa controversia alla coppia committente era stato sottratto un bambino, nato in Russia a seguito della conclusione di un contratto di surrogazione di maternità, poiché i genitori d'intenzione non presentavano alcun legame genetico con il neonato, di cui – a seguito delle indagini svolte dalle autorità italiane – che avevano accertato la violazione degli articoli 495 e 567, co. 2, c.p., nonché delle norme in materia di adozione internazionale – era dichiarato lo stato di adottabilità.

In un primo momento la Corte riconosce la violazione dell'art. 8 CEDU, sostenendo che i 6 mesi trascorsi dalla coppia insieme al neonato, rappresentavano un lasso di tempo sufficiente all'instaurazione di un legame familiare meritevole di protezione e pertanto la sottrazione del minore da parte delle autorità italiane, nonostante fosse finalizzata a porre fine ad un illecito penale, costituiva una misura contraria al *best interest of the child*, il quale rappresenta il principio cardine in qualsiasi giudizio riguardante i minori<sup>42</sup>: secondo la Corte, l'interesse al mantenimento dei rapporti affettivi già instaurati andrebbe garantito a prescindere dalla natura e dal modo di costituzione del legame parentale. Essa, tuttavia, non si pronunciava sull'altra questione prospettata, riguardante sempre la violazione dell'art. 8 CEDU, relativa al mancato riconoscimento del rapporto di filiazione regolarmente instaurato in base alla legge russa, avendone affermato l'irricevibilità per mancato previo esaurimento dei rimedi interni. L'Italia però successivamente avanzava istanza di riesame della sentenza alla Grande Camera della Corte EDU, che, con la pronuncia del 24 gennaio 2017, capovolgeva l'esito del giudizio, accogliendo la posizione dello Stato italiano ed escludendo che il legame instaurato tra la coppia dei ricorrenti e il bambino nato da maternità surrogata rilevasse quale «vita familiare» ai fini dell'applicazione dell'art. 8 CEDU, ciò tanto per la mancanza del legame biologico tra i coniugi e il mi-

<sup>39</sup> A.M. LECIS COCCO ORTU, *L'obbligo di riconoscimento della genitorialità intenzionale tra diritto interno e CEDU: Riflessioni a partire dal primo parere consultivo della Corte Edu su GPA e trascrizioni*, in *GenIUS*, 2019, 68 ss.

<sup>40</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 24 gennaio 2017, ricorso n. 25358/12.

<sup>41</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 gennaio 2015, ricorso n. 25358/12.

<sup>42</sup> Per ulteriori approfondimenti, V. LORUBBIO, *The best interest of the child, more than 'a Right, a Principle, a Rule of Procedure' of International Law*, Napoli, 2022, 77 ss.



nore quanto per la brevità del rapporto intercorso, nonché, ancora, per l'incertezza della relazione giuridica che si era instaurata tra i soggetti<sup>43</sup>. La Corte confermava invece la violazione dell'art. 8 CEDU in ragione della tutela della «vita privata» dei ricorrenti, che sarebbe stata integrata, nello specifico, in virtù della volontà dei coniugi di diventare genitori, la quale si prefigurava come una legittima aspettativa per lo sviluppo della personalità degli stessi. Sotto questo profilo, la Corte considerava le misure di allontanamento del minore adottate dall'Italia una forma d'ingerenza nella vita privata dei ricorrenti, ma le giustificava sulla base della loro previsione normativa nell'ordinamento giuridico italiano, nonché in ragione della tutela di un interesse superiore, ossia quello di protezione del minore. Alla sentenza adottata a maggioranza, è però allegata una *joint dissenting opinion* dei giudici Lazaro Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens e Grozev, nella quale pur ribadendo il carattere fattuale del legame familiare, se ne riconosce la meritevolezza di protezione, soprattutto nella prospettiva della tutela del *best interest of the child*, da ricollegare al legame di cura e alla coabitazione persistenti dal momento della nascita del bambino sino a quello del suo allontanamento in vista dell'affidamento ad altri<sup>44</sup>. Secondo i giudici dissenzienti il principio del *best interest of the child* dovrebbe, infatti, indurre le autorità pubbliche a tutelare il legame affettivo tra genitori e figli, indipendentemente dal modo di formazione del nucleo familiare, e nel caso di specie, secondo questi giudici, esistevano elementi a sostegno delle capacità affettive dei coniugi Campanelli, che la Corte EDU non aveva compiutamente valorizzato. Le argomentazioni dell'opinione dissidente evidenziano alcuni limiti della sentenza, portando alla luce l'esistenza di un quadro giuridico ancora incerto e insufficiente a soddisfare tutte le aspirazioni di tutela della vita privata e familiare provenienti dalla società europea contemporanea<sup>45</sup>.

Da questa breve ricostruzione, peraltro, ci pare di poter desumere anche la natura altamente flessibile e malleabile del principio del *best interest of the child*, che non sempre, quindi, può fungere da strumento giuridico di soluzione per situazioni atipiche di formazione dei nuclei familiari, il quale, peraltro, va ad inserirsi in un più ampio e complesso contesto di rispetto degli obblighi derivanti dalla CEDU, e di garanzia di interpretazione conforme del diritto interno alla Convenzione. Infatti, va ricordato, come ribadito dalle “sentenze gemelle” della Corte costituzionale italiana nel 2007<sup>46</sup>, che in caso di contrasto tra leggi interne e norme CEDU, i giudici nazionali sono vincolati all'interpretazione e applicazione data dalla Corte EDU alla Convenzione, unico organo in grado di poter restituire al giudice comune un'inter-

---

<sup>43</sup> D. RUSSO, *La sentenza della Grande Camera CEDU nel caso “Paradiso e Campanelli c. Italia” sulla tutela della vita privata e familiare in un caso di maternità surrogata*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, reperibile online.

<sup>44</sup> A.M. LECIS COCCO ORTU. *op. cit.*, 68.

<sup>45</sup> D. RUSSO, *op. loc. cit.*

<sup>46</sup> Corte costituzionale, sentenze gemelle del 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349.

pretazione adeguata ai canoni ermeneutici vigenti nell'ordinamento di provenienza<sup>47</sup>. Di conseguenza, al giudice nazionale, ovviamente ove possibile, «spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai [testi] delle norme»<sup>48</sup>. Chiaramente, è bene sottolinearlo, i giudici interni (né, ovviamente, la Corte EDU), in caso di contrasto tra una norma CEDU e una nazionale, non hanno il potere di disapplicare<sup>49</sup> quest'ultima, ma hanno invece il compito di effettuare un bilanciamento tra i vari beni giuridici toccati dalla fattispecie e, in ultima analisi, di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Ed è proprio in applicazione della sua funzione interpretativa che la Corte EDU ha spesso utilizzato la tecnica dei c.d. *diritti addizionali*, che consiste nell'effettuare un controllo attinente alla violazione dell'art. 14 CEDU, nel quale si assicurano il godimento dei diritti e delle libertà sancite dalla Convenzione senza discriminazione alcuna<sup>50</sup>.

Tornando all'oggetto della nostra analisi, insomma, sebbene la Convenzione non contempli una norma che tuteli esplicitamente il diritto alla riproduzione, la Corte tenta di far rientrare tale diritto tra quelli tutelati dall'art. 8, in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, e di fornire così suggerimenti agli Stati membri, dal momento che, quando si trova in presenza di diritti non tutelati nella CEDU, come noto e ovvio, la Corte di Strasburgo non può obbligare gli Stati a riconoscerli, ma al massimo, in applicazione del divieto di non discriminazione, può verificare se tali diritti siano già stati riconosciuti ad alcune categorie di soggetti dall'ordinamento interno, e, di conseguenza, chiedere che tale tutela venga estesa anche alle restanti categorie a cui viene preclusa, ai sensi dell'art. 14 CEDU.

3. Le ragioni che hanno già indotto l'Italia a vietare la surrogazione di maternità (come detto, ai sensi dell'art. 12, co. 6, della legge 40 del 2004)

---

<sup>47</sup> C. CARUSO, *Controllo di Convenzionalità e interpretazione conforme: il ruolo del giudice*, in *Questione giustizia*, 2019, reperibile online.

<sup>48</sup> Corte costituzionale, sentenza del 24 ottobre 2007, n. 349.

<sup>49</sup> A. GUAZZAROTTI, *L'interpretazione conforme alla CEDU: una mappatura a dieci anni dalle sentenze gemelle della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, reperibile online. Ulteriori riferimenti alla questione dell'interpretazione conforme alla CEDU si vedano in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017; M. DEL TUFO, *La Corte Europea dei diritti dell'Uomo e il ruolo del giudice nazionale tra interpretazione conforme e rinvio alla Corte Costituzionale*, in *Il Foro napoletano - Nuova Serie*, 2018, 79 ss.; L. MURA, *La tutela dei rapporti familiari del minore ex art. 8 CEDU e la sua attuazione nell'ordinamento italiano*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, 341 ss.; E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *La rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, 116 ss.; V. SCARABBA, *Il ruolo della CEDU: tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Milano, 2019, reperibile online; A. CARDONE, *La diretta applicabilità della CEDU nella giurisprudenza comune tra (apparenti) ritorni al passato e nuove dimensioni problematiche*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2021, 65 ss.

<sup>50</sup> L. TOMASI, *La famiglia nella Convenzione europea dei diritti umani: gli artt. 8 e 14 Cedu*, in *Questione Giustizia*, 2019, 39 ss., reperibile online.

sarebbero ravvisabili nel principio *mater semper certa est*. Nella pratica di surrogazione potrebbero, infatti, essere individuate fino a tre madri (quella committente, quella donatrice dei gameti, quella che porta a termine la gravidanza). Tali ragioni si aggiungono, quindi, a quelle dichiaratamente poste a fondamento delle proposte di legge di cui abbiamo detto, che mirano a punire la surrogazione di maternità come reato universale<sup>51</sup>, ritenuto lesivo della dignità umana, in particolar modo di quella delle donne che acconsentono all'uso dei propri gameti e del proprio utero per lo svolgimento della surrogazione, senza tenere in alcuna considerazione la loro volontà.

In effetti non può essere negato che la gestazione per altri, in alcuni casi, potrebbe comportare il rischio di sfruttamento delle donne che si trovano in situazioni economiche svantaggiate, ma si tratta di un rischio che potrebbe esser scongiurato o limitato, più che mediante un divieto assoluto (che rischia di frustrare anche situazioni meritevoli di tutela) attraverso un'attenta disciplina *materiale* della pratica<sup>52</sup>.

Passando ora alla verifica della compatibilità delle proposte *in itinere* con la CEDU, ricordiamo come, nonostante l'art. 8 CEDU, come visto, non contempli un vero e proprio *diritto riproduttivo* in capo ai genitori committenti, la norma vada interpretata in combinato disposto con l'art. 14 CEDU, in virtù della tecnica dei “diritti addizionali” di cui abbiamo detto nel par. precedente.

In tal senso, nella prassi interna, ci pare degna di interesse la sentenza emessa dal Tribunale di Napoli il 15 giugno 2018, n. 145, che sottolinea come «deve riconoscersi che la rigida applicazione delle disposizioni codicistiche sulla procreazione naturale anche alle ‘nuove modalità’ di procreazione è ormai (...) inadeguata», al punto che vi si ritiene che la giurisprudenza interna sia stata costretta a «riscrivere e costituzionalizzare [gli articoli 6,8 e 9 della legge 40 del 2004]». Tale sentenza afferma pure – analogamente a quanto dicevamo in apertura – che la surrogazione di maternità rientra nelle pratiche di procreazione medicalmente assistita, poiché alla base tanto della prima quanto delle seconde, non esiste un dato biologico corrispondente ad entrambi i componenti della coppia che vi ricorre, dal quale far scaturire l'attribuzione della genitorialità. Piuttosto tale titolo deriva dal *consenso* (*id est* dalla *volontà*) dei soggetti che intendono diventare genitori e assumersi, quindi, tutti gli obblighi e le responsabilità derivanti da questa scelta<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> La proposta n. 306/2018 mira ad aggiungere al co. 6 dell'art. 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, alla fine del periodo: «Le pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero». La proposta 2599/2020 mira invece ad aggiungere al suddetto comma: «Il reato di surrogazione di maternità è perseguibile anche quando è commesso in territorio estero da un cittadino italiano».

<sup>52</sup> M. GATTUSO *Dignità della donna. Qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *op. cit.*, 3 ss.

<sup>53</sup> M. GATTUSO, *op. loc. cit.*

Se il legislatore italiano, insomma, ammette la procreazione medicalmente assistita, in particolar modo la fecondazione eterologa, in cui uno o addirittura entrambi i gameti provengono da donatori esterni alla coppia, allora, proprio in virtù della logica dei diritti addizionali e del divieto di discriminazione, anche la surrogazione di maternità, nella quale almeno un gamete non proviene dalla coppia committente, dovrebbe/potrebbe essere ammessa. La tecnica dei “diritti addizionali”, quindi, potrebbe essere utilizzata per fornire un’interpretazione conforme alla CEDU della normativa interna<sup>54</sup>.

Quanto, poi, alla disciplina *materiale* della surrogazione, essa potrebbe e dovrebbe essere influenzata anche da una serie di altri obblighi internazionali pattizi, come, ad esempio, quelli derivanti dal Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 che, all’art. 23, impone agli Stati di proteggere e assistere la famiglia, in quanto nucleo fondamentale della società, in particolar modo nella sua fase di formazione. In materia, peraltro, ricordiamo che vengono in rilievo anche strumenti di *soft law* di grosso rilievo politico, come la Dichiarazione di Vienna sui diritti umani del 1993<sup>55</sup>, la Dichiarazione e programma d’azione del Cairo su popolazione e sviluppo del 1994<sup>56</sup>, e la Dichiarazione di Pechino sulle donne del 1995<sup>57</sup>, nelle quali si fa espres-

---

<sup>54</sup> L’obbligo di interpretazione conforme del diritto interno rispetto alla Convenzione europea implica, come noto, che, qualora il primo si presti a differenti interpretazioni, debba imporsi quella che risulti più coerente con il rispetto della Convenzione. La Cassazione, nella sentenza del 10 luglio 1993, *Medrano*, ha esplicitamente affermato che «la particolare forza di resistenza della regola di origine convenzionale comporta che la disposizione della legge (...) deve essere interpretata nel senso che l’applicazione pratica di quest’ultima non può risolversi immotivatamente nella violazione del principio sancito nella norma convenzionale». In materia, per tutti, v. U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento italiano*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2008, 7 ss.

<sup>55</sup> Art. 41: «a woman’s right to accessible and adequate health care and the widest range of family planning services, as well as equal access to education at all levels».

<sup>56</sup> Capitolo VII, sez. b): « Actions are recommended to help couples and individuals meet their reproductive goals; to prevent unwanted pregnancies and reduce the incidence of high-risk pregnancies and morbidity and mortality; to make quality services affordable, acceptable and accessible to all who need and want them; to improve the quality of advice, information, education, communication, counselling and services; to increase the participation and sharing of responsibility of men in the actual practice of family planning; and to promote breastfeeding to enhance birth spacing. The text emphasizes that Governments and the international community should use the full means at their disposal to support the principle of voluntary choice in family planning. As part of the effort to meet unmet needs, all countries are asked to identify and remove all major remaining barriers to the use of family planning services. Governments are urged to provide a climate that is favourable to good-quality public and private family planning and reproductive health information and services through all possible channels. The international community is urged to move, on an immediate basis, to establish an efficient coordination system and global, regional and subregional facilities for the procurement of contraceptives and other commodities essential to reproductive health programmes of developing countries and countries with economies in transition».

<sup>57</sup> Sez. C, punto 94: «individuals are able to have a safe and healthy sex life and have the ability to reproduce and the freedom to decide if, when and how often to do so».

samente riferimento al diritto alla pianificazione familiare e agli obblighi di rimozione degli ostacoli che impediscono la fruizione delle nuove tecnologie in materia di riproduzione, di cui diremo anche più avanti<sup>58</sup>.

Questi strumenti di *soft law* ribadiscono che: «when a woman is denied her reproductive rights – when she is denied obstetric care, modern contraceptives, facts about her reproductive health, or safe abortion – she is denied the means to direct her own life, protect her health, and exercise many of her human rights as recognized by regional and international human rights bodies and international consensus documents. This denial of basic human rights can, under certain circumstances, constitute torture or cruel, inhuman, or degrading treatment»<sup>59</sup>.

Essi, in una prospettiva di sviluppo progressivo del diritto internazionale, mirano pure a indirizzare “l’ideologia biopolitica”<sup>60</sup> secondo la quale attraverso il controllo capillare dei diritti riproduttivi delle donne si persegue un duplice fine: quello di potenziare i tassi di crescita demografica, criminalizzando l’aborto, e quello di imporre la sterilizzazione ai soggetti inadatti a perseguire il fine ultimo di una crescita demografica sana di un Paese<sup>61</sup>.

Peraltro va aggiunto che il principio che influenza le predette Dichiarazioni è quello dell’*uguaglianza di genere*, che ha caratterizzato il XX secolo e che è stato inaugurato con la Conferenza mondiale delle Nazioni Unite a Città del Messico nel 1975, in occasione dell’apertura dell’Anno Internazionale della Donna<sup>62</sup>, quando per la prima volta al centro del dibattito vi fu la condizione della donna in quanto oggetto di discriminazioni di genere. In seno alla Conferenza, infatti, si avvertì l’esigenza di sviluppare obiettivi, strategie, piani d’azione per il progresso femminile e furono individuati tre obiettivi chiave che sarebbero diventati poi la base per il lavoro delle Nazioni Unite in difesa delle donne: la piena uguaglianza fra i sessi e l’eliminazione delle discriminazioni sessuali; l’integrazione e la piena partecipazione delle donne allo sviluppo; e un maggiore contributo delle donne nel rafforzamento della pace mondiale. Questi obiettivi furono le linee guida dei tre atti adottati in seno alla Conferenza: la Declaration of Mexico on the Equality of Women and their Contribution to Development and Peace, il Plan of Action e le 35 Resolutions. In particolare modo, nel Piano d’azione mondiale, si stabilì che entro il 1980 gli Stati avrebbero dovuto adottare politiche in grado di garantire l’uguaglianza nell’accesso alle donne all’istru-

---

<sup>58</sup> E. DECAUX, *Les droits de l’homme aujourd’hui: d’une déclaration à l’autre*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, 13 ss.

<sup>59</sup> L. CABAL, A. MCRAE, *Torture or Ill-Treatment*, in *Reproductive Health Care*, 2013, 51 ss.

<sup>60</sup> M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005.

<sup>61</sup> L. CHIEFFI, J. R. SALCEDO HERNÁNDEZ, *Questioni di inizio vita*, Milano, 2015.

<sup>62</sup> L’iniziativa sarebbe stata trasformata qualche mese dopo dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite in decennio delle Nazioni Unite per le donne (1976-1985).

zione, alle opportunità di impiego, alla partecipazione politica, ai servizi sanitari, all'abitazione, alla nutrizione e alla pianificazione familiare, ramo nel quale rientra il riconoscimento dei diritti riproduttivi delle donne<sup>63</sup>.

Sulla scia tanto della Dichiarazione quanto del Piano d'azione di Città del Messico sono poi state modulate proprio le successive Dichiarazioni (di Vienna sui diritti umani del 1993, del Cairo su popolazione e sviluppo del 1994, di Pechino sulle donne del 1995) alle quali abbiamo fatto riferimento: la prima richiama espressamente il preambolo della Carta delle Nazioni Unite, e dichiara di voler riaffermare la fedeltà ai diritti umani fondamentali, alla dignità e al valore della persona umana, e afferma gli uguali diritti di uomini e donne. I contenuti innovativi espressi in questa Dichiarazione sono legati proprio all'affermazione dei diritti femminili, viene infatti raccomandata agli Stati l'adozione di un Protocollo opzionale<sup>64</sup> (in aggiunta alla Convenzione sulla discriminazione contro le donne del 1979) per favorire l'integrazione delle donne nel processo di sviluppo dei diritti umani attraverso il riconoscimento di un diritto di petizione, e viene istituito presso la Commissione dei diritti dell'uomo un Relatore speciale sulla violenza contro le stesse<sup>65</sup>. In particolar modo con riguardo ai diritti riproduttivi, la Dichiarazione ha espressamente riconosciuto i diritti della donna come diritti umani e ha condannato le violazioni del diritto della donna all'autodeterminazione sessuale anche se commesse in nome della cultura e della tradizione; inoltre, l'art. 41 della Dichiarazione riconosce l'importanza del godimento, da parte delle donne, del migliore livello di salute fisica e mentale per tutta la durata della loro vita, nonché il diritto ad un'accessibile ed adeguata tutela della salute e alla più ampia gamma di servizi per la pianificazione familiare.

Nella Dichiarazione del Cairo, poi, si afferma che ogni persona ha il diritto di godere del livello più elevato possibile di salute fisica e mentale, che i programmi per la cura della salute riproduttiva devono fornire la più ampia gamma di servizi, senza alcuna coercizione e che tutte le coppie e i singoli hanno il diritto fondamentale di decidere liberamente e responsabilmente il numero dei loro figli e il momento in cui procreare oltre a quello di accedere alle informazioni sulla pianificazione familiare, all'istruzione sui metodi di contraccezione e agli strumenti da usare a tal fine. In questa Dichiarazione, l'ordinamento internazionale, insomma, auspica che il diritto alla salute riproduttiva e alla pianificazione familiare sia posto al centro di una nuova concezione della politica demografica, dal momento che le relative misure statali non dovrebbero mirare solo alla pianificazione familiare in senso stretto, ma comprendere anche servizi (di base, ma non solo) di promozione

---

<sup>63</sup> S. SELVATICI, "Sounds like an interesting conference". *La conferenza di Città del Messico e il movimento internazionale delle donne*, in *Ricerche di storia politica*, 2009, 241 ss.

<sup>64</sup> Art. 40 Dichiarazione di Vienna e Programma d'azione del 1993.

<sup>65</sup> Furono inoltre affermati anche i diritti dei bambini e i diritti dei popoli indigeni, difatti si pose il 1995 come termine agli Stati per la ratifica della Convenzione sui diritti dell'infanzia.



della salute riproduttiva, l'assistenza prenatale e durante il periodo post-parto, programmi di prevenzione e lotta contro le malattie sessualmente trasmissibili, e attività di ricerca nonché di costruzione di capacità a livello di analisi nazionali<sup>66</sup>.

Quanto, poi, alla Dichiarazione di Pechino, essa rappresenta senz'altro il testo politico maggiormente significativo per la rivendicazione dei diritti delle donne, che si accompagna ad una "Piattaforma d'azione", un atto costituito da 362 paragrafi, suddivisi in sei Capitoli, nel quale vengono elaborate dodici aree critiche per la promozione dei diritti della donna, alle quali seguono una serie di linee guida, tra cui quelle afferenti ai diritti umani delle donne. In particolar modo, all'art. 94, lett. c), del Piano d'azione, si afferma che la salute riproduttiva non consiste solo nell'assenza di malattia o di infermità, ma implica anche che le donne siano libere di avere una vita sessuale sana e sicura, e che abbiano la capacità di riprodursi e la libertà di decidere se, quando e quanto spesso farlo.

Insomma, (anche) alla luce di questi strumenti, la surrogazione di maternità potrebbe essere intesa come una tecnica di procreazione assistita, uno strumento di lotta all'infertilità e alle altre situazioni connesse all'impossibilità di avere figli: che norme e principi internazionali sanciscano il diritto della donna a pianificare la propria vita familiare implica, infatti, non solo che questa possa decidere di avere un certo numero di figli (o nessuno), ma anche che possa ricorrere a strumenti medici adeguati quando non riesce ad ottenerli.

Quindi, a nostro giudizio, gli obblighi internazionali che gravano sull'Italia, nonché gli auspici provenienti dagli strumenti di *soft law*, rischierebbero di essere violati o restare lettera morta se si rendesse la surrogazione di maternità un reato universale: ciò, infatti, avrebbe l'effetto di privare le cittadine e i cittadini del diritto a pianificare la propria vita familiare, nonché ad accedere alle tecniche riproduttive più indicate per la formazione di un nucleo familiare.

4. Le norme e i principi internazionali che abbiamo citato, invece, hanno in qualche misura influenzato altri ordinamenti interni. A mero titolo di esempio, e senza alcuna pretesa di completezza, ricordiamo, infatti che in alcuni Stati o regioni in cui è previsto un modello c.d. forte di surrogazione di maternità<sup>67</sup> – come ad esempio in California, in cui non è possibile la cessione dello *status filiationis* – la madre surrogata non viene ritenuta tale, dal momento che *ab origine* la genitorialità è attribuita immediatamente alla madre committente, previo controllo della validità dell'accordo di surrogazione (il quale deve prevedere l'accollo delle spese mediche da parte dei ge-

---

<sup>66</sup> Parlamento europeo, Relazione su popolazione e sviluppo: 10 anni dopo la Conferenza internazionale sulla popolazione e lo sviluppo (Il Cairo 1994), 10 febbraio 2004.

<sup>67</sup> M. GATTUSO, *op. loc. cit.*



nitori committenti, un eventuale compenso per la gestante e, infine e soprattutto, l'accettazione della responsabilità genitoriale da parte dei medesimi) da parte di un giudice<sup>68</sup>. E non a caso, a quanto ci consta, in California, ad oggi non si registrano controversie in materia di sfruttamento femminile a seguito della conclusione di un accordo di surrogazione di maternità<sup>69</sup>, segno questo che il modello pare esser rispettoso dei principi fondamentali dell'ordinamento interno, ivi compreso quello del rispetto della dignità umana.

Ribadito che un'analisi comparativistica esula dall'oggetto di questo lavoro, va comunque detto che la California, come noto, non è l'unico territorio in cui la surrogazione di maternità è regolata in maniera esaustiva (e, a quanto pare, efficace): si pensi, ad esempio, alla Russia, il cui codice di famiglia prevede che la surrogazione di maternità possa essere usata come rimedio all'infertilità<sup>70</sup>, e nel quale si dispone che i committenti possano essere registrati come genitori solo previo consenso della madre surrogata, alla quale viene lasciata la libertà di decidere se riconoscere il bambino o affidarlo ai potenziali genitori, o al Regno Unito, in cui la gestazione per altri può essere praticata solo a titolo gratuito, dal momento che vi sono vietati gli accordi *on commercial basis*, proprio al fine di evitare lo sfruttamento del corpo femminile per motivi economici<sup>71</sup>.

Peraltro va precisato che in Russia possono candidarsi a prestare il servizio di gestazione per altri, e aderire quindi al programma nazionale di surrogazione di maternità, solo le donne in età compresa fra i 20 e i 35 anni e che abbiano già avuto un bambino sano in precedenza, e che i committenti possono essere tanto coppie eterosessuali che individui *single*, i quali non potranno però essere dichiarati genitori se prima la madre surrogata non ab-

---

<sup>68</sup> *California Family Code, Division XII: Parent and Child Relationship, Part 7. Surrogacy and Donor Facilitators, Assisted Reproduction Agreements for Gestational Carriers, and Oocyte Donations*, reperibile *online* in [www.leginfo.ca.gov](http://www.leginfo.ca.gov). In particolar modo all'art. 7862 (f) 2 è previsto che «the judgment or order shall establish the parent-child relationship of the intended parent or intended parents identified in the surrogacy agreement and shall establish that the surrogate, her spouse, or partner is not a parent of, and has no parental rights or duties with respect to, the child or children».

<sup>69</sup> Ci pare che la Corte d'appello californiana sia stata adita solo una volta, nel caso *Cook v. Harding*, nel quale il padre committente chiedeva l'interruzione di una gestazione trigemellare a discapito di uno solo dei nati. La madre surrogata si opponeva alla richiesta e chiedeva di trattenere con sé uno dei neonati. La Corte ha affermato che il padre, nell'accordo di surrogazione, aveva già espresso il suo consenso a diventare genitore, quindi non poteva decidere di esserselo solo per due dei tre concepiti. Cfr. sentenza 16-55968 del 12 gennaio 2018.

<sup>70</sup> E. MOULIAROVA, *The legal regulation of surrogacy in Russia*, in *Italian Journal of Public Law*, 2019, 393 ss.

<sup>71</sup> Per un'analisi dei meccanismi di funzionamento dei vari modelli legali di surrogazione di maternità si vedano, *inter alia*, M. POLI, *The New Pathway: luci e ombre del progetto di riforma in materia di gestazione per altri nel Regno Unito*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 2020, 349 ss.; ID., *Maternità e surrogazione nel progetto di riforma nel Regno Unito: quando la volontà non basta*, in *GenIUS*, 2020, 147 ss.; E. MOULIAROVA, *op. cit.*, 393 ss.

bia prestato il proprio consenso alla cessione del neonato ai genitori d'intenzione<sup>72</sup>. Inoltre, il decreto del Ministero della Salute della Federazione Russa del 26 febbraio 2003, n. 67, «sull'impiego delle tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA) nella terapia della sterilità maschile e femminile», ha previsto dei requisiti specifici dei committenti per poter accedere alla pratica di surrogazione, quali: assenza dell'utero, deformazione della cavità uterina o del collo dell'utero, sinechia endouterina non curabile, malattie somatiche in presenza delle quali è sconsigliabile condurre la gravidanza, ripetuti tentativi fallimentari di FIVET, in presenza di embrioni di alta qualità, il cui trasferimento non ha portato all'inizio di un'effettiva gravidanza. Questa specificazione<sup>73</sup> delle condizioni di accesso alla pratica di surrogazione potrebbe, a nostro giudizio, contribuire a limitare gli abusi della pratica; va pure detto che il 24 maggio 2022, sempre in Russia, è stata adottata una legge che vieta l'accesso alla surrogazione di maternità agli stranieri, per evitare il c.d. turismo riproduttivo, ma pare più realistico ipotizzare che tale norma sia stata emanata in risposta alle sanzioni comminate dagli Stati europei (e non) alla Russia a seguito dell'attuale guerra contro l'Ucraina.

Un altro esempio efficace di disciplina della surrogazione di maternità ci pare sia fornito, come accennavamo, dal Regno Unito, dove la pratica si basa su un *principio solidaristico*: le madri surrogate, infatti, decidono d'intraprendere il percorso di GPA solo ed esclusivamente a titolo gratuito, così come stabilito dal *Surrogacy Arrangements Act*<sup>74</sup> del 16 luglio 1985, il quale vieta qualsiasi forma di surrogazione commerciale e di pubblicizzazione della pratica, e consente solo attività di organizzazioni *no profit* per una corretta ed adeguata informazione. In questo caso, però, la donna che partorisce risulta *sempre* la madre legale del neonato<sup>75</sup> e gli accordi precedentemente stabiliti con gli aspiranti genitori non sono legalmente vincolanti: in effetti, solo dopo sei settimane dalla nascita è possibile avviare in Tribunale la pratica per ottenere un *parental order*, cioè il provvedimento attraverso il quale la surrogata cede il neonato ai committenti, che ne diventano i genitori legali, previa dimostrazione, da parte di quest'ultimi, di aver pagato tutte le spese riguardanti le visite mediche, la fecondazione, la gravidanza e il parto. Una caratteristica fondamentale di questi accordi è quella di non poter essere eseguiti coattivamente né di attribuire un eventuale tutela risarcitoria in caso

<sup>72</sup> D.S. KSENOFONTOVA, *Balance of Interests of Participants of Legal Relations concerning Surrogacy*, in *Russian Justice*, 2017, 74 ss.

<sup>73</sup> S. ANDREEVA, *The issue of the legal regulation of social, labor and other relations in the surrogacy sector*, in *Russian investigator*, 2020, 53 ss.

<sup>74</sup> La legge è nata come risposta alla nascita, il 4 gennaio 1985, del primo bambino surrogato commerciale del Regno Unito ed è stata modificata dallo *Human Fertilization and Embryology Act 1990* e dallo *Human Fertilization and Embryology Act 2008* a favore di quelle madri surrogate che decidono di tenere il bambino e si rifiutano di cederlo ai committenti.

<sup>75</sup> B. OLAYE, FELIX, D.E. ALLEN, N.H. METCALFE, *Surrogacy and the law in the UK in Postgraduate medical journal*, 2022, reperibile online in [www.pmj.bmj.com](http://www.pmj.bmj.com).

di inadempimento ai genitori d'intenzione, proprio perché la norma attribuisce maggiore importanza alla volontà della madre surrogata, che potrebbe decidere di tenere il bambino in un momento successivo al parto, piuttosto che ai committenti.

5. In virtù di quanto fin qui esposto, ci pare di poter affermare che ogni proposta che miri a punire la surrogazione di maternità come un reato universale prenda in considerazione solo un aspetto (quello economico) della pratica, per il fatto di ritenere che la surrogazione favorisca lo sfruttamento delle donne gestanti da parte delle coppie committenti. Come abbiamo provato – seppur succintamente – a chiarire, però, siffatto rischio potrebbe essere evitato se si prevedesse una disciplina internazionalmente consapevole e forte<sup>76</sup> della gestazione per altri o si legalizzasse la sola surrogazione solidaristica, come previsto, ad esempio, nel Regno Unito<sup>77</sup>. Peraltro proposte siffatte non paiono neppure compatibili con gli obblighi derivanti dalla CEDU, poiché rischierebbero di produrre una discriminazione – vietata dall'art. 14 CEDU – sia, sul piano *soggettivo*, tra cittadini italiani e stranieri, sia sul piano *oggettivo*, in considerazione della mancata previsione come reato della fecondazione eterologa, in quanto pratica che utilizza uno o due gameti dei donatori per ottenere degli embrioni da impiantare nell'utero della donna infertile.

Riteniamo, invece, che alcuni dei 36 emendamenti proposti al progetto di legge, seppur ormai decaduto, fossero migliorativi e conformi agli standard internazionali e, quindi, se ne dovrebbe tener conto anche nel caso di una nuova proposta<sup>78</sup>. Facciamo riferimento, in particolare a quelli che miravano a punire come reato universale la sola gestazione per altri a fini commerciali, o che pur prevedendo ancora la surrogazione di maternità come reato, si ponevano in un'ottica di tutela del minore nato all'estero tramite surrogazione di maternità, quindi consentivano ai genitori d'intenzione di adottare il neonato, o infine quelli che proponevano l'inapplicabilità della pena quando questa contrasti con il principio del *best interest of the child*, protagonista delle pronunce della Corte EDU fin qui esaminate.

Tuttavia, va detto che tra gli emendamenti presenti ve ne erano alcuni volti a rendere ancora più stringente la disciplina del reato di surrogazione di maternità, raggruppabili in tre categorie: quelli volti ad ottenere un inasprimento della pena, quelli che prevedevano l'integrazione del reato di alterazione di stato, *ex art. 567, co. 2, c.p.*, da parte del pubblico ufficiale che annoti nei registri di Stato civile l'atto di nascita del minore nato a seguito di

---

<sup>76</sup> Per riprendere quanto affermato da M. GATTUSO, *op. loc. cit.*, in cui si sostiene che la disciplina californiana di surrogazione di maternità non ha mai subito crisi poiché "efficiente".

<sup>77</sup> M. POLI, *Maternità*, cit.

<sup>78</sup> Gli emendamenti alle proposte di legge in itinere sono consultabili sul sito [www.camera.it](http://www.camera.it).

GPA, e, infine, un ultimo gruppo di emendamenti che voleva introdurre l'obbligo per il pubblico ministero di informare il competente Tribunale per i minorenni che deve pronunciarsi sull'adottabilità del minore nato attraverso surrogazione di maternità.

È bene sottolineare, però, che il primo gruppo di emendamenti mal si sarebbe conciliato con l'art. 25 Cost., letta in combinato disposto con l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali UE, relativo a legalità e proporzionalità dei reati e delle pene, poiché adotterebbe un apparato sanzionatorio non proporzionato alla gravità del fatto commesso. E neppure ci pare sarebbe ammissibile l'ipotesi di configurazione del reato di alterazione di stato da parte del pubblico ufficiale che annotasse l'atto di nascita del neonato attraverso GPA, dal momento che la sua attività consisterebbe nella mera trascrizione di un atto di nascita, che *ab origine* non si sarebbe formato in Italia, ma in un Paese estero, dove la surrogazione di maternità è legale. Infine, l'ultimo gruppo di emendamenti si sarebbe posto in totale antitesi con il principio del *best interest of the child*, dal momento che un giudizio da parte del Tribunale dei minori potrebbe arrivare anche a distanza di anni e nel frattempo la naturale relazione genitore-figlio diverrebbe stabile, con il rischio di gravi danni alla vita di relazione del minore, obbligato a separarsi dai genitori sociali, una volta emesso il provvedimento che dichiara il suo stato di adottabilità.

Di approccio del tutto differente, e ben più consapevole del quadro internazionalistico, invece, ci pare una proposta di legge<sup>79</sup> supportata dall'Associazione Luca Coscioni insieme a Certi diritti e Famiglie Arcobaleno, nella quale si chiedeva di rendere legale la surrogazione di maternità altruistica (lasciando invariato il divieto di surrogazione di maternità a scopo di lucro), di prevedere un registro nazionale delle gestanti per altri, al quale si sarebbero potute iscrivere solo le donne con età compresa dai 18 ai 45 anni che avessero già avuto un bambino e che avrebbero svolto il servizio di surrogazione per un massimo di due volte. Al fine di tutelare le gestanti, si chiedeva inoltre di rendere obbligatoria la stipula di una polizza assicurativa da parte dei committenti in favore della gestante, per la copertura di tutti i rischi connessi alla gravidanza e al parto, che sarebbe stata estinta non prima di sei mesi successivi al parto, prorogabili per ulteriori sei, in caso di complicazioni mediche sorte a seguito della gravidanza.

Peraltro, nella proposta di legge dell'associazione Luca Coscioni si esplicitava che il luogo del parto dovesse essere in Italia e che al momento della formazione dell'atto di nascita non si sarebbe dovuta fare menzione alcuna alla madre gestante, mentre i genitori d'intenzione sarebbero registrati

---

<sup>79</sup> Testo depositato in Parlamento dai deputati Guia Termini, Doriana Sarli, Riccardo Maggi, Nicola Fratoianni ed Elisa Siragusa il 13 aprile 2021 e reperibile *online* sul sito [www.documenti.camera.it](http://www.documenti.camera.it).

come genitori naturali del figlio, evitando così di sollevare la questione dello *status filiationis*, già esaminata precedentemente.

In conclusione, auspichiamo un intervento normativo in grado di disciplinare la surrogazione di maternità, in vista di un ormai sempre più chiaro mutamento della società a favore di una genitorialità non più fondata solo sul dato biologico, ma su quello volitivo, invito che, a nostro avviso, sembra essere stato colto dalle suddette associazioni proponenti.

#### ABSTRACT

##### *Surrogacy Motherhood Like a Universal Crime and Some Italy's International Obligations*

The surrogacy is a phenomenon that has been affirming in recent decades among infertile or same-sex couples to overcome the problem of childlessness. Despite the current social changes, which have favoured the formation of new types of families, foreshadow the need to provide for a more current legislation on the matter, to date two legislative proposals have been discussed and approved by the Justice Commission of the Italian Parliament. They aim at amending art. 12 of the law 40/2004 in order to punish the subrogation of maternity as a universal crime, therefore punishable even if committed abroad by an Italian citizen. This paper aims at analysing the proposal in the light of the ECHR and other international obligations burdening Italy.

## ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

### NAZIONI UNITE

*Consiglio di sicurezza*  
(luglio-dicembre 2021)

1. *Considerazioni introduttive.* – Nel semestre in esame il Consiglio di sicurezza ha continuato la sua attività di rinnovo delle operazioni di *peacekeeping*, di missioni di osservazione, delle autorizzazioni alle forze multinazionali, delle misure sanzionatorie imposte nei confronti di Stati, altri enti ed individui e di meccanismi istituiti sulla base del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite o al di fuori di esso. Inoltre, ha adottato risoluzioni riguardanti la tragica situazione della Somalia, le misure sanzionatorie contro al-Qaeda e ISIL e la sua più generale attività di mantenimento della pace e della sicurezza internazionali e la repressione delle minacce queste ultime, anche con riferimento agli atti terroristici.

2. *Il rinnovo dei mandati delle peacekeeping operations, di missioni di osservazione e di altri meccanismi.* – Il Consiglio di sicurezza, nel periodo in esame, ha adottato alcune misure per consentire il prosieguo di azioni già intraprese nel quadro di operazioni di *peacekeeping*, di missioni di osservazione e di altri meccanismi. Le risoluzioni ricomprese in questo ambito, non tutte adottate all'unanimità, sono: (a) la 2585 del 9 luglio che ha rinnovato le misure umanitarie a beneficio del popolo siriano contenute nella risoluzione 2164 (2014). Il dispositivo stabilisce che per altri sei mesi, ossia fino al 10 gennaio 2022, le agenzie umanitarie delle Nazioni Unite sono autorizzate a utilizzare le strade d'accesso di Bal al-Salam, Al Yarubiyah e Al-Ramtha, e quella di Bab al-Hawa per ulteriori sei mesi, quindi fino al 10 luglio, al fine di fornire assistenza umanitaria, notificando questo passaggio alle autorità siriane; (b) la 2586 del 14 luglio, riguardante la drammatica situazione in Yemen, che ha esteso fino al 15 luglio 2022 il mandato della *Missione delle Nazioni Unite a sostegno dell'Accordo di Hodeidah* (UNMHA) per supportare l'attuazione dell'Accordo sulla città di Hodeidah e sui porti di Hodeidah, Salif e Ras Issa stabilito a Stoccolma (UN Doc. S/2018/1134); (c) la 2587 del 29 luglio, che ha rinnovato il mandato della *Forza di peacekeeping delle Nazioni Unite a Cipro* (UNFICYP) fino al 31 gennaio 2022; (d) la 2591 del 30 agosto che ha prorogato il mandato della *Forza di Interposizione in Libano delle Nazioni Unite* (UNIFIL) fino al 31 agosto 2022; (e) la 2592 del 30 agosto che ha prorogato il mandato della *Missione di assistenza delle Nazioni Unite in Somalia* (UNSOM) fino al 31 maggio 2022; (f) la 2595 del 15 settembre che ha rinnovato il mandato della *Missione di sostegno delle*

*Nazioni Unite in Libia* (UNSMIL) fino al 30 settembre 2021 e la 2599 del 30 settembre con cui ha ulteriormente prorogato tale mandato fino al 31 gennaio 2022; (g) la 2596 del 17 settembre che ha esteso fino al 17 marzo 2022 il mandato della *Missione di assistenza delle Nazioni Unite in Afghanistan* (UNAMA); (h) la 2600 del 15 ottobre con cui ha deciso di estendere fino al 15 luglio 2022 il mandato dell'Ufficio integrato delle Nazioni Unite a Haiti (BINUH) presieduto dal Rappresentante speciale del Segretario generale delle Nazioni Unite; (i) la 2602 del 29 ottobre che ha esteso il mandato della *Missione delle Nazioni Unite per il referendum nel Sahara Occidentale* (MINURSO) fino al 31 ottobre 2022<sup>1</sup>; (l) la 2603 del 29 ottobre che ha esteso il mandato della *Missione di verifica delle Nazioni Unite in Colombia* fino al 31 ottobre 2022; (m) la 2606, del 15 novembre, che ha rinnovato il mandato della *Forza di sicurezza interinale delle Nazioni Unite per Abyei* (UNISFA) fino al 15 dicembre 2021 e la 2609 del 15 dicembre che ne ha ulteriormente esteso il mandato fino al 15 maggio 2022, riducendone al contempo, entro questa data, il tetto delle truppe autorizzate a 3.250 unità; (n) la 2613, del 21 dicembre, che ha esteso il mandato della *Forza di disimpegno degli osservatori delle Nazioni Unite* (UNDOF) fino al 30 giugno 2022.

3. *Il rinnovo dei mandati dei meccanismi istituiti ai sensi del capitolo VII della Carta, delle autorizzazioni alle forze multinazionali e delle misure sanzionatorie imposte nei confronti di Stati, altri enti e individui.* – Nel periodo considerato, il Consiglio di sicurezza ha provveduto a rinnovare i mandati di meccanismi e operazioni di *peacekeeping* istituiti ai sensi del capitolo VII della Carta ONU. Le risoluzioni di riferimento – non tutte approvate all'unanimità – sono: (a) la 2588 del 29 luglio che, con l'astensione della Cina<sup>2</sup>, oltre a rinnovare l'embargo sulle armi nei confronti delle autorità della Repubblica Centrafricana fino al 31 luglio 2022, ha esteso fino al 31 agosto 2022 il mandato del Panel di esperti che dovrà fornire al Consiglio di sicurezza, dopo una necessaria discussione con il Comitato delle sanzioni, una relazione di medio termine entro e non oltre il 31 gennaio 2022 e una relazione finale non più tardi del 30 giugno 2022; (b) la 2590 del 30 agosto che ha prolungato fino al 30 settembre 2022 il mandato del Panel di Esperti istituito con risoluzione 2374 (2017), come richiesto dalla *Missione multidimensionale integrata di stabilizzazione delle Nazioni Unite in Mali* (MINUSMA), con l'obiettivo di monitorare la situazione del Mali e fino al 31 agosto 2022 il divieto di viaggi e il congelamento dei beni degli individui e delle entità giuridiche designate dal Comitato delle sanzioni; (c) la 2598 del 29 settembre con cui il Consiglio ha autorizzato, per ulteriori 12 mesi, gli Stati membri, agenti singolarmente o attraverso organizzazioni regionali, a ispezionare nelle acque internazionali al largo delle coste della Libia le navi

---

<sup>1</sup> Da segnalare le astensioni della Federazione Russa e della Tunisia. Il rappresentante di Mosca ha motivato l'astensione evidenziando il fatto che negli ultimi anni le risoluzioni del Consiglio riguardanti la proroga del mandato della MINURSO hanno abbandonato i parametri concordati a livello internazionale per la soluzione della questione del Sahara occidentale per accogliere una formulazione generale sulla necessità di attenersi agli approcci cosiddetti "realistici" o di scendere a compromessi. Tali segnali, secondo la tesi russa, generano ambiguità, minano la fiducia nell'operato del Consiglio e rendono più difficile riprendere un dialogo diretto tra Marocco e Fronte Polisario, verso cui, da sempre, si sono diretti gli sforzi della Federazione Russa.

<sup>2</sup> Il delegato cinese Dai Bing ha lamentato la continua riproposizione dell'embargo sulle armi che cozzerebbe contro le aspirazioni del Governo della Repubblica centrafricana e la possibilità di quest'ultimo di sviluppare e consolidare delle proprie capacità nel campo della sicurezza e dell'ordine pubblico.



provenienti da quel Paese di cui si hanno ragionevoli motivi di credere che praticino la tratta di esseri umani e il traffico di migranti e a sequestrare ed eventualmente distruggere tali vettori; (d) la 2604 del 3 novembre che ha prorogato di ulteriori dodici mesi l'autorizzazione data agli Stati membri parti di EUFOR ALTHEA (forza di stabilizzazione multinazionale dell'Unione europea) operativa in Bosnia-Erzegovina al fine di attuare l'accordo di pace e di altri dodici mesi l'autorizzazione agli Stati membri che agiscono attraverso o in cooperazione con la NATO a continuare a mantenere il Quartier generale di questa organizzazione con lo scopo di proseguire il sostegno all'attuazione dell'accordo di pace in cooperazione con la missione dell'Ue; (e) la 2605 del 12 novembre, adottata con le astensioni di Cina e Federazione Russa<sup>3</sup>, che ha deciso di prorogare il mandato della *Missione multidimensionale integrata delle Nazioni Unite per la stabilizzazione nella Repubblica Centrafricana* (MINUSCA) fino al 15 novembre 2022 e che essa continuerà a comprendere fino a 14.400 militari, di cui 580 tra osservatori militari e ufficiali di stato maggiore militare, e 3.020 agenti di polizia, di cui 600 ufficiali di polizia individuali e 2.420 unità di polizia formate, nonché 108 agenti penitenziari. In più la risoluzione ha deciso che il mandato della MINUSCA è volto a promuovere una visione strategica pluriennale per creare le condizioni politiche, di sicurezza e istituzionali favorevoli alla riconciliazione nazionale e alla pace duratura attraverso l'attuazione del *Political Agreement on Peace and Reconciliation* e l'eliminazione della minaccia rappresentata dai gruppi armati attraverso un approccio globale e proattivo e una postura robusta, fatti salvi i principi di base del *peacekeeping*. Inoltre il Consiglio ha dettagliato i compiti prioritari dell'operazione<sup>4</sup>, ossia la protezione dei civili, i buoni uffici e il sostegno al processo di pace (tra cui l'attuazione del cessate il fuoco e del *Political Agreement on Peace and Reconciliation*), la facilitazione della fornitura immediata, piena, sicura e senza impedimenti dell'assistenza umanitaria e per finire la protezione del personale, dei beni, degli equipaggiamenti e delle installazioni delle Nazioni Unite; (f) la 2611 del 17 dicembre che ha stabilito innanzitutto che tutti gli Stati dovranno continuare ad attuare misure sanzionatorie quali congelamento dei beni, divieto di transito e embargo di armi nei confronti di individui e gruppi affiliati ai Talebani che costituiscono una minaccia alla pace, alla stabilità e alla sicurezza dell'Afghanistan; e poi che l'*Analytical Support and Sanctions Monitoring Team* dovrà continuare ad assistere il Comitato delle sanzioni per ulteriori dodici mesi a partire dalla data di scadenza del mandato in corso, ossia dicembre 2021; (g) la 2612 del 20 dicembre che ha prorogato il mandato della

---

<sup>3</sup> Il delegato russo Evstigneeva ha spiegato l'astensione del suo Paese denunciando i ripetuti scandali che avrebbero coinvolto i Caschi Blu della MINUSCA impegnati nella missione nella Repubblica centrafricana, I Caschi Blu sono stati accusati di abusi sessuali, anche nei confronti di bambini, e di contrabbando di risorse naturali, come nel caso più recente relativo alla scoperta di una rete criminale su larga scala che contrabbandava diamanti e oro attraverso «one country in Europe». Inoltre la Russia ha accusato il comando della missione di aver commesso alcuni errori che hanno portato all'incidente che ha coinvolto il contingente egiziano il 1° novembre, provocando svariati feriti.

<sup>4</sup> Subito dopo questi il dispositivo elenca anche gli altri compiti, cioè la promozione e la protezione dei diritti umani, l'assistenza alle autorità centrafricane nel dispiegare il dialogo repubblicano e la preparazione delle elezioni locali del 2022, il sostegno all'estensione dell'autorità dello Stato, il dispiegamento delle forze di sicurezza e la preservazione dell'integrità territoriale, la consulenza strategica e tecnica alle autorità centrafricane nell'attuazione della riforma del settore della sicurezza e dei programmi di reintegro, smobilitazione, disarmo e rimpatrio e il supporto al miglioramento complessivo del comparto giustizia del Paese, a partire dall'indipendenza della magistratura, dalla lotta all'impunità e alla garanzia dello stato di diritto.

*Missione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite di stabilizzazione nella Repubblica Democratica del Congo (MONUSCO) fino al 20 dicembre 2022* compresa, in via eccezionale e senza creare un precedente o un pregiudizio ai principi concordati riguardanti il peacekeeping dell'Organizzazione, la sua *Intervention Brigade*. Inoltre, la risoluzione ha deciso che il tetto delle truppe autorizzate della Missione comprenderà 13.500 unità del personale militare, 660 osservatori militari e ufficiali di Stato maggiore, 591 unità del personale di polizia e 1.050 del personale delle unità di polizia formate e continua a garantire un dispiegamento temporaneo fino a 360 membri del personale delle unità di polizia formate a condizione che siano schierati in sostituzione del personale militare; (g) la 2614 del 21 dicembre con cui il Consiglio ha autorizzato gli Stati membri dell'Unione africana a mantenere il dispiegamento della *Missione dell'Unione africana in Somalia (AMISOM)* fino al 31 marzo 2022, confermandole l'autorizzazione «to take all necessary measures» per portare avanti il mandato, nel pieno rispetto del diritto internazionale, compreso gli obblighi derivanti dal diritto internazionale umanitario e dal diritto internazionale dei diritti umani, e della sovranità, dell'integrità territoriale, dell'indipendenza politica e dell'unità della Somalia.

4. *Il Consiglio di Sicurezza condanna l'attentato terroristico in Afghanistan.* – Il Consiglio, con la risoluzione n. 2593 adottata il 30 agosto con le astensioni di Cina e Federazione Russa, ha condannato con la massima fermezza i deplorabili attentati del 26 agosto 2021, avvenuti nei pressi dell'aeroporto internazionale Hamid Karzai di Kabul, in Afghanistan, rivendicati dallo Stato Islamico nella provincia di Khorasan, entità affiliata allo Stato Islamico in Iraq e nel Levante (Da'esh), che ha provocato la morte e il ferimento di oltre 300 civili e 28 militari, e ha preso atto della condanna arrivata anche dai talebani, di nuovo al potere nel Paese. Inoltre ha chiesto che il territorio afgano non sia utilizzato per minacciare o attaccare alcun Paese o per ospitare o addestrare terroristi, o per pianificare o finanziare atti terroristici e ha ribadito l'importanza della lotta al terrorismo, prendendo atto degli impegni garantiti in tal senso dai talebani. Infine ha invitato tutte le parti a intensificare gli sforzi per fornire assistenza umanitaria alla popolazione, consentendo a tal proposito l'accesso pieno, sicuro e senza ostacoli alle Nazioni Unite, alle sue agenzie specializzate, ai partner e a tutti gli attori umanitari impegnati in attività di soccorso umanitario.

5. *Il contributo delle peacekeeping operations al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali: raddoppiare gli sforzi in un momento critico.* – Il 18 agosto e il 9 settembre, i Quindici hanno adottato all'unanimità rispettivamente le risoluzioni n. 2589 e 2594 riguardanti le *peacekeeping operations* e il loro ruolo nella realizzazione del compito fondamentale dell'Organizzazione, il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali. Con la prima ha invitato gli Stati membri che ospitano o hanno ospitato tali operazioni ad adottare tutte le misure appropriate, in conformità con il loro diritto nazionale e il diritto internazionale, per assicurare alla giustizia gli autori dell'uccisione e di tutti gli atti di violenza contro il personale ONU e al contempo a migliorare e potenziare le condizioni di sicurezza e protezione del suddetto personale. A tal proposito la risoluzione ha incoraggiato il Segretario generale, su richiesta dello Stato ospitante e nell'ambito del mandato e delle capacità esistenti, a sostenere e facilitare lo sviluppo delle capacità e l'assistenza tecnica alle autorità dello Stato ospitante, comprese le forze dell'ordine, i pubblici ministeri, le

istituzioni giudiziarie e penitenziarie, nelle loro attività quali, ad esempio, la raccolta e conservazione delle prove, la protezione delle vittime e dei testimoni, la medicina legale e le disposizioni in materia di sicurezza per i tribunali e le strutture di detenzione. Infine ha chiesto al Segretario generale di creare una banca dati online completa – nel quadro delle risorse esistenti – accessibile agli Stati membri interessati, compresi gli Stati ospitanti delle missioni e i paesi che contribuiscono con soldati, agenti di polizia e personale civile, che raccolga i casi relativi all'uccisione e a tutti gli atti di violenza contro il personale delle Nazioni Unite in servizio nelle operazioni di peacekeeping.

Con la seconda risoluzione il Consiglio ha rimarcato il ruolo cruciale svolto dalle *peacekeeping operations* nel perseguire il *peace building* e le soluzioni politiche sostenibili e ha sottolineato la necessità che le operazioni di pace si impegnino quanto prima nella pianificazione integrata e nel coordinamento delle transizioni con i *Resident Coordinators*, gli *United Nations Country Team*, gli altri programmi, agenzie e fondi delle Nazioni Unite, lo Stato ospitante e tutti gli stakeholders nazionali, tra cui la società civile e, inoltre, ha ribadito che, per essere sostenibile, il processo di pianificazione della transizione dovrebbe tenere conto dell'insieme delle sfide generali, compresi i rischi per la stabilità, la governance e lo stato di diritto, nonché il contesto politico, economico, umanitario, dello sviluppo e dei diritti umani. La risoluzione ha inoltre chiesto al Segretario generale di pianificare le transizioni delle operazioni di pace affinché siano integrate nella più ampia transizione alla pace specifica per paese e di elaborare strategie di transizione della missione che vadano verso la riconfigurazione della strategia, della postura e della capacità della presenza delle Nazioni Unite<sup>5</sup>. Altresì il Consiglio ha richiesto che queste strategie di missione chiariscano ruoli e responsabilità per tutte le parti interessate delle Nazioni Unite nonché, ove pertinente, *benchmark* e indicatori chiari e realistici che misurino i fattori e le condizioni che potrebbero influire sulla riconfigurazione dell'operazione al fine di garantire una transizione di successo e duratura. Insomma, un tentativo del Consiglio di introdurre elementi oggettivi e misurabili nelle *peacekeeping operations* per renderle più efficaci ed efficienti.

6. *Le minacce alla pace e alla sicurezza internazionali.* – Nel periodo in esame, il Consiglio di Sicurezza è tornato ad occuparsi delle minacce alla pace e alla sicurezza internazionali, evidenziando la responsabilità che ha a riguardo l'organizzazione terroristica denominata Stato islamico in Iraq e nel Levante (ISIL o Da'esh). Per questo il 17 settembre ha adottato all'unanimità la risoluzione 2597 con cui ha prorogato fino al 17 settembre 2022 il mandato del Consigliere Speciale e del *Team* – istituiti con risoluzione 2379 (2017)<sup>6</sup> – con la specificazione che ogni

---

<sup>5</sup> A tal proposito il dispositivo specifica che il Segretario generale, nell'adempiere a tale compito, deve essere informato dalle parti interessate a tutti i livelli, anche in stretta consultazione con le autorità nazionali, il Resident Coordinator e il Country Team delle Nazioni Unite, le comunità e le organizzazioni locali, comprese quelle che contribuiscono alla costruzione della pace, con la partecipazione piena, equa e significativa delle donne e dell'inclusione di organizzazioni giovanili, regionali e subregionali, nonché delle importanti istituzioni finanziarie internazionali e dei fondi, programmi e agenzie delle Nazioni Unite.

<sup>6</sup> Questa risoluzione chiedeva al Segretario generale di istituire un *Investigative Team*, guidato da un Consigliere speciale, per sostenere gli sforzi interni messi in campo dal governo iracheno per ritenere l'ISIL (Da'esh) responsabile di crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio raccogliendo, conservando e archiviando prove di questi atti commessi nel Paese.

ulteriore proroga sia da deliberare su richiesta del Governo iracheno o di qualsiasi altro governo che abbia richiesto al *Team* di raccogliere prove di atti che possono classificabili come crimini di guerra, crimini contro l'umanità o genocidio, commessi dall'ISIL (Da'esh) nel suo territorio. Infine il dispositivo ha chiesto al Consigliere speciale di continuare a presentare al Consiglio di Sicurezza, ogni 180 giorni, le relazioni sulle attività svolte dal *Team*.

7. *Conflitti armati e bambini*. – Il 29 ottobre il Consiglio ha adottato all'unanimità la risoluzione 2601 che ha riguardato il profilo che l'Organizzazione dovrà tenere di fronte a uno dei drammi più intollerabili, ossia il coinvolgimento dei bambini e dei minori in generale nei conflitti armati. Quindi innanzitutto ha condannato pesantemente tutte le violazioni del diritto internazionale applicabile tra cui il reclutamento e l'utilizzo dei bambini nei conflitti armati, la loro uccisione e mutilazione, lo stupro e altre forme di violenza sessuale, il rapimento, gli attacchi contro le scuole e gli ospedali, così come il diniego all'accesso degli aiuti umanitari. Poi ha invitato tutte le parti a salvaguardare, proteggere, rispettare e promuovere il diritto all'istruzione, anche durante un conflitto armato in corso, e ha incoraggiato gli Stati membri a predisporre quadri normativi domestici in grado di prevenire gli attacchi alle scuole e di riparare, ricostruire o sostituire con alternative valide le scuole danneggiate o distrutte dagli attacchi. In tale contesto è indispensabile prestare la massima assistenza ai bambini con disabilità vittime dei conflitti armati e ai bambini rifugiati e sfollati affinché continuino a curare la loro istruzione e a tal proposito possono essere d'aiuto – e per questo dove è possibile da sviluppare – le tecnologie, l'alfabetizzazione digitale e le necessarie infrastrutture a sostegno. Inoltre il dispositivo ha richiamato l'importanza strategica di tutte le componenti delle Nazioni Unite, dagli Stati membri, alle Organizzazioni regionali e sub-regionali, dalle *peace-keeping operations* alle missioni politiche, dall'Ufficio del Rappresentante speciale del Segretario generale per i bambini e i conflitti armati ai Country Teams delle Nazioni Unite. Infine è stato evidenziato anche il persistere della minaccia comune del Covid-19 e il bisogno di rafforzare la collaborazione internazionale per debellarla definitivamente, stigmatizzando al contempo l'accesso iniquo ai vaccini che ha esacerbato le disparità esistenti nell'accesso all'istruzione e nel suo proseguimento durante i conflitti armati.

8. *La situazione in Somalia: lotta alla pirateria, misure sanzionatorie e rinnovo dei mandati di taluni meccanismi*. – Il Consiglio, nel periodo in parola, ha adottato due risoluzioni per fronteggiare la drammatica e ancora senza soluzione situazione in Somalia tormentata da un'instabilità generalizzata, dall'impossibilità delle autorità statali di ripristinare il pieno controllo su tutto il territorio nazionale e dall'imperversare di organizzazioni terroristiche quali Al-Shabaab e gruppi affiliati all'ISIL (Da'esh) e dai pirati al largo delle sue coste.

La prima risoluzione è la 2607 adottata il 15 novembre ai sensi del Capitolo VII dello Statuto delle Nazioni Unite che innanzitutto ha condannato i ripetuti attacchi terroristici di Al-Shabaab, che continua a porre una seria minaccia alla pace, alla sicurezza e alla stabilità del Paese e dell'intera regione, in particolar modo attraverso l'uso crescente di dispositivi esplosivi improvvisati (*improvised explosive*

*devices* – IEDs) e lo sfruttamento del sistema finanziario lecito<sup>7</sup>. Il Consiglio, nella prima parte del dispositivo, si pone l'obiettivo di ridurre la capacità di Al-Shabaab di continuare a crescere e minare la pace e la sicurezza del Paese e internazionale. Per questo il primo obiettivo deve essere quello di ridimensionare la sua forza prevenendo le sue attività finanziarie illecite (che sfruttano i canali ordinari dell'economia legale), il riciclaggio di denaro e i suoi traffici commerciali basati sulla compravendita di carbone e dispositivi esplosivi improvvisati. Per questo il Consiglio ha deciso di rinnovare fino al 15 novembre 2022 l'autorizzazione agli Stati membri, che agiscono a livello nazionale o attraverso partnership navali multinazionali volontarie – come “Forze marittime combinate” (“*Combined Maritime Forces*”) – in collaborazione con il governo somalo, di ispezionare le navi nelle acque territoriali somale e nelle acque internazionali al largo delle coste della Somalia che si estendono fino al Mar Arabico e al Golfo Persico compresi, di cui si hanno ragionevoli motivi di ritenere che trasportino carbone e armi o equipaggiamento militare in Somalia in violazione dei relativi embarghi, portino armi o equipaggiamento militare a persone o enti designati dal Comitato delle sanzioni istituito ai sensi delle delibere 751 (1992) e 1907 (2009) e trasportino componenti IED identificati nella Parte I dell'Allegato C alla presente risoluzione<sup>8</sup>. Infine la risoluzione ha rinnovato il mandato del Panel di Esperti fino al 15 dicembre 2022.

La seconda risoluzione è la 2608 del 3 dicembre che ha rinnovato di altri tre mesi le autorizzazioni concesse a Stati e organizzazioni regionali nel reprimere con tutti i mezzi necessari gli atti di pirateria e rapina a mano armata al largo delle coste della Somalia, in conformità con le norme di diritto internazionale e in cooperazione con le autorità somale.

9. *Misure sanzionatorie contro ISIL e al-Qaeda*. – Il 17 dicembre il Consiglio di Sicurezza ha adottato, all'unanimità e sulla base del capitolo VII della Carta, la risoluzione 2610 con cui ha rilanciato il pacchetto di misure sanzionatorie, consistenti nel congelamento dei beni, divieto di viaggi e embargo delle armi, contro determinati individui e entità giuridiche affiliati alle due organizzazioni terroristiche che persistono nel porre pesanti minacce alla pace e alla sicurezza internazionale, ossia l'ISIL e al-Qaeda. Inoltre ha esteso di ulteriori trenta mesi i mandati dell'Ufficio dell'*Ombudsperson* (istituito dalla risoluzione 1904 del 2009) e del *Monitoring Team* (costituito nel 2004 con l'approvazione della risoluzione n. 1526), a partire dalla loro data di scadenza, ossia il dicembre 2021. Il primo ha il compito di

<sup>7</sup> Da segnalare le astensioni di Cina e Federazione Russa.

<sup>8</sup> Tale allegato riguarda i componenti per ordigni esplosivi improvvisati (IED) e nello specifico i materiali esplosivi, precursori di esplosivi, apparecchiature relative agli esplosivi e relativa tecnologia. È suddiviso in due parti. Parte I: 1) Materie esplosive, come segue, e miscele contenenti uno o più di questi: a. Nitrocellulosa (contenente più del 12,5% di azoto p/p); b. Trinitrofenilmetilnitramina (tetrite); c. Nitroglicerina (tranne quando confezionato/preparato in medicinali individuali dosi); 2) Merci collegate agli esplosivi: a. Apparecchiature e dispositivi appositamente progettati per innescare esplosivi con mezzi elettrici o non elettrici (ad es. set di sparo, detonatori, accenditori, corda detonante). 3) La “tecnologia” necessaria per la “produzione” o “l'utilizzo” degli elementi di cui ai par. 1 e 2.

Parte II: 1. Materie esplosive, come segue, e miscele contenenti uno o più di questi: a. Olio combustibile a base di nitrato di ammonio (ANFO); b. nitroglicole; c. tetranitrato di pentaeritritolo (PETN); d. cloruro di acrilico; e. 2,4,6-Trinitrotoluene (TNT); 2. Precursori di esplosivi: a. Nitrato di ammonio; b. Nitrato di potassio; c. clorato di sodio; d. L'acido nitrico; e. Acido solforico

ricevere e esaminare – e quindi accogliere o rigettare – le richieste di rimozione dalla lista delle sanzioni relative all'ISIL e ad al-Qaeda presentate da individui, gruppi, imprese e entità giuridiche in essa designate. Il secondo, invece, assiste il Comitato delle sanzioni nell'adempimento del suo mandato, supporta l'azione dell'*Ombudsperson* ed è tenuto ad adempiere a un mandato molto articolato e ricchissimo di responsabilità e compiti, come, solo a titolo di esempio, la presentazione al Comitato delle sanzioni ogni sei mesi di una relazione scritta, globale e indipendente sull'attuazione da parte degli Stati membri delle misure sanzionatorie, sulla minaccia globale posta da ISIL, al-Qaeda e Fronte al-Nusra, sulla presenza dell'ISIL in Iraq, Siria, Libia, Afghanistan e in altri Paesi e sulla minaccia rappresentata dai *foreign terrorist fighters* reclutati da o unitisi ad al-Qaeda, ISIL e altre organizzazioni terroristiche. O ancora l'assistenza da fornire all'*Ombudsperson* nell'esecuzione del suo mandato, fornendo informazioni aggiornate sulle persone, i gruppi o le entità giuridiche che hanno avanzato richiesta di rimozione dalla lista delle sanzioni.

10. *Minacce alla pace e alla sicurezza internazionali causate dagli atti terroristici.* – Il 22 dicembre i Quindici hanno adottato, sulla base del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, la risoluzione 2615 con cui hanno deciso che l'assistenza umanitaria e le altre attività a sostegno dei bisogni umani fondamentali in Afghanistan non costituiscono una violazione del paragrafo 1 (a) della risoluzione 2255, ossia il congelamento dei fondi e di altri asset finanziari o risorse economiche di quegli individui, gruppi ed entità Talebani o associati con essi che costituiscono una minaccia alla pace, alla stabilità e alla sicurezza dell'Afghanistan e inseriti nella lista delle sanzioni stilata dall'apposito Comitato istituito con risoluzione 1988. Quindi, la risoluzione specifica che sono consentiti l'erogazione di fondi, di altre attività finanziarie o risorse economiche e la fornitura di beni e servizi necessari per garantire la tempestiva fornitura di tale assistenza o per supportare tali attività.

In ultimo, nel semestre in parola, il 30 dicembre il Consiglio ha adottato all'unanimità la risoluzione 2617 riguardante le minacce contro la pace e la sicurezza internazionale derivanti da atti terroristici e il ruolo cruciale svolto in tale ambito dal Counterterrorism Committee Executive Directorate (CTED) e dal Counterterrorism Committee (CTC) e nello specifico nell'attuazione della risoluzione 1373 (2001). Quest'ultima, adottata nell'immediato del drammatico attentato alle Torri Gemelle, decideva di affidare agli Stati il compito di prevenire e stroncare i finanziamenti degli atti terroristici, congelare fondi e altri asset finanziari o risorse economiche delle persone che commettevano o avrebbero tentato di commettere atti terroristici, vietare ai loro cittadini o altre persone e entità stanziati sul loro territorio di mettere a disposizione, direttamente o indirettamente, tali disponibilità economico-finanziarie a possibili attentatori. La risoluzione 2617 ha giustappunto deciso che il CTED continuerà ad operare come missione politica speciale sotto la guida politica del CTC fino al 31 dicembre 2025 con un riesame intermedio da svolgere entro il 31 dicembre 2023.

11. *Il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali.* – Sempre il 22 dicembre il Consiglio ha adottato con le astensioni di Cina, Federazione Russa e India la risoluzione 2616 con alla base l'attività svolta e da svolgere da parte dell'Organizzazione nel campo del mantenimento della pace e della sicurezza inter-

nazionali, con particolare riferimento alla minaccia rappresentata dall'aggravamento delle disposizioni relative all'embargo sulle armi. Quindi ha incoraggiato le *peace-keeping operations* e le pertinenti entità delle Nazioni Unite ad assistere le autorità della nazione ospitante nel rafforzamento delle loro capacità in questo settore e nella raccolta di dati e nella formazione per contrastare il trasferimento illecito di armi e il materiale correlato di ogni tipo, ove appropriato e coerentemente con i loro mandati<sup>9</sup>. Inoltre ha segnalato, come *best practice*, la creazione, da parte degli Stati soggetti a embarghi imposti dal Consiglio, di inventari delle armi, nonché sistemi di marcatura e registrazione delle armi, nelle situazioni in cui un embargo sulle armi delle Nazioni Unite coincide con gli sforzi di disarmo, smobilitazione e reintegrazione. In più ha richiesto la piena cooperazione degli Stati membri, in particolare quelli sotto embargo di armi deciso dal Consiglio, con i rispettivi Panel di Esperti e li ha incoraggiati a intraprendere le pertinenti misure di due diligence concernenti l'esportazione di componenti di sistemi d'arma disponibili in commercio verso Stati soggetti a embarghi imposti dal Consiglio che possono essere utilizzati da individui, entità o gruppi armati designati in violazione dei rispettivi embarghi.

LUIGI D'ETTORRE

---

<sup>9</sup> A tal proposito il delegato indiano ha motivato la sua astensione asserendo che un tale compito rappresenterebbe un aggravio dei mandati già complessi in capo alle *peacekeeping operations*, potendo arrivare a cambiare anche la loro natura e le loro caratteristiche ormai consolidate. Inoltre questo aggravio di responsabilità potrebbe avere un impatto negativo anche sulla sicurezza dei Caschi Blu. In terzo luogo, l'attuazione degli embarghi sulle armi comporta una gamma di questioni interconnesse e complesse che possono essere affrontate al meglio da agenzie specializzate delle Nazioni Unite con i mandati, le competenze e le risorse necessarie. Infine, l'incarico principale dei *peacekeepers*, cioè la protezione dei civili, potrebbe subire un impatto negativo se venisse loro assegnato un compito aggiuntivo, senza peraltro le risorse e le capacità necessarie.





## Consiglio dei diritti umani

(Attività 2018-2021)

### PARTE II

La II parte della presente rassegna mira a fornire una panoramica generale delle principali attività svolte dal Consiglio negli ultimi quattro anni e quindi nelle sessioni ordinarie 37<sup>a</sup>-48<sup>a</sup> e nelle sessioni speciali 28<sup>a</sup>-33<sup>a</sup>. I temi trattati in questa parte sono quelli relativi alla discriminazione per motivi di religione, agli effetti del debito estero e di altri obblighi finanziari internazionali degli Stati sul pieno godimento dei diritti umani, alla situazione dei diritti umani in Medio Oriente e in Myanmar. Si è fatto dunque riferimento soltanto ai documenti, emanati negli anni 2018-2021, relativi a tali tematiche<sup>1</sup>. Riferimenti a documenti del Consiglio su altri temi o emanati in anni diversi da quelli in esame, oppure a documenti di altri organismi, sono stati compiuti solo se strettamente connessi alle problematiche individuate<sup>2</sup>.

5. *Discriminazione per motivi di religione.* – Il Consiglio dei diritti umani, nel periodo in esame, affronta, tra gli altri, il tema della discriminazione basata sulla religione o sulle convinzioni personali, adottando otto risoluzioni in materia: 37/9 (2018), 40/10 (2019), 43/12 (2020), 46/6 (2021), intitolate *Freedom of religion or belief*, e 37/38 (2018), 40/25 (2019), 43/34 (2020), 46/27 (2021), intitolate *Combating intolerance, negative stereotyping and stigmatization of, and discrimination, incitement to violence and violence against, persons based on religion or belief*. Con riferimento alla più recente relativa alla prima tematica, nella risoluzione 46/6 (adottata il 23 marzo 2021)<sup>3</sup> sono innanzitutto richiamati (nei *considerando*) importanti documenti internazionali in materia, quali la risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU 36/55 del 25 novembre 1981 (*Dichiarazione sull'eliminazione di tutte le forme d'intolleranza e di discriminazione fondate sulla religione o il credo*), l'art. 18 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e l'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Il Consiglio – dopo aver espresso profonda preoccupazione per gli ostacoli emergenti al godimento del diritto alla libertà di religione o di credo (par. 3) – sottolinea l'importanza di un dialogo continuo e rafforzato in tutte le sue forme e quanto più partecipato possibile (anche tra individui di religioni diverse e con un ruolo più ampio e rilevante per le donne) e prende atto con apprezzamento delle diverse iniziative in tal senso (par.

---

<sup>1</sup> Nella Parte I della presente rassegna, pubblicata nel fasc. 2-22, 315 ss., sono stati trattati i seguenti temi: diritto all'alimentazione, diritti dell'infanzia, diritti dei disabili. Ulteriori tematiche affrontate dal Consiglio dei diritti umani nel periodo in esame saranno analizzate nella ultima Parte (III) della rassegna, che sarà pubblicata nel prossimo fascicolo di questa *Rivista*.

<sup>2</sup> Tutti gli atti e i documenti del Consiglio richiamati sono consultabili sul sito [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).

<sup>3</sup> UN Doc. A/HRC/RES/46/6, *Freedom of religion or belief*.

10), tra cui l'Alleanza delle Civiltà (*United Nations Alliance of Civilizations*) – un'iniziativa lanciata il 21 settembre 2004, durante la 59ª sessione dell'Assemblea generale, con l'obiettivo di riunire Stati e organizzazioni internazionali al fine di promuovere la cooperazione globale su questioni interculturali e incoraggiare il dialogo e il confronto fra “civiltà” differenti<sup>4</sup> – e alcuni programmi condotti dell'UNESCO (come ad es. il MOST, *Management of Social Transformation Programme*)<sup>5</sup>.

Il Consiglio, inoltre, relativamente al lavoro dello *Special Rapporteur* in materia<sup>6</sup>, accoglie con favore il rapporto tematico A/HRC/46/30 (*Countering Islamophobia/anti-Muslim hatred to eliminate discrimination and intolerance based on religion or belief*)<sup>7</sup>, in cui viene approfondita la problematica dell'islamofobia, e prende atto delle raccomandazioni in esso contenute (par. 13); inoltre, dopo aver sollecitato i Governi a cooperare pienamente con tale Relatore, ad esempio accogliendo le sue richieste di visita dei loro Paesi e fornendogli tutte le informazioni necessarie per consentirgli di adempiere al proprio mandato in modo ancora più efficace (par. 15), lo invita a relazionare annualmente al Consiglio e all'Assemblea generale in conformità ai rispettivi programmi di lavoro (par. 17). Con riferimento al ruolo degli Stati, li invita a esercitare le opportune azioni per prevenire e punire gli atti di violenza contro le persone appartenenti a minoranze religiose (par. 7), a sfruttare il potenziale dell'istruzione per l'eliminazione dei pregiudizi basati sulla religione (par. 12) e a intensificare i loro sforzi per promuovere e proteggere la libertà di pensiero, coscienza, religione o credo (par. 9). A tal fine il Consiglio indica una serie di azioni declinate nelle lettere a)-m) del medesimo par. 9<sup>8</sup>.

Con riferimento, invece, alla più recente risoluzione (la 46/27, adottata il 24 marzo 2021)<sup>9</sup> relativa alla seconda tematica (*Combating intolerance, negative stereotyping and stigmatization of, and discrimination, incitement to violence and violence against, persons based on religion or belief*), il Consiglio – riaffermando l'obbligo degli Stati di eliminare tutte le forme di discriminazione basate sulla

<sup>4</sup> Per approfondimenti v. [www.unaoc.org](http://www.unaoc.org).

<sup>5</sup> Per approfondimenti v. [www.unesco.org](http://www.unesco.org).

<sup>6</sup> Lo *Special Rapporteur on freedom of religion or belief* dal 1° novembre 2016 è Ahmed Shaheed.

<sup>7</sup> UN Doc. A/HRC/46/30, *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, Ahmed Shaheed*.

<sup>8</sup> Tra queste segnaliamo: (a) To ensure that their constitutional and legislative systems provide adequate and effective guarantees of freedom of thought, conscience and religion or belief to all, without distinction, by, inter alia, the provision of access to justice and effective remedies in cases where the right to freedom of thought, conscience and religion or belief, or the right to freely practise one's religion, including the right to change one's religion or belief, is violated; (b) To implement all accepted universal periodic review recommendations relating to the promotion and protection of freedom of religion or belief; (d) To end violations of the human rights of women, and to devote particular attention to abolishing practices and legislation that discriminate against women, including in the exercise of their right to freedom of thought, conscience and religion or belief; (i) To ensure that, in accordance with appropriate national legislation and in conformity with international human rights law, the freedom of all individuals, including persons belonging to religious minorities, to establish and maintain religious, charitable or humanitarian institutions is fully respected and protected; (m) To prevent any distinction, exclusion, restriction or preference based on religion or belief that impairs the recognition, enjoyment or exercise of human rights and fundamental freedoms on an equal basis, and to detect signs of intolerance that may lead to discrimination based on religion or belief.

<sup>9</sup> UN Doc. A/HRC/RES/46/27, *Combating intolerance, negative stereotyping and stigmatization of, and discrimination, incitement to violence and violence against, persons based on religion or belief*.

religione e di adottare le misure necessarie che garantiscano una protezione eguale ed effettiva dinanzi alla legge – esprime profonda preoccupazione per l'esistenza di orientamenti e di programmi difesi da organizzazioni estremiste che mirano a creare o perpetuare e mantenere stereotipi negativi nei confronti di alcuni gruppi religiosi, in particolar modo quando tali situazioni sono tollerate dai governi (par. 1). La risoluzione accoglie la Dichiarazione del Segretario generale dell'Organizzazione della conferenza islamica, resa durante la 15ª sessione del Consiglio, soprattutto con riferimento a una serie di azioni che possono favorire un clima di tolleranza religiosa, pace e rispetto (par. 7), come la creazione di un *network* di collaborazione che promuova il dialogo e persegua risultati tangibili, quali, ad esempio, progetti nei settori dell'istruzione, della salute, dell'occupazione, dell'integrazione (lett. a); la messa in opera di meccanismi che identifichino le aree di potenziale conflitto tra i membri di differenti comunità religiose (lett. b); l'adozione e la concreta attuazione di misure volte a criminalizzare l'incitamento alla violenza basato sulla differenza di religione o di credo (lett. f)<sup>10</sup>.

Il Consiglio invita, dunque, gli Stati (par. 8) ad adottare misure efficaci per garantire che i funzionari pubblici, nello svolgimento dei loro compiti, non compiano alcuna discriminazione sulla base della religione o del credo (lett. a); a promuovere la capacità dei membri di tutte le comunità religiose di manifestare le proprie idee contribuendo apertamente e su un piano di parità con gli altri allo sviluppo della società (lett. b); a incoraggiare la partecipazione e la rappresentanza degli individui, indipendentemente dalla loro religione, in tutti i settori della società (lett. c); a contrastare l'uso della religione come criterio nella conduzione di interrogatori, perquisizioni e altre procedure investigative delle forze dell'ordine (lett. d). Chiede, infine, un rafforzamento degli sforzi internazionali volti a promuovere un dialogo globale per la diffusione della cultura della tolleranza a tutti i livelli, basata sul rispetto delle diversità di religioni e credo (par. 14), e si rivolge all'Alto commissario ONU per i diritti umani invitandolo a preparare e presentare alla 49ª sessione del Consiglio un rapporto di *follow-up*, con conclusioni elaborate sulla base delle informazioni fornite dagli Stati, in merito alle misure da essi adottate per l'attuazione del piano d'azione delineato nei paragrafi 7 e 8 della risoluzione in esame (par. 13).

6. *Effetti del debito estero e di altri obblighi finanziari internazionali degli Stati sul pieno godimento dei diritti umani.* – L'attuale crisi economica e finanziaria mondiale ha aggravato le violazioni dei diritti umani: la crisi ha, infatti, comportato la mancanza di cibo, di acqua potabile, di lavoro, ma anche l'aumento di xenofobia, razzismo e repressioni. Il tema in esame è stato più volte oggetto dei lavori del

---

<sup>10</sup> Le ulteriori azioni che possono favorire un clima di tolleranza religiosa sono enunciate nelle lettere c) d) e) g) ed h) della risoluzione e sono le seguenti: (c) Encouraging the training of government officials in effective outreach strategies; (d) Encouraging the efforts of leaders to discuss within their communities the causes of discrimination, and evolving strategies to counter those causes; (e) Speaking out against intolerance, including advocacy of religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence; (g) Understanding the need to combat denigration and negative religious stereotyping of persons and incitement to religious hatred by strategizing and harmonizing actions at the local, national, regional and international levels through, inter alia, education and awareness-building; (h) Recognizing that the open, constructive and respectful debate of ideas and interfaith and intercultural dialogue at the local, national and international levels can play a positive role in combating religious hatred, incitement and violence.

Consiglio dei diritti umani, che ha trattato il tema, oltre che in numerose sessioni ordinarie, anche durante la 10<sup>a</sup> sessione speciale (dedicata, a testimonianza dell'importanza e della gravità del fenomeno, proprio all'impatto della crisi economica e finanziaria mondiale sulla realizzazione universale e sull'effettivo godimento dei diritti umani).

Nel periodo in esame il Consiglio si sofferma su tale tema in tre risoluzioni, nelle quali viene affrontato in maniera specifica – nell'ambito del più ampio quadro concernente l'attuale crisi economica e finanziaria mondiale – il tema relativo agli effetti che il debito estero e gli altri obblighi finanziari internazionali degli Stati hanno sul pieno godimento dei diritti umani, con particolare riferimento a quelli economici, sociali e culturali (37/11 del 2018, 40/8 del 2019 e 46/8 del 2021), oltre ad una (43/10 del 2020) relativa al mandato dell'Esperto indipendente in materia.

Il Consiglio, nei *considerando* di queste risoluzioni, sottolinea innanzitutto come già la World Conference on Human Rights (Vienna, 1993) abbia invitato la Comunità internazionale a compiere ogni sforzo per contribuire ad alleggerire l'onere del debito estero dei Paesi in via di sviluppo, che limita enormemente la capacità di promuovere lo sviluppo sociale e di conseguire l'effettiva realizzazione dei diritti umani. Ricordiamo che varie sono state le iniziative internazionali di riduzione del debito, come ad esempio la HIPC *Initiative* (*Heavily Indebted Poor Countries*) e la MDRI (*Multilateral Debt Relief Initiative*). La prima fu creata nel 1996 con l'obiettivo di ridurre a "livelli" sostenibili l'onere del debito dei Paesi più poveri del mondo; questa venne poi affiancata nel 2005 dalla MDRI, con lo scopo della cancellazione totale del debito da parte di quattro principali istituzioni multilaterali (FMI, IDA, African Development Fund e Inter-American Development Bank)<sup>11</sup>.

Analizziamo ora, più nel dettaglio, la risoluzione più recente – relativa al periodo pre-Covid –, la 40/8 del 21 marzo 2019. Nel testo del documento il Consiglio accoglie con favore (par. 8) il rapporto del 19 dicembre 2018<sup>12</sup> dell'*Independent Expert on the effect of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights*<sup>13</sup>, dedicato a *Guiding principles on human rights impact assessments of economic reforms*<sup>14</sup> e invita i Governi e le organizzazioni internazionali a tenere in debita considerazione tali principi nella

---

<sup>11</sup> Sui risultati di tali iniziative si veda il documento *Heavily Indebted Poor Countries (HIPC) Initiative and Multilateral Debt Relief Initiative (MDRI) - Statistical Update*, del 6 agosto 2019, disponibile sul sito del FMI ([www.imf.org](http://www.imf.org)).

<sup>12</sup> UN Doc. A/HRC/40/57, *Report of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights. Guiding principles on human rights impact assessment of economic reforms*.

<sup>13</sup> L'*Independent Expert* dal 1° agosto 2021 è la keniana Attiya Waris.

<sup>14</sup> Come indicato nel riassunto del rapporto, tali Principi guida «underline the importance of systematically assessing the impact of economic reforms on the enjoyment of all human rights before decisions are taken to implement such reforms, as well as during and after their implementation. Economic policymaking must be anchored in and guided by substantive and procedural human rights standards, and human rights impact assessments are a crucial process that enables States and other actors to ensure that economic reforms advance, rather than hinder, the enjoyment of human rights by all».

formulazione e implementazione delle loro politiche e misure di riforma economica (par. 3)<sup>15</sup>.

Il Consiglio, inoltre, esprime grande apprezzamento (par. 12) per il lavoro svolto dall'*Advisory Committee* sul tema *The activities of vulture funds and the impact on human rights* e attende con interesse la presentazione del relativo rapporto finale in occasione della sua 41<sup>a</sup> sessione ordinaria. Tale rapporto è stato in effetti presentato il 7 maggio 2019<sup>16</sup> ed è dedicato al problema dei *vulture funds*, ossia dei “predatori di fondi”, espressione che indica quegli enti privati commerciali che acquisiscono (comprando, per cessione o per altre forme di transazione) debiti statali non rimborsati con l’obiettivo di raggiungere un alto profitto. I predatori di fondi, infatti, solitamente acquisiscono – sul mercato secondario, ad un prezzo di gran lunga inferiore al loro valore nominale – i debiti dei c.d. Paesi HIPC, per poi tentare, attraverso vie giudiziarie, sequestro di beni o anche tramite pressione politica, di ottenere il rimborso dell’intero valore nominale del debito, oltre agli interessi e alle penali. È facilmente comprensibile, dunque, quanti e quali danni questi enti arrechino al già debole apparato di risanamento del debito estero degli HIPC, nonché dei Paesi che non sono ancora in condizioni economiche critiche<sup>17</sup>.

Il rapporto è articolato in dieci capitoli<sup>18</sup>. Nel terzo prende in considerazione alcuni *case studies* di Paesi che sono stati oggetto di “attacchi” da parte di *vulture funds*: si tratta dello Zambia (*Donegal International v. Zambia*), della Repubblica Democratica del Congo (*FG Hemisphere v. Democratic Republic of the Congo*) e dell’Argentina (*NML Capital Limited v. Argentina*). Il 5° capitolo del rapporto, dedicato alle legislazioni nazionali, chiarisce che attualmente solo tre Paesi (Belgio, Francia e Regno Unito)<sup>19</sup> hanno emanato un quadro giuridico «to discourage disruptive litigation initiated by vulture funds» (par. 33). I tentativi di mettere in atto

<sup>15</sup> Tale rapporto è costituito da ventidue principi (articolati in sei paragrafi) che vengono titolati, enunciati e commentati in maniera analitica e puntuale. Essi sono: «1. Scope and purpose of the guiding principles; 2. Obligations of States with respect to economic policies and human rights; 3. Burden of proof and obligation to conduct human rights impact assessments; 4. Obligations of local and subnational governments; 5 Human rights standards and pertinent law; 6. Indivisibility and interdependence of all human rights; 7. Equality and combating multiple and intersectional discrimination; 8. Non-discrimination based on gender and substantive gender equality; 9. Progressive realization and maximum available resources; 10. Prohibition of retrogression; 11. Policy coherence; 12 Debt sustainability, debt relief and restructuring; 13. International assistance and cooperation; 14. External influence and policy space; 15. Obligations of public creditors and donors; 16. Obligations of private creditors; 17. Basis and purposes of a human rights impact assessment; 18. Ex ante and ex post assessments; 19. Participation; 20. Access to information and transparency; 21. Access to justice, accountability and remedies; 22. Who should conduct the assessment(s).

<sup>16</sup> UN Doc. A/HRC/41/51, *Activities of vulture funds and their impact on human rights - Final report of the Human Rights Council Advisory Committee*.

<sup>17</sup> Secondo uno studio dell’EMTA (*Trade Association for Emerging Markets*), riportato al par. 11 del documento A/HRC/14/21 (*Report of the independent expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights, Cephas Lumina*) vari Paesi non-HIPC (alcuni europei) sono stati oggetto di acquisizioni da parte di *vulture funds*.

<sup>18</sup> I capitoli in cui il rapporto è articolato sono i seguenti: 1. Introduction; 2. What are vulture funds?; 3. Case studies; 4. Disruptive litigation: a growing trend; 5. National legislation; 6. Forging an international consensus; 7. Towards a multilateral framework on debt restructuring; 8. Impact of the activities of vulture funds on human rights; 9. Strengthening a human rights-based approach; 10. Conclusions and recommendations.

<sup>19</sup> Il Belgio è stato il primo Stato, nel 2008, a emanare una legislazione nazionale contro le attività dei *vulture funds*.

iniziative simili negli Stati Uniti d'America sono finora falliti. Sebbene queste leggi nazionali abbiano svolto un importante compito di deterrenza, è evidente che i timori sollevati dalle attività dei “fondi avvoltoio” possono essere affrontati efficacemente solo se più Stati approvano normative interne in materia. Per evitare strategie di “forum shopping”, la regolamentazione è particolarmente necessaria in quelle giurisdizioni preferite dai “fondi avvoltoio” per avviare contenziosi (par. 34). I legislatori nazionali potrebbero ricorrere a linee guida derivanti dalle leggi nazionali esistenti e dall'esperienza della loro attuazione, in particolare: «(a) protection should be extended to any debt-distressed country and not only to heavily indebted poor countries; (b) procedures should allow for the identification of debts that are protected from the claims of vulture funds, on the basis of objective criteria; (c) concerns about the socioeconomic situation of the debtor State and the well-being of its population should be adequately incorporated and addressed by the legislator; and (d) issues regarding the lack of transparency in the secondary debt market and the operation of vulture funds in tax havens should be also tackled» (par. 35). Di notevole interesse è anche l'8° capitolo, focalizzato sull'impatto delle attività dei *vulture funds* sui diritti umani, che è così articolato: Activities of vulture funds hinder the capacity of a State to fulfil economic, social and cultural rights (paragrafi 65-67); Activities of vulture funds jeopardize international poverty reduction initiatives (paragrafi 68-71); Activities of vulture funds contribute to increased debt service (paragrafi 72-75); Activities of vulture funds undermine the realization of the Sustainable Development Goals (par. 76). Il rapporto si chiude con le conclusioni contenute nel capitolo 10° (paragrafi 86-90) che prevede anche una serie di raccomandazioni indirizzate sia allo stesso Consiglio dei diritti umani (par. 89)<sup>20</sup> che agli Stati membri (par. 90)<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> «The Advisory Committee recommends that the Human Rights Council: (a) Maintain the issue of vulture funds and human rights on its agenda in order to assess the impact of their activities on economic, social and cultural rights and the right to development, and support further initiatives aimed at identifying and curtailing illegitimate activities by vulture funds; (b) Explore further ways of mainstreaming human rights in the context of debt-restructuring workouts and of operationalizing processes aimed at assessing and monitoring the negative impact of the activities of vulture funds on the full enjoyment of economic, social and cultural rights and on the realization of the Sustainable Development Goals; (c) Commend the work of the African Legal Support Facility, and call upon States to support the expansion of this mechanism so as to assist developing countries in their disputes with vulture funds and other similar speculative ways of manoeuvring on financial markets; (d) Adopt a new resolution, following the examination of the present report, entrusting the Advisory Committee with the follow-up to this issue, with a view to making concrete recommendations to States and relevant stakeholders. A further study reviewing relevant national legislation and case law, as well as good practices, would help States in the process of establishing an adequate legal framework».

<sup>21</sup> «The Advisory Committee recommends that Member States: (a) Enact legislation aimed at curtailing the predatory activities of vulture funds within their jurisdictions. Domestic laws should not be limited to heavily indebted poor countries but should cover a broader group of countries and apply to commercial creditors that refuse to negotiate any restructuring of a debt. Claims that are manifestly disproportionate to the amount initially paid to purchase a sovereign debt should not be considered. The laws in Belgium and the United Kingdom provide valuable examples for other States in drafting national laws aimed at limiting the practices of vulture funds; (b) Adopt measures aimed at limiting disruptive litigation by vulture funds in their jurisdictions. National courts or judges should not give effect to foreign judgments or conduct enforcement procedures in favour of vulture funds that are pursuing a disproportionate profit. It is a good practice to limit the value of the claims of vulture funds to the discounted price originally paid for the bonds; (c) Enhance and promote transparency by ensuring that the owners and shareholders of vulture funds are disclosed and made subject to appropriate taxation. Transparency on sovereign debt in the secondary market should be particularly ensured and courts and



Il Consiglio – tornando alla risoluzione 40/8 in esame – decidendo di tenere la materia in alta considerazione (par. 18), incoraggia l'Esperto indipendente a continuare a cooperare, nello svolgimento del suo lavoro, con gli altri organismi del Consiglio (par. 13); lo invita, altresì, a riferire regolarmente sullo svolgimento del suo mandato al Consiglio e all'Assemblea generale conformemente ai rispettivi programmi di lavoro (par. 14): gli chiede, infine, di presentare un rapporto sul seguito ricevuto dalla presente risoluzione alla 43<sup>a</sup> sessione del Consiglio (par. 17). Esso è stato presentato il 3 gennaio 2020 – si intitola *Private debt and human rights* (UN Doc. A/HRC/43/45) – ed è molto interessante ed attuale, in quanto incentrato sulle violazioni dei diritti umani nel contesto del debito privato. Analizza, in particolare, il debito individuale e delle famiglie offerto da una serie di attori del settore creditizio operanti sia in contesti formali che informali. Il rapporto è articolato in sei capitoli compresi Introduzione, Conclusioni e Raccomandazioni finali. Di notevole rilievo è la parte centrale (capitolo 4°, *Typologies of private household indebtedness: cause and consequence of human rights violations*), concernente le varie tipologie di indebitamento delle famiglie<sup>22</sup>.

Nella medesima sessione ordinaria, ossia la 43<sup>a</sup>, segnaliamo la risoluzione 43/10 del 29 giugno 2020 (*Mandate of the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights*) nella quale il Consiglio, dopo aver espresso apprezzamento per lavoro svolto dall'Esperto (par. 1), ne proroga il mandato per un periodo di ulteriori 3 anni (par. 2), chiedendogli altresì di riferire regolarmente al Consiglio e all'Assemblea generale in conformità ai rispettivi programmi di lavoro (par. 4).

La più recente risoluzione in materia è la 46/8 del 23 marzo 2021, nella quale il Consiglio nota che – nonostante gli impegni assunti dagli Stati nella *Addis Ababa Action Agenda*<sup>23</sup> adottata durante la *Third International Conference on Financing for Development*<sup>24</sup> e i conseguenti sforzi internazionali di alleggerimento del debito – molti Paesi rimangono vulnerabili alla crisi del debito e alcune situazioni sono profondamente aggravate a causa della pandemia da Covid-19 (9° *considerando*) ed esprime profonda preoccupazione per le stime secondo cui l'emergenza sanitaria ha posto fine ai progressi globali in tema di riduzione della povertà, spingendo fino a 150 milioni di persone nella povertà estrema nel 2021 (18° *considerando*). Il Consiglio, inoltre, riconosce che, insieme alla pandemia e ad altre crisi sistemiche, l'economia globale si trova attualmente ad affrontare una grave recessione economica in rapida evoluzione e che colpisce contemporaneamente sia le economie

---

other relevant national authorities must have access to all relevant documents and information on the amounts concerned and the identity of creditors; (d) Ensure that adjudication bodies, including the International Centre for Settlement of Investment Disputes and the Permanent Court of Arbitration, integrate into their practices the duty of arbitrators to assess at a preliminary stage the bona fides of vulture fund claims, as well as the standing of the claimant, by requiring that the details of the debt be disclosed; (e) Ensure that the principle of bona fides is adequately reflected in national legislation and applied by the domestic courts in relation to litigation concerning sovereign debt restructuring processes by ensuring that abusive creditors do not enjoy better treatment than cooperative creditors acting in good faith».

<sup>22</sup> A. Microcredit and debt; B. Health-related debts; C. Education-related debts; D. Housing and utilities debt; E. Debt enforcement, abusive collection practices and the criminalization of debtors; F. Consumer debts; G. Migration-related debt; H. Debt bondage.

<sup>23</sup> Vedi <https://sustainabledevelopment.un.org>.

<sup>24</sup> Vedi <https://www.un.org/esa/ffd/ffd3/index.html>.

sviluppate che quelle in via di sviluppo e tutti i continenti (19° *considerando*); sempre in relazione al tema Covid-19, dichiara che i Paesi più poveri necessitano di un'enorme liquidità e di un sostegno finanziario per far fronte alle conseguenze immediate derivanti dalla pandemia e alle sue ripercussioni, sia sull'economia, sia sui diritti umani, a causa delle sfide da affrontare in settori come l'assistenza sanitaria, l'istruzione, l'occupazione, i sistemi di protezione sociale (par. 3).

7. *La situazione in Medio Oriente.* – Il tema concernente i rapporti tra lo Stato di Israele ed i Territori palestinesi è stato affrontato dal Consiglio dei diritti umani più volte, in sessioni sia ordinarie che speciali, e costituisce indubbiamente uno di quelli “politicamente” più spinosi con cui esso deve confrontarsi. A tal proposito è opportuno ricordare quanto già evidenziato nella parte I della presente rassegna, ossia che nel giugno 2017, l'Ambasciatrice statunitense alle Nazioni Unite, Nikki Haley, aveva paventato un'uscita degli USA dal Consiglio proprio a causa di un atteggiamento “sbilanciato” di quest'ultimo contro Israele. Questa uscita si è poi effettivamente verificata il 1° giugno 2018, anche in seguito alle critiche ricevute da Trump per le politiche in materia di immigrazione. Tale situazione è poi nuovamente mutata – a distanza di quasi tre anni e con un diverso Presidente – quando gli Stati Uniti hanno annunciato (9 febbraio 2021) il loro rientro nel Consiglio dei diritti umani.

Nel periodo 2018-2021 il tema è stato oggetto di analisi in molte risoluzioni, adottate nelle sessioni 37<sup>a</sup>-48<sup>a</sup>. Esse trattano sostanzialmente delle seguenti questioni: diritto del popolo palestinese all'autodeterminazione (risoluzioni 37/34, 40/22, 43/33 e 46/25); situazione dei diritti umani nei Territori palestinesi occupati, compresa Gerusalemme Est (risoluzioni 37/35, 40/23, 43/32 e 46/3); insediamenti israeliani nei Territori palestinesi occupati, inclusa Gerusalemme Est, e nel territorio del Golan siriano (risoluzioni 37/36, 40/24, 43/31 e 46/26); rispetto dei diritti umani nel Golan siriano (risoluzioni 37/33, 40/21, 43/30 e 46/24); responsabilità per le violazioni del diritto internazionale nei Territori palestinesi occupati, inclusa Gerusalemme Est (risoluzioni 37/37, 40/13, 43/3 e 46/3).

Il Consiglio (risoluzione 46/25 del 24 marzo 2021, *Right of the Palestinian people to self-determination*) riafferma innanzitutto il diritto – “inalienabile”, “permanente” e “incondizionato” – del popolo palestinese ad autodeterminarsi, «including their right to live in freedom, justice and dignity and the right to their independent State of Palestine» (par. 1). Inoltre, ribadisce la necessità di raggiungere una soluzione pacifica, giusta, globale e duratura del conflitto israelo-palestinese, in conformità al diritto internazionale e a tutte le pertinenti risoluzioni delle Nazioni Unite (par. 2) ed esprime profonda preoccupazione per qualsiasi azione intrapresa in violazione di tali risoluzioni (par. 4). Esorta, infine, tutti gli Stati a garantire «their obligations of non-recognition, non-aid or assistance with regard to the serious breaches of peremptory norms of international law by Israel, in particular of the prohibition of the acquisition of territory by force, in order to ensure the exercise of the right to self-determination, and also calls upon them to cooperate further to bring, through lawful means, an end to these serious breaches and a reversal of Israel's illegal policies and practices» (par. 7) e ad adottare «measures as required to promote the realization of the right to self-determination of the Palestinian people, and to render assistance to the United Nations in carrying out the responsibilities entrusted to it by the Charter regarding the implementation of this right» (par. 8).

Con riferimento alla situazione dei diritti umani nei Territori palestinesi occupati (compresa Gerusalemme Est) e alla responsabilità per le violazioni del diritto internazionale commesse in tali Territori, il Consiglio – nella risoluzione 46/3 del 23 marzo 2021 (*Human rights situation in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and the obligation to ensure accountability and justice*) – chiede che Israele (definita Potenza occupante) si ritiri dai territori palestinesi occupati dal 1967 (compresa Gerusalemme Est) e sottolinea che tutti gli sforzi per porre fine al conflitto dovrebbero basarsi sul rispetto del diritto internazionale umanitario, del diritto internazionale dei diritti umani e delle pertinenti risoluzioni delle Nazioni Unite (par. 1) e deplora la persistente mancanza di cooperazione di Israele con le procedure speciali del Consiglio e con gli altri meccanismi delle Nazioni Unite che si occupano di indagare sulle presunte violazioni del diritto internazionale nei Territori occupati (par. 4). Con riferimento alla situazione dei diritti umani, chiede che Israele cessi tutte le azioni illegali, comprese le demolizioni punitive di abitazioni, lo sgombero forzato degli abitanti palestinesi e la revoca dei permessi di soggiorno dei palestinesi che vivono a Gerusalemme est attraverso varie leggi discriminatorie (par. 5); esorta Israele a garantire che l’allocazione delle risorse idriche nei Territori non sia discriminatoria (par. 9) e ribadisce la necessità del rispetto delle garanzie relative alla libertà di circolazione delle persone e delle merci all’interno dei Territori «including movement into and from East Jerusalem, into and from the Gaza Strip, between the West Bank and the Gaza Strip, and to and from the outside world» (par. 11).

Il Consiglio condanna, da un lato, «all acts of violence, including all acts of terror, provocation, incitement and destruction, including unlawful lethal and other excessive use of force by Israeli occupying forces against Palestinian civilians, including against civilians with special protected status under international law and who pose no imminent threat to life» (par. 13) e, dall’altro, anche «the firing of rockets against Israeli civilian areas resulting in loss of life and injury, and calls for an end to all actions by militants and armed groups contrary to international law» (par. 14). Sottolinea, infine, la necessità di garantire che tutti i responsabili delle violazioni, in tale contesto, del diritto internazionale umanitario e del diritto internazionale dei diritti umani siano tenuti a rendere conto del loro operato attraverso meccanismi di giustizia penale (nazionali o internazionali) appropriati, equi e indipendenti (par. 24)<sup>25</sup>.

Nella risoluzione 46/24 (la più recente – 24 marzo 2021 – fra quelle relative al tema *Human rights in the occupied Syrian Golan*), il Consiglio esprime profonda preoccupazione per le sofferenze a cui sono sottoposti i cittadini delle zone del Golan siriano a causa delle continue e sistematiche violazioni dei loro fondamentali diritti umani da parte di Israele (1° *considerando*). Esorta, quindi, Israele a desistere dall’imporre la propria legislazione, giurisdizione e amministrazione a tali territori (par. 1) e invita gli Stati delle Nazioni Unite a non riconoscere queste misure (par. 8). Invita Israele: a cessare di modificare il carattere fisico, la composizione demografica, la struttura istituzionale e lo status giuridico del Golan siriano occupato e sottolinea che gli sfollati devono poter tornare nelle loro case (par. 3); a

---

<sup>25</sup> La risoluzione si chiude con la richiesta all’Alto commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani di riferire sull’attuazione della presente risoluzione al Consiglio per i diritti umani nella sua 49ª sessione (par. 25) e con la decisione di continuare ad occuparsi della questione (par. 26).

desistere dall'imporre la cittadinanza israeliana e le carte d'identità israeliane ai cittadini siriani nel Golan siriano occupato (par. 4); a consentire alla popolazione siriana del Golan siriano occupato di visitare le proprie famiglie nella madrepatria siriana attraverso il *checkpoint* di Quneitra e sotto la supervisione del Comitato Internazionale della Croce Rossa (par. 5); a cessare le sue misure repressive contro i cittadini siriani nel Golan siriano occupato e a rilasciare immediatamente i detenuti siriani nelle carceri israeliane (par. 6). Deplora, infine, alcune pratiche delle autorità israeliane, come ad esempio «the confiscation of private properties of Syrians by imposing so-called “Israeli documents” on them» (par. 9) ed esprime grave preoccupazione per «the continued illegal exploitation of natural resources» (par. 9), come evidenziato nei due rapporti A/HRC/46/64 e A/HRC/46/65, rispettivamente del 4 e del 15 febbraio 2021.

Con riferimento alla costruzione di insediamenti israeliani nei Territori palestinesi, inclusa Gerusalemme Est, e nel territorio del Golan siriano, il Consiglio – nella più recente (24 marzo 2021) risoluzione in materia (46/26) – contesta ad Israele l'espansione degli insediamenti, la demolizione di case, la confisca e la distruzione di proprietà, l'espulsione di palestinesi (par. 5)<sup>26</sup>. Lo sollecita, dunque, a cambiare rotta nella politica degli insediamenti, come primo passo verso un loro smantellamento (par. 7, lett. a)<sup>27</sup>, e gli chiede di adempiere agli obblighi giuridici menzionati nel parere consultivo emesso, su richiesta dell'Assemblea generale dell'ONU, dalla Corte internazionale di giustizia in data 9 luglio 2004 e concernente le conseguenze giuridiche della costruzione del “muro” (par. 4). Ricorda, infine, anche a tutti gli Stati i loro obblighi derivanti dal medesimo parere della CIG (par. 10) e li invita a distinguere «in their relevant dealings, between the territory of the State of Israel and the territories occupied since 1967, including not to provide Israel with any assistance to be used specifically in connection with settlements in these

---

<sup>26</sup> Il Consiglio chiede anche che Israele ponga fine a «The expropriation of Palestinian land, the demolition of Palestinian homes, demolition orders, forced evictions and “relocation” plans, the obstruction and destruction of humanitarian assistance, including projects funded by the international community, and the creation of a coercive environment and unbearable living conditions by Israel in areas identified for the expansion and construction of settlements, and other practices aimed at the forcible transfer of the Palestinian civilian population, including Bedouin communities and herders, and further settlement activities, including the denial of access to water and other basic services by Israel to Palestinians in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, particularly in areas slated for settlement expansion, and including the appropriation of Palestinian property through, inter alia, the declaration of “State lands”, closed “military zones”, “national parks” and “archaeological sites” to facilitate and advance the expansion or construction of settlements and related infrastructure, in violation of Israel’s obligations under international humanitarian law and international human rights law» (par. 6, lett. b).

<sup>27</sup> Lo sollecita anche a porre fine «to all of the human rights violations linked to the presence of settlements, especially of the right to self-determination, and to fulfil its international obligations to provide effective remedy for victims» (lett. b) e a prendere immediate misure «to prohibit and eradicate all policies and practices that discriminate against and disproportionately affect the Palestinian population in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, by, inter alia, putting an end to the system of separate roads for the exclusive use of Israeli settlers, who reside illegally in the said territory, the complex combination of movement restrictions consisting of the wall, roadblocks and a permit regime that only affects the Palestinian population, the application of a two-tier legal system that has facilitated the establishment and consolidation of the settlements, and other violations and forms of institutionalized discrimination» (lett. c).

territories with regard to, inter alia, the issue of trade with settlements, consistent with their obligations under international law» (par. 11, lett. a)<sup>28</sup>.

Tale tematica è stata oggetto anche di due sessioni speciali nel periodo in esame ossia la 28<sup>a</sup> del 18 maggio 2018, *The deteriorating situation of human rights in the occupied Palestinian territory, including East Jerusalem*, e la 30<sup>a</sup> del 27 maggio 2021, *The grave human rights situation in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*.

Nella risoluzione finale della 28<sup>a</sup> sessione speciale (UN Doc. A/HRC/RES/S-28/1, *Violations of international law in the context of large-scale civilian protests in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*), il Consiglio condanna «the disproportionate and indiscriminate use of force by the Israeli occupying forces against Palestinian civilians, including in the context of peaceful protests, particularly in the Gaza Strip» (par. 1) e decide di inviare urgentemente «an independent, international commission of inquiry, to be appointed by the President of the Human Rights Council, to investigate all alleged violations and abuses of international humanitarian law and international human rights law in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, particularly in the occupied Gaza Strip, in the context of the military assaults on the large-scale civilian protests that began on 30 March 2018, whether before, during or after; to establish the facts and circumstances, with assistance from relevant experts and special procedure mandate holders, of the alleged violations and abuses, including those that may amount to war crimes; to identify those responsible; to make recommendations, in particular on accountability measures, all with a view to avoiding and ending impunity and ensuring legal accountability, including individual criminal and command responsibility, for such violations and abuses, and on protecting civilians against any further assaults; and to present an oral update thereon to the Council at its thirty-ninth session and a final, written report at its fortieth session» (par. 5)<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Oltre che a: «(b) To implement the Guiding Principles on Business and Human Rights in relation to the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and to take appropriate measures to help to ensure that businesses domiciled in their territory and/or under their jurisdiction, including those owned or controlled by them, refrain from committing, contributing to, enabling or benefiting from the human rights abuses of Palestinians, in accordance with the expected standard of conduct in the Guiding Principles and relevant international laws and standards, by taking appropriate steps in view of the immitigable nature of the adverse impact of their activities on human rights; (c) To provide guidance to individuals and businesses on the financial, reputational and legal risks, including the possibility of liability for corporate involvement in gross human rights abuses and the abuses of the rights of individuals, of becoming involved in settlement-related activities, including through financial transactions, investments, purchases, the importation of settlement products, procurements, loans, the provision of services, and other economic and financial activities in or benefiting Israeli settlements, to inform businesses of these risks in the formulation of their national action plans for the implementation of the Guiding Principles on Business and Human Rights, and to ensure that their policies, legislation, regulations and enforcement measures effectively address the heightened risks of operating a business in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem; (d) To increase monitoring of settler violence with a view to promoting accountability».

<sup>29</sup> In tale rapporto, presentato alla 40<sup>a</sup> sessione ordinaria del Consiglio (UN Doc. A/HRC/40/74), in data 6 marzo 2019, *Report of the independent international commission of inquiry on the protests in the Occupied Palestinian Territory*, la Commissione internazionale indipendente d'inchiesta ha indagato sulle manifestazioni tenutesi a Gaza tra il 30 marzo e il 31 dicembre 2018 e sulla risposta delle forze di sicurezza israeliane alle manifestazioni nonché sull'impatto di tale risposta sui civili a Gaza e in Israele. La Commissione fu incaricata di concentrarsi sull'identificazione di eventuali responsabili delle violazioni del diritto internazionale dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario commesse

Nella risoluzione finale della 30<sup>a</sup> sessione speciale (UN Doc. A/HRC/RES/S-30/1, *Ensuring respect for international human rights law and international humanitarian law in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in Israel*), il Consiglio decide di istituire con urgenza «an ongoing independent, international commission of inquiry, to be appointed by the President of the Human Rights Council, to investigate in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in Israel all alleged violations of international humanitarian law and all alleged violations and abuses of international human rights law leading up to and since 13 April 2021, and all underlying root causes of recurrent tensions, instability and protraction of conflict, including systematic discrimination and repression based on national, ethnic, racial or religious identity» (par. 1). Indica, nel par. 2, il mandato della Commissione ed invita (par. 3) tutte le parti rilevanti (soprattutto Stati e organismi delle Nazioni Unite) a cooperare pienamente con essa; infine, chiede all'Alto commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani di fornire un aggiornamento orale sui progressi compiuti nell'attuazione della presente risoluzione durante la 48<sup>a</sup> sessione del Consiglio (par. 9).

Sempre nel contesto mediorientale anche la situazione della Siria è altamente problematica e drammatica. Fin dall'inizio della guerra civile (2011) il Consiglio dei diritti umani ha lavorato attivamente e ha dedicato numerose risoluzioni (adottate durante sessioni sia ordinarie che speciali) alla questione siriana. In questi documenti, esso ha più volte espresso preoccupazione per il continuo deterioramento della situazione in Siria, a causa – in particolare – della persistente violazione dei diritti umani e del ricorso alla violenza da parte delle autorità nei confronti della popolazione civile. Il Governo siriano, infatti, ha ripetutamente e sistematicamente violato numerosi diritti dell'uomo e libertà fondamentali sanciti dai più importanti documenti internazionali in materia; ha commesso azioni disumane, come la tortura o la proibizione dell'accesso alle cure mediche; ha utilizzato la forza contro la popolazione (compresi i bambini); ha provocato la morte di migliaia di civili. Ha, in sostanza, causato una vera e propria crisi umanitaria.

Nel periodo 2018-2021 il Consiglio ha approvato, in tutte le sessioni tenute, risoluzioni che trattano della situazione dei diritti umani nella Repubblica araba siriana: 37/29, 38/16, 39/15, 40/17, 41/23, 42/27, 43/28, 44/21, 45/21, 46/22, 47/18, 48/15 (*The human rights situation in the Syrian Arab Republic*)<sup>30</sup>. In esse il Consiglio – dopo aver richiamato tutte le risoluzioni precedentemente adottate – condanna innanzitutto la grave situazione dei diritti umani in Siria e le continue violenze che si verificano a danno della popolazione civile ed esorta il Governo siriano ad assumersi la propria «responsibility to protect the Syrian population and to respect and protect the human rights of all persons within its jurisdiction, including persons in detention and their families» (risoluzione 48/15, la più recente in materia, 8 ottobre 2021, 7<sup>o</sup> *considerando*). In questa risoluzione il Consiglio deplora che «March 2021 marked 10 years since the peaceful uprising and its brutal repression that led to the conflict in the Syrian Arab Republic, which has had a devastating impact on civilians, including through grave violations and abuses of

---

durante quel periodo. Come indicato nel rapporto «The commission found reasonable grounds to believe that some violations may constitute international crimes» (*summary*).

<sup>30</sup> Oltre alla risoluzione 37/1, concernente *The deteriorating situation of human rights in Eastern Ghouta, in the Syrian Arab Republic* (Ghouta orientale è un'enclave controllata dai ribelli che si trova nella periferia di Damasco).



international human rights law and violations of international humanitarian law» (4° *considerando*).

Il Consiglio accoglie favorevolmente il lavoro svolto dalla *Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic*, istituita con risoluzione S-17/1 (del 23 agosto 2011) per indagare su tutte le violazioni dei diritti umani commesse dal marzo 2011 nel Paese (par. 4)<sup>31</sup> e riafferma l'importanza delle iniziative volte a ottenere «justice, reconciliation, truth and accountability for violations and abuses of international human rights law and violations of international humanitarian law, and reparations and effective remedies for victims and survivors» (par. 5), come l'*International, Impartial and Independent Mechanism to Assist in the Investigation and Prosecution of Persons Responsible for the Most Serious Crimes under International Law Committed in the Syrian Arab Republic since March 2011* (istituito dall'Assemblea generale con risoluzione 71/240 del 21 dicembre 2016) e incoraggia gli Stati a sostenere attivamente tale meccanismo (par. 6)<sup>32</sup>. Il Consiglio sostiene fermamente gli sforzi dello *Special Envoy of the SG for Syria*<sup>33</sup> per compiere progressi nel processo politico di pacificazione e nell'effettiva attuazione della fondamentale risoluzione 2254 del Consiglio di sicurezza del 18 dicembre 2015 (par. 3) e condanna con la massima fermezza l'uso di armi chimiche in Siria (par. 17).

8. *I diritti umani in Myanmar*. – Un altro Paese frequentemente oggetto delle risoluzioni del Consiglio dei diritti umani è il Myanmar. Negli anni passati le risoluzioni relative a tale Stato hanno riguardato soprattutto il fenomeno delle detenzioni arbitrarie. La legislazione internazionale non fornisce una definizione chiara e precisa di detenzione arbitraria, sicché spetta ai singoli Stati elaborare leggi nazionali che definiscano i parametri di legalità delle detenzioni, rispettando i canoni internazionali in materia (ad es. l'art. 9 della Dichiarazione universale dei diritti umani). Il *Working Group on Arbitrary Detention*<sup>34</sup>, nei suoi vari documenti, l'ha definita come «una detenzione che è contraria alle disposizioni dei maggiori strumenti internazionali in difesa dei diritti umani». La detenzione arbitraria, dunque, si verifica quando non ci siano fondamenti giuridici per la limitazione della libertà o laddove una persona sia privata della sua libertà nel momento in cui abbia esercitato le libertà e i diritti garantiti dalla Dichiarazione universale e dal Patto internazionale sui diritti civili e politici.

Negli Stati dove esistono regimi dittatoriali o militari il fenomeno delle detenzioni arbitrarie colpisce soprattutto quelle persone (sia figure politiche ed istituzionali che semplici cittadini) che lottano contro il regime e che combattono per porre fine alle gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani da esso poste in essere. È questo il caso del Myanmar, ex Birmania, Paese del sud-est asiatico, un tempo una delle nazioni più ricche dell'Asia e oggi una delle meno sviluppate, che dal 1988 è stato governato da una giunta militare (SPDC, Consiglio di Stato per la

---

<sup>31</sup> Il Consiglio, inoltre, esplicita la sua più profonda preoccupazione per i risultati della Commissione d'inchiesta emersi nel suo più recente rapporto A/HRC/48/70 del 13 agosto 2021 (11° *considerando*).

<sup>32</sup> Il Consiglio esprime altresì apprezzamento per il lavoro svolto dal Meccanismo che ha condotto al rapporto, presentato il 12 febbraio 2021, A/75/743 (13° *considerando*).

<sup>33</sup> Lo *Special Envoy* è, dal 31 ottobre 2018, il norvegese Geir O. Pedersen.

<sup>34</sup> Dal 2020 il Presidente del *Working Group on Arbitrary Detention* è Miriam Estrada-Castillo (Ecuador).



pace e lo sviluppo) a capo di un regime dittatoriale. Regime che, per impedire l'esercizio delle libertà fondamentali sancite da molteplici strumenti internazionali, ha posto in essere, oltre a violenze fisiche e massacri, anche detenzioni e arresti arbitrari nei confronti di qualsiasi oppositore<sup>35</sup>.

Per 10 anni (2011-2021), dunque, in Myanmar è stata in atto una transizione "democratica" da un regime militare a una democrazia parlamentare; con le elezioni del 2015 (e la Presidenza ricoperta da un civile dopo più di 50 anni di presidenti legati alla giunta militare) sembrava che il Paese potesse cambiare volto e che Aung San Suu Kyi potesse provare a limitare il potere conservato dall'esercito e a imporre, col tempo, un governo fatto completamente da civili. Le elezioni legislative del 2020 sono state vinte, come le precedenti, dalla Lega Nazionale per la Democrazia guidata da Aung San Suu Kyi. Il Partito dell'Unione della Solidarietà e dello Sviluppo, invece, ha conquistato solo poche decine di seggi. Per questo motivo il 26 gennaio 2021 il generale Min Aung Hlaing, comandante in capo delle forze armate, ha contestato i risultati del ballottaggio e ne ha chiesto la verifica, minacciando un intervento dell'esercito. La commissione elettorale ha rigettato le accuse e la situazione è precipitata nel giro di pochi giorni, trovando il suo epilogo negli eventi del 1° febbraio 2021, già sopra descritti. In seguito, i militari hanno dichiarato lo stato di emergenza, annunciando che il potere era stato consegnato al generale Min Aung Hlaing.

---

<sup>35</sup> Tra le persone che sono state oggetto di tali arresti v'è innanzitutto la *leader* politica e pacifista birmana Aung San Suu Kyi, guida di un movimento non-violento, la Lega Nazionale per la Democrazia (NLD), nonché premio Nobel per la pace del 1991 grazie al suo impegno nella difesa dei diritti umani. Fra alterne vicende, Aung San Suu Kyi, perseguitata dal regime, ha passato circa 15 anni in stato di arresto, diventando un vero e proprio "caso" internazionale. Il 7 novembre 2010 ci sono state le elezioni (dalle quali è stata esclusa la NLD) in cui il partito della giunta militare (USDP, Unione per la solidarietà e lo sviluppo) ha ottenuto l'80% dei voti, e dopo pochi giorni (il 13 novembre) le autorità hanno rilasciato Aung San Suu Kyi. Le elezioni sono state però pesantemente "condizionate" dal regime. Come Presidente è stato eletto (gennaio 2011) Thein Sein, ex primo ministro, che per oltre 10 anni ha fatto parte della giunta militare alla guida del Paese. Dal 30 marzo 2016 (in seguito alle elezioni del novembre 2015) al 21 marzo 2018 la carica di Presidente è stata ricoperta da Htin Kyaw, stretto collaboratore di Aung San Suu Kyi, primo civile a ricoprire l'incarico dopo più di 50 anni di presidenti legati ai militari (la transizione da un regime militare a una democrazia parlamentare aveva condotto ad alcuni risultati positivi: ufficialmente, infatti, il Paese non aveva più prigionieri politici o di coscienza, in quanto un "perdono presidenziale" del 1° gennaio 2014 aveva liberato coloro che erano detenuti a causa di una serie di reati sanzionati dalla legge d'emergenza utilizzata negli anni del regime militare, ma le cui conseguenze si erano prolungate sotto il nuovo percorso democratico avviato nel 2011). Le dimissioni di Htin Kyaw nel 2018 arrivavano in un momento difficile per il Paese a causa della repressione della minoranza musulmana Rohingya per cui proprio Aung San Suu Kyi è finita nel mirino delle critiche. Il medesimo giorno delle dimissioni di Htin Kyaw, l'allora Presidente della Camera dei rappresentanti, Win Myint, si dimise. Fu una mossa preparatoria alla sua candidatura (sostenuta dalla NLD) alla Presidenza del Paese e infatti il 28 marzo 2018 fu eletto con 403 voti su 636. Win Myint è rimasto in carica fino al 1° febbraio 2021, quando è stato arrestato (insieme a Aung San Suu Kyi) dalle forze armate birmane, nell'ambito di un colpo di Stato organizzato in protesta verso l'esito delle elezioni del novembre 2020, ritenute fraudolente (le elezioni per il rinnovo della Camera dei rappresentanti e della Camera delle nazionalità ed hanno visto la vittoria della NLD, che ha incrementato i propri seggi mantenendo la maggioranza assoluta in entrambi i rami del parlamento). Il 1° febbraio 2021, quindi, il Tatmadaw, l'esercito del Myanmar, ha arrestato in una sola mattina i vertici della LND aprendo così una nuova stagione di proteste e di lotta. Dopo le manifestazioni pacifiche delle prime settimane seguite al golpe, lo scontro con i militari è diventato infatti duro e continuo, impegnando il Tatmadaw in una vera e propria guerra civile contro il Governo di Unità Nazionale (NUG), un esecutivo ombra formato in larga parte da parlamentari dell'NLD ma anche da componenti della società civile.

Anche durante il periodo precedente il colpo di Stato del 2021, però, la situazione nel Paese era già molto delicata sotto molteplici aspetti. Tra le altre cose, il Governo del Myanmar (e dunque la stessa San Suu Kyi) è stato considerato responsabile di una delle crisi umanitarie più gravi degli ultimi anni, quella che ancora oggi coinvolge i Rohingya (minoranza etnica di religione islamica presente nello Stato di Rakhine)<sup>36</sup>. Tale minoranza è stata oggetto di discriminazioni (come ad esempio le leggi che negano ai Rohingya i diritti di registrazione alla nascita, di sposarsi, di muoversi liberamente) e di persecuzioni (per le quali le Nazioni Unite hanno denunciato una vera e propria “pulizia etnica”), che hanno costretto centinaia di migliaia di persone a lasciare le loro case e rifugiarsi nei campi profughi in Bangladesh<sup>37</sup>.

Per tali motivi l’attenzione del Consiglio si è spostata dal fenomeno delle detenzioni arbitrarie (nel periodo 2018-2021, infatti, è stata adottata una sola risoluzione in materia)<sup>38</sup> ad altre gravi forme di violazioni dei diritti umani, inclusi tortura e trattamenti inumani, rapimenti, violenze sessuali, sparizioni forzate, esecuzioni sommarie, spostamenti forzati di persone e distruzioni illegali di proprietà. Il Consiglio si è occupato di queste questioni sia nelle risoluzioni 39/2 (2018), 42/3 (2019) e 47/1 (2021), titolate *Situation of human rights of Rohingya Muslims and other minorities in Myanmar*<sup>39</sup>, che nelle risoluzioni 37/32 (2018), 40/29 (2019), 43/26 (2020) e 46/21 (2021) titolate *Situation of human rights in Myanmar*. La risoluzione 37/32 – antecedente al colpo di Stato del 2021 – è incentrata sugli sviluppi positivi in Myanmar in materia di riforme politiche ed economiche e sottolinea l’importanza della democratizzazione, della riconciliazione nazionale e del buon governo (par.1), esortando il Governo ad adottare ulteriori misure volte a

---

<sup>36</sup> Si tratta di un territorio del Myanmar, inaccessibile a turisti e giornalisti, che si trova ad ovest del Paese.

<sup>37</sup> Numerose organizzazioni umanitarie e leader di Paesi occidentali hanno, dunque, criticato Aung San Suu Kyi per quella che è stata definita una “pulizia etnica” ai danni dell’etnia Rohingya. In realtà, come sostenuto da diversi analisti ed esperti, la persona che ha pianificato e ordinato le violenze non è stata Aung San Suu Kyi, ma il comandante in capo delle Forze armate birmane, il generale Min Aung Hlaing, cioè l’uomo più potente ed influente del Myanmar, attualmente Primo ministro.

<sup>38</sup> UN Doc. A/HRC/RES/42/22 del 26 settembre 2019, la quale è focalizzata sul ruolo svolto dal *Working Group on Arbitrary Detention*.

<sup>39</sup> Nella più recente risoluzione su tale tematica (47/1 del 16 luglio 2021), il Consiglio «*expresses its grave concern at continuing reports of serious human rights violations and abuses in Myanmar, in particular against Rohingya Muslims and other minorities, including of arbitrary arrests, deaths in detention, torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, the deliberate killing and maiming of children, forced labour, the use of school buildings for military purposes, indiscriminate shelling in civilian areas, the destruction of buildings, homes and civilian properties, socioeconomic exploitation, forced displacement, hate speech and incitement to hatred, and sexual and gender-based violence against women and children, as well as restrictions on exercising the rights to freedom of religion or belief, of expression and of peaceful assembly, in particular in Rakhine, Chin, Kachin, Shan, Kayah and Kayin States and Sagaing and Mandalay regions, even during the ongoing COVID-19 pandemic*» (par. 1). Nei *considerando* di tale risoluzione sono presi in considerazione, citandone i compiti svolti in relazione al mandato ricevuto, una serie di organismi e meccanismi creati in seno al Consiglio o comunque sempre in ambito ONU, ossia *Special Rapporteur on the situation of human rights in Myanmar* (v. UN Doc. A/HRC/46/56), *Working Group on Children and Armed Conflict of the Security Council* (v. UN Doc. S/2020/1243), *Independent Investigative Mechanism for Myanmar* (v. UN Doc. A/HRC/45/60), *Special Envoy of the Secretary-General on Myanmar*, *Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar* (v. UN Doc. A/HRC/42/50), riconoscendo in proposito «*the complementary and mutually reinforcing work of the various United Nations mandate holders working on Myanmar to improve the humanitarian situation and the situation of human rights in the country*» (20° *considerando*).

consolidare la transizione democratica nel pieno rispetto dello Stato di diritto e dei diritti umani (par. 2). La risoluzione 40/29 è poi focalizzata sulle continue segnalazioni di gravi violazioni e abusi dei diritti umani, in particolare negli Stati di Rakhine, Kachin e Shan (par. 1 s.), e denuncia la profonda preoccupazione del Consiglio per la recente escalation della violenza nello Stato di Rakhine tra le forze armate del Myanmar, il Tatmadaw, e l'esercito di Arakan (il principale gruppo armato dello Stato Rakhine). Anche la risoluzione 43/26 ha ad oggetto soprattutto tale questione: in essa il Consiglio esprime grave apprensione per il conflitto in corso negli Stati di Rakhine, Chin, Kachin e Shan tra le forze armate del Myanmar, l'esercito di Arakan e altri gruppi armati (par. 2).

La risoluzione 46/21 – successiva al colpo di Stato del 2021 – è invece dedicata alla situazione venutasi ad instaurare all'indomani del 1° febbraio 2021. Il Consiglio dei diritti umani, infatti, «*condemns in the strongest terms the deposition of the elected civilian Government by the Myanmar armed forces on 1 February 2021, which constitutes an unacceptable attempt to forcibly overturn the results of the general elections of 8 November 2020 and a major step back in the democratic transition of Myanmar, and a serious threat against the respect for and protection of human rights, rule of law and good governance, and democratic principles*» (par. 1); esso, inoltre, ribadisce il suo pieno sostegno alla transizione democratica del Myanmar e invita le forze armate a rispettare la volontà popolare espressa dai risultati delle elezioni dell'8 novembre 2020, nonché a porre fine allo stato di emergenza e a ripristinare il governo eletto (par. 2 s.); chiede l'immediato e incondizionato rilascio del Presidente Win Myint, del Consigliere di Stato Aung San Suu Kyi e di tutti coloro che sono stati arbitrariamente arrestati per motivi pretestuosi durante e dopo il 1° febbraio 2021 (compresi i funzionari governativi e i politici, i difensori dei diritti umani, i giornalisti, i membri della società civile, il personale medico, gli accademici, gli insegnanti, ecc.) e incoraggia il proseguimento del dialogo e della riconciliazione conformemente alla volontà espressa dal popolo del Myanmar (par. 4); soprattutto condanna l'uso sproporzionato della forza da parte dell'esercito del Myanmar (par. 6) e chiede ad esso di cercare una soluzione pacifica alla crisi, ricordando che le forze armate sono obbligate a rispettare i principi democratici, lo stato di diritto e i diritti umani (par. 6).

Alla situazione del Paese successivamente agli eventi del 1° febbraio 2021 e alla dichiarazione dello stato di emergenza è dedicata anche la 29ª sessione speciale del Consiglio, intitolata *Human rights implications of the crisis in Myanmar*. Nella risoluzione finale adottata in tale sessione, UN Doc. A/HRC/RES/S-29/1, il Consiglio «*deplores the removal of the Government elected by the people of Myanmar in the general election held on 8 November 2020, and the suspension of mandates of members of all parliaments, and calls for the restoration of the elected Government*» (par. 1) e «*calls urgently for the immediate and unconditional release of all persons arbitrarily detained, including State Counsellor Aung San Suu Kyi and President Win Myint, and others, and the lifting of the state of emergency*» (par. 2).

GIUSEPPE GIOFFREDI

## RECENSIONI

GIUSEPPE MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. VIII-215.

Questo breve scritto rappresenta, oltre che la recensione del bel volume di Giuseppe Martinico, anche la prosecuzione di un dialogo scientifico che da un po' di tempo sto conducendo con quest'ultimo su vari argomenti, tra i quali quello del rapporto fra fenomeno giuridico e cultura *pop*.

Il libro, che, lo diciamo subito, colma una lacuna nella letteratura giuridica, che pure si è occupata di questi temi<sup>1</sup>, riflette sul rapporto tra populismo, richieste populiste e costituzionalismo nel contesto di partenza dell'ordinamento italiano, che viene utilizzato come un *case study* e messo in parallelo con altri e studiato, sotto questo profilo, anche nel suo rapporto con quello istituito dai Trattati sull'Unione europea e sul funzionamento dell'Unione europea.

Ebbene, mentre stavo leggendo il libro m'è capitato di riascoltare un pezzo della band statunitense Metallica, intitolato "Some Kind of Monster", il cui ritornello, rifacendo il verso al noto passaggio della Costituzione americana, canta «We the people / Are we the people? / We the people / Are we the people? / Some kind of monster / This monster lives» e sembra proprio dar voce, e diffondere quindi presso i non addetti ai lavori (ché la funzione della *pop culture* è anche quella...), uno dei presupposti che muove l'A. di questo volume: può l'elemento del popolo – che tanto rilievo ha nel e per il costituzionalismo – diventare *istituzionalmente* un mostruoso feticcio?

Martinico ci ricorda che le costituzioni (e il costituzionalismo), in particolare quelle post-autoritarie come la nostra (in Italia, come noto, non si è mai fatto i conti con il passato, trattando il fascismo come una parentesi, una sorta di irripetibile incidente di percorso), per colmare le voragini che separano gli ex-nemici, hanno bisogno di finzioni e silenzio, della "suspension of disbelief", uno degli strumenti che la cultura *pop* sfrutta e sulla quale prospera tutta la letteratura fantastica, tra le altre.

La non applicazione volontaria e consapevole di pensiero critico e logica nell'esame di narrazioni irrealistiche o del tutto impossibili nella realtà, che si applica quando si assiste a un'opera di *fiction* al fine di goderne, era esplorata già da Aristotele. E proprio *fiction* (nell'accezione di "finzione"), silenzio e "make believe" sono tra i principali strumenti utilizzati da una Costituzione per favorire l'integrazione, trovare legittimazione e, sul lungo periodo, effettività (e il medesimo meccanismo appare essenziale per il successo dei Governi, come ne "I vestiti nuovi

---

<sup>1</sup> Impossibile fare qui un riepilogo compiuto della letteratura pertinente, comunque abbondantemente citata nel Volume oggetto di recensione. Per limitarci a un riferimento recente, in italiano e in prospettiva internazionalistica, anche per ulteriori rimandi bibliografici, si vedano gli scritti raccolti in M.L. TUFANO, S. PUGLIESE, M. D'ARIENZO (a cura di), *Sovranazionalità e sovranismo in tempo di COVID-19*, Bari, 2021.

dell'imperatore" di Hans Christian Andersen): «le soggezioni sono quindi preziose, non a dispetto delle loro oscurità, ma proprio per questo»<sup>2</sup>.

Quanto alla struttura, il libro è diviso in sette Capitoli.

Il primo – oltre a fare riferimento al dibattito su natura e nozione di populismo, il quale però, condivisibilmente, non viene “definito”, ma “identificato” attraverso figure sintomatiche (l’approccio maggioritario “estremo”; l’uso di una “politica identitaria”; la politica “dell’immediatezza”) – si occupa del rapporto tra costituzionalismo e populismo sotto il profilo dogmatico, e lo legge non come un’insanabile dicotomia: il populismo, infatti, fa spesso, seppur artatamente, uso del diritto costituzionale e dei suoi istituti, mediante quella che l’A. definisce una “contro-narrazione costituzionale”.

Il secondo evidenzia e chiarisce la centralità del caso italiano – in cui elementi di populismo erano presenti finanche nel processo costituente, con il Fronte dell’Uomo Qualunque che poteva vantare ben trenta membri nell’Assemblea Costituente – e delle sue caratteristiche per la comprensione del medesimo rapporto.

Nel terzo Capitolo l’A. indaga poi il sovranismo nella manifestazione della figura sintomatica della “politica dell’identità”: esso, in Italia (ma non solo), tende ad esser declinato in forme antieuropeiste che propongono una (contro)narrazione della Costituzione che, in aperta negazione del principio di apertura e sminuendo e fraintendendo contenuto e portata dell’art. 11, sarebbe non del tutto compatibile con l’appartenenza dell’Italia all’UE.

Il quarto Capitolo, analizzando l’uso dello strumento referendario, tratta di un’altra emanazione del populismo, la politica dell’immediatezza, ricordandoci come il medesimo strumento sia stato guardato anche con sospetto dai costituzionalisti, che ne hanno pure evidenziato i rischi, mentre i populistici lo invocano come “un mantra” da usare con facilità contro la corruzione delle istituzioni.

Il quinto Capitolo, poi, esplora l’impatto del populismo sulla democrazia rappresentativa italiana, con particolare attenzione al Movimento Cinque Stelle e all’influenza dei governi Conte sulle funzioni complessive del Parlamento italiano (e traccia una linea di continuità anche con il Governo Draghi, cioè che è confermato dalla crisi e dalla caduta del luglio 2022), mentre il successivo esamina il rapporto tra populismo e divieto di mandato imperativo, analizzando, sotto il profilo giuridico, le regole interne del M5S e la pertinente prassi giurisprudenziale.

Nell’ultimo Capitolo, focalizzandosi sulla distinzione tra populismo e rivendicazioni populiste di cui al titolo, l’A. seleziona alcuni punti dell’agenda populista, evidenziando come, specie nel caso dei populismi autoritari, oggetto di attacco siano spesso i tribunali, in particolare i tribunali costituzionali, di cui viene messa in dubbio l’indipendenza (e il pensiero corre alla Polonia e all’Ungheria).

Si tratta di un approccio *in foro interno* che mi pare in qualche misura corrispondere a quello che vede i medesimi movimenti populistici farsi portatori, sul piano internazionale, di istanze volte alla riacquisizione di porzioni di sovranità precedentemente cedute dagli Stati alle organizzazioni internazionali, e che si registra con maggior frequenza e virulenza quanto più tali organizzazioni contemplano meccanismi di soluzione delle controversie, e tanto più quando siffatti sistemi contenziosi

---

<sup>2</sup> M. FOLEY, *The Silence of Constitutions: Gaps, 'Abeyances', and Political Temperament in the Maintenance of Government*, Abingdon, 1989, 10, citato dall’A., traduzione mia.

sono efficaci ed efficienti: non solo quella interna, quindi, ma anche l'«international adjudication» è «under attack»<sup>3</sup>.

Peraltro, mi pare il caso di ricordare come, a volte, ad essere “populiste” siano addirittura le stesse Corti costituzionali, in particolare quando devono decidere questioni che impattano sui rapporti internazionali<sup>4</sup>. In questo caso, va detto, la nostra Corte non si è lasciata irretire: nell'ordinanza 8 luglio 2020 n. 182, con cui si dispone il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia relativamente all'interpretazione dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea al fine di comprendere se nel suo ambito di applicazione rientrino l'assegno di natalità e quello di maternità previsti in Italia solo con limiti per i cittadini stranieri, infatti, si legge che «in un campo segnato dall'incidenza crescente del diritto dell'Unione, non si può non privilegiare il dialogo con la Corte di giustizia, in quanto depositaria del “rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati” (art. 19, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea). Il divieto di discriminazioni arbitrarie e la tutela della maternità e dell'infanzia, salvaguardati dalla Costituzione italiana (artt. 3, primo comma, e 31 Cost.), devono, difatti, essere interpretati anche alla luce delle indicazioni vincolanti offerte dal diritto dell'Unione europea (ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.)». E infatti Martinico evidenzia, sotto questo profilo, la differenza del caso italiano, in cui, sebbene i giudici siano stati spesso attaccati dai populistici, l'attacco non è stato sistemico: ciò è parzialmente comprensibile in considerazione della rilevanza che il diritto, in particolare il diritto penale, assume nella retorica del Movimento Cinque Stelle.

Ruolo cardine per comprendere il discorso svolto da Martinico intorno al populismo e al suo approccio al testo giuridico, quasi due parole chiave, assumono i concetti di “mimetismo” («nascondersi dietro al testo costituzionale») e “parassitismo”.

Quanto al primo, e a quello che Martinico definisce «cherry-picking approach», ci viene ricordato, proprio con riguardo al concetto di popolo, l'intervento dell'allora Presidente del Consiglio italiano Giuseppe Conte, del Movimento Cinque Stelle, alla 73<sup>a</sup> sessione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, il 26 settembre 2018, il quale, per giustificare il suo dichiararsi populista in un'accezione a suo parere non negativa, citava l'art. 1 della Costituzione per il fatto di contenere le espressioni “sovrano” e “popolo” (al quale la prima appartiene), senza però far riferimento al concetto di limite che è pure ivi contemplato, e che è l'essenza stessa delle costituzioni e del costituzionalismo.

Quanto al parassitismo, Martinico si riferisce alla capacità consapevole dei populistici di stravolgere le gerarchie valoriali delle democrazie costituzionali, omettendo (ad esempio) il discorso sul limite, adottando così un approccio non del tutto compatibile con quello contromaggioritario del costituzionalismo (non nel senso di antidemocratico, ma di quello di funzionale alla preservazione delle minoranze).

---

<sup>3</sup> Ci siamo occupati della questione in G.M. RUOTOLO, *La crisi di legittimazione dei sistemi internazionali di soluzione delle controversie economiche nel contesto della “crisi” delle organizzazioni internazionali*, in *Le organizzazioni internazionali fra crisi del multilateralismo ed iniziative di neo-protezionismo – Numero Speciale di Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, 94 ss.

<sup>4</sup> G.M. RUOTOLO, *Hail to the King! Sovranismo giudiziario e Corte di giustizia dell'Unione europea: alcune considerazioni a margine del caso Weiss*, in M.L. TUFANO, S. PUGLIESE, M. D'ARIENZO (a cura di), *op. cit.*, 121 ss.



Insomma, un libro di grande interesse e attualità, di lettura piacevole e affascinante, che è di sicuro interesse non solo per gli studiosi delle scienze giuridiche, ma anche per tutti coloro che vogliono comprendere appieno e con dovizia di elementi di analisi e di approfondimento un fenomeno di rilevanza inter- e transnazionale come quello dei populismi.

*Gianpaolo Maria Ruotolo*

LORENZO TERMINE, *Tigri con le ali: la politica di difesa post-maoista e l'arma nucleare*, Aracne Editrice, Aprilia (LT), 2021, pp. 210.

Il volume di Lorenzo Termine analizza lo sviluppo della politica di difesa cinese, con particolare riguardo a quella nucleare, alla luce del complesso contesto internazionale che la Repubblica Popolare dovette affrontare dopo la morte del suo fondatore.

Articolando in tre capitoli il tempo storico necessario alla realizzazione dell'arsenale, l'A. delinea i passaggi fondamentali di politica estera e interna che hanno segnato il destino della Cina e del suo potere militare.

Il I Capitolo descrive i cambiamenti che, nello stato di tensione creato dal bipolarismo della guerra fredda, portarono la Repubblica Popolare, da un lato, ad assumere una posizione di sempre maggiore isolamento nello scenario internazionale e, dall'altro, a realizzare un'arma nucleare che le assicurasse protezione dalle minacce esterne.

Nel II Capitolo l'A. analizza l'ascesa di Deng Xiaoping al vertice del Partito Comunista descrivendo le riforme che consentirono alla Cina di aprirsi, pur sempre con le dovute cautele, verso il resto del mondo.

Il III Capitolo delinea le origini di quella politica nazionale e internazionale che, cristallizzatasi nella cultura cinese, è tuttora riconoscibile: la priorità economica e l'indipendenza internazionale.

Nel suo complesso, il volume ha il pregio di mettere bene in evidenza la correlazione esistente tra lo scenario internazionale e l'evoluzione della Repubblica Popolare cinese, sia nella sua fisionomia interna, sia nel suo ruolo di potenza globale.

Punto di vista privilegiato dal quale osservare il fenomeno è la politica di difesa nucleare. La bomba atomica ha rappresentato per Mao Zedong il simbolo della «forza materiale dell'imperialismo occidentale ma non [della] sua capacità di vincere». Tuttavia appare evidente, sin dalle prime pagine del volume, che l'isolamento cinese non riuscì a contrastare le influenze derivanti dalle tensioni internazionali che, al tempo, agitavano la Corea, Taiwan e i confini della Repubblica Popolare.

Con il processo di destalinizzazione dell'Unione Sovietica, il rapporto tra i due più importanti Stati socialisti iniziò a incrinarsi: la politica di Khruscev di «coesistenza pacifica» con l'Occidente, le tensioni militari per le rivendicazioni dei confini, il desiderio di indipendenza del Governo comunista cinese dal centro sovietico determinarono la rottura definitiva.

Sul fronte dei rapporti con gli Stati Uniti, la questione centrale ha da sempre riguardato l'indipendenza di Taiwan, il cui governo nazionalista – sostenuto da Wa-



shington per ragioni ideologiche, ma soprattutto geografiche – ha rappresentato un'alternativa alla Cina comunista.

Costretta tra due fuochi, la Repubblica Popolare cercò dunque di sviluppare una politica di difesa finalizzata alla stabilizzazione dei rapporti: il programma nucleare fu realizzato perseguendo eminentemente scopi difensivi e mai di aggressione. Proprio questo approccio permise alla Cina di raggiungere un equilibrio internazionale che rendesse possibile uno sviluppo interno capace di assicurare una solida crescita economica.

Seguendo lo svolgimento storico degli avvenimenti, il volume descrive lo sviluppo delle tensioni internazionali presentando le rispettive risposte di politica interna.

La politica nazionale, intanto, era vittima delle agitazioni dovute al vuoto di potere lasciato in eredità da Mao. La crisi di successione vinta dal riformista Deng Xiaoping segnò l'inizio di un radicale cambiamento programmatico e ideologico volto alla modernizzazione del Paese che trasformò per sempre la Cina. L'intera struttura organizzativa della Repubblica Popolare fu sconvolta da riforme e la nuova agenda politica, guardando allo scenario globale, elaborava nuove priorità. Come sottolineato dall'A., «il principio fondante per lo sviluppo dell'industria nucleare era di garantire l'adempimento delle esigenze militari, ma spostare l'attenzione all'economia nazionale» (p. 128). Se la Cina del tempo era per USA e URSS solo funzionale al gioco del bipolarismo internazionale, quest'ultima – protetta dall'arsenale nucleare – potenziava al suo interno un sistema economico destinato a conferirle la sicurezza internazionale che da sempre ricercava.

La ricostruzione di tale processo storico risulta oggi quanto mai utile per comprendere i recenti avvenimenti esteri. Sebbene l'establishment sia oramai profondamente mutato, nell'attuale contesto geopolitico è comunque possibile riconoscere gli stessi attori e, spesso, perfino le medesime dinamiche. Lo scontro che sembrava ormai superato tra Est e Ovest è tornato al centro dello scenario internazionale: se, da un lato, per Washington e Mosca sembra che il tempo non sia mai passato, dall'altro, Pechino assume oggi un ruolo determinante nella definizione delle regole del gioco internazionale. La Cina non è più, infatti, succube delle minacce esterne, ma detta la direzione politica ed economica globale. In questo nuovo ruolo, alcune questioni mai risolte tornano ora ad agitare l'equilibrio internazionale con l'incertezza del loro futuro esito: il destino di Taiwan è ancora legato alle crescenti tensioni tra Stati Uniti e Repubblica Popolare. La volontà di Pechino di sottomettere definitivamente l'isola ribelle sulla base di presunte pretese di legittimità è sempre più irrefrenabile. D'altra parte, la posizione geografica, l'ideologia politica e il significato simbolico dell'isola rendono l'indipendenza di Taiwan tuttora strategicamente vitale per la propaganda americana anticinese e inevitabile motivo di scontro tra le due superpotenze.

Per poter anticipare le mosse della “Tigre con le ali” è importante comprendere la cultura che ha reso possibile lo sviluppo di tale influenza. Analizzando la politica di difesa, il volume riesce a chiarire la complessità e la particolarità della trasformazione della Cina che si è aperta al mondo solo dopo essersi rafforzata al suo interno.

La teoria di Deng Xiaoping del “socialismo con caratteristiche cinesi” che sosteneva l'adattamento dei principi marxisti – prevalentemente in termini economici – al contesto cinese, suggeriva la visione di una società con caratteristiche atipiche e

in continua evoluzione. Nel pieno spirito denghista, la Repubblica Popolare ha potenziato le sue risorse aspettando solo il momento giusto.

*Camilla Pollera*

## COLLABORATORI DEL PRESENTE FASCICOLO

### Per la sezione *Articoli e Saggi*:

ANNALISA CIAMPI – Professoressa ordinaria di Diritto internazionale – Università di Verona.  
GIUSEPPE GALLO – Dottorando di ricerca in Diritti e tutele nei mercati globalizzati –  
Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

### Per la sezione *Osservatorio Diritti Umani*:

KOEN DE FEYTER – Professor of Public International Law – University of Antwerp.  
PIETRO PUSTORINO – Professore ordinario di Diritto internazionale – LUISS Guido Carli di  
Roma.  
ELENA TERRIZZI – Dottoranda di ricerca in Diritto internazionale – LUISS Guido Carli di  
Roma.

### Per la sezione *Osservatorio Europeo*:

FABIO GIUDICE – Segretario di Legazione – Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione  
Internazionale.  
GIULIA BORGHESI – Research Assistant – Unitelma Sapienza.  
CESARE IMBRIANI – Già professore ordinario di Politica economica – Università degli Studi di  
Roma Sapienza.  
PIERGIUSEPPE MORONE – Professore ordinario di Politica economica – Unitelma Sapienza.  
VALERIA DI COMITE – Professoressa associata di Diritto dell’Unione europea – Università  
degli Studi di Bari Aldo Moro.

### Per la sezione *Note e Commenti*:

ANGELA MARIA GALLO – Assegnista di ricerca in Diritto internazionale – Università di  
Foggia.

### Per la sezione *Rassegne*:

LUIGI D’ETTORRE – Dottore di ricerca in *Multilevel Governance* – Università degli Studi di  
Teramo.  
GIUSEPPE GIOFFREDI – Professore associato di Diritto internazionale – Università del Salento.

### Per la sezione *Recensioni*:

GIANPAOLO MARIA RUOTOLO – Professore ordinario di Diritto internazionale – Università di  
Foggia.  
CAMILLA POLLERA – Dottoressa in Scienze politiche – LUISS Guido Carli di Roma.

