

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXVII

2022

N. 4

RIVISTA TRIMESTRALE
DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

INDICE

ARTICOLI E SAGGI

- SIMONE MARINAI, BRUNO NASCIBENE – Naturalizzazione: un problema di definizione.....565
ALESSANDRA PIETROBON – L'eredità di Papa Benedetto XV per il Diritto internazionale e il nuovo dibattito sulla "guerra giusta".....585
LEONARDO PASQUALI – Corti costituzionali, applicazione del Diritto internazionale e controlimiti.....605
PASQUALE PIRRONE – Différences culturelles et Droit international privé de la famille: brèves remarques.....635
ELISA FORMALÉ, CURTIS F. J. DOEBBLER – A Checkered Past: The History of Detaining Migrants and Their Families in the United States.....647

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

- GIUSEPPE EMANUELE CORSARO – Prime riflessioni su diritti umani e politiche fiscali nel Diritto internazionale: verso uno *human rights-based approach*?.....667

NOTE E COMMENTI

- ILARIA INFANTE – Considerations on the *Bundesverfassungsgericht*'s Order Regarding the Right of Self-Defence Against non-State Actors.....691

RASSEGNE

ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Istituti Specializzati delle Nazioni Unite e altre organizzazioni e istituzioni internazionali

ORGANIZZAZIONE DELLE NAZIONI UNITE PER L'ALIMENTAZIONE E L'AGRI-
COLTURA (FAO)

L'Attività nel 2021-2022, p. 703

Mariaida Cristarella Oristano

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXVII

2022

N. 4

QUARTERLY JOURNAL
OF THE ITALIAN SOCIETY FOR INTERNATIONAL ORGANIZATION

SUMMARY

ARTICLES AND ESSAYS

- SIMONE MARINAI, BRUNO NASCIBENE – Naturalisation: in Search of a Common Definition.....565
- ALESSANDRA PIETROBON – The Legacy of Pope Benedict XV to International Law and the Renewed Issue of “Just War”.....585
- LEONARDO PASQUALI – Constitutional Courts, International Law Implementation and Counter-Limits.....605
- PASQUALE PIRRONI – Cultural Differences and Private International Law in Family Matters: Brief Remarks635
- ELISA FORMALÉ, CURTIS F. J. DOEBBLER – A Checkered Past: The History of Detaining Migrants and Their Families in the United States.....647

HUMAN RIGHTS OBSERVATORY

- GIUSEPPE EMANUELE CORSARO – Introductory Remarks on Human Rights and Fiscal Policy in International Law: Towards a Human Rights-Based Approach?.....667

NOTES AND COMMENTS

- ILARIA INFANTE – Considerations on the *Bundesverfassungsgericht*'s Order Regarding the Right of Self-Defence Against non-State Actors.....691

SURVEYS

ACTIVITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

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

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS

The activities in 2021-2022, p. 703

Mariaida Cristarella Oristano

ARTICOLI E SAGGI

NATURALIZZAZIONE: UN PROBLEMA DI DEFINIZIONE

SIMONE MARINAI – BRUNO NASCIMBENE*

SOMMARIO: 1. Significato ed origine della nozione di naturalizzazione – 2. La libertà degli Stati nel determinare i criteri di naturalizzazione – 3. Individuazione di alcuni presupposti comuni nelle legislazioni nazionali – 3.1 La residenza prolungata sul territorio dello Stato ospitante ed il consolidamento di legami qualificati con quest'ultimo – 3.2 La naturalizzazione basata sulla costituzione di un vincolo familiare: a) l'acquisto della cittadinanza per *iuris communicatio* – 3.3 b) per matrimonio – 3.4 c) per adozione – 3.5 La naturalizzazione per particolari meriti – 3.6 Naturalizzazione e cittadinanza plurima – 4. I limiti derivanti dal diritto internazionale rispetto alla libertà degli Stati di determinare autonomamente le condizioni per la naturalizzazione – 4.1 Il divieto di discriminazioni – 4.2 La rilevanza della volontà dell'interessato – 4.3 La naturalizzazione in mancanza di un legame effettivo – 4.4 Naturalizzazione e limitazione dei diritti politici – 4.5 Limiti derivanti da norme pattizie: in particolare, la Convenzione europea sulla cittadinanza – 5. La naturalizzazione e il diritto dell'Unione europea: cenni alla giurisprudenza della Corte di giustizia – 6. Considerazioni conclusive.

1. Con il termine *naturalizzazione* si intende far riferimento, in generale, ad ogni procedimento che conduca all'acquisto della cittadinanza dopo la nascita dell'interessato. In una accezione più stretta, per *naturalizzazione* si intende invece l'attribuzione della cittadinanza mediante un apposito atto di concessione¹. È possibile distinguere tra naturalizzazione collettiva ed individuale. Nel primo caso, si assiste al conferimento della cittadinanza ad intere comunità umane, generalmente stanziate su una determinata porzione di territorio; nel secondo caso la naturalizzazione viene invece concessa a singoli individui che ne facciano richiesta.

* L'articolo è frutto di una congiunta valutazione della materia da parte dei due Autori. Tuttavia, i paragrafi 1, 5, 6 sono da attribuire a Bruno Nascimbene, mentre i paragrafi 2, 3, 4 sono da attribuire a Simone Marinai.

¹ V. M.O. HUDSON, *Report on Nationality, Including Statelessness*, UN Doc. A/CN.4/50 del 21 febbraio 1952, 4 ss. e spec. 8; A.F. PANZERA, *Limiti internazionali in materia di cittadinanza*, Napoli, 1984, 169.

A seconda dei casi, la naturalizzazione può comportare l'acquisto della cittadinanza in modo automatico al ricorrere di determinate condizioni (per esempio, nelle ipotesi di acquisto della cittadinanza per beneficio di legge che possono comunque richiedere la presentazione di domanda da parte dell'interessato), oppure a seguito di un atto a carattere discrezionale da parte dello Stato.

Dal punto di vista etimologico, l'impiego della parola *naturalizzazione* è (si ritiene) da far risalire al francese *naturalisation*, derivante dalle *lettres de naturalité* mediante le quali il sovrano, durante l'*Ancien Régime*, poteva attribuire agli stranieri presenti in Francia gli stessi privilegi e diritti riservati ai sudditi². All'epoca, infatti, non essendo ancora configurabile una nozione di cittadinanza paragonabile a quella moderna³, era possibile distinguere gli individui a seconda che gli stessi fossero (o non) sottoposti alla Corona francese. I primi erano coloro che avevano una *nature française*, mentre i secondi erano privi di determinati diritti quali, ad esempio, quello di assumere uffici pubblici o di poter fare testamento e di ereditare beni immobili. Il sovrano, peraltro, mediante un proprio atto, poteva per così dire cambiare *la natura* del soggetto straniero ed attribuire allo stesso dei diritti analoghi a quelli goduti dai propri sudditi.

Prassi analoghe si svilupparono parallelamente anche nell'ordinamento anglosassone dove, fin dall'epoca feudale, esisteva un sistema basato sulla *allegiance* (fedeltà) – prima nei confronti del signore feudale e poi della Corona – cui erano tenuti tutti coloro che fossero nati sul territorio inglese e poi britannico⁴. Secondo il principio di *common law* espresso fin dal *Calvin's Case* del 1609⁵, il figlio di soggetto britannico che è nato in un luogo in cui la Corona di Inghilterra esercita la sua giurisdizione extraterritoriale deve essere considerato esso stesso «a natural-born British subject». Risalgono al XIII secolo le prime *letters patent of denizenship* mediante le quali il sovrano poteva attribuire agli stranieri determinati diritti, ad esempio con riferimento

² In proposito, v. P. SAHLINS, *La nationalité avant la lettre. Les pratiques de naturalisation en France sous l'Ancien Régime*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2000, 1081 ss. Sulla possibilità di far risalire il termine *naturalizzazione* dal francese *naturaliser* v., ad es., L. ORGAD, *Naturalization*, in A. SHACHAR, R. BAUBÖCK, I. BLOEMRAAD, M. VINK (eds.), *Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford, 2017, 337 e spec. 339.

³ Sull'evoluzione storica del concetto di cittadinanza, v. R. CLERICI, *Cittadinanza*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, III, 1989, 112 ss. e spec. 113.

⁴ V. A.H. CARPENTER, *Naturalization in England and the American Colonies*, in *The American Historical Review*, 1904, 288 ss; R. PLENDER, *British Commonwealth, Subjects and Nationality Rules*, in *Encyclopedia of Public International Law*, 1985, 53 ss.

⁵ King's Bench Division, *Calvin v. Smith*, 77 *English Report* 377 (K.B. 1608).

all'acquisto di proprietà immobiliari, analoghi a quelli posseduti da quanti fossero soggetti per nascita alla Corona inglese. Accanto a tale prassi iniziarono a poco a poco ad essere adottati provvedimenti di naturalizzazione che, a differenza di quanto avveniva nel caso di concessione dello *status* di *denizenship*, potevano in un primo momento essere concessi solo mediante atti del Parlamento e poi, successivamente, anche mediante un atto amministrativo.

Al di là di questi significativi esempi, la nascita degli Stati moderni ha comportato una più chiara distinzione tra le nozioni di cittadini e stranieri e, allo stesso tempo, anche la facoltà generalmente riconosciuta di acquistare la cittadinanza per naturalizzazione.

A prescindere dalle modalità con cui la naturalizzazione può essere conseguita, non vi è dubbio che la stessa presupponga, in qualche modo, la creazione di un collegamento tra un individuo originariamente straniero e la comunità territoriale all'interno della quale lo stesso è venuto ad inserirsi. Se, da una parte, per ottenere la naturalizzazione l'interessato deve normalmente dimostrare di aver conseguito un certo grado di integrazione con la comunità territoriale, d'altra parte va anche tenuto conto del fatto che la naturalizzazione, una volta conseguita, favorisce essa stessa l'integrazione dell'interessato all'interno della comunità in questione (sulla rilevanza dell'integrazione si dirà oltre).

2. Ogni Stato disciplina in modo autonomo i criteri e le condizioni necessarie al fine di ottenere la cittadinanza per naturalizzazione.

Ciò è, evidentemente, una conseguenza diretta dell'ampia libertà che il diritto internazionale riconosce agli Stati nel determinare i criteri di attribuzione (e perdita) della cittadinanza.

Tradizionalmente, infatti, la materia della cittadinanza veniva ritenuta riconducibile, in linea di principio, al dominio riservato di ciascuno Stato⁶. In tal senso, la Convenzione dell'Aja del 1930 concernente certe questioni relative ai conflitti di leggi sulla cittadinanza, al suo art. 1, dispone che spetta a ciascuno Stato determinare in base alla propria legislazione quali sono i suoi cittadini. L'affermazione della riconducibilità della materia al dominio riservato è stata autorevolmente ripetuta anche da varie giurisdizioni internazionali. Può essere ricordato, ad esempio, il parere consultivo che nel 1923 la Corte permanente di giustizia internazionale ha pronunciato in relazione ai De-

⁶ La presenza di ambiti riconducibili al dominio riservato di ciascuno Stato è conseguenza diretta del modo con cui la sovranità viene esercitata nell'ordinamento internazionale. In argomento v., per tutti, E. CANNIZZARO, *La sovranità oltre lo Stato*, Bologna, 2020, spec. 71 ss.

creti sulla cittadinanza in Tunisia e Marocco⁷ che avevano comportato le proteste della Gran Bretagna contro la Francia perché i Decreti in questione avevano avuto come conseguenza la naturalizzazione francese anche di *British subjects* nati nei territori interessati. L'affermazione della riconducibilità della materia al *dominio riservato* è stata fatta propria, in seguito, dalla Corte internazionale di giustizia con la sentenza pronunciata nel 1955 nel caso *Nottebohm*, alla base del quale vi era un provvedimento di naturalizzazione che il Liechtenstein aveva concesso ad un cittadino tedesco, pur essendo quest'ultimo privo di legami significativi con lo Stato in questione⁸. Si ricorda, ancora, che la riconducibilità alla competenza di ciascuno Stato della determinazione dei modi di acquisto e perdita della cittadinanza è stata più volte ribadita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Nella sentenza *Rottmann* del 2010, per esempio, si è pronunciata su un rinvio pregiudiziale alla base del quale vi era un provvedimento di revoca della naturalizzazione che era stata ottenuta fraudolentemente per avere l'interessato compiuto false dichiarazioni al momento di richiedere la nuova cittadinanza⁹.

3. Nonostante che ogni Stato, sulla base di quanto sopra precisato, goda di ampia discrezionalità nel decidere i criteri e le condizioni a cui subordinare la concessione della cittadinanza per naturalizzazione, è possibile individuare alcuni presupposti comuni che frequentemente ricorrono nelle legislazioni nazionali, pur potendo essere diversi i modi con cui gli stessi vengono poi, in concreto, declinati.

Proprio in ragione di tale eterogeneità, delle numerose varianti che possono presentarsi e delle diverse modalità con cui i differenti criteri possono tra loro essere combinati, è opportuno precisare che i presupposti di seguito indicati non hanno alcuna pretesa classificatoria, ma vengono richiamati solo in quanto spesso ricorrenti all'interno delle legislazioni nazionali che disciplinano l'acquisto della cittadinanza per naturalizzazione.

Per questo motivo non può neppure essere intesa in senso rigido la distinzione che talvolta viene compiuta tra *a*) naturalizzazione ordinaria (alla quale ci si riferisce quando si prende in considerazione,

⁷ Corte permanente di giustizia internazionale, parere n. 4 del 7 febbraio 1923, *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco*.

⁸ Corte internazionale di giustizia, sentenza del 6 aprile 1955, *Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)*.

⁹ Corte di giustizia, sentenza del 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottmann*.

quale presupposto per l'acquisto della cittadinanza, il decorso di un certo periodo di residenza sul territorio dello Stato) e *b*) naturalizzazione speciale (alla quale ci si riferisce quando l'acquisto della cittadinanza è conseguenza di altri presupposti quali, ad esempio, quelli rappresentati dai legami familiari, oppure etnico-culturali, oppure dall'aver prestato contributi speciali a favore dello Stato)¹⁰.

3.1 Non vi è dubbio che uno dei presupposti che più comunemente ricorre nelle legislazioni nazionali in materia di cittadinanza ai fini della concessione della naturalizzazione è rappresentato dal decorso di un determinato periodo di tempo durante il quale l'interessato ha risieduto sul territorio. La residenza prolungata viene infatti considerata uno dei più significativi indici dell'integrazione dell'interessato all'interno della comunità nazionale.

Il periodo di residenza richiesto può variare notevolmente da Stato a Stato. Se, ad esempio, gli Stati europei prevedono normalmente periodi che vanno dai tre ai dieci anni, altri Stati richiedono periodi di residenza inferiori, ma anche molto maggiori. A titolo esemplificativo, può essere ricordato che l'Argentina ed il Perù richiedono la previa residenza legale di due anni; l'India richiede invece una residenza prolungata di dodici anni, la Nigeria e la Sierra Leone di quindici, il Kuwait, l'Oman e gli Emirati Arabi Uniti di venti, il Bahrain ed il Qatar di venticinque, la Repubblica centrafricana di trentacinque¹¹.

Molti Stati richiedono, per il computo del periodo utile ai fini della naturalizzazione, che l'interessato risieda regolarmente sul territorio. Cambia, poi, da Stato a Stato il modo in cui le interruzioni della continuità della residenza vengono tollerate. È possibile, ad esempio, che venga richiesto che il periodo di residenza sia ininterrotto o, comunque, che sia decorso un periodo di residenza minima in un arco temporale più ampio (ad esempio, l'Irlanda richiede la residenza di cinque anni in un arco temporale di nove anni, di cui l'ultimo anno,

¹⁰ La distinzione tra naturalizzazione ordinaria e speciale viene ad esempio utilizzata da K. JEFFERS, I. HONOHAN, R. BAUBÖCK, *How to Measure the Purposes of Citizenship Laws: Explanatory Report for the CITLAW Indicators (Version 3.0)*, GLOBALCIT, San Domenico di Fiesole, 2017, 27 ss.

¹¹ Per uno studio comparato di legislazioni nazionali in materia di cittadinanza v., ad es., B. NASCIMBENE (ed.), *Nationality Laws in the European Union / Le droit de la nationalité dans l'Union européenne*, Milano-Londra, 1996; L. VAN WAAS, *A Comparative Analysis of Nationality Laws in the MENA Region*, Tilburg Law School Working Papers series, 2014, www.globalcit.eu; B. MANBY, *Citizenship Law in Africa. A Comparative Study*, New York-Città del Capo, 2016; EUROPEAN MIGRATION NETWORK, *Synthesis Report for the EMN Study 2019, Pathways to citizenship for third-country nationals in the EU*, 2020, www.emn.ie.

prima della presentazione della domanda, deve essere di residenza ininterrotta). Alcuni Stati chiedono che l'interessato, prima di poter presentare domanda di naturalizzazione, abbia trascorso un determinato periodo di tempo nel Paese dopo aver acquistato lo *status* di residente permanente.

Altri criteri che possono essere richiesti, in aggiunta alla prolungata residenza sul territorio, riguardano la conoscenza della lingua e dell'educazione civica. Può essere ad esempio previsto che l'interessato si sottoponga ad un test per verificare la conoscenza della storia, della costituzione, dei valori e dei costumi del Paese al quale si chiede la naturalizzazione. Si tratta di requisiti che tendono a comprovare l'affinità del richiedente con la comunità, la popolazione e la cultura dello Stato in questione e che sempre più, negli ultimi anni, sono stati introdotti anche nelle legislazioni degli Stati europei.

Oltre che all'accertamento di conoscenze linguistiche, la naturalizzazione viene talvolta subordinata – e ciò avviene ad esempio in molti Paesi arabi – anche a requisiti di carattere religioso. In Kuwait, ad esempio, oltre alla conoscenza della lingua araba viene richiesto all'interessato di essere di fede musulmana.

Altri requisiti che possono essere rinvenuti nelle legislazioni nazionali in materia di naturalizzazione attengono alle qualità ed alla buona condotta del futuro cittadino. Spesso viene infatti chiesto all'interessato di dimostrare l'autosufficienza economica, l'affidabilità fiscale, la mancanza di precedenti penali, l'assenza di elementi di pericolosità per l'ordine pubblico e la sicurezza interna. Non è infrequente che venga preteso che l'interessato abbia un *buon carattere* (negli Stati Uniti, ad esempio, viene richiesto il «good moral character»¹² dell'interessato) e si trovi in buone condizioni di salute fisica e/o mentale.

Prassi frequente è poi quella di richiedere, al soggetto interessato ad ottenere la naturalizzazione, un giuramento di fedeltà.

Le legislazioni nazionali che prevedono la concessione della naturalizzazione a seguito del decorso di un determinato periodo di residenza sul territorio da parte dell'interessato, sono poi solite consentire condizioni agevolate (e, quindi, periodi di residenza inferiori rispetto a quello stabilito in via ordinaria) al ricorrere di determinati presupposti o a favore di specifici gruppi di individui.

¹² V. *Immigration and Nationality Act* del 27 giugno 1952, par. 316.

Facilitazioni sono, ad esempio, generalmente previste nel caso in cui l'interessato sia coniugato con persona che abbia già la cittadinanza desiderata (tale condizione, come si dirà anche oltre, costituisce spesso una autonoma ipotesi di naturalizzazione che può essere prevista a prescindere dal decorso di un periodo di residenza continuata sul territorio), nel caso in cui abbia prestato servizi determinati a favore dello Stato oppure, ancora, sia discendente di un cittadino. Ulteriori ipotesi di acquisto facilitato della cittadinanza possono essere previste per persone che dimostrino un particolare contatto o legame con la maggioranza della popolazione per motivi etnici o linguistici. In molti Paesi africani o mediorientali, per esempio, vengono stabilite modalità agevolate per individui che provengono da altri Paesi arabi. Il Brasile, invece, riduce da quattro anni ad un anno il periodo di residenza necessario nel caso in cui il richiedente sia un immigrato originario di un Paese di lingua portoghese. La Spagna riduce da dieci a due gli anni di residenza legale richiesti per la naturalizzazione nel caso in cui l'interessato sia in possesso della cittadinanza di uno Stato dell'America latina. Nelle legislazioni degli Stati membri dell'Unione europea è inoltre frequente la previsione di un periodo di residenza più breve per la naturalizzazione di individui che hanno la cittadinanza di altro Stato membro (l'Italia, ad esempio, riduce a quattro gli ordinari dieci anni di residenza legale richiesti in generale per gli altri stranieri).

Altro elemento di cui può essere tenuto conto per la concessione della naturalizzazione a condizioni di favore è rappresentato dalla nascita dell'interessato sul territorio dello Stato. Anche Stati che non basano il proprio sistema sul criterio dello *ius soli*, possono infatti ritenere rilevante la nascita sul territorio, unitamente ad altri fattori che dimostrino un legame qualificato con il tessuto sociale. Si ricordano: *a*) la circostanza che i genitori dell'interessato siano stranieri legalmente ed abitualmente ivi residenti; *b*) la residenza legale sul territorio dello stesso interessato per un determinato periodo di tempo di volta in volta stabilito dalla legislazione nazionale; *c*) l'aver frequentato un ciclo scolastico o di formazione professionale. Il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha in più occasioni invitato gli Stati membri a facilitare l'acquisto della cittadinanza, già prima del raggiungimento della maggiore età, da parte dei bambini nati sul loro territorio da genitori stranieri ivi legalmente ed abitualmente residenti¹³. Simili rac-

¹³ V. Consiglio d'Europa, Comitato dei ministri, raccomandazione Rec(84)9 del 24 marzo 1984, *Sur les migrants de la deuxième génération*, par. III; raccomandazione CM/Rec(2009)13 del 9 dicembre 2009, *Sur la nationalité des enfants*, par. III dell'appendice.

comandazioni, per loro natura prive di carattere vincolante, rappresentano un invito a Stati, quali ad esempio l'Italia, che attendono fino al compimento della maggiore età da parte dell'interessato prima di riconoscere allo stesso la facoltà di acquistare la cittadinanza per naturalizzazione.

Una riduzione del periodo di residenza necessario per l'acquisto della cittadinanza viene, spesso, stabilito a favore di rifugiati ed apolidi, al fine di dare attuazione alle disposizioni contenute, rispettivamente, nella Convenzione del 1951 sullo *status* di rifugiato (art. 34) e nella Convenzione del 1954 sullo *status* degli apolidi (art. 32), che richiedono agli Stati contraenti di prevedere facilitazioni per la naturalizzazione dei soggetti in questione.

3.2 L'acquisto della cittadinanza per *iuris communicatio* rappresenta un'altra modalità di naturalizzazione, a condizione che quest'ultimo termine venga inteso in senso ampio¹⁴. Si parla di *iuris communicatio* in caso di trasmissione automatica della cittadinanza da un membro della famiglia ad un altro in conseguenza dell'acquisto della stessa da parte di quest'ultimo. L'obiettivo cui mira questa forma di naturalizzazione è, evidentemente, quello di favorire l'unicità della cittadinanza all'interno del nucleo familiare.

È frequente nelle legislazioni nazionali la previsione che consente al figlio minore, che convive stabilmente con il genitore, di acquistare automaticamente la cittadinanza quando questa venga attribuita al padre o alla madre. L'acquisto della cittadinanza per *iuris communicatio* può avvenire anche tra coniugi.

Qualora, però, non vengano predisposte particolari cautele, il rischio è che in questo modo la nuova cittadinanza risulti imposta al beneficiario e, addirittura, che venga provocata la perdita della cittadinanza originariamente posseduta nel caso in cui la legislazione dello Stato interessato non consenta ipotesi di pluralità di cittadinanze. Per evitare un simile risultato può essere previsto che il figlio minore, una volta ottenuta la maggiore età, possa rinunciare alla nuova cittadinanza sempre che risulti in possesso di altra cittadinanza. Oppure, per evitare che la nuova cittadinanza risulti imposta al coniuge, gli ordinamenti nazionali prevedono, per lo più, che l'acquisto della stessa da parte del coniuge non avvenga in modo automatico, ma sia invece subordinato ad una manifestazione di volontà in tal senso, da parte

¹⁴ V. *supra*, par. 1.

dell'interessato. Non mancano casi, purtroppo ancora presenti in alcuni Stati¹⁵, in cui l'attribuzione automatica della cittadinanza viene prevista solo per la donna, comportando quindi una illegittima dipendenza della cittadinanza della donna da quella del padre o, dopo il matrimonio, da quella del marito. L'attribuzione della nuova cittadinanza non dovrebbe invece avere carattere discriminatorio e, comunque, non dovrebbe mai essere imposta.

3.3 In alcune legislazioni (come in quella italiana¹⁶), non viene previsto l'acquisto della cittadinanza in modo automatico a seguito di matrimonio, ma viene comunque garantito al coniuge del cittadino di avvalersi di una autonoma ipotesi di naturalizzazione a seguito di apposita richiesta. Presupposto è, normalmente, che il coniuge richiedente non sia legalmente separato.

Al fine di evitare matrimoni fittizi finalizzati esclusivamente ad ottenere la cittadinanza e aggirare, quindi, i divieti di ingresso derivanti da normative migratorie a carattere restrittivo¹⁷, è stato in molti casi previsto che l'acquisto della cittadinanza da parte del coniuge non possa essere richiesto immediatamente dopo il matrimonio, ma solo a seguito del decorso di un certo periodo di tempo. Da Stato a Stato, tale periodo di tempo potrà variare a seconda che il matrimonio venga celebrato nel Paese di nuova cittadinanza o all'estero, oppure a seconda che i coniugi abbiano nel frattempo avuto figli. Non necessariamente, durante tale periodo di tempo, viene richiesto che l'interessato abbia risieduto sul territorio dello Stato di nuova cittadinanza.

3.4 Ulteriore modo di acquisto della cittadinanza basato sulla creazione di un vincolo familiare è rappresentato dall'adozione. Anche in relazione a tale ipotesi le legislazioni nazionali sono eterogenee. Talvolta l'attribuzione della cittadinanza da parte del figlio adottivo è automatica; altre volte è subordinata ad apposita istanza o ad un previo periodo di residenza sul territorio del Paese interessato. L'acquisto della cittadinanza è frequentemente previsto nel caso in cui

¹⁵ Si pensi, ad es., all'art. 13 della legge sulla cittadinanza somala n. 28 del 22 dicembre 1962.

¹⁶ V. art. 5, l. 5 febbraio 1992, n. 91.

¹⁷ Sulle implicazioni che i matrimoni di convenienza possono produrre sulla libertà di circolazione sul territorio dell'Unione europea, v. ad es. M. DI FILIPPO, *Can EU Free Movement Rights be Abused? Critical Remarks on the "Marriages of Convenience Clause"*, in A.M. CALAMIA (a cura di), *L'abuso del diritto. Casi scelti tra principi, regole e giurisprudenza*, Torino, 2017, 53 ss.

l'adottato sia un minore, ma talvolta viene consentito anche dopo che lo stesso abbia raggiunto la maggiore età.

3.5 Altre ipotesi di naturalizzazione normalmente presenti nelle legislazioni nazionali in materia di cittadinanza consistono nella possibilità di attribuire la cittadinanza a persone che si sono distinte per speciali talenti, meriti straordinari o che hanno contribuito in modo significativo a dare lustro allo Stato o a conseguire interessi da questo ritenuti particolarmente meritevoli. In questo modo sono stati naturalizzati atleti, artisti, scienziati. Un particolare merito di cui talvolta le legislazioni nazionali tengono conto è rappresentato dal fatto che l'interessato ha investito ingenti somme di denaro per l'acquisto di proprietà immobiliari o di titoli di Stato. In proposito, possono essere richiamati (a titolo di esempio) i programmi rivolti all'acquisto della cittadinanza specificamente pensati per simili investimenti e che sono stati introdotti negli ultimi anni in alcuni Stati membri dell'Unione (in particolare, Bulgaria, Cipro, Malta, Romania).

3.6 Nel panorama dei presupposti richiesti nelle legislazioni nazionali per il conferimento della cittadinanza dopo la nascita, una menzione a parte meritano gli ordinamenti giuridici che ancora oggi richiedono, ai fini della naturalizzazione, la previa rinuncia, da parte dell'interessato, alla cittadinanza in precedenza posseduta.

In passato, l'ipotesi di doppia o plurima cittadinanza era vista con sfavore da parte degli Stati perché considerata una minaccia per la sovranità statale, fonte di potenziali conflitti e indicativa della volontà dell'individuo di interrompere il legame basato sulla lealtà al sovrano.

Soprattutto a partire dalla seconda metà del XX secolo, invece, l'aumento della circolazione internazionale delle persone, l'esigenza di favorire l'integrazione degli immigrati, la volontà di evitare il rischio di creare nuovi apolidi, hanno determinato una chiara tendenza ad accettare la cittadinanza multipla¹⁸.

Rimangono, ad ogni modo, Stati, anche europei (quali l'Austria, i Paesi Bassi) che continuano generalmente a subordinare la naturalizzazione alla previa rinuncia alla cittadinanza in precedenza posseduta.

¹⁸ Va sottolineato che nella fase di sviluppo attuale del diritto internazionale dei diritti umani non è riconosciuto un generale diritto al mantenimento della doppia cittadinanza. In tal senso, v. P. GARGIULO, *La cittadinanza e la sua rilevanza nel diritto internazionale contemporaneo*, in A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionali ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli, 2018, 49 e spec. 67.

4. A fronte della generale libertà dello Stato di determinare, nel quadro della legislazione interna, i criteri e le procedure per naturalizzare gli stranieri, è possibile chiedersi se il diritto internazionale stabilisca limiti alla discrezionalità dello Stato, o quanto meno, preveda che in alcuni casi la determinazione operata da uno Stato possa essere contestata da altri Stati o risultare loro non opponibile.

4.1 Limiti possono essere ricavati, innanzitutto, dalla necessità di rispettare i diritti umani fondamentali. In particolare, i criteri e le procedure stabilite per la naturalizzazione non possono essere tali da comportare discriminazioni, per esempio quelle basate sul sesso o sull'orientamento sessuale, sulla religione, sulla razza, sulla disabilità, sull'età, sull'appartenenza ad un determinato gruppo etnico o sociale.

Il Relatore speciale delle Nazioni Unite sulla libertà di religione e di credo ha sottolineato che ancora oggi esistono Stati in cui agli individui di religione musulmana viene negata la cittadinanza per timore che gli stessi possano rappresentare una minaccia per la sicurezza nazionale o per valori ritenuti fondamentali¹⁹. Simili discriminazioni non necessariamente derivano da una espressa previsione legislativa. Il Relatore speciale ha ad esempio richiamato provvedimenti con cui alcuni Stati europei hanno rifiutato la richiesta di naturalizzazione a causa dell'indisponibilità dell'interessato a stringere la mano a un rappresentante del Governo, perché altrimenti sarebbe stato violato il precetto religioso che proibisce di toccare una persona di altro sesso, salvo che quest'ultima sia intima o parente²⁰. Oppure, si può discutere sulla legittimità della scelta delle autorità francesi di rifiutare la naturalizzazione di una donna musulmana in conseguenza della pratica di portare il burka²¹.

Le legislazioni di alcuni Stati contengono criteri che possono comportare discriminazioni nei confronti di persone disabili. In proposito, può essere ricordato il Codice sulla cittadinanza del Camerun che richiede, tra i vari requisiti, che il richiedente sia una persona di corpo e mente sani («sound body and mind»²²). Analogamente, l'art. 12 del-

¹⁹ Assemblea generale, *Report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief, Ahmed Shaheed, Countering Islamophobia/anti-Muslim hatred to eliminate discrimination and intolerance based on religion or belief*, UN Doc. A/HRC/46/30 del 13 aprile 2021, par. 39 ss.

²⁰ Si veda, in Francia: Conseil d'État, sentenza dell'11 aprile 2018, n. 412462; in Germania: VGH Baden-Württemberg, sentenza del 20 agosto 2020, 12 S 629/19.

²¹ V. Conseil d'État, sentenza del 27 giugno 2008, n. 286798.

²² V. Section 25, lett. e), della l. n. 1968-LF-3, *Cameroon Nationality Code*.

la Costituzione del Panama prevede che lo Stato potrà rifiutare la richiesta di naturalizzazione per vari motivi tra i quali anche la «incapacidad física o mental». Il divieto di negare la cittadinanza in ragione della disabilità del richiedente (sancito, tra l'altro, dall'art. 18 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006) spinge a ritenere illegittima l'ipotesi in cui la naturalizzazione sia subordinata alla prestazione di un giuramento e la grave disabilità psichica dell'interessato renda impossibile tale adempimento. Proprio per tale motivo, la Corte Costituzionale italiana ha dichiarato incostituzionale la legge sulla cittadinanza nella parte in cui non esonerava dal giuramento il disabile incapace di soddisfare tale adempimento in ragione di una grave e accertata condizione di disabilità²³.

Discriminazioni sulla base dell'età sono invece contenute nella legge sulla cittadinanza della Libia, ai sensi della quale la domanda di naturalizzazione non può essere accolta nel caso in cui l'interessato abbia più di 50 anni²⁴.

Un altro spunto di riflessione circa i possibili limiti derivanti dal diritto internazionale rispetto alla libertà statale in materia, è il seguente. Esso nasce dalla constatazione che la cittadinanza ottenuta per naturalizzazione, in molti Stati, può essere più facilmente perduta rispetto a quella acquistata fin dalla nascita. Alcune legislazioni prevedono che i cittadini naturalizzati perdano la cittadinanza nel caso in cui vivano all'estero per un determinato periodo di tempo o se abbiano acquistato in modo fraudolento la cittadinanza, oppure se hanno commesso gravi reati entro un determinato numero di anni dopo l'avvenuta naturalizzazione. Ci si chiede se simili normative siano in contrasto con un generale principio di eguaglianza, nella misura in cui la revoca in questione non sia prevista anche per coloro che siano in possesso della cittadinanza per nascita²⁵.

4.2 Possono essere considerati contrari al diritto internazionale e, in particolare, al diritto ad una cittadinanza proclamato, tra l'altro, dall'art. 15 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, i provvedimenti con i quali gli Stati hanno disposto naturalizzazioni di

²³ V. Corte costituzionale, sentenza del 7 dicembre 2017, n. 258.

²⁴ V. *Section 9* della l. n. 24 del 2010/1378.

²⁵ Sull'effetto discriminatorio dell'ipotesi di revoca della cittadinanza introdotta, dal c.d. decreto sicurezza n. 113 del 4 ottobre 2018, per reati legati al terrorismo, solo in relazione a chi ha acquistato la cittadinanza italiana per naturalizzazione, v. G. CATALDI, *Audizione informale nell'ambito del disegno di legge di conversione del decreto-legge 21.10.2020, n. 130, in tema di sicurezza e immigrazione*, 6 novembre 2020, spec. 7 ss., www.camera.it.

massa senza tener conto della volontà degli interessati. In tal senso si è espressa, di recente, la Corte di Cassazione italiana che, in relazione ai decreti di naturalizzazione di massa adottati dal Brasile a partire dal 1889, ha affermato che la perdita della cittadinanza può derivare solo da un atto consapevole e volontario²⁶. L'acquisto della cittadinanza straniera, a seguito di una naturalizzazione di massa, non può quindi implicare la perdita della cittadinanza di origine a meno che l'interessato non vi rinunci con atto consapevole e volontario.

Numerose proteste suscitarono, a suo tempo, le naturalizzazioni di massa disposte anche da altri Stati dell'America latina nel XIX secolo. Secondo la Costituzione messicana del 1857, ad esempio, la cittadinanza messicana veniva attribuita automaticamente agli stranieri che acquistavano proprietà immobiliari in Messico. Nonostante che fosse consentito di rifiutare la cittadinanza in questione a quanti manifestassero interesse a mantenere la cittadinanza originaria, la Commissione mista sui reclami USA-Messico, istituita sulla base di una Convenzione bilaterale conclusa il 4 luglio 1868, affermò infatti che è vietata l'imposizione della cittadinanza sulla base di un'omessa dichiarazione di non volersi avvalere della stessa²⁷.

Viene considerata contraria al diritto internazionale dei conflitti armati l'imposizione, da parte della potenza occupante, della propria cittadinanza ai cittadini dello Stato occupato. A tal proposito, può essere ricordata l'imposizione forzata della cittadinanza russa a tutti i cittadini ucraini ed agli apolidi residenti in Crimea avvenuta nel 2014, salvo il diritto di rinunciare a tale cittadinanza entro il termine di un mese. Imporre la cittadinanza ad abitanti di un territorio occupato equivale a costringere gli stessi a prestare fedeltà ad una potenza che i predetti possono considerare ostile, condotta questa vietata dalla IV Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949 per la protezione delle persone civili in tempo di guerra. Il principio è stato ribadito di recente anche dal Segretario Generale delle Nazioni Unite nel Rapporto sulla situazione dei diritti umani nei territori temporaneamente occupati della Repubblica autonoma di Crimea e della città di Sebastopoli²⁸.

²⁶ Corte di cassazione, SS.UU., sentenza del 24 agosto 2022, n. 25317.

²⁷ V. United States and Mexican claim commission, decisione del 24 aprile 1871 (arbitro Lieber), *Anderson and Thompson v. Mexico*. Su tale caso, v. A. PORTER MORSE, *Citizen by Naturalization*, in *American Law Register*, 1879, 593 e spec. 612.

²⁸ Consiglio dei diritti umani, *Situation of human rights in the temporarily occupied Autonomous Republic of Crimea and the city of Sevastopol, Ukraine. Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/HRC/50/65 del 1° giugno 2022, par. 49.

Secondo quanto disposto dall'art. 9 della Convenzione delle Nazioni Unite sulla eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne, adottata a New York nel 1979, gli Stati parti devono garantire che né il matrimonio con uno straniero, né il mutamento di cittadinanza del marito nel corso del matrimonio comporti l'imposizione alla moglie della cittadinanza del marito.

4.3 Una questione che merita attenzione riguarda la possibilità che la decisione di uno Stato di attribuire la cittadinanza ad un individuo produca anche effetti esterni, e vincoli quindi anche gli altri Stati. Il problema si è posto, in particolare, nei casi in cui lo Stato abbia acconsentito di conferire la cittadinanza ad individui che non presentavano legami o connessioni significative con lo Stato medesimo (c.d. *genuine link*). Nel già citato caso *Nottebohm*, la Corte internazionale di giustizia affermò che in ipotesi del genere non sussiste l'obbligo, per gli Stati terzi, di riconoscere la cittadinanza in tal modo concessa da uno Stato. Quest'ultimo, di conseguenza, non potrà invocare la cittadinanza in questione al fine di agire in protezione diplomatica a tutela dell'individuo a favore del quale abbia formalmente attribuito la propria cittadinanza.

Il riferimento alla necessità di un legame effettivo tra l'individuo e lo Stato che attribuisce la cittadinanza è stato di recente affermato dalla Commissione europea nell'ambito dell'attività di monitoraggio dalla stessa svolta in relazione ai programmi di cittadinanza avviati, negli ultimi anni, da alcuni degli Stati membri dell'Unione europea a favore di stranieri che sono disponibili a corrispondere ingenti somme di denaro o altre utilità per lo Stato (c.d. acquisto *ius pecuniae*). In particolare, Bulgaria, Cipro e Malta hanno introdotto, nei rispettivi ordinamenti giuridici, disposizioni che consentono la concessione della cittadinanza agli investitori stranieri a condizioni meno rigorose rispetto a quelle imposte dai regimi ordinari di naturalizzazione. A seguito dell'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea, Cipro ha abrogato nel 2020 il suo programma di cittadinanza per investitori e, dal 2021, ha iniziato a revocare le cittadinanze in questo modo già concesse. Malta, invece, nonostante la procedura avviata dalla Commissione, continua ad attuare il programma in questione che, secondo la Commissione, viene posto in essere in violazione del principio di leale cooperazione sancito dall'art. 4, par. 3, Trattato sull'Unione europea e dello *status* di cittadinanza dell'Unione sancito dall'art. 20 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Tale

condotta ha spinto la Commissione a proporre di fronte alla Corte di giustizia, il 29 settembre 2022, un ricorso volto a far accertare giudizialmente l'infrazione delle predette disposizioni da parte dello Stato maltese²⁹. A seguito delle iniziative intraprese dalla Commissione nei confronti della Bulgaria, il Parlamento bulgaro ha approvato, il 24 marzo 2022, una modifica della legge nazionale sulla cittadinanza per far cessare il programma di cittadinanza per investitori.

4.4 Un'altra questione che ci si può porre riguarda l'ammissibilità della naturalizzazione nel caso in cui la stessa comporti una limitazione dei diritti politici dei beneficiari. In passato, casi del genere hanno riguardato l'Italia che, secondo la disciplina in materia di cittadinanza contenuta nel codice civile del 1865, distingueva la *grande naturalità* che veniva concessa per legge e con la quale venivano attribuiti al nuovo cittadino tutti i diritti politici, dalla *piccola naturalità* che si otteneva per decreto reale e che comportava l'esclusione da determinati diritti (l'elettorato attivo, in particolare). Quali esempi oggi esistenti di legislazioni contemporanee che prevedono limitazioni ai diritti politici di soggetti naturalizzati, si ricorda il caso del Qatar che, da una parte, preclude ai cittadini naturalizzati l'elettorato attivo e passivo, e, dall'altra, subordina la parità di accesso agli impieghi pubblici al decorso di un periodo di 5 anni dal conferimento della cittadinanza; il caso del Kuwait dove, addirittura, viene stabilito un periodo di attesa di 30 anni, dopo l'acquisto della cittadinanza per naturalizzazione, prima che l'interessato possa esercitare diritti di voto o possa presentarsi alle elezioni.

4.5 Altri limiti ulteriori rispetto alle discipline interne in materia di naturalizzazione derivano da norme pattizie. Con riferimento all'ambito regionale europeo, speciale menzione merita la Convenzione europea sulla cittadinanza del 1997 elaborata in seno al Consiglio d'Europa e che vincola, ad oggi, ventuno Stati³⁰. La Convenzione, al suo art. 6, par. 3, prevede che ogni Stato parte, nel suo diritto interno, può stabilire regole che rendano possibile la naturalizzazione per gli stranieri che siano legalmente e abitualmente residenti nel territorio

²⁹ V. Commissione europea, *Investor citizenship scheme: Commission refers Malta to the Court of Justice*, press release n. IP/22/5422 del 29 settembre 2022.

³⁰ Sono, ad es., vincolati alla Convenzione i seguenti Stati: Austria, Danimarca, Finlandia, Germania, Paesi Bassi, Svezia. Non hanno invece ratificato la Convenzione la Francia, l'Italia, il Regno Unito, la Spagna.

dello Stato in questione. Quale periodo massimo di residenza che può essere richiesto ai fini della naturalizzazione, la Convenzione stabilisce il termine di dieci anni prima della presentazione della domanda. Come precisato nel rapporto esplicativo di tale Convenzione³¹, tale periodo massimo corrisponde ad uno standard comune in Europa, considerato che gran parte dei Paesi europei richiedono periodi tra cinque e dieci anni. La Convenzione (art. 6, par. 4) prevede che ogni Stato parte deve facilitare all'interno della propria legislazione nazionale l'acquisto della cittadinanza per le seguenti categorie di persone: coniugi dei propri cittadini; figli di uno dei propri cittadini; figli di genitori che hanno acquistato la cittadinanza; bambini che sono stati adottati da un proprio cittadino; persone che sono nate sul territorio e che vi risiedono legalmente ed abitualmente; persone che sono residenti legalmente e abitualmente sul territorio per un periodo che inizia prima del compimento dei diciotto anni; apolidi e rifugiati legalmente e abitualmente residenti.

Secondo quanto precisato nel rapporto esplicativo³², le facilitazioni che possono essere riconosciute a tali categorie di persone possono riguardare la lunghezza del periodo di residenza richiesta, la previsione di requisiti linguistici meno stringenti, una procedura semplificata, costi inferiori. Gli Stati mantengono comunque discrezionalità nel decidere se concedere la propria cittadinanza a tali categorie di individui. Tale discrezionalità, peraltro, non può essere assoluta, considerato che la stessa Convenzione, all'art. 12, richiede che la decisione, con cui lo Stato sia eventualmente giunto a rifiutare la naturalizzazione, deve pur sempre essere sottoposto a controllo amministrativo o giurisdizionale conformemente al diritto interno.

5. Si è già ricordato che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha più volte precisato che la determinazione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza rientra, in conformità al diritto internazionale, nella competenza di ciascuno Stato membro. La Corte di giustizia ha però anche affermato che le legislazioni nazionali devono rispettare il diritto dell'Unione europea in situazioni ricadenti nell'ambito di quest'ultimo³³.

³¹ V. Consiglio d'Europa, *Rapport explicatif de la Convention européenne sur la nationalité*, Strasburgo, 6 novembre 1997, par. 51.

³² Ivi, par. 52.

³³ Oltre alla già citata sentenza *Rottmann*, punto 41, si vedano: Corte di giustizia, sentenza del 12 marzo 2019, causa C-221/17, *Tjebbes e a.*, punto 30; sentenza del 14 dicembre 2021,

In particolare, nella sentenza *JY*, la Corte ha chiarito che la logica di progressiva integrazione favorita dai Trattati istitutivi comporta che la situazione di un cittadino dell'Unione che ha esercitato il proprio diritto alla libera circolazione e che è esposto alla perdita dello *status* stesso di cittadino dell'Unione per aver avviato una procedura di naturalizzazione nello Stato membro ospitante, rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea e, in particolare, delle disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea dedicate alla cittadinanza dell'Unione.

Nel corso della procedura seguita per ottenere la cittadinanza di uno Stato membro per naturalizzazione può legittimamente essere richiesta la rinuncia alla cittadinanza dello Stato membro di origine. Deve tuttavia essere assicurata, da parte sia dello Stato membro ospitante, sia dello Stato membro di cittadinanza originaria, che nel corso dell'intera procedura l'interessato non sia esposto alla perdita dello *status* fondamentale di cittadino dell'Unione a causa dello svolgimento della mera attuazione di tale procedura. Una decisione che abbia l'effetto di rendere definitiva la perdita dello *status* di cittadino dell'Unione potrebbe essere adottata solo per motivi legittimi, per esempio per motivi legati all'ordine pubblico ed alla pubblica sicurezza (nozioni, queste, su cui la Corte ha riservato un proprio sindacato al fine di assicurare che le stesse siano interpretate in modo restrittivo). Inoltre, una decisione di tale genere deve essere adottata nel rispetto del principio di proporzionalità, alla luce del quale deve essere compiuta una valutazione della situazione individuale della persona interessata oltre che, eventualmente, di quella della sua famiglia.

In conclusione, la discrezionalità che gli Stati continuano ad esercitare in relazione alle procedure nazionali di naturalizzazione, deve essere temperata con l'esigenza di assicurare il rispetto del diritto dell'Unione europea.

causa C-490/20, *V.M.A.*, punto 38; sentenza del 18 gennaio 2022, causa C-118/20, *JY*, punto 37. Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia si rinvia, più ampiamente, a B. NASCIMBENE, *Nationality Law and the Law of Regional Integration Organisation. Towards New Residence Status?*, Leiden-Boston, 2022, 52 ss. Per un confronto tra l'approccio seguito dalla Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti umani nell'interpretare la cittadinanza in funzione della garanzia dei diritti fondamentali, v. invece S. TONOLO, *Cittadinanza e diritti fondamentali degli individui: profili problematici e possibili soluzioni*, in D. ANDREOZZI, S. TONOLO (a cura di), *La cittadinanza molteplice. Ipotesi e comparazioni*, Trieste, 2016, 55 e spec. 57 ss.

6. La naturalizzazione, al pari delle altre modalità con le quali gli Stati possono stabilire nel proprio ordinamento l'attribuzione della cittadinanza, continua ancora oggi ad essere disciplinata in modo eterogeneo da parte delle legislazioni nazionali.

Nel corso dell'indagine, ci siamo innanzitutto soffermati su un aspetto problematico e, a nostro avviso, non adeguatamente indagato in dottrina, ovvero quello relativo alla stessa nozione di naturalizzazione. A tal fine, abbiamo ritenuto utile richiamare, quali precedenti storici rilevanti rispetto alla moderna naturalizzazione, i provvedimenti mediante i quali il sovrano (in Francia o nell'ordinamento anglosassone) poteva attribuire, agli stranieri presenti sul territorio, privilegi analoghi a quelli riservati ai sudditi.

La difficoltà di individuare una nozione condivisa di naturalizzazione è, evidentemente, collegata all'eterogeneità delle normative statali in materia. Tale eterogeneità non ha peraltro impedito di individuare alcuni presupposti comuni, normalmente ricorrenti nelle legislazioni statali, pur nella diversità dei modi con cui gli stessi vengono poi, in concreto, declinati. Non c'è dubbio che i provvedimenti di naturalizzazione si basino su un collegamento che viene a crearsi tra l'individuo e la comunità territoriale dello Stato di nuova cittadinanza. A seconda dei casi, tale collegamento potrà essere conseguenza della residenza prolungata sul territorio statale, del consolidamento di legami familiari o, ancora, di condotte mediante le quali l'interessato abbia contribuito al conseguimento di interessi ritenuti particolarmente meritevoli da parte dello Stato.

Una disciplina uniforme in materia di naturalizzazione non viene imposta né dal diritto internazionale, né dal diritto dell'Unione europea. Ciò nonostante, abbiamo evidenziato la progressiva tendenza all'affermazione di alcuni limiti rispetto alla libertà statale in materia. Tale tendenza ha come conseguenza che la naturalizzazione possa essere concepita sempre meno come privilegio attribuito dallo Stato a favore di determinati stranieri. Sono infatti sempre più numerose le condizioni che i singoli Stati si trovano a dover rispettare a fronte di diritti che l'ordinamento internazionale e, a livello regionale, quello europeo, assicurano all'individuo.

La definizione dei criteri in base ai quali consentire la naturalizzazione è legata a scelte di carattere politico, visto che produce dirette conseguenze sulla composizione della comunità stanziata sul territorio statale. Si tratta, in ultima istanza, di una questione intimamente connessa al modo con cui lo Stato intende esercitare la propria sovranità.

È indubbio, peraltro, che quanto più l'interessato abbia maturato un forte collegamento con la comunità territoriale, tanto meno si giustificano scelte statali che definiscano in modo restrittivo le condizioni per l'acquisto della cittadinanza per naturalizzazione.

ABSTRACT

*Naturalisation:
In Search of a Common Definition*

The difficulties faced when attempting to identify a common notion of naturalisation are due to the States' discretion in establishing the criteria needed to acquire (or lose) their nationality. Indeed, neither International nor European Union law sets uniform rules on it. Nonetheless, the analysis carried out by this contribution has made it possible to identify some common conditions that often occur in national policies on naturalisation. In addition, data retrieved from States' practices have been examined in light of the limits imposed on countries' discretion by International and EU law. Although the definition of the criteria chosen for the granting of nationality by naturalisation is linked to political choices, it is clear, based upon State practice, that the more the person concerned develops a strong connection with the community of the host State, the less justified are State choices that narrowly define the conditions for acquiring nationality by naturalisation.

L'EREDITÀ DI PAPA BENEDETTO XV PER IL DIRITTO INTERNAZIONALE E IL NUOVO DIBATTITO SULLA “GUERRA GIUSTA”

ALESSANDRA PIETROBON

SOMMARIO. 1. Introduzione – 2. Il divieto di uso della forza, secondo la Carta delle Nazioni Unite – 3. Il diritto precedente la Carta: lo *ius ad bellum* e il concetto di guerra giusta - 4. La posizione internazionale del Vaticano all'epoca della prima guerra mondiale – 5. La presa di posizione di Benedetto XV nella Nota del 1917: la condanna dell'*inutile strage* – 6. Il piano di pace e le reazioni dei belligeranti – 7. L'opera di Benedetto XV in campo umanitario – 8. Conclusioni: l'eredità di Benedetto XV per il diritto internazionale e per la pace.

1. Per una singolare coincidenza, il centenario della scomparsa di Benedetto XV, il Papa della prima guerra mondiale, ricorre proprio in questo 2022, che vede deflagrare in Europa un nuovo, aspro conflitto. Circa un secolo fa, Benedetto XV fu autore instancabile di molteplici iniziative vuoi per l'assistenza umanitaria, vuoi per favorire un accordo di pace: iniziative che rivelano una visione giuridica degli avvenimenti e delle loro conseguenze che anticipava concezioni che solo molti anni dopo sarebbero divenute la base portante del diritto internazionale. In particolare, come si vedrà, il Papa già allora aveva voluto abbandonare il concetto di guerra giusta: lo stesso che ora, invece, torna impropriamente ad affiorare con riferimento al conflitto in corso.

La guerra in Ucraina ha colto l'Europa di sorpresa, dopo decenni di stabilità. I precedenti conflitti degli anni '90, nella ex Jugoslavia, avevano avuto origine dalle istanze secessionistiche verso uno Stato unitario, nascendo dunque come conflitti interni, ciascuno con origini antiche e complesse, che pochi furono in grado allora di capire a fondo¹. La guerra in Ucraina, invece, rappresenta il clamoroso ripetersi una vicenda di aggressione ed occupazione di uno Stato sovrano, da parte di una delle maggiori potenze europee e, inevitabilmente, ricorda gli eventi che scatenarono la seconda guerra mondiale. Si dice quindi che la Russia abbia riportato indietro gli orologi della storia, facendo

¹ Fa luce un'opera recente, cfr. F. BATTISTINI, M.G. MIAN, *Maledetta Sarajevo*, Neri Pozza, 2022.

riemergere non solo ambizioni politiche, ma anche strategie militari che si credevano obsolete². Gli storici potranno nel tempo approfondire e valutare queste analisi.

Per il diritto internazionale, al contrario, una valutazione può già darsi, perché “riportare indietro gli orologi” non è possibile, vale a dire che non possono valere, nell’esame della crisi in corso, paragoni o richiami a concetti che il diritto attuale ha superato. L’analisi giuridica della vicenda non può e non deve prescindere dalle norme del diritto internazionale odierno. Il fatto che vi sia stata un’aggressione all’Ucraina da parte della Russia appare evidente e configura la fattispecie più grave di violazione del divieto di uso della forza, come sancito oggi da una norma di *ius cogens*. La violazione, che si produce *erga omnes*, comporta non solo la responsabilità dello Stato autore ma anche implica la responsabilità sul piano penale degli individui. Non dimeno, il Governo russo qualifica la propria iniziativa come una *operazione militare speciale*, a suo dire inevitabile, in primo luogo per garantire la difesa della Russia stessa dal pericolo costituito dal possibile allargamento della Nato all’Ucraina.

Mentre i mezzi di informazione e l’opinione pubblica alimentano un dibattito piuttosto confuso, emergono per contrasto la lungimiranza e la profondità del pensiero di Benedetto XV, Papa giurista per formazione ed esperto diplomatico. Colpisce come già allora il Papa avesse delineato con chiarezza principi fondamentali che il diritto internazionale, in seguito, ha pienamente accolto e che oggi tuttavia sembrano messi in discussione. Per comprendere la rilevanza del pensiero di Benedetto XV, è utile rivedere i caratteri del diritto internazionale della sua epoca, dopo aver richiamato brevemente i fondamenti del sistema attuale, basato sulla Carta delle Nazioni Unite.

2. L’art. 2.4 della Carta delle NU sancisce il divieto della minaccia e dell’uso della forza nelle relazioni internazionali, con una norma di portata senza precedenti. Non erano mancati accordi con cui gli Stati parte si impegnavano a porre limiti alla guerra, ma secondo modalità ancora lontane dal configurare un divieto generale quale quello

² Cfr., ad esempio, *Il fatto Quotidiano*, 24 febbraio 2022, (G. GRAMAGLIA), *Ucraina: svegliarsi nell’Europa del 1939 sembra inspiegabile, sotto ci deve essere dell’altro*, disponibile in <https://www.ilfattoquotidiano.it/2022/02/24/ucraina-svegliarsi-nelleuropa-del-1939-sembrano-inspiegabile-sotto-ci-deve-essere-dellaltro/6506254/>; *BBC News*, June 2022 *As it happened: Conflict in Ukraine Settling into ‘WWI-Style Trench Warfare’*, in <https://www.bbc.com/news/live/world-europe-61701807>.

previsto dalla Carta delle NU³. L'art. 2.4, infatti, non vieta solo la guerra ma ogni uso della forza, escludendo quindi anche la liceità delle misure cd. *short of war* (rappresaglie armate, intervento in territorio straniero, blocco navale). Il nuovo divieto prende origine da una norma pattizia e, pertanto, inizialmente vincola solo gli Stati membri delle NU e a questi, peraltro, la stessa Carta ancora consentiva di derogare al divieto per il caso in cui gli Stati ex nemici – ancora estranei all'ONU – avessero ripreso una politica di aggressione, utilizzando per primi la forza militare. L'Organizzazione si impegna a fare in modo che anche gli Stati non membri agiscano in conformità alla Carta «per quanto possa essere necessario per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale» (art. 2.6). E nel 1986, nella sentenza *Nicaragua c. Stati Uniti*, la Corte internazionale di giustizia accerta che al divieto di uso della forza può finalmente riconoscersi una natura consuetudinaria, ravvisando la tenuta dell'*opinio iuris* non tanto nella mancanza totale di violazioni, quanto nel fatto che gli Stati, ove agiscano in violazione dell'art. 2.4, usano addurre giustificazioni riconducibili alle eccezioni ammesse nel sistema delineato dalla Carta stessa, così confermando l'esistenza del divieto⁴. La norma, rileva la Corte, ha anzi acquisito carattere di *ius cogens*, quanto meno per la parte in cui vieta la fattispecie più grave di uso della forza, vale a dire l'aggressione⁵.

In questo nuovo sistema, dunque, non vi è spazio per alcun ricorso unilaterale all'uso della forza. Questo può essere deciso solo a livello multilaterale, da una risoluzione Consiglio di sicurezza delle NU, nell'ambito del sistema di sicurezza collettiva creato dalla Carta. Lo stesso Consiglio, peraltro, non potrebbe autorizzare un uso della forza in contrasto con lo *ius cogens*⁶. Resta impregiudicato il diritto naturale alla legittima difesa, dalla Carta definito anzi *inherent right* con il più efficace termine inglese, che lascia intuire come la capacità di difesa della propria indipendenza sia carattere strutturale alla stessa

³ Si pensi, in particolare, alla Convenzione sulla limitazione dell'uso della forza per il recupero di debiti contrattuali del 1907, allo Statuto della Società delle Nazioni del 1919, al Patto Kellogg-Briand del 1928: i testi si leggono in M.L. PICCHIO FORLATI (a cura di), *Le Nazioni Unite*, Torino, 1998.

⁴ Vale a dire, adducendo ragioni di legittima difesa o sostenendo di avere agito in presenza di un consenso dell'avente diritto; cfr. ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Merits*, Nicaragua v. United States, Judgement of 27 June 1986, in *ICJ Reports*, 1986, par. 186.

⁵ *Ivi*, par. 190 ss.

⁶ Sui limiti strutturali all'azione delle stesse NU, cfr. M.L. PICCHIO FORLATI, *Introduzione*, in M.L. PICCHIO FORLATI (a cura di), *Le Nazioni Unite* cit., 50 ss.

nozione di Stato nel senso del diritto internazionale. Uno Stato che sia tale deve potersi immediatamente difendere un attacco armato in corso, senza attendere alcuna autorizzazione, ma l'art. 51 prevede che l'autodifesa possa esplicitarsi anche in forma collettiva, ammettendo così l'uso della forza da parte di alleati dello Stato aggredito, ai quali quest'ultimo richieda aiuto. In questo panorama, poiché la legittima difesa resta l'unica giustificazione possibile per un uso unilaterale della forza, non stupisce che gli Stati cerchino di ampliare la portata dell'eccezione al divieto, con un'interpretazione che va ben oltre il testo letterale dell'art. 51, in cui si ammette esplicitamente solo la reazione ad un attacco armato⁷. Non a caso, varie dichiarazioni russe reclamano ragioni di legittima difesa: giustificazione che – seguendo il ragionamento della Corte nel caso *Nicaragua c. Stati Uniti* – potrebbe pur sempre indicare una volontà di agire comunque all'interno del sistema della Carta⁸. Tuttavia, pare si evidenzi soltanto la spregiudicatezza nell'interpretazione del concetto, benché in sé piuttosto duttile, di legittima difesa⁹.

Per effetto del divieto di uso della forza, scompare lo *ius ad bellum* – ovvero il diritto di ciascuno Stato di intraprendere una guerra – e si elimina pure, di conseguenza, la possibilità di acquisizioni territoriali che abbiano titolo in una conquista, in quanto questa altro non potrebbe essere se non conseguenza di un uso illegittimo della forza. Corollario è il divieto di riconoscimento – da parte degli Stati terzi – di eventuali acquisizioni territoriali derivanti da un uso della forza in violazione dell'art. 2.4. Basterà qui ricordare l'esempio

⁷ Non è possibile in questa sede un esame della prassi molto varia in cui si è invocata la legittima difesa per iniziare operazioni militari quando in realtà non vi era stato un attacco armato. Il problema è naturalmente quello della legittima difesa preventiva, o meglio di quanto questa possa anticipare un temuto attacco. Per una panoramica sulla prassi degli Stati cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2021, 34 ss., per approfondimenti, cfr. P. PICONE, *L'insostenibile leggerezza dell'art. 51 della carta dell'ONU*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, 7 ss.

⁸ Ad esempio, cfr. *Operation in Ukraine stems from Russia's right to self-defense — Putin*, in <https://tass.com/politics/1467385>.

⁹ È comprensibile che il possibile allargamento della Nato ad includere l'Ucraina possa costituire una preoccupazione per la Russia, ma è pure chiaro come non sia possibile ricavarne una minaccia attuale o imminente, tale appunto da giustificare la legittima difesa, fosse pure preventiva, anche nell'accezione più ampia finora reclamata. Al momento dell'invasione, l'ingresso dell'Ucraina nella Nato era ancora solo un'ipotesi, non vi erano installazioni militari occidentali nel territorio del paese, meno che mai la parvenza di un attacco imminente alla Russia. In ogni caso, la legittima difesa comunque va condotta entro i limiti della necessità e della proporzionalità, tali da non poter giustificare le gravi violazioni del diritto umanitario ora riportate quasi quotidianamente.

dell'occupazione e conseguente annessione del Kuwait, da parte dell'Iraq, nel 1990. Il Consiglio di sicurezza chiese il ritiro immediato delle truppe irachene, dicendosi determinato a ripristinare il Governo legittimo del Kuwait e precisando che «the annexation of Kuwait by Iraq under any form and whatever pretext has no legal validity, and is considered *null and void*». Di qui, l'invito agli Stati e alle organizzazioni internazionali a non riconoscere l'annessione e ad astenersi «from any action or dealing that might be interpreted as an indirect recognition of the annexation»¹⁰.

3. Prima della entrata in vigore della Carta delle NU, l'uso della forza era opzione giuridicamente praticabile non solo per la legittima difesa, ma per la tutela di interessi di vario tipo così come per la soluzione delle controversie internazionali. La decisione di ricorrere alle armi era di pertinenza esclusiva di ciascuno Stato sovrano, benché i frequenti trattati di alleanza potessero impegnare le parti ad entrare in guerra a fianco dei Paesi vincolati dallo stesso patto e non solo per motivi di difesa congiunta in caso di attacco, ma anche per mantenere specifici equilibri di forze fra le potenze. Gli effetti dell'operare di queste alleanze potevano essere disastrosi, basti ricordare come la Triplice Alleanza e la Triplice Intesa siano state fra i meccanismi di innesco del primo conflitto di dimensione mondiale¹¹.

Le misure *short of war* appartenevano alla normalità delle relazioni internazionali. Nel non molto lontano 1902 l'Italia decide, con altre Potenze europee, il blocco navale delle coste del Venezuela, al solo scopo di indurre quest'ultimo a pagare dei risarcimenti¹². Non

¹⁰ UN S/RES 662 (1990) del 9 agosto 1990 (on Iraqi annexation of Kuwait).

¹¹ «[O]gni membro delle due coalizioni era in condizioni non solo di iniziare una guerra, ma anche di ricattare gli alleati perché intervenissero in suo aiuto»: cfr. H. A. KISSINGER, *L'arte della diplomazia*, Milano, 2004, 145. Nell'analisi delle cause del conflitto, l'Autore osserva, con riferimento agli Stati europei: [i] capi delle principali nazioni non afferravano le implicazioni della tecnologia a loro disposizione o delle coalizioni che stavano costruendo febbrilmente. Sembravano disinformati delle enormi perdite dell'ancor relativamente recente guerra di secessione americana e si attendevano un conflitto breve e decisivo. Non ebbero mai il sospetto che la mancata corrispondenza delle alleanze a obiettivi politici razionali avrebbe avuto come conseguenza la distruzione delle civiltà in cui vivevano. Ciascuna coalizione aveva in gioco una posta troppo alta per consentire che funzionasse il tradizionale Concerto d'Europa. Le grandi potenze riuscirono a creare un meccanismo diplomatico apocalittico, senza esserne consapevoli»: *ivi*, 147.

¹² All'epoca, rivolte e conflitti interni nel Venezuela avevano causato ingenti danni ai cittadini stranieri *ivi* residenti, i cui Stati di nazionalità pretendevano adeguati risarcimenti. Non trovando riscontro alcuno, il Regno Unito, presto affiancato da Germania e Italia, decide il

quindi per ragioni di difesa o per la tutela di asseriti interessi superiori, ma per un mero recupero crediti. L'arbitrato che segue, per di più, assegna ai Paesi partecipanti al blocco una posizione di creditori privilegiati nei confronti del Venezuela, allora in *default*. L'uso della forza, quindi, non solo non è considerato con sfavore dagli arbitri, ma addirittura fonda il buon diritto degli Stati partecipanti al blocco alla soddisfazione del proprio credito con precedenza sugli altri Stati creditori, quasi a premiare una maggiore "diligenza" dei primi¹³.

L'occupazione e la conseguente annessione potevano costituire valido titolo giuridico per l'acquisizione di nuovi territori. Meno di cento anni fa, la guerra italiana di aggressione all'Etiopia, iniziata ai primi di ottobre del 1935 porta – il 9 maggio 1936 – al riconoscimento dell'annessione di quel Paese all'Italia¹⁴. Questo, nonostante le sanzioni prontamente adottate dalla Società delle Nazioni, di fatto non adeguate a scoraggiare il proseguimento della campagna militare italiana¹⁵. L'analisi storica ritiene che la reazione da parte della Società delle Nazioni – "clamorosa nella forma" ma "blanda nella sostanza" – fosse dovuta solo al fatto che l'Etiopia era anch'essa Stato membro della stessa Società. Se così non fosse stato – si osserva – l'iniziativa italiana sarebbe stata probabilmente tollerata dalle altre potenze europee: «[i]n altri termini, l'aggressione italiana *non era considerata come un atto brutalmente contrario alle regole del diritto internazionale*»¹⁶.

In questo scenario non vi erano dunque norme giuridiche a fissare limiti al ricorso alle armi. Tuttavia, da un punto di vista politico, si dibatteva comunque circa le condizioni in cui il ricorso alla guerra potesse considerarsi moralmente "giusto". Filosofi e giuristi argomentavano sulla questione, non escludendo che anche lo scatenare un con-

blocco navale (sul caso, cfr. A. PIETROBON, *Il giudizio nell'arbitrato fra Stati*, Napoli, 2016, 43 ss.).

¹³ Cfr. PCA, *The Venezuelan Preferential Case* (Germany, Great Britain, Italy et al.), 22 febbraio 1904, in *RIAA*, IX, 99 ss.

¹⁴ La conquista dell'Etiopia non portava vantaggi concreti immediati all'Italia, ma solo "effetti di immagine". Per Mussolini «la conquista dell'impero esprimeva in concreto quella parità effettiva nel sistema delle grandi potenze, che sino allora l'Italia aveva cercato di ottenere grazie alle arti della diplomazia»: cfr. E. DI NOLFO, *Storia delle relazioni internazionali. Dal 1918 ai giorni nostri*, Bari, 2008, 190.

¹⁵ L'Etiopia era anch'essa uno Stato membro della Società delle Nazioni e il Consiglio seguì il suo appello a colpire l'Italia con sanzioni economiche. Queste tuttavia non comprendevano le forniture di materiali strategici, fra i quali ferro, acciaio, rame, zinco e petrolio, la cui mancanza da sola avrebbe potuto determinare l'interruzione dell'impresa italiana. Per di più, il Regno Unito ritenne di non chiudere il canale di Suez alle navi italiane: *ivi*, 194.

¹⁶ *Ibidem*, corsivo aggiunto.

flitto armato o, come si è visto, intraprendere una vera e propria guerra di conquista, potesse essere "giusto"¹⁷. Le ragioni della guerra erano poi considerate altro dai motivi contingenti per i quali essa veniva intrapresa: i motivi (o pretesti) non giustificabili rendevano ingiusta anche una guerra in sé giusta¹⁸.

Al di là delle dissertazioni teoriche, è interessante considerare la prassi, che testimonia quali fossero in concreto le ragioni addotte per il ricorso alle armi. Una recente ricerca ha raccolto i proclami o manifesti con cui i sovrani, nel corso dei secoli, giustificavano la decisione di intraprendere una guerra, che ciascuno voleva presentare come voluta per sanare qualche ingiustizia. Questi documenti, veri e propri strumenti della propaganda bellica, indicano come il ricorso alle armi, benché non vietato o limitato dal diritto internazionale, dovesse pur sempre venire adeguatamente motivato, per una serie di buone ragioni molto pratiche. Innanzitutto, il sovrano che decideva di muovere guerra ben sapeva di dover privare le famiglie, i campi, le botteghe e le fabbriche di uomini e forza lavoro per molto tempo. Era quindi necessario giustificare ai sudditi il sacrificio richiesto e motivare i soldati, adducendo ragioni effettivamente convincenti. Sulla scena internazionale, i manifesti dovevano persuadere gli altri Stati della fondatezza e ragionevolezza della guerra, in modo che eventuali partner, tenuti ad unirsi allo sforzo militare grazie all'operare di trattati di alleanza, potessero essere convinti della non futilità dell'operazione. *Last but not least*, le banche dovevano poter valutare le ragioni dell'impresa bellica, prima di concedere eventuali finanziamenti, dal momento non

¹⁷ La dottrina della guerra giusta è sviluppata dai filosofi cristiani del Medio Evo. Secondo San Tommaso d'Aquino, ad esempio, la guerra è *giusta* se ricorrono alcune condizioni: che sia iniziata da un'autorità pubblica, per la cura della cosa pubblica, che sia dovuta ad una causa giusta, che corrisponda all'intenzione di "perseguire il bene o evitare il male": cfr. P. PORRO, *Tommaso d'Aquino. Un profilo storico-filosofico*, Carrocci, Roma, 2019, 356. Sulla concezione della guerra come *iuris executio*, cfr. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, 279 ss. Anche ai giorni nostri, peraltro, i più recenti conflitti (il conflitto in Palestina, la guerra del Golfo, gli interventi in Kosovo e Iraq) vengono esaminati alla luce di un concetto di guerra giusta: cfr. M. WALZER, *Sulla guerra*, Laterza, Bari, 2004; dello stesso Autore, cfr. anche *Just and Unjust Wars*, 2 ed., Harper Collins, New York, 1992.

¹⁸ In materia, per tutti cfr. M. DE VATEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, vol. III, (tome 22), Paris, 1820, 140 ss. I motivi del ricorso alla guerra potevano essere genuini (*honnêtes et loables*) o pretestuosi (*vicieux*): i primi consistevano nel proposito del sovrano di fare il bene dello Stato e dei suoi cittadini, gli altri erano invece quelli suggeriti «par la violence des passion. Tel sont l'orgueilleux désir de commander, l'ostentation des ses forces, la soif des richesses, l'avidité des conquêtes, la haine, la vengeance», *ivi*, 144.

sempre i sovrani, anche i più potenti, potevano permettersi con le sole casse dello Stato di affrontare il peso economico di anni di guerra.

La ricerca dimostra come la ragione più frequente fosse anche allora la legittima difesa ma, accanto a questa, diversi altri risultano i possibili fondamenti dello *ius ad bellum*: in primo luogo, la necessità di far rispettare i trattati, o di reagire a violazioni della legge di guerra o del diritto delle nazioni. A fianco, anche ragioni non necessariamente formulate in chiave giuridica, ma politica: quali l'esigenza di fermare chi svolgesse equilibri di potere costituiti, la protezione delle relazioni diplomatiche o, più spesso, di interessi commerciali e, non ultima, la riscossione dei crediti. Ancora, la guerra poteva essere finalizzata alla conquista dell'indipendenza o ispirata a motivazioni di carattere umanitario, dal bisogno di proteggere la libertà religiosa di un popolo, o dalla necessità di difendere la "vera" religione o di tutelare i missionari in terre inospitali¹⁹.

Solo in questo scenario del passato, dunque, potrebbero collocarsi le giustificazioni inizialmente addotte dalla Russia per la propria "operazione militare speciale", che fanno riferimento, ad esempio, alla necessità di proteggere i diritti delle minoranze russe in Ucraina, o di favorire l'indipendenza del Donetsk e di Lugansk, i territori da queste abitati²⁰.

4. All'epoca della prima guerra mondiale, la questione romana era aperta, il Vaticano non aveva rapporti ufficiali con il Governo italiano e la situazione non era migliore con i maggiori Stati europei. Con la Francia, ad esempio, le relazioni diplomatiche erano state interrotte dopo l'abrogazione unilaterale del Concordato e l'approvazione, nel 1905, di ampie riforme basate su di un principio di separazione fra Stato e Chiesa, riforme che avevano rafforzato il carattere laico delle istituzioni e decretato l'espropriazione di molti beni ecclesiastici²¹. Con i Paesi Bassi, la Santa Sede aveva rotto da anni le rela-

¹⁹ Cfr. O.A. HATHAWAY, S.J. SHAPIRO, *Gli internazionalisti. Come il progetto di bandire la guerra ha cambiato il mondo*, Neri Pozza, Vicenza, 2018, 76.

²⁰ Per una sintesi delle posizioni del Governo russo, cfr. A. SPAGNOLO, *Prime considerazioni sul tentativo russo di giustificare l'intervento in Ucraina*, in *SIDI Blog*, <http://www.sidiblog.org/2022/02/25/prime-considerazioni-sul-tentativo-della-russia-di-justificare-lintervento-armato-in-ucraina/>.

²¹ A ciò si aggiungeva il grave affronto, da parte del Presidente francese, che nel 1904 era giunto a Roma in visita ufficiale al Quirinale, cosa che veniva dal Vaticano vietata ai Capi di Stato cattolici: per maggiori dettagli sulle relazioni internazionali della Santa Sede all'epoca, cfr. J. POLLARD, *The Papacy in the Age of Totalitarianism, 1914-1958*, Oxford, 2014, 18 ss.

zioni diplomatiche in conseguenza del rifiuto, da parte del Governo di quel Paese, di ammettere la partecipazione di un delegato pontificio alla Conferenza di Pace dell’Aja del 1899. Con Paesi prevalentemente protestanti come il Regno Unito e gli Stati Uniti, non vi erano ancora mai state vere e proprie relazioni diplomatiche, mentre la Germania e la Russia avevano dei semplici delegati in Vaticano, nell’interesse delle proprie minoranze cattoliche, senza che vi fosse però un nunzio apostolico a Berlino o a San Pietroburgo. Fra le maggiori potenze dell’epoca, solo l’Austria Ungheria aveva relazioni ufficiali costanti con la Santa Sede. L’imperatore Francesco Giuseppe, anzi, aveva inciso in modo determinante sull’elezione di Pio X – il predecessore di Benedetto XV – esercitando un diritto attribuitogli dal concordato con l’Austria che gli consentiva sostanzialmente di porre un veto a candidature papali non gradite²².

Durante la crisi del luglio 1914, con Pio X, il Vaticano mantiene un atteggiamento distaccato: al punto che la diplomazia vaticana è descritta come “passiva, impotente ed irrilevante”²³. Difficilmente, del resto, avrebbe potuto essere altrimenti visto il basso profilo – di cui si è detto poc’anzi – delle relazioni della Santa Sede con i principali Paesi coinvolti.

Dopo la morte di Pio X, nell’agosto 1914, il conclave si svolge mentre la guerra è ormai in corso e si conclude il 3 settembre, con l’elezione di Giacomo della Chiesa, che diviene Papa Benedetto XV. L’atteggiamento del nuovo Papa è da subito radicalmente diverso, egli è sinceramente determinato a prodigarsi per far cessare il conflitto che peraltro, all’epoca della sua elezione, ancora si crede destinato a durare pochi mesi. La prima enciclica *Ad Beatissimi*, del 1° novembre 1914, tratta inevitabilmente il tema della guerra, ma ancora in termini prettamente religiosi: le cause del conflitto sono individuate nella debolezza dei quattro pilastri che dovrebbero guidare la società, vale a dire «l’amore mutuo, la giustizia, il rispetto per l’autorità, la spirituali-

²² Cfr. J. POLLARD, *The Papacy* cit., 18. Il risultato del conclave incide di riflesso sulla carriera del giovane Giacomo Della Chiesa, che era uno stretto collaboratore di Rampolla – il candidato sconfitto – presso la Segreteria di Stato vaticana. Egli viene quindi allontanato da questo incarico e nominato arcivescovo di Bologna. Sarà poi lo stesso Pio X ad abolire il diritto di veto.

²³ Cfr. J. POLLARD, *The Papacy* cit., 28. L’Autore osserva che «not since the death of Pius IX in 1878 had the Catholic Church possessed so little influence on the international scene as in the summer of 1914».

tà»²⁴. Non vi sono ancora valutazioni o concrete proposte politiche, bensì un evangelico invito a negoziare e ripristinare al più presto la pace. La lettura politica del documento, tuttavia, è inevitabile e molte reazioni non sono favorevoli: in particolare, si critica la mancanza di una condanna all'invasione del Belgio, cosa che a molti appare indizio di un favore del Papa per la parte degli Imperi centrali²⁵.

Il Papa lavora per scongiurare l'entrata in guerra dell'Italia. Con un'iniziativa autonoma, cerca fino all'ultimo di convincere l'Austria a cedere il Trentino all'Italia, sperando che ciò basti ad assicurare la neutralità italiana. Questo tentativo peraltro, oltre alle obiezioni di Francesco Giuseppe, incontra anche la ottusa diffidenza di Salandra e Sonnino, che decidono infine l'entrata in guerra dell'Italia a fianco dell'Intesa, nel maggio 1915²⁶.

5. Cosa non comune per un Papa, Giacomo Della Chiesa non ha una formazione esclusivamente in materia teologica ma, per desiderio del padre, prima dell'ordinazione sacerdotale consegue la laurea in giurisprudenza nella laica Regia Università di Genova. In seguito, a Roma, ottiene il dottorato in *utroque iure*²⁷. Durante il pontificato di Leone XIII, Della Chiesa segue da vicino diverse vicende internazionali, maturando un'esperienza diretta nella diplomazia, prima come assistente della nunziatura apostolica a Madrid, poi quale collaboratore del Segretario di Stato vaticano²⁸.

Questa esperienza si riflette poi, in particolare, nella lunga e meticolosa preparazione della lettera, conosciuta come Nota del 1917, ri-

²⁴ Cfr. l'analisi di C. CIRIELLO, *La prima enciclica: Ad Beatissimi*, in G. CAVAGNINI, G. GROSSI, *Benedetto XV. Papa Giacomo della Chiesa nel mondo dell'"inutile strage"*, Bologna, 2017, vol. I, 155.

²⁵ *Ivi*, 157 ss.

²⁶ Il Papa deve considerare inoltre come l'entrata in guerra dell'Italia si rifletta di fatto anche sulla posizione della Santa Sede, per maggiori approfondimenti cfr. M. CAU, *'In pro della pace'. L'azione diplomatica di Benedetto XV per scongiurare l'intervento italiano*, in G. CAVAGNINI, G. GROSSI, *Benedetto XV cit.*, 241 ss.; su come nel Governo italiano maturi la decisione di intervenire, cfr. A. VARSORI, *Radiose maggio*, Il Mulino, Bologna, 2015.

²⁷ Giacomo Della Chiesa si laurea nel 1875, mentre l'ordinazione sacerdotale avviene tre anni dopo: cfr. A. ZAMBARBIERI, *Dialettiche ai vertici: Merry del Val, Della Chiesa, Pio X (1883-1907)*, in G. CAVAGNINI, G. GROSSI, *Benedetto XV cit.*, vol. I, 72 ss.

²⁸ Occupandosi fra l'altro dei buoni uffici fra Francia e Spagna nel 1893, di una controversia fra Francia e Portogallo in materia di tariffe doganali (1894). Si ricorda inoltre un intervento di Della Chiesa all'approssimarsi della Conferenza di pace dell'Aja del 1899, in cui egli paventa la perdita di efficacia della Conferenza nel suo insieme, a motivo del rifiuto di ammettere la partecipazione della Santa Sede, importante "potenza morale": cfr. J.M. TICCHI, *Rampolla, Della Chiesa, Benedetto XV, ivi*, 87 ss.

volta «a chi tiene in mano le sorti delle Nazioni», in cui il Papa formula proposte concrete per un piano di pace, sulla base di condizioni che rendano impossibile il ripetersi di una guerra²⁹.

Il Papa esorta i Capi dei popoli in conflitto a «giungere (...) quanto prima alla cessazione di questa lotta tremenda, la quale, ogni giorno più, apparisce *inutile strage*»³⁰. Di questa lettera, il punto più noto è proprio questa definizione del conflitto come *inutile strage*. È espressione decisamente forte che peraltro oggi – e tanto più perché pronunciata da un’ autorità religiosa – potrebbe apparire scontata, forse persino banale: non lo era affatto, però, nel contesto storico-giuridico dell’epoca.

Almeno due sono le chiavi di lettura. La prima, sul piano diplomatico: il Papa è ben consapevole di come, per poter svolgere un’opera efficace in favore della pace, egli debba garantire alle parti la propria equidistanza, dichiara quindi di voler seguire «una perfetta imparzialità verso tutti i belligeranti, quale si conviene a chi è Padre comune e tutti ama con pari affetto i suoi figli». La sua principale cura – essenziale per il papa cattolico che vede schierati Paesi cattolici su fronti opposti – è proprio di individuare e proporre condizioni di pace del tutto neutrali rispetto alle posizioni delle parti. Il Papa deve saper evitare ogni espressione che possa urtare la suscettibilità dei contendenti³¹. Per questo, nella Nota non compaiono parole di condanna di singoli atti di guerra, ma solo la condanna morale della “inutile strage”, del disastro umanitario in quanto tale.

Sul piano giuridico, la definizione di “inutile strage” dice molto di più, indicando come il Papa ritenga di dover prescindere da qualsiasi valutazione del conflitto desunta da un concetto di guerra giusta. Le ragioni dell’una e dell’altra parte semplicemente non rilevano e non vanno quindi considerate. Di fronte alla gravità delle conseguenze della guerra, unico dovere dei Capi di popoli che soffrono è di riportare la pace il prima possibile. Il Papa esorta i governi ad evitare che l’Europa «così gloriosa e fiorente» corra «quasi travolta da una follia

²⁹ La Nota porta la data del 1° agosto e viene consegnata ai rappresentanti degli Stati che avevano relazioni diplomatiche con il Vaticano e poi da questi, nei giorni successivi, agli Stati che non le avevano.

³⁰ Il testo integrale della Nota, ovvero la *Lettera del Santo Padre Benedetto XV ai Capi dei popoli belligeranti* è disponibile al sito della Santa Sede, in https://www.vatican.va/content/benedict-xv/it/letters/1917/documents/hf_ben-xv_let_19170801_popoli-belligeranti.html

³¹ A. CANAVERO, *La Nota del 1917: le proposte su armamenti, arbitrati, sanzioni, danni*, in G. CAVAGNINI, G. GROSSI, *Benedetto XV* cit., 331.

universale, all'abisso, incontro ad un vero e proprio suicidio»³². Rispetto alla mentalità dell'epoca, il passo è fin troppo rilevante e infatti non verrà capito.

6. «Primieramente, il punto fondamentale deve essere che sottratti alla forza materiale delle armi la forza morale del diritto»³³.

Così la Nota introduce la parte propositiva, che sviluppa in modo coerente la premessa fondamentale, vale a dire la necessità di prescindere da ogni valutazione che riconosca carattere "giusto" alla guerra, tanto per l'uno che per l'altro schieramento. Non può esservi alcuna giusta causa per un'inutile strage. Su questa base, le posizioni dei belligeranti sono considerate come pari, a prescindere dunque dalle ragioni che li abbiano condotti alla guerra. Il piano di pace è concepito in modo da non potersi individuare alcun vincitore, non vi sono concessioni o compensazioni di sorta, i belligeranti in uguale modo devono impegnarsi a ripristinare la pace e a porre le condizioni materiali per scongiurare la possibilità di un ripetersi del conflitto.

Le acquisizioni territoriali non vengono riconosciute, i territori occupati vanno reciprocamente restituiti. Quindi, in particolare, la Germania deve provvedere alla «evacuazione totale sia del Belgio, con la garanzia della sua piena indipendenza politica, militare ed economica di fronte a qualsiasi Potenza, sia del territorio francese» e, da parte avversaria, si attende «piena restituzione delle colonie tedesche»³⁴. Anche a questo riguardo, il Papa anticipa i tempi, escludendo ogni effetto giuridico alle acquisizioni territoriali ottenute durante il conflitto: è quanto corrisponde, a ciò che in diversi termini sarà disposto molti anni dopo dal Consiglio di sicurezza, dichiarando "nulla e non avvenuta" l'annessione del Kuwait all'Iraq.

Quanto invece alle questioni territoriali che rimangono in sospeso – fra Germania e Francia, fra Austria e Italia – il Papa confida che possano essere risolte, una volta cessato il conflitto, «tenendo conto, nella misura del giusto e del possibile (...) delle aspirazioni dei popoli, e coordinando, ove occorra, i propri interessi a quelli comuni del

³² Cfr. il testo di cui *supra*, n. 29.

³³ *Ibidem*. Il Papa afferma chiaramente il suo proposito di «non contenerci sulle generali, come le circostanze ci suggerirono in passato, vogliamo ora discendere a proposte più concrete e pratiche ed invitare i Governi dei popoli belligeranti ad accordarsi sopra i seguenti punti, che sembrano dover essere i capisaldi di una pace giusta e duratura, lasciando ai medesimi Governanti di precisarli e completarli».

³⁴ *Ibidem*.

grande consorzio umano»³⁵. Si può leggere qui facilmente un annuncio del principio di autodeterminazione dei popoli, quale criterio per determinare la sistemazione delle questioni territoriali.

In merito a danni e spese di guerra, sempre assumendo come uguali le posizioni delle parti, la Nota prevede la «norma generale di una intera e reciproca condonazione», non escludendosi tuttavia la possibilità di negoziare in base a «giustizia ed equità» in relazione a situazioni specifiche.

Ma dunque, nel disegno del Papa, come potrebbero i belligeranti disporsi ad accettare queste condizioni "neutrali" che, ispirate alla urgenza di riportare la pace fra i popoli, escludono qualsiasi tipo di guadagno dallo sforzo bellico enorme già compiuto? La Nota vede oltre la conclusione del conflitto, proponendo i mezzi per tutelare la pace futura, in primo luogo realizzando una «diminuzione simultanea e reciproca degli armamenti, secondo norme e garanzie da stabilire», in modo da rendere di fatto impossibile l'accendersi di nuove guerre. Gli Stati dovrebbero limitare il proprio armamento a quanto necessario e sufficiente per mantenere l'ordine pubblico, risparmiando così ingenti risorse da destinare invece a migliorare le condizioni di vita della popolazione³⁶.

³⁵ «Lo stesso spirito di equità e di giustizia dovrà dirigere l'esame di tutte le altre questioni territoriali e politiche, nominatamente quelle relative all'assetto dell'Armenia, degli Stati Balcanici e dei paesi formanti parte dell'antico Regno di Polonia»: questo passaggio va letto anche come riferimento indiretto alla posizione della Russia, che il Papa decise di non trattare esplicitamente, data la delicata relazione della Santa Sede con quel Paese, centro della religione ortodossa, e la situazione politica generale particolarmente incerta, dopo lo scoppio della rivoluzione: sul punto cfr. R. MOROZZO DELLA ROCCA, *Santa Sede e Russia rivoluzionaria*, in *Quaderni di Scienze Politiche. Università Cattolica del Sacro Cuore*, 2018, 13 ss.

³⁶ Il tema sarà ripreso da Giovanni XXIII nell'enciclica *Pacem in terris* (testo disponibile in https://www.vatican.va/content/john-xxiii/it/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html) in cui il Papa avverte dei pericoli della politica della deterrenza e degli armamenti nucleari. Ancor oggi, come è noto, un obbligo di disarmo effettivo esiste solo per le armi chimiche e biologiche, mentre l'articolo VI del trattato di non proliferazione nucleare resta quasi del tutto inoperante, nonostante il valore ad esso attribuito dalla Corte internazionale di giustizia, nel parere del 1996. La necessità di limitare gli armamenti, per destinare invece le risorse al benessere della popolazione, non si è tradotta mai in norme internazionali pertinenti, con cui gli Stati decidano di auto-limitare il proprio livello di armamenti. Invece, una posizione comune dell'Unione Europea indica, fra i criteri per il rilascio dell'autorizzazione all'esportazione di armi e materiali di armamento dagli Stati membri verso Paesi terzi, la necessità di tener conto che i Paesi da cui proviene la domanda "dovrebbero essere in grado di soddisfare le loro legittime esigenze in materia di difesa con una diversione minima di risorse umane ed economiche per gli armamenti": cfr. Posizione comune 2008/944 PESC, del Consiglio, dell'8 dicembre 2008, *che definisce norme per il controllo delle esportazioni di tecnologia e attrezzature militari*, in *GU L 335* del 13 dicembre 2008. Peraltro, la Relazione annuale del Consiglio sull'applicazione della posizione comune dimostra che le

Le controversie internazionali dovranno essere affidate all'arbitrato, prevedendo sanzioni per lo Stato che rifiutasse di farlo o non si adeguasse ad una sentenza, come verrà poi previsto nello Statuto della Società delle Nazioni. Vi è di più: una volta stabilito in tal modo "l'impero del diritto", l'assenza di conflitti potrà garantire una ripresa delle relazioni e il consolidamento dei commerci internazionali, in modo da realizzare migliori opportunità economiche e prosperità per tutte le nazioni. A questo fine, il Papa propone che «si tolga ogni ostacolo alle vie di comunicazione dei popoli con la vera libertà e comunanza dei mari». La costruzione di questo nuovo ordine mondiale dovrebbe essere il valore inestimabile che potrà compensare le parti di una conclusione della guerra senza guadagno alcuno, senza vincitori né vinti.

Nel breve testo già si possono cogliere gli spunti per lo sviluppo dei principi che guideranno l'evoluzione del diritto internazionale. Ma, all'epoca, quali esiti sortì la nota? Una parte dell'opinione pubblica saluta con entusiasmo e speranza l'iniziativa del Papa, ma le reazioni delle cancellerie sono di «indifferenza, cortese rifiuto o irritazione»³⁷. Lo sguardo dei belligeranti non è ad un futuro migliore, ma alle ragioni contingenti della guerra. La risposta del presidente americano Wilson – che sostanzialmente esprime all'epoca la posizione degli alleati – è tale da non lasciare spazio a ulteriori negoziati: la proposta del Papa non può essere considerata, semplicemente perché non è possibile avere fiducia nella Germania: «[w]e cannot take the word of the present rulers of Germany as a guarantee of any thing that is to endure». E Benedetto XV ricorderà il ricevere questa risposta come il momento più amaro della sua vita³⁸.

Francia e Italia non rispondono nemmeno, ma la valutazione negativa viene espressa dai Ministri degli Esteri, nel commentare

esportazioni di armi verso i Paesi terzi sono cospicue, anche verso Paesi poveri o in via di sviluppo (cfr. A. PIETROBON, *Il ruolo delle armi e della presenza militare nella proiezione esterna dell'Europa di oggi*, in R. PETRI – M.L. PICCHIO FORLATI, a cura di, *L'Europa a cent'anni dalla prima guerra mondiale. Storia, politica, diritto*, Torino, 2020, 141 ss.

³⁷ Un resoconto dell'epoca, dalla diocesi di Padova, narra che «il giorno dell'Assunta sembrava un delirio, specie fra i militari (...) non solo si gridava viva il papa viva la pace, ma i graduati pubblicamente si abbracciavano, si baciavano, quasi fossero per congedarsi quella sera»: cfr. G. CAVAGNINI, *L'episcopato italiano e francese davanti alla Nota del 1917*, in G. CAVAGNINI, G. GROSSI, *Benedetto XV cit.*, vol. I, 359. Per converso, a Parigi suscita l'entusiasmo dei presenti il sacerdote che dal pulpito dichiara «Santo Padre, noi non vogliamo la vostra pace»: cfr. J. POLLARD, *The Papacy in the Age of Totalitarianism, 1914-1958*, Oxford, 2014, 67.

³⁸ *Ibidem*.

l'iniziativa papale di fronte al proprio Parlamento. In verità, in questi Paesi non si attenua il sospetto che il Papa voglia fare gli interessi degli Imperi centrali.³⁹ In Italia, Sonnino sottolinea come non si possa presentare al popolo italiano una pace senza esito positivo, senza il ritorno delle terre irredente, senza alcun guadagno dopo che lo si era convinto della necessità della guerra e dei conseguenti, immani sacrifici. In seguito, al Papa si addebiterà di aver influito in modo negativo sulla determinazione al combattimento e sul morale delle truppe, tanto da aver addirittura contribuito, tramite la sua Nota, alla disfatta di Caporetto⁴⁰.

8. Gli storici evidenziano oggi il lavoro incessante di Benedetto XV, la sua tenace, ostinata determinazione a fare tutto quanto possibile per i popoli colpiti dalla guerra⁴¹. Benedetto XV volle anche affrontare in modo concreto la questione armena, denunciando pubblicamente le persecuzioni in corso da parte della Turchia, a difesa di tutta la popolazione armena, non solo di quella cristiana. Sono documentati al riguardo molteplici interventi personali ufficiali del Papa, presso il Sultano Mehemed V Reshad⁴².

Durante tutta la guerra promuove iniziative umanitarie concrete, in modo incessante, iniziative destinate a migliorare la condizione dei combattenti e delle famiglie o dei civili sulla base di un principio di non discriminazione e, in particolare, senza distinzione di religione⁴³. Si deve alla diplomazia vaticana la realizzazione della possibilità per i feriti più gravi di ciascuna delle parti del conflitto di venire portati e curati in ospedali in Svizzera, paese neutrale.⁴⁴ Anche in questo caso

³⁹ Tanto che Benedetto XV veniva chiamato "il Papa tedesco" (*ivi*, 68) o anche... "Maledetto XV": cfr. X. BONIFACE, *La Nota dell'1 agosto 1917 e il suo fallimento*, in G. CAVAGNINI, G. GROSSI, *Benedetto XV* cit., 366. Non è possibile in questa sede illustrare le complesse ragioni per cui la proposta del Papa viene infine respinta da tutti i Governi interessati. Per l'Italia, pesa sicuramente la questione delle terre irredente, cui non si vuole rinunciare, ma anche il fatto che Sonnino non vuole veder rafforzato il ruolo del Papa sulla scena internazionale, in particolare per evitare che la Santa Sede possa, finita la guerra, partecipare alla negoziazione dei trattati di pace, cosa che l'Italia aveva voluto escludere nel Patto di Londra: *ivi*, 66, S. MARCHISIO, *La mancata revisione del Patto di Londra (luglio 1918)*, *ivi*, 1003 ss.

⁴⁰ Cfr. J. POLLARD, *The Papacy* cit., 70.

⁴¹ J. POLLARD (*The Papacy* cit., 37) parla di «sheer dogged persistence (...) so impressive».

⁴² Cfr. G.H. RUYSSSEN, *Benedetto XV e la questione armena*, in G. CAVAGNINI, G. GROSSI, *Benedetto XV* cit., 271 ss.

⁴³ *Ivi*, 54 ss.

⁴⁴ Per realizzare l'iniziativa il Papa inviò in segreto un proprio messo in Svizzera, e questi ebbe dal Presidente Motta un'accoglienza e un riscontro molto favorevole: cfr. S. PICCIAREDD-

l'iniziativa del Papa anticipa i tempi: la possibilità di ricovero e cura in paesi neutrali, ancora non sancita dal diritto internazionale dell'epoca, lo sarà poi dalla III Convenzione di Ginevra del 1949⁴⁵. Il papa sorveglia sul trattamento dei prigionieri di guerra, la Segreteria di Stato vaticana con la Croce rossa organizza – a beneficio di tutte le parti belligeranti – un elaborato sistema di raccolta e diffusione di informazioni sullo stato dei soldati prigionieri o dispersi (di qualunque religione), per permettere alle famiglie di avere loro notizie⁴⁶.

Meno fortunato è il tentativo di Benedetto XV di ottenere la cessazione del blocco navale della Siria, a causa del quale la popolazione locale era vittima di una grave carestia. Le potenze belligeranti non vollero accogliere l'invito del Papa, né concedere alla nave di aiuti umanitari da lui allestita ed inviata di superare il blocco, ma l'episodio resta a testimoniare la concreta operosità del pontefice⁴⁷. Ancora, il Papa organizza l'invio di aiuti a soccorso alla popolazione del Belgio, in particolare dei bambini, durante la durissima occupazione tedesca⁴⁸. Nel 1919, il Papa appoggia ufficialmente la nascita dell'organizzazione *Save the Children* e supporta concretamente la raccolta internazionale di fondi per l'infanzia a favore, fra l'altro, dei bambini della non cattolica Russia⁴⁹. L'intento umanitario di Benedetto XV viene largamente apprezzato e riconosciuto in Oriente, tanto che ad Istanbul esiste una statua – forse l'unica – dedicata a questo Pontefice⁵⁰.

Anche grazie a queste iniziative cresce il prestigio internazionale del Vaticano e aumentano i Paesi che con esso stabiliscono regolari relazioni diplomatiche, avviando in generale un progressivo consoli-

DU, *La Svizzera neutrale: l'ospedalizzazione dei feriti e l'accredito* di Carlo Santucci, *ivi*, 313 ss.

⁴⁵ Cfr. art. 110; l'allegato 1 contiene un modello di accordo bilaterale, per la realizzazione del trasferimento e dell'ospedalizzazione dei feriti e dei malati, che ciascuno Stato belligerante può concludere con lo Stato neutrale disponibile.

⁴⁶ M. DISSEGNA, *Il Comitato internazionale della Croce rossa, il Vaticano e i prigionieri di guerra*, *ivi*, 298.

⁴⁷ F. HELLOT-BELLIER, *Il soccorso ai siriani (1916-1917): un insuccesso?* in G. CAVAGNINI, G. GROSSI, *Benedetto XV cit.*, 285 ss.

⁴⁸ Cfr. J. DE VOLDER, *Benedetto XV: il soccorso al Belgio*, *ivi*, 367 ss. L'opera umanitaria del Papa per il Belgio fu tuttavia volutamente discreta, per non contraddire la posizione di neutralità del Vaticano e solo di recente viene pienamente apprezzata.

⁴⁹ J. POLLARD, *The Papacy cit.*, 80 ss.

⁵⁰ R. MARMARA, *La statua di Benedetto XV a Istanbul. Riconoscenza dell'Oriente al papa della carità*, *ivi*, 1059 ss.

damento della posizione internazionale del Vaticano che, uscito dall'isolamento, mira ad accreditarsi come potenza morale *super partes*⁵¹.

9. Il diritto internazionale di oggi probabilmente deve a Benedetto XV più di quanto si possa pensare. In molti testi sulla prima guerra mondiale, il Papa "sconosciuto" non è neppure menzionato e, del resto, le sue iniziative poco successo hanno avuto sul piano pratico⁵². Tuttavia, benché non abbia all'epoca influito sul corso degli eventi, l'impronta di Benedetto XV sulla storia del diritto internazionale è marcata. Gli storici ritengono che il Presidente Wilson, nella definizione dei suoi 14 punti, abbia tratto ispirazione e recepito ampiamente proprio i punti salienti della Nota del 1917. Questa perciò ha infine contribuito alla stessa creazione dello Statuto della Società delle Nazioni⁵³. Rispetto a questo, peraltro, il disegno di Benedetto XV va ben oltre, anticipando i principi fondamentali che trent'anni dopo, solo a seguito di un'altra terribile guerra, saranno introdotti nel diritto internazionale dalla Carta dell'ONU⁵⁴. È dunque probabile che anche a Benedetto XV vada ascritto, in buona parte, il merito di aver dato impulso al nuovo diritto internazionale, in cui non trovano posto né il concetto di guerra giusta, né lo *ius ad bellum*⁵⁵.

Per di più, nel disegno visionario del Papa, anche l'odierna nozione di legittima difesa sarebbe destinata di fatto all'obsolescenza, dal momento che nessuno Stato potrebbe più disporre del livello di armamenti necessario a un'aggressione. Purtroppo, la proposta di un disarmo multilaterale effettivo era e rimane irrealistica. Le vicende attuali alimentano, al contrario, una tendenza generale al riarmo, già tipica di molti Stati, ma condivisa ora da altri, anche attraverso

⁵¹ Gli Stati accreditati presso la Santa Sede sono solo 12 prima della guerra, diventano 27 nel 1922: sul tema, cfr. S. SAMERSKJ, *Nuove relazioni diplomatiche e nuovi accordi concordatari in Europa*, in G. CAVAGNINI, G. GROSSI, *Benedetto XV* cit., 1019 ss.

⁵² L'espressione è di J. POLLARD, *The Unknown Pope. Benedict XV and the Pursuit of Peace (1914-1922)*, London-New York, 1999.

⁵³ Cfr. J. POLLARD, *ivi*, 67: «the famous "Fourteen points" speech made by Wilson in January 1919 was so close in content and formulation to Benedict's note that the only conclusion to be drawn is that it was heavily inspired by it»; nello stesso senso P.J. HOULIBAN, *Rimodelare i confini: l'Europa e le colonie nella Nota di pace di Benedetto XV*, in G. CAVAGNINI, G. GROSSI, *Benedetto XV* cit., 346.

⁵⁴ Lo Statuto della Società delle Nazioni ancora ammette il ricorso alle armi, nei confronti dello Stato che non si adegui alla decisione arbitrare o alla relazione del Consiglio, dopo che siano trascorsi tre mesi: cfr. art. 12.

⁵⁵ A ciò si aggiunga che, secondo un'opinione, a Benedetto XV va anche riconosciuto di aver svolto, nella sua enciclica *Pacem Dei munus*, alcune prime considerazioni in favore della realizzazione di una unione fra gli Stati europei: cfr. J. POLLARD, *The Papacy* cit., 80.

l'Unione Europea e gli impegni reciproci assunti degli Stati membri in quella sede⁵⁶.

Se la strada per il disarmo è sempre più in salita, resta comunque fermo che la possibilità di iniziare una guerra da considerarsi “giusta” non è ora contemplata dal diritto internazionale⁵⁷. In questo chiaro scenario, l'iniziativa della Russia di invadere l'Ucraina non trova una collocazione plausibile all'interno della legalità, quali che ne possano essere le ragioni: ragioni che potrebbero dunque assumere rilievo giuridico solo nell'irreale ipotesi in cui anche gli orologi del diritto internazionale potessero essere portati indietro, come si dice per quelli della storia.

Se la valutazione giuridica deve restare ferma, sul piano politico e diplomatico la piena conoscenza delle ragioni della Russia è tuttavia necessaria, se non doverosa, per chi abbia un sincero proposito di contribuire al ristabilimento della pace. Non sarà possibile arrivare ad un negoziato di pace produttivo se anche queste ragioni non saranno seriamente analizzate, pur sapendo che questo in nessun modo può equivalere ad una giustificazione dell'invasione sul piano giuridico. La situazione odierna forse non è meno complessa di quella con cui si misurava Benedetto XV e, a ben vedere, ripropone i delicati equilibri dell'Europa degli imperi e delle monarchie, in cui la sensibilità personale dei sovrani era fattore di rilievo decisivo per le relazioni internazionali. Non a caso, del resto, la Convenzione dell'Aja per la risoluzione pacifica delle controversie, conclusa nel 1907 e tuttora in vigore, affida al mediatore anche il preciso compito di “calmare i risentimenti”, cercando quindi non solo aggiustamenti pratici, ma un più profondo ristabilimento della tranquillità dei rapporti fra gli Stati⁵⁸.

⁵⁶ Nell'ambito della Cooperazione strutturata permanente in materia di difesa (PESCO), cfr. A. PIETROBON, *Il ruolo delle armi* cit., 159.

⁵⁷ A meno che non si voglia intendere per “giusto” l'uso della forza “legale,” ovvero basato su di una risoluzione del Consiglio di sicurezza delle NU: in questo caso peraltro è l'uso del termine “guerra”, come ben si sa, ad essere evitato.

⁵⁸ Precisamente, l'art. 4 prevede: «Il ruolo del mediatore consiste nel conciliare le opposte pretese e nel calmare i risentimenti che possono essersi prodotti fra gli Stati in conflitto». Secondo la Convenzione, gli Stati parte hanno il diritto di offrire agli Stati in lite i loro buoni uffici o la mediazione «nei limiti in cui le circostanze lo permettono». L'esercizio di questo diritto «non può mai essere considerato dall'una o dall'altra delle parti come atto inamichevole» (art. 3). Federazione Russa e Ucraina sono parti di questa convenzione.

ABSTRACT

*The Legacy of Pope Benedict XV to
International Law and the Renewed Issue of “Just War”*

Benedict XV was Pope during the First World War – sometimes referred to as the “Unknown Pope”. However, he worked tirelessly for the restoration of peace and assistance to the victims of the conflict. In 1917, he proposed a peace plan to the belligerent countries, that unfortunately was rejected by both sides. The plan rejected the “Just War” concept that was still a fundamental tenet of international law at that time. Historians now believe that President Woodrow Wilson was inspired by Benedict’s peace plan in elaborating his Fourteen Points. Thus, Benedict XV was ahead of his time in conceiving international law as later established by the Charter of the United Nations, banning the use of force. In the same way, his humanitarian actions protecting the prisoners of war and the wounded led to certain rules that would be later enacted by the Geneva Conventions. Surprisingly, one hundred years after the death of Benedict XV, the Just War concept is returning to the forefront in the international debate, concerning the present conflict between Russia and Ukraine.

CORTI COSTITUZIONALI, APPLICAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE E CONTROLIMITI

LEONARDO PASQUALI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Profili problematici relativi all'applicabilità del diritto UE nei singoli Stati membri in caso di contrasto con le Costituzioni nella giurisprudenza delle rispettive Corti costituzionali: gli atti *ultra vires*. – 3. Conseguenze, sul piano interno e sul piano internazionale, del contrasto fra norme di diritto internazionale e norme costituzionali. – 4. Corti supreme, diritto internazionale consuetudinario e tutela dei diritti umani: quale possibilità di coniugare diritto interno (costituzionale) e diritto internazionale?

1. La scelta di dedicare una parte rilevante di un articolo intitolato “Corti costituzionali, applicazione del diritto internazionale e contro-limiti” a considerazioni sul diritto dell’Unione europea si basa sul postulato secondo cui il diritto UE è parte integrante del diritto internazionale. *Rectius*, un ramo di quel settore del diritto internazionale che è il diritto delle organizzazioni internazionali. Presenta invero certe sue caratteristiche proprie le quali tuttavia, più che creare un diritto separato dal diritto internazionale, fanno sì che costituisca un suo settore, moderno ed evoluto¹.

Nell’economia del presente scritto tali peculiarità hanno peraltro un’importanza particolare in quanto la questione generale del rapporto fra i valori tutelati dalle norme costituzionali degli Stati e il diritto internazionale ha negli ultimi anni assunto un rilievo specifico – sino ad avere una certa eco nell’opinione pubblica – con riguardo in particolare al rapporto e all’eventuale contrasto fra il diritto dell’Unione europea e il diritto costituzionale dei singoli Stati membri, *et pour*

¹ In proposito G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, Padova, VII ed., 2012, 204 s., ha affermato che «la diversità del fenomeno comunitario non può e non deve portare ad una considerazione dei problemi (...) solo semplicisticamente e scarsamente rigorosa (...) la dimensione internazionale, che è il primo livello del sistema giuridico dell’Unione complessivamente considerato, resta ancora un dato ineliminabile (...). Del pari, sono pur sempre gli strumenti del negoziato e dell’accordo internazionale a segnare le tappe fondamentali nella ripartizione di principio delle rispettive competenze tra gli Stati e le istituzioni dell’Unione, nella definizione delle modalità di esercizio delle stesse competenze ed in particolare di quelle normative, così come degli obiettivi da perseguire e dei miglioramenti o correttivi da apportare alla struttura comunitaria».

cause. Fra le più significative peculiarità del diritto UE vi è, infatti, quella per cui certe sue norme sono direttamente applicabili negli Stati membri (e altre hanno effetti diretti).

Come si cercherà di dimostrare, la tendenza assolutamente prevalente nella giurisprudenza delle Corti costituzionali è quella di impedire che il diritto internazionale espliciti i suoi effetti nel diritto interno in caso di contrasto coi valori costituzionali². Tale postura, in Italia definita “applicazione dei controlimiti”, pur coerente dal punto di vista del diritto interno (costituzionale)³ crea però rilevanti problemi sul piano del diritto internazionale⁴. A tale riguardo risulta di particolare rilevanza, per più di una ragione, la circostanza che le medesime Corti costituzionali degli Stati membri dell’Unione europea, quando hanno rilevato un contrasto, si siano schierate per la prevalenza del diritto costituzionale anche nei confronti del diritto UE.

La prima ragione è che gli Stati membri dell’Unione hanno dimostrato di essere fra quelli maggiormente disponibili a rinunciare ad una parte della propria sovranità, come testimonia la medesima partecipazione all’UE. In essa è inoltre espressamente attribuita una funzione nomofilattica nell’interpretazione del diritto UE alla Corte di giustizia (CGUE), un’istituzione *ad hoc*. Per queste ragioni l’esperienza dell’UE costituisce un laboratorio particolarmente significativo nel quale analizzare la dialettica fra diritto internazionale e diritto costituzionale. La prima parte del presente contributo è, pertanto, dedicata all’analisi dei profili problematici relativi all’applicabilità del diritto UE nei singoli Stati membri secondo le rispettive Corti costituzionali in caso di contrasto fra quest’ultimo e le norme costituzionali.

² Per quanto concerne la Corte costituzionale italiana, ad esempio, tale concetto è ben illustrato nella sentenza n. 227 del 24 giugno 2010, la quale peraltro evidenzia come anche il diritto UE incontri un limite nella Costituzione, anche se per quanto concerne il diritto UE esso è più ristretto rispetto a quello cui è sottoposto il diritto internazionale pattizio “normale”, essendo costituito dai soli valori fondamentali della Costituzione; Corte costituzionale, sentenza 227/2010, punto 7 in diritto. Tale sentenza, come tutte quelle della Corte costituzionale italiana citate si trova agevolmente su Internet, *in primis* nel sito ufficiale della Corte stessa: www.cortecostituzionale.it.

³ Come ricorda G. TESAURO, *op. cit.*, 205 s., anche il rapporto fra il diritto UE e il diritto interno è ancora instaurato «a mezzo degli strumenti costituzionali di adattamento e di attuazione degli Stati membri, per quanto rapidi ed automatici (...) la ricostruzione dell’efficacia del diritto dell’Unione all’interno degli ordinamenti giuridici nazionali come il frutto di una *forza propria* del diritto comunitario stesso è almeno opinabile sul piano della teoria giuridica generale». In tal senso v., nella dottrina costituzionalistica, *ex multis*: M. MAZZIOTTI DI CELSO, G. M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, Padova, VI ed., 2014, 615 ss.

⁴ Sul tema v. *amplius infra*, par. 3.

Considerato che tali problemi sorgono in un ambito del diritto internazionale quale è il diritto UE, che presenta le caratteristiche specifiche illustrate *supra*, le quali tendono a garantire un *favor* per lo stesso diritto UE, non sorprende che nel resto del diritto internazionale le contrapposizioni fra i due ambiti ordinamentali si facciano ancora più acute, come si rileverà nella seconda parte dello scritto.

Tale contrasto, come si cercherà di dimostrare, porta ad una diarchia, ad una divergenza fra la soluzione che le Corti costituzionali tendono ad imporre (prevalenza del diritto costituzionale) e la soluzione richiesta dal diritto internazionale (rispetto di quest'ultimo).

L'obiettivo che ci si pone è quello di cercare di capire se è ipotizzabile una *reductio ad unitatem* che permetta di superare, anche solo parzialmente o in determinati casi, tale divergenza.

2. Da un decennio a questa parte, la collaborazione tra le Corti costituzionali dei Paesi membri dell'Unione europea e la Corte di giustizia UE sembra aver assunto un carattere strutturato e più o meno stabile essendo state – in generale ed in linea di principio – accantonate le reticenze che, inizialmente⁵, avevano costituito un ostacolo a tale cooperazione, in virtù del rifiuto delle Corti costituzionali medesime di operare il rinvio pregiudiziale⁶.

Il ricorso alla CGUE da parte del giudice costituzionale non è tuttavia mai stato inteso da quest'ultimo quale espressione di una situazione di sovra-ordinazione gerarchica della prima rispetto al secondo, quanto, nella migliore delle ipotesi, di un sistema di interazione e cooperazione tra i due livelli che permette di trarre un reciproco vantaggio dal confronto, determinando la conseguente evoluzione del sistema europeo in un'ottica di armonizzazione e di sviluppo continuo⁷.

⁵ Dopo il primo, storico, rinvio effettuato nel 1988 da una corte che, invero, ancora non era "costituzionale" in senso proprio, la Cour d'arbitrage de Belgique (sul tema v., in italiano, P. CARROZZA, *La Cour d'arbitrage belge come corte costituzionale*, Padova, 1985), le Corti supreme di numerosi Stati membri hanno agito in tal senso, fra cui, oltre a quella italiana, quella spagnola (nel 2011), quella francese (nel 2013) e quella tedesca (nel 2014).

⁶ Fra le motivazioni prevalenti alla base del rifiuto da parte delle Corti costituzionali degli Stati membri troviamo una pretesa impossibilità di ricondurle al concetto di "giurisdizione nazionale" enucleato nell'odierno art. 267 TFUE.

⁷ V. *ex plurimis* E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Torino, IV ed., 2020, 184 ss. Si è ipotizzato che alla base della precedente ritrosia delle Corti costituzionali ad effettuare rinvio pregiudiziale vi fosse effettivamente una ragione più profonda, ovvero quella di evitare di essere "assorbite" nel sistema dell'Unione, scegliendo invece di porsi su un piano sovraordinato e separato di intangibilità (ma anche, di

Progressivamente, il rinvio pregiudiziale è divenuto così strumento di dialogo tra Corti costituzionali e giudice europeo, permettendo un'operazione di bilanciamento tra il diritto nazionale e il diritto dell'Unione e la risoluzione di eventuali discrasie fra valori costituzionalmente tutelati nel diritto dell'UE⁸.

In caso di dubbio sulla compatibilità fra un atto dell'Unione ed i principi fondamentali di un dato ordinamento costituzionale il rinvio pregiudiziale costituisce un mezzo a disposizione della Corte costituzionale interessata per dialogare con la CGUE e, in certi casi, può dare risultati positivi. Così è, *in primis*, quando permette di chiarire l'effettiva portata di una norma di diritto UE che astrattamente parrebbe porsi in conflitto con i principi e i diritti fondamentali dell'ordinamento costituzionale consentendo di appurare che in realtà tale conflitto non sussiste⁹.

In secondo luogo, ciò potrebbe astrattamente avvenire qualora alla luce della decisione della CGUE gli organi nazionali ritenessero di poter derogare al principio della *primauté* onde poter garantire il rispetto dei valori fondamentali della propria Costituzione, attraverso il meccanismo del bilanciamento. Si tratta, invero, di una possibilità non riconosciuta unanimemente in dottrina. Coloro i quali la ritengono realistica fondano il loro ragionamento sulla giurisprudenza della CGUE in materia di influenza del diritto UE sull'ambito applicativo delle fattispecie¹⁰.

conseguenza, sostanziale incomunicabilità) rispetto alla CGUE.

⁸ Per un'analisi approfondita sul punto, v. R. ROMBOLI, *Corte di Giustizia e giudici nazionali. Il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 2014, n. 3, 1-34, spec. 17-29.

⁹ Un esempio di ciò è costituito dalla sentenza della CGUE nel caso *Taricco II*; cfr. Corte di giustizia (Grande sezione), sentenza del 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A.S., M.B.*

¹⁰ Secondo questa tesi, in base a tale giurisprudenza (ed *in primis* in virtù di quanto affermato nella sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1996, cause riunite 74/95 e 129/95, *Procedimenti penali c. X*, punto 25) «veniva fissato un limite all'attitudine delle direttive sprovviste di un effetto diretto ad ampliare l'ambito applicativo del diritto penale degli Stati membri». Lo stesso autore evidenzia tuttavia come l'interpretazione per cui alla luce di questa giurisprudenza la stessa CGUE avrebbe sposato la tesi «secondo cui dall'interazione tra norme nazionali e norme sovranazionali non potessero mai conseguire effetti *in malam partem*» è stata smentita dalle «numerose pronunce della Corte di giustizia che (...) evidenziavano la possibile dilatazione di un elemento della fattispecie penale (...) per effetto della giurisprudenza comunitaria»; cfr. A. BERNARDI, *I controlimiti dell'Unione Europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, LXXXIV s.

Un terzo effetto positivo del rinvio pregiudiziale operato da una Corte costituzionale si ha poi quando la CGUE riconosce la nullità di un atto dell'Unione che esula dalle competenze di quest'ultima.

In queste fattispecie, invero, il rinvio pregiudiziale disinnescia il conflitto. Tuttavia, non sempre il ricorso a tale strumento ha tale effetto positivo. Il problema permane – ed anzi acquista maggiore ampiezza – quando l'interpretazione della norma di diritto UE contenuta nella pronuncia della CGUE sia ritenuta dalla Corte costituzionale interessata irrispettosa dei propri valori costituzionali.

La giurisprudenza affermatasi in seno alla CGUE in effetti respinge la tesi secondo cui il diritto dell'Unione deve rispettare i diritti garantiti dalle Costituzioni degli Stati membri¹¹. Al contrario, pur con diverse sfumature fra le singole Corti e con un approccio di alcune di esse maggiormente improntato al dialogo con la CGUE¹² e di altre invece più indirizzato allo scontro¹³, in generale le Corti costituzionali hanno ritenuto di poter dichiarare l'inapplicabilità del diritto UE nel loro ordinamento interno sostanzialmente in due fattispecie. In primo luogo quando hanno ritenuto che un atto delle istituzioni dell'Unione andasse oltre le competenze trasferite all'Unione dagli Stati membri attraverso i Trattati (c.d. atti *ultra vires*). In secondo luogo quando, a giudizio della Corte costituzionale interessata, il diritto UE viola l'identità costituzionale dello Stato membro in questione ovvero i diritti fondamentali garantiti nella sua Costituzione.

Particolarmente interessante per quanto concerne il primo profilo è la giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca (Bundeverfassungsgericht – BVerfG). Già nella nota sentenza *Maastricht-Urteil*¹⁴, essa ha ritenuto di avere competenza a verificare se taluni atti dell'Unione ricadano nell'ambito della legge federale di autorizzazione alla ratifica di trattati sovranazionali o si configurino come atti *ultra vires*. Tale Corte ha peraltro definito, nella sentenza

¹¹ Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, punto 3 della motivazione in diritto: «Il diritto nato dal trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può infatti trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale senza (...) che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità».

¹² È questo il caso, ad esempio, della Corte costituzionale italiana e di quella spagnola.

¹³ Così, ad esempio, le Corti costituzionali ceca, danese e polacca. V. *infra*.

¹⁴ Bundesverfassungsgericht, decisione del 12 ottobre 1993, 2 BvR 2134/92 e 2 BvR 2159/92 (*Maastricht*), disponibile anche su Internet all'indirizzo: www.cvce.eu. Una traduzione della sentenza in inglese è disponibile al seguente indirizzo: <https://German-Federal-Constitutional-Court.pdf>.

*Mangold-Honeywell*¹⁵, i requisiti astratti che un atto deve possedere per essere qualificato come *ultra vires*: un evidente superamento delle competenze di attribuzione, cui si somma un incremento strutturale delle stesse competenze che lede in modo rilevante la sovranità degli Stati membri¹⁶. Nella medesima decisione, peraltro, il BVerfG ha precisato che la propria competenza è subordinata al fatto che la CGUE si sia già espressa a seguito di un rinvio pregiudiziale¹⁷, in quanto tale competenza può essere esercitata solo in un modo “aperto” nei confronti del diritto UE¹⁸.

Alla luce di tale fondamento teorico il BVerfG ha ritenuto che l'interpretazione data dalla CGUE, se volta ad ampliare gli ambiti normativi interni ritenuti attuativi del diritto dell'Unione, comporta una violazione del principio di attribuzione e ha dichiarato espressamente la sua intenzione di censurare gli atti *ultra vires* che sarebbero potuti scaturire dall'indirizzo interpretativo adottato dalla medesima CGUE con tale sentenza¹⁹.

Il BVerfG ha esercitato tale funzione di controllo sugli atti adottati dalle istituzioni dell'UE al fine di verificare che non si estendessero oltre le competenze trasferite all'Unione dagli Stati membri attraverso i Trattati (ovvero che non si trattasse di atti *ultra vires*) anche in altre, più recenti, fattispecie. Il riferimento è, nello specifico, al piano anti-crisi OMT della BCE (in occasione del quale per la prima volta il Tribunale costituzionale tedesco effettua rinvio pregiudiziale alla CGUE²⁰) e alla recente sentenza del BVerfG in materia di “*Quantitative Easing*”²¹.

¹⁵ Cfr. Bundesverfassungsgericht, ordinanza del Secondo Senato del 6 luglio 2010, 2 BvR 2661/06, disponibile anche su Internet (in tedesco e in inglese), all'indirizzo: www.bverfg.de.

¹⁶ Ivi, par. 61.

¹⁷ Ivi, par. 60.

¹⁸ Ivi, par. 58.

¹⁹ Bundesverfassungsgericht, sentenza del Primo Senato del 24 aprile 2013, 1 BvR 1215/07, disponibile anche su Internet (in tedesco e in inglese), all'indirizzo: www.bverfg.de.

²⁰ Bundesverfassungsgericht, ordinanza del Secondo Senato del 14 gennaio 2014, 2 BvR 2728/13, disponibile anche su Internet (in tedesco e in inglese), all'indirizzo: www.bverfg.de. Sul tema v. *inter alios* S. CAFARO, *Caso OMT: la Corte giudica legittimo l'operato della BCE*, in *SIDI Blog*, 17 giugno 2015, www.sidiblog.org.

²¹ Bundesverfassungsgericht, sentenza del Secondo Senato del 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15, disponibile anche su Internet (in tedesco e in inglese), all'indirizzo: www.bverfg.de. Su tale caso, in cui il contrasto tra Tribunale tedesco e CGUE è stato ancor più acceso che nel precedente (benché senza esiti significativi) esiste copiosa dottrina. In italiano v., *ex plurimis*, G. TESAURO, P. DE PASQUALE, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *Osservatorio Europeo*, maggio 2020, 1-22; R. ADAM, *Il controlimita dell'ultra vires e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio*

Sebbene in entrambi i casi l'approccio della Corte costituzionale tedesca avesse causato una certa preoccupazione nella dottrina europeista²², alla luce di un possibile contrasto fra corti, alla fine tali timori si sono rivelati tutto sommato eccessivi²³. La dottrina della Suprema Corte tedesca è, infatti, dichiaratamente improntata ad un *favor* nei confronti del diritto UE e della CGUE, secondo quel principio che il BVerfG medesimo definisce di “*Europarechtsfreundlichkeit*”²⁴.

Tale atteggiamento delle Corti costituzionali ha invero un lato positivo nella misura in cui permette di affrontare determinati profili, potenzialmente forieri di contrasto fra lo Stato membro e l'organizzazione sovranazionale, nell'ambito di un dialogo fra corti in punto di diritto. Decisamente meno “amichevole” nei confronti del diritto dell'Unione e dell'indirizzo interpretativo della CGUE è la giurisprudenza delle Corti costituzionali di altri Stati membri quando si trovano ad applicare il controllo sugli atti dell'UE al fine di verificare che non siano *ultra vires*. Il che avviene in particolare nelle corti dei Paesi maggiormente euro-scettici. In questi casi, peraltro, manca quell'aspetto positivo di soluzione di un potenziale contrasto mediante un dialogo fra corti menzionato *supra*.

2020, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2020, 9-28; J. ZILLER, *L'insopportabile pesantezza del giudice costituzionale tedesco*, in *I Post di AISDUE*, vol. II, n. 1, 7 maggio 2020, 1-13; P. DE SENA, S. D'ACUNTO, *La Corte di Karlsruhe, il mito della “neutralità” della politica monetaria e i nodi del processo di integrazione europea*, in *SIDI Blog*, 14 maggio 2020, www.sidiblog.org; F. DONATI, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sul PSPP: quale impatto sul processo di integrazione europea?*, in *Eurojus*, 2020, 170-181; G. BARRA CARACCILO, *La sentenza del 5 maggio 2020 della Corte costituzionale federale tedesca sulle misure non convenzionali di politica monetaria: meriti e criticità*, in *La Comunità Internazionale*, 2021, 725-753.

²² Cfr. P. FARAGUNA, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in *Diritti Comparati*, 2016, n. 1, 4.

²³ Nel primo caso sebbene il BVerfG si sia detto deluso dalla posizione assunta dalla CGUE, ha comunque accettato la sentenza, mentre nel secondo ha ritenuto sanabile la questione laddove il Consiglio direttivo della BCE avesse adottato una nuova decisione atta a dimostrare che il principio di proporzionalità tra gli obiettivi di politica monetaria e gli effetti di politica economica sono stati rispettati. Il 1° luglio 2020 il Bundestag ha infine approvato, sulla base delle motivazioni fornite dalla BCE, una mozione in cui ha ritenuto che le richieste del BVerfG sono state soddisfatte (Bundestag, mozione n. 19/20621, 1° luglio 2020, presentata congiuntamente dai gruppi parlamentari CDU/CSU, SPD, FDP, disponibile su Internet al sito: <https://dserver.bundestag.de>).

²⁴ Il quale, secondo la traduzione letterale in italiano, significa “amicizia nei confronti del diritto europeo”. Sul concetto di *Europarechtsfreundlichkeit* e sulle sue implicazioni, v. in lingua italiana *inter alios* M. ASERO, *Brevi note sulla Europarechtsfreundlichkeit del Tribunale costituzionale tedesco e la dottrina dei controlimiti della Corte costituzionale ceca nella sentenza sulle pensioni slovacche*, in *KOREUROPA*, 2015, <https://unikore.it>.

Tra quelli da sempre euro-scettici spicca la Danimarca²⁵. La Corte costituzionale danese ha accolto un concetto particolarmente ampio di controllo *ultra vires* sugli atti dell'UE giungendo ad affermare che, qualora si ritenesse, in casi straordinari, che un atto di tal tipo trascendesse le competenze attribuite sulla base del Trattato, i tribunali danesi sono legittimati a dichiarare inapplicabile tale atto in Danimarca²⁶. I supremi giudici danesi sono peraltro andati oltre le mere dichiarazioni di principio e nel caso *Ajos* hanno qualificato come *ultra vires* quanto statuito in una sentenza della Corte di giustizia²⁷ e, di conseguenza, deciso che non le si dovesse dare attuazione in Danimarca²⁸.

A conclusioni analoghe è giunta la Corte costituzionale della Repubblica Ceca quando, nella sentenza PI US 15/12, ha deciso che non dovesse essere data attuazione nell'ordinamento interno alla sentenza della CGUE nel caso *Landtovà*²⁹, ritenendo la sua pronuncia *ultra vires* rispetto alle competenze attribuite all'Unione.

Tali pronunzie, in cui *de facto* le Corti costituzionali vanno allo "scontro diretto" con la CGUE, hanno trovato successivamente conferma nell'atteggiamento che di recente ha assunto la Corte costituzionale polacca. A onor del vero, nella giurisprudenza di quest'ultima è sempre stata affermata la *primauté* della Costituzione sul diritto UE. Tuttavia, sino ad un'epoca recentissima il suo orientamento prevalente era quello di considerare il ricorso al sindacato sugli atti *ultra vires* e alla successiva dichiarazione di incostituzionalità una *extrema ratio*

²⁵ In tale Paese, peraltro, secondo l'orientamento dottrinale largamente prevalente le norme della Costituzione prevalgono *tout court* sul diritto UE. Sugli orientamenti della Corte costituzionale danese rispetto ai rapporti con il diritto UE, v. *inter alios* M. CLAES, J.-H. REESTMAN, *The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case*, in *German Law Journal*, 2015, 945-948; S. SCIARRA, *Certezza del diritto e principi fondamentali del diritto europeo*, in R. ADAM ET AL. (a cura di), *Liber Amicorum in onore di Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, 889 ss.

²⁶ Cfr. sentenza della Corte Suprema di Danimarca (Højesteret) del 6 aprile 1998, causa 361/1997, disponibile su Internet al sito: www.cvce.eu. La posizione della Corte in ordine agli atti *ultra vires* è stata successivamente confermata nella sentenza della Corte suprema di Danimarca, del 20 febbraio 2013, causa 199/2012, disponibile su Internet al sito: <https://domstol.fe1>. Una traduzione (non ufficiale) in inglese della sentenza è disponibile su Internet sul sito ufficiale della Corte Suprema all'indirizzo: <https://domstol.dk>.

²⁷ Corte di giustizia (Grande sezione), sentenza del 19 aprile 2016, causa C-441/14, *Successione Karsten Eigil Rasmussen*.

²⁸ V. sentenza della Corte suprema della Danimarca del 6 dicembre 2016, causa 15/2014, *Dansk Industri acting for Ajos A/S v. the estate left by A*, disponibile su Internet (in inglese) al sito: <https://domstol.dk>.

²⁹ Corte di Giustizia, Quarta Sezione, sentenza del 22 giugno 2011, causa C-399/09, *Marie Landtová c. Česká správa socialního zabezpečení*.

dovendosi, per quanto possibile, effettuare il massimo sforzo sul piano interpretativo onde permettere la coesistenza e l'adeguamento dell'ordinamento polacco agli atti sovranazionali³⁰.

Nella sentenza K 18/04 era stato però chiarito che, in ogni caso, tale sforzo non può mai giungere al riconoscimento della prevalenza della norma UE sulla norma costituzionale, con conseguente mancata applicazione della norma costituzionale medesima o di limitazione della sua portata. Era stato inoltre precisato che, in ogni caso, non è mai possibile che l'interpretazione data dal Tribunale costituzionale si ponga in contraddizione rispetto al dettato delle norme costituzionali né che abbia l'effetto di ridurre le funzioni minime di garanzia accordate dalla Costituzione³¹.

Diverso – e meno conciliante – è stato invece l'approccio adottato dal Tribunale costituzionale polacco (peraltro in una rinnovata composizione) in due sentenze del 2021. Già nella P 7/20 esso ha ritenuto *ultra vires* l'ordinanza con cui la CGUE aveva – in accoglimento di un'istanza cautelare avanzata dalla Commissione europea – imposto alla Polonia la sospensione della legge di riforma della composizione della medesima Corte costituzionale polacca adottata nel 2018, considerandola contraria al diritto dell'Unione³² e dichiarandone la conseguente inapplicabilità nell'ordinamento polacco³³.

³⁰ Così nelle sentenze del Tribunale costituzionale polacco dell'11 maggio 2005, Ref. No. K 18/04, del 24 novembre 2010, Ref. No. K 32/09 e del 16 novembre 2011, Ref. No. SK 45/09. Tutte queste sentenze sono disponibili su Internet (in polacco e in inglese) al sito: <https://trybunal.gov.pl>. Sul tema in dottrina v. A. WEBER, *Il primato del diritto dell'UE nell'ordinamento giuridico tedesco*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2019, 585.

³¹ Nel caso in cui il conflitto tra diritto UE e diritto costituzionale polacco non potesse essere risolto senza violare tali principi, secondo i giudici costituzionali polacchi tre erano le vie astrattamente possibili: emendare la Costituzione (come avvenuto nel 2006 quando si è avuta la modifica dell'art. 55 della Costituzione facendo seguito alla pronuncia del Tribunale costituzionale nel caso P 1/05), ottenere modifiche del diritto UE o, come estrema *ratio*, procedere al recesso della Polonia dall'Unione ai sensi dell'art. 50 TUE. Interessante, a tal proposito, è il commento alla sentenza di due ex giudici del Tribunale costituzionale polacco, S. BIERNAT, E. ŁĘTOWSKA, *This Was Not Just Another Ultra Vires Judgment! Commentary to the statement of retired judges of the Constitutional Tribunal*, 27 ottobre 2021, in <https://verfassungsblog.de>.

³² Corte di giustizia (Grande sezione), ordinanza dell'8 aprile 2020, causa C-791/19, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*. Tale ordinanza si inserisce in una più ampia controversia fra UE e Polonia avente ad oggetto la summenzionata legge di riforma della stessa Corte costituzionale polacca. Già la Commissione aveva avviato nei confronti della Polonia ben tre procedure di infrazione concluse con accertamento della Grande sezione della CGUE della violazione del diritto UE da parte del Governo polacco (sentenza del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*; sentenza del 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia*; sentenza del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione*

Ancor più radicale è quanto sostenuto dai Supremi giudici polacchi nella sentenza K3/21³⁴, in cui hanno affermato *tout court* che l'Unione non può andare oltre i "limiti dell'integrazione" – ingerendosi negli affari interni della Polonia – perché ciò significherebbe, di fatto, svuotare la Repubblica di Polonia delle sue essenziali competenze impedendole di funzionare come uno Stato sovrano e democratico³⁵. In conseguenza di ciò, la Commissione UE ha deciso di avviare una procedura di infrazione contro la Polonia, ritenendo che con tali decisioni del suo Tribunale costituzionale essa avesse violato il diritto dell'Unione.

Il secondo motivo che Corti costituzionali degli Stati membri hanno posto a fondamento della decisione di dichiarare non applicabile il diritto dell'Unione nel loro ordinamento interno di riferimento (oltre al caso in cui l'atto delle istituzioni fosse considerato *ultra vires*, esaminato sinora) consiste nella pretesa violazione dell'identità costituzionale di uno Stato membro³⁶ o anche dei diritti fondamentali garantiti nelle Costituzioni medesime³⁷. È il c.d. limite dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

La Corte costituzionale italiana, già nella sentenza relativa al caso *Frontini*, chiariva che tali limitazioni restano pur sempre circoscritte al

c. Polonia). Inoltre, con altre due decisioni la CGUE ha ritenuto che con tale riforma la Polonia abbia violato il diritto dell'Unione (sentenza del 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, A.K. e ordinanza dell'8 aprile 2020, causa C-791/19, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*), in particolare venendo meno agli obblighi che le incombono in forza dell'art. 19, par. 1, TUE.

³³ In quanto «not covered by the principles of precedence and direct application set in Article 91(1)-(3) of the Constitution»: dispositivo della Sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 14 luglio 2021, Ref. No. P7/20, disponibile su Internet (in polacco e in inglese) al sito: <https://trybunal.gov.pl>.

³⁴ Sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021, Ref. No. K3/21. Il dispositivo della sentenza è disponibile su Internet (in polacco e in inglese) al sito: <https://trybunal.gov.pl>. Fra i primi commenti sul tema in dottrina v. E. CUKANI, *Il "Polish Gate" e il rafforzamento del diritto dell'UE*, in *DPCE online*, 2022, n. 1, 29.

³⁵ V. punto 1.3 del dispositivo della sentenza del Tribunale costituzionale polacco K3/21. Tale Corte ha ritenuto che il TUE e le sentenze della CGUE non abbiano la precedenza sul diritto nazionale per quanto riguarda l'organizzazione giudiziaria polacca. Inoltre, il Tribunale ha affermato l'incostituzionalità dell'art. 19 e dell'art. 2 TUE che, in combinato disposto, avrebbero l'effetto di definire un campo di applicazione pressoché illimitato del diritto UE.

³⁶ Sul tema v. *inter alios* il recente contributo di M. CLAES, *National Identity and the Protection of Fundamental Rights*, in *European Public Law*, 2021, 517-535.

³⁷ In dottrina vi è invero chi ha sostenuto che in tali casi il rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale alla CGUE sarebbe doveroso; cfr. C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, n. 2, 23.

perseguimento delle finalità previste dai Trattati³⁸. Pertanto, non sarebbe stato possibile che agli organi della allora CEE fosse conferito «un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana»³⁹. Tesi questa confermata anche recentemente, nell'ambito del noto caso *Taricco*. Nello specifico, nell'ordinanza n. 24/2017, dopo aver ribadito la sua giurisprudenza consolidata in ordine alla *primauté* del diritto UE⁴⁰, evidenziava come l'applicazione di quest'ultimo in Italia sia condizionato all'osservanza dei principi fondamentali della Costituzione⁴¹. Pertanto, la Corte costituzionale paventava la possibilità di azionare lo strumento dei controlimiti qualora l'applicazione di una norma di diritto UE (nella fattispecie l'art. 325 TFUE) contrastasse con un principio fondamentale della Costituzione quale quello di legalità in materia penale⁴².

Analogamente, il Giudice costituzionale tedesco esige che nell'ambito dell'Unione sia accordata ai diritti fondamentali una garanzia almeno equivalente a quella nazionale. Tale dottrina è formulata chiaramente nelle sentenze *Solange I*⁴³ e *Solange II*⁴⁴ in cui la Corte afferma che non avrebbe esercitato sindacato su atti interni di recepimento e trasposizione del diritto UE fino a quando il livello di tutela dei diritti fondamentali garantito dall'Unione europea sarebbe stato paragonabile a quello garantito nell'ambito della Legge fondamentale tedesca.

³⁸ Corte costituzionale, sentenza 183/1973. Tale sentenza è peraltro annoverata fra quelle a favore dell'Unione europea, dato che la Corte per la prima volta arrivava a riconoscere come, in base all'art. 11 della Costituzione, siano consentite limitazioni alla sovranità dello Stato, innovando rispetto a quanto aveva sostenuto precedentemente (in particolare nella sentenza relativa al caso *Costa c. Enel*).

³⁹ Ivi, punto 8 della motivazione in diritto. Per una ricostruzione puntuale delle prime formulazioni della teoria dei controlimiti in Italia, v. U. VILLANI, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, 1297.

⁴⁰ Concetto questo ribadito anche nella recentissima Corte costituzionale, sentenza 67/2022, punto 11 in diritto.

⁴¹ V. Corte costituzionale, ordinanza 24/2017, punto 2 della motivazione in fatto e in diritto.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Bundesverfassungsgericht, sentenza del 29 maggio 1974, 2BvL 52/71, *Solange I*, disponibile anche su Internet all'indirizzo: www.servat.unibe.ch. La traduzione in inglese dei passaggi fondamentali della sentenza può essere consultata in *Common Market Law Review*, 1975, 303-307.

⁴⁴ Bundesverfassungsgericht, sentenza del 22 ottobre 1986, 2 BvR 197/83, *Solange II*, disponibile anche su Internet all'indirizzo: www.servat.unibe.ch. La traduzione in inglese dei passaggi fondamentali della sentenza può essere consultata sul sito: <https://law.utexas.edu>.

Inoltre, il Bundeversammlunggericht, pur avendo nella sentenza *Lissabon-Urteil* sostanzialmente riconosciuto la compatibilità tra il Trattato di Lisbona e la Costituzione federale, ha precisato che, in ogni caso, il processo di integrazione europea non può espandersi fino al punto di comprimere i principi che rappresentano le “garanzie eterne” che vanno a definire l’identità costituzionale dello Stato tedesco⁴⁵.

Il Conseil constitutionnel francese da parte sua in diverse sentenze⁴⁶ ha affermato che l’obbligo del legislatore francese di prendere in considerazione il diritto dell’Unione anche in caso di contrasto con le disposizioni costituzionali verrebbe meno se tale contrasto riguardasse «le norme della Costituzione inerenti alle sue fondamentali strutture politiche e costituzionali»⁴⁷. Inoltre, in due sentenze⁴⁸ relative alla verifica della costituzionalità di una legge francese di attuazione di una direttiva UE, il Conseil ha chiarito che, benché l’attuazione delle direttive sia un obbligo costituzionale, non è tuttavia possibile recepire una direttiva che sia in contrasto con un principio proprio all’“identità costituzionale della Francia”⁴⁹.

La preoccupazione per un possibile mancato rispetto dei valori costituzionali da parte del diritto dell’Unione è espressa anche dal Tribunal constitucional spagnolo che, nell’ordinanza di rinvio pregiudiziale alla CGUE nel caso *Melloni*⁵⁰, esplicita il proprio timore che l’applicazione delle norme di diritto UE possa ledere diritti fondamentali garantiti dell’ordinamento costituzionale spagnolo⁵¹, aderendo sostanzialmente alla teoria dei controlimiti⁵².

Tali preoccupazioni sembrano condivise anche dalla Corte

⁴⁵ Bundeversammlunggericht, sentenza del 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08, par. 216. La sentenza disponibile anche su Internet (in tedesco e in inglese) all’indirizzo: www.bverfg.de.

⁴⁶ Così Conseil constitutionnel, sentenza n. 2004-496 del 10 giugno (punto 7) e n. 2004-497 del 1° luglio 2004 (punto 18). Entrambe le sentenze sono disponibili anche su Internet, sul sito: www.conseil-constitutionnel.fr.

⁴⁷ Cfr. Conseil constitutionnel, sentenza 2004-505 DC del 9 novembre 2004, punto 12, disponibile anche su Internet, sul sito: www.conseil-constitutionnel.fr.

⁴⁸ Cfr. Conseil constitutionnel, sentenze 2006-540DC del 27 luglio 2006 e 2011-631DC del 9 giugno 2011.

⁴⁹ V. H. LABAYLE, *L’identité constitutionnelle de la France, contre-limite à la primauté du droit de l’Union européenne?*, in A. BERNARDI (a cura di), *op. cit.*, 91-112; M. CLAES, J.-H. REESTMAN, *op. cit.*, 951-953.

⁵⁰ Tribunal Constitucional de España, *Recurso de amparo 6922-2008*.

⁵¹ Segnatamente il diritto ad un equo processo e il diritto alla difesa. *ivi*, punto 2 della motivazione in diritto.

⁵² I controlimiti sono, invero, «destinati ad operare come nucleo costituzionale di resistenza di fronte al diritto europeo»; F. BALAGUER CALLEJÓN, *Primato del diritto europeo e identità costituzionale nell’esperienza spagnola*, in A. BERNARDI (a cura di), *op. cit.*, 128.

costituzionale della Repubblica Ceca, la quale nelle sentenze *Treaty of Lisbon I*⁵³ e *Treaty of Lisbon II*⁵⁴ sostiene che gli elementi che determinano l'identità costituzionale dello Stato costituiscono un "argine" al diritto dell'Unione europea.

Analogamente, la Corte costituzionale rumena nella sua recente decisione n. 390/2021 ha interpretato restrittivamente la norma costituzionale (art. 148) che impone la prevalenza del diritto UE su quello interno, sostenendo che quando una norma interna sia stata dichiarata conforme alla Costituzione dalla Corte medesima il giudice ordinario viene privato della sua competenza generale di valutare la conformità di una disposizione interna col diritto dell'Unione⁵⁵. Questo in quanto esisterebbe un limite dell'identità costituzionale che non dev'essere relativizzato nel processo di integrazione europea. Tale posizione è stata censurata dalla Corte di giustizia UE, la quale ha ribadito ancora una volta la *primauté* del diritto UE⁵⁶.

3. La decisione con cui una Corte costituzionale stabilisca che la norma di diritto dell'Unione europea non produce i suoi effetti nell'ordinamento interno per contrasto con una norma costituzionale è una presa di posizione forte in quanto gli Stati membri, adottando l'odierno art. 267 TFUE, hanno espressamente attribuito alla CGUE una funzione nomofilattica. L'importanza di tale funzione è stata recentemente ben sintetizzata dalla stessa Corte, la quale ha ricordato che i medesimi Stati membri le hanno attribuito la competenza esclusiva a giudicare sulla contrarietà di un atto di un'istituzione al diritto UE e ciò al fine di garantire un'applicazione uniforme del medesimo⁵⁷.

⁵³ Corte costituzionale della Repubblica Ceca, sentenza del 26 novembre 2008, Pl. ÚS 19/08: *Treaty of Lisbon*, disponibile anche su Internet (in inglese), all'indirizzo: www.cvce.eu.

⁵⁴ Corte costituzionale della Repubblica Ceca, sentenza del 3 novembre 2009, Pl. ÚS 29/09: *Treaty of Lisbon II*, disponibile anche su Internet (in inglese), all'indirizzo: www.cvce.eu.

⁵⁵ E il giudice che disattenda tale principio rischia addirittura un procedimento disciplinare ed un'eventuale sospensione. Curtea Constituțională, decisione n. 390 del 8 giugno 2021, disponibile anche su Internet, sul sito della Corte costituzionale rumena, all'indirizzo: www.ccr.ro (in lingua rumena e inglese). Vedasi anche il comunicato stampa rilasciato dalla Corte costituzionale rumena medesima, che si trova anch'esso al medesimo indirizzo.

⁵⁶ Corte di giustizia (Grande sezione), sentenza 22 febbraio 2022, causa C-430/21, *Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle*, in particolare punti 47-52.

⁵⁷ Infatti, eventuali divergenze tra i giudici degli Stati membri in merito alla validità di atti di questo tipo potrebbero compromettere l'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione e pregiudicare la certezza del diritto; Corte di giustizia dell'Unione europea, comunicato stampa

Se questa è la situazione in quella branca del diritto internazionale che è il diritto UE il quale, come rilevato, presenta peculiarità che tendono ad attribuirgli una maggiore valenza nel confronto coi diritti interni, appare evidente come il problema si acuisca quando si prende in considerazione il resto del diritto internazionale.

Il principio generale che emerge da un esame comparato dei sistemi giuridici dei vari Paesi del mondo è che all'interno di essi le disposizioni di diritto internazionale hanno tendenzialmente un rango inferiore a quelle costituzionali in quanto posseggono il medesimo rango dell'atto che ha provveduto all'adattamento del diritto interno rispetto a tali norme (il quale di solito non è una norma costituzionale). È ben vero che in determinati Stati, al fine di garantire la preminenza del diritto internazionale su quello interno, viene attribuito alle norme internazionali rango, o almeno copertura, costituzionale⁵⁸, ma molto raramente un rango superiore a quello costituzionale⁵⁹. In virtù di ciò non sorprende affatto che molte Corti costituzionali abbiano ritenuto di tutelare i propri valori fondamentali, costituzionalmente riconosciuti, da possibili "interferenze" da parte del diritto internazionale.

Per quanto riguarda la Corte costituzionale italiana si ricorda come essa abbia applicato la sua teoria dei c.d. "controlimiti" (sulla quale v. *amplius supra*) per dichiarare inapplicabile tanto il diritto internazionale consuetudinario quanto quello pattizio.

La prima fattispecie può essere ben illustrata richiamando un caso recente, piuttosto noto. Si tratta della "saga"⁶⁰ *Ferrini*, intendendo con ciò la *vexata quaestio* che ha contrapposto la Corte costituzionale italiana (e altri tribunali interni, fra cui la Corte di Cassazione) e la Corte internazionale di giustizia sul tema del rapporto fra la norma di

n. 58/20, Lussemburgo, 8 maggio 2020. Il testo integrale del comunicato si trova agevolmente su Internet, ad esempio nel sito ufficiale della CGUE: <https://curia.europa.eu>.

⁵⁸ Per quanto concerne il diritto consuetudinario così è ad esempio in Italia (*ex art. 10 Costituzione*) e in Germania (*ex art. 25 Costituzione*), ma non nei sistemi giuridici delle maggiori potenze, quali Stati Uniti, Cina, Francia o Regno Unito. Per quanto invece riguarda il diritto pattizio, la sua prevalenza sulle norme ordinarie è prevista nelle costituzioni di molti Paesi, in particolare europei, sia afferenti all'UE (quali Bulgaria, Estonia Francia, Grecia o Spagna o la stessa Italia ai sensi dell'art. 117 come novellato dalla legge cost. 3/2001) che non (quali la Russia e molte ex repubbliche sovietiche). Esistono però molti altri sistemi giuridici interni in cui ai trattati internazionali è attribuito lo stesso rango della legge ordinaria (*in primis* Stati Uniti e Cina)

⁵⁹ È questo il caso, eccezionale, dell'art. 91 della Costituzione dei Paesi Bassi.

⁶⁰ È qui volutamente ripresa e adattata la felice espressione contenuta in un celebre articolo: P. MENGOZZI, *Corte di giustizia, Corte costituzionale, principio di cooperazione e la saga Taricco*, in *I Post di AISDUE*, sez. "Convegni annuali e interinali", n. 19, 13 dicembre 2019.

diritto internazionale consuetudinario che prevede l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile e le norme che condannano le gravi violazioni dei diritti umani⁶¹.

La Corte dell'Aja ha condannato l'Italia per non aver rispettato tanto la norma di diritto consuetudinario internazionale che impone agli Stati di astenersi dall'intentare procedimenti di carattere civile (e amministrativo) nei confronti di uno Stato straniero senza il consenso di quest'ultimo⁶², quanto quella che prevede l'immunità dello Stato dalla giurisdizione cautelare ed esecutiva degli Stati esteri⁶³.

La Corte costituzionale italiana ha reagito dichiarando incostituzionale l'obbligo per il giudice italiano di adeguarsi alla suddetta sentenza della Corte internazionale di giustizia per contrasto con un valore costituzionalmente tutelato, quale è il diritto di difesa⁶⁴. Ha pertanto affermato l'esistenza di una propria esclusiva competenza in ordine alla presenza di limiti all'ingresso nell'ordinamento giuridico italiano di norme di diritto internazionale consuetudinario qualora le stesse si pongano in contrasto con i principi fondamentali dell'or-

⁶¹ Si tratta, nello specifico, della sentenza della CIG del 3 febbraio 2012 sulle *immunità giurisdizionali dello Stato (Germania contro Italia; Grecia intervenuta)* e della Corte costituzionale italiana n. 238 del 22 dicembre 2014. Entrambe le sentenze sono disponibili anche su Internet nei siti ufficiali delle rispettive corti, rispettivamente www.icj-cij.org e www.cortecostituzionale.it/. Al seguente indirizzo: <https://www.giurcost.org/decisioni/>, oltre al testo integrale della sentenza della Corte costituzionale italiana si trovano altresì indicati alcuni rilevanti commenti alla decisione della dottrina sia costituzionalista che internazionalista.

⁶² Avendo permesso azioni giudiziarie civili nei confronti della Germania fondate su violazioni del diritto internazionale umanitario commesse dal *Reich* tedesco fra il 1943 ed il 1945.

⁶³ Avendo permesso atti esecutivi nei confronti della stessa Germania ed avendo dichiarato esecutive sul territorio italiano certe decisioni giudiziarie greche fondate su violazioni del diritto internazionale umanitario perpetrate dal *Reich* tedesco in Grecia. Tale conclusione ha destato molte perplessità in dottrina. Una buona sintesi delle principali osservazioni critiche, raggruppate per argomenti, si trova in R. KOLB, T. BRAZ JARDIM OLIVEIRA, *Le droit des immunités juridictionnelles étatiques et l'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire italo-allemande*, in *Swiss Review of International and European Law*, 2013, 259-264. Sul tema v. anche L. PASQUALI, *Par in parem non habet iudicium. "Giurisdizione interna e immunità degli Stati stranieri"*, in A. DI STASI, G. FAUCEGLIA, G. MARTINO, P. PENNETTA (a cura di), *Liber Amicorum per Massimo Panebianco*, Napoli, 2020, 553-570.

⁶⁴ La Corte, pertanto, non ha interpretato il diritto internazionale in maniera difforme rispetto alla CIG. Al contrario, si è espressamente rifiutata di interpretare la norma di diritto internazionale (relativa nello specifico all'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati) ritenendo di non poter sindacare quella data dalla Corte internazionale di giustizia. Questo in quanto la norma di diritto internazionale, essendo «esterna all'ordinamento giuridico italiano» deve essere applicata nell'ordinamento interno secondo l'interpretazione «che ne è data nell'ordinamento di origine, che è l'ordinamento internazionale»; Corte costituzionale, sentenza n. 238/2014, par. 3.1 della parte in diritto.

dinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona umana⁶⁵.

Altrettanto significativo nell'economia del presente contributo pare il caso in cui la Corte si è avvalsa del limite dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale onde evitare l'applicazione di certe norme contenute nel trattato internazionale (o Concordato) fra la Santa Sede e l'Italia, sottoscritto a Roma l'11 febbraio 1929⁶⁶. Il caso in esame presenta peraltro una specifica rilevanza, nella misura in cui i rapporti fra Stato italiano e Chiesa cattolica godono di una tutela costituzionale *ad hoc*, contenuta nell'art. 7. In questa occasione la Suprema Corte italiana si è attribuita il potere di esprimersi sulla conformità o meno delle norme di un trattato internazionale immesse nell'ordinamento italiano con i principi supremi della Costituzione (nel caso di specie il diritto alla tutela giurisdizionale) e, in caso di assenza di conformità, di privare di effetti giuridici tali norme in Italia, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'atto di esecuzione delle medesime⁶⁷.

Un recentissimo caso in cui una Corte costituzionale diversa da quella italiana ha esercitato una funzione di controllo sugli atti adottati da un'organizzazione internazionale al preteso fine di verificare che non si estendessero oltre le competenze trasferite all'organizzazione dagli Stati membri attraverso i trattati è un caso che, a mio parere, ben illustra i rischi insiti nelle decisioni delle corti supreme qualora stabiliscano che determinate norme di diritto internazionale non producono effetti nel diritto interno. La sentenza in questione è la K6/21⁶⁸, in cui il Tribunale costituzionale polacco ha affermato l'in-

⁶⁵ *Ibidem*. Anche tale sentenza ha sollevato molti dubbi in dottrina, non incontrando il *favor* di tanti. Fra gli studiosi di diritto internazionale v., *inter alios*, E. CANNIZZARO, *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: The Decision of the Italian Constitutional Court no. 238 of 2014*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, 127-128; A. TANZI, *Un difficile dialogo tra Corte internazionale di giustizia e Corte costituzionale*, in *La Comunità Internazionale*, 2015, 13-36.

⁶⁶ Per quanto concerne il diritto pattizio, si ricorda altresì quell'applicazione peculiare della teoria dei controlimiti alle norme della Convenzione europea dei diritti umani, effettuata dalla Corte costituzionale italiana nelle note "sentenze gemelle" del 2007, già oggetto delle attenzioni della dottrina. Sul tema v. *inter alios* F. SALERNO, R. SAPIENZA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Torino, 2011.

⁶⁷ La Corte costituzionale fu investita della questione di costituzionalità delle norme di tale Accordo che non attribuivano alla Corte di appello il potere di accertare – nel momento in cui era chiamata a rendere esecutiva la sentenza del tribunale ecclesiastico che aveva dichiarato nullo un matrimonio – sia che nel procedimento presso i tribunali ecclesiastici fosse stato garantito alle parti in causa il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti, sia che la stessa pronuncia non fosse contraria all'ordine pubblico e conclusa per l'incostituzionalità di tali disposizioni. V. Corte costituzionale, sentenza del 2 febbraio 1982, n. 18.

⁶⁸ Tribunale costituzionale polacco, sentenza del 24 novembre 2021, Rif. No. K6/21. Il

compatibilità con la Costituzione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁶⁹. In particolare, ha qualificato come *ultra vires* la pronuncia della Corte europea, nella misura in cui la sua interpretazione differiva da quella auspicata dal tribunale interno, secondo cui l'art. 6 della Convenzione non troverebbe applicazione nei confronti dei tribunali costituzionali. La sentenza ha profili che appaiono paradossali perché, affermando in modo esplicito che il Tribunale costituzionale polacco non rientra nel campo di applicazione dell'art. 6 della Convenzione, sostanzialmente conferma di non essere soggetto ai requisiti di indipendenza, imparzialità e costituzione per legge che essa impone.

Dal punto di vista del diritto internazionale ogni decisione da parte delle Corti costituzionali di dichiarare prive di operatività le norme di diritto internazionale nell'ordinamento interno suscita problemi non trascurabili. Innanzitutto, la conseguenza immediata di tali decisioni è che esse, dichiarando inapplicabili le norme internazionali (consuetudinarie o pattizie) sono suscettibili di determinare una violazione del diritto internazionale da parte dello Stato cui la Corte costituzionale appartiene e la conseguente sua responsabilità internazionale. È invero norma consolidata di diritto internazionale consuetudinario quella per cui uno Stato non può invocare nei confronti di un altro Stato le sue norme interne (ivi comprese quelle del suo diritto costituzionale) per sottrarsi agli obblighi che gli sono imposti dal diritto internazionale consuetudinario o pattizio.

Il mancato rispetto degli obblighi internazionali peraltro assume una specifica rilevanza poiché nel diritto internazionale, a differenza di quanto accade nei sistemi giuridici interni, vi è ancora oggi una larga coincidenza fra i soggetti che creano la norma giuridica e quelli cui tale norma è rivolta. Sono infatti gli Stati, destinatari primari (se non più esclusivi) della norma giuridica di diritto internazionale che con-

dispositivo della sentenza è disponibile, in lingua inglese, all'indirizzo: trybunal.gov.pl.

⁶⁹ Nello specifico il tribunale internazionale, nel caso *Xero Flor c. Polonia* – ritenendo che il termine “tribunale” contenuto nel suddetto art. 6 ricomprendesse anche le Corti costituzionali – aveva esercitato un controllo in ordine alla legittimità delle modalità di elezione dei giudici del Tribunale costituzionale polacco, concludendo per la violazione dell'articolo medesimo da parte della Polonia, in quanto un giudice del Tribunale costituzionale medesimo era stato nominato in modo non conforme alla legge. Cfr. European Court of Human Rights (4907/18), Judgment (Merits and Just Satisfaction), *Case of Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*, disponibile anche su Internet, *in primis* nel sito ufficiale della Corte europea dei diritti dell'uomo: <https://hudoc.echr.coe.int>.

tribuiscono a crearla, o attraverso il loro consenso, normalmente dato per iscritto (trattati internazionali) o attraverso il loro comportamento (che contribuisce alla formazione della consuetudine internazionale).

Per quanto concerne nello specifico il diritto pattizio, gli Stati assumono a condizione di reciprocità determinati obblighi giuridici. È per questo che è inaccettabile, dal punto di vista del diritto internazionale, che quando essi vogliono (*rectius* che quando la loro Corte costituzionale, che comunque è un organo dello Stato, ritenga), possano liberarsi impunemente dalle loro obbligazioni nei confronti di altri che le hanno assunte, lo ripetiamo, a condizione di reciprocità. Lo Stato così facendo pretende, agendo *uti singuli*, di sottrarsi ad un impegno assunto insieme agli altri (Stati)⁷⁰.

Ammettere che uno Stato possa violare (o non applicare) il diritto internazionale, seppur sulla base di una sentenza della propria Corte costituzionale, minerebbe alla radice la Comunità internazionale ed il suo diritto, il quale è frutto della cooperazione fra Stati⁷¹. Cooperazione che in tal caso verrebbe appunto meno.

Sul piano del diritto positivo, quando una Corte costituzionale decida per l'inapplicabilità del diritto internazionale (ritenendo che contrasti con norme di diritto costituzionale) causa la violazione da parte dello Stato cui la Corte appartiene di uno dei due principi formali cardine del diritto internazionale, quelli che vengono espressi con i brocardi "*pacta sunt servanda*"⁷² e "*consuetudo est servanda*"⁷³.

D'altra parte, sul fatto che la mancata applicazione del diritto in-

⁷⁰ D. CARREAU, F. MARRELLA, *op. cit.*, 55 s.: «da un punto di vista logico, la superiorità, ossia il primato del diritto internazionale sulle norme nazionali con esso contrastanti dovrebbe ricavarsi 'da sé' e non sollevare alcuna difficoltà particolare (...). L'uniformità della norma internazionale postula (...) la sua superiorità in rapporto alla mutevolezza ed alla specificità della norma interna di ciascuno Stato». D'altra parte, «tout ordre juridique s'affirme supérieur à ses sujets, ou bien il ne l'est pas... le droit international est inconcevable autrement que supérieur aux États, ses sujets. Nier sa supériorité revient à nier son existence»; cfr. M. VIRALLY, *Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droit interne*, in *Mélanges Rolin*, Parigi, 1964, 497.

⁷¹ Come ricordano B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, Napoli, XI ed., 2018, 3, «il diritto internazionale è costituito da un «complesso di norme che si forma al di sopra dello Stato, scaturendo dalla cooperazione con gli altri Stati».

⁷² Come richiamato anche nell'art. 26 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati.

⁷³ Come rilevano opportunamente A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009, 115: «L'esistenza di queste due norme, primarie e formali è la conseguenza giuridica, concreta e riscontrabile della secolare prassi storico-politica internazionale». Vi è tuttavia chi, pur riconoscendo l'esistenza del principio "*pacta sunt servanda*" contesta la sussistenza di un analogo principio per quanto concerne la consuetudine: così F. SALERNO, *Diritto internazionale*, Milano, 2017, 158.

ternazionale da parte di uno Stato comporti la sua responsabilità internazionale, anche quando tale mancata applicazione sia dovuta a quella che la propria Corte costituzionale qualifica come una violazione del diritto interno costituzionale, vi sono chiare pronunzie da parte dei tribunali internazionali come, ad esempio, la decisione della Corte internazionale di giustizia del 2012 sulle immunità giurisdizionali dello Stato menzionata *supra*⁷⁴.

Tale principio è inoltre affermato *a fortiori* per quanto concerne il diritto dell'Unione europea. Innanzitutto, nella sua giurisprudenza univoca la CGUE afferma costantemente che i giudici nazionali, al pari delle altre istituzioni degli Stati membri, sono obbligati a garantire la piena efficacia del diritto UE⁷⁵. Inoltre, le istituzioni dell'Unione non esitano in tali casi ad utilizzare quello che nel diritto internazionale può essere considerato a buon diritto uno dei pochi strumenti efficaci per far valere la responsabilità dello Stato che viola il diritto internazionale (nel caso specifico il diritto UE) medesimo e cioè la procedura di infrazione *ex art. 258 ss. TFUE*⁷⁶.

Nel valutare la gravità del comportamento dello Stato sul piano internazionale appare utile prendere in considerazione gli strumenti che sussistono affinché tale contrasto non si produca.

In primo luogo, dato che, ovviamente, l'agire di uno Stato deve essere sempre improntato al rispetto della sua Costituzione, anche quando adotta comportamenti coi quali contribuisce alla creazione di una norma di diritto internazionale (tanto consuetudinario quanto pattizio) non può e non deve assumere impegni in contrasto con i suoi valori costituzionali⁷⁷.

Esistono inoltre numerosi, specifici, strumenti volti ad impedire il sorgere di detto contrasto, sia nel diritto interno che nel diritto internazionale. Per quanto concerne il primo profilo, limitandosi al diritto

⁷⁴ Corte internazionale di giustizia, *Germania c. Italia*, cit.

⁷⁵ V. *ex plurimis* Corte di giustizia, sentenza del 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler e a.*, punto 122.

⁷⁶ Significativo in tal senso è quanto accaduto con la recente procedura di infrazione *ex art. 258 TFUE* aperta il 22 dicembre 2021 dalla Commissione nei confronti della Polonia proprio in conseguenza delle sentenze della Corte costituzionale polacca del 2021 menzionate *supra* con le quali il Supremo tribunale interno aveva ritenuto certe disposizioni dei Trattati UE incompatibili con le norme costituzionali polacche, mettendo così in discussione il principio della *primauté* del diritto UE.

⁷⁷ Tale principio è sovente affermato esplicitamente nelle Costituzioni medesime. Ad esempio, l'art. 11, co. 3, della Costituzione rumena dispone espressamente che la Romania può diventare parte di un trattato internazionale che contenga norme contrarie alla Costituzione solo a seguito di una revisione costituzionale.

italiano, basti ricordare che il controllo di costituzionalità che deve essere effettuato dal Presidente della Repubblica in sede di ratifica dei trattati internazionali *ex art. 87, co. 8, Cost.*⁷⁸.

Né la questione è astrattamente impossibile da risolvere quando ciò che contrasta con la Costituzione è l'interpretazione che alla norma del trattato è data dai giudici internazionali, nella misura in cui uno Stato può – in linea generale e pur con le eccezioni previste dal diritto internazionale⁷⁹ – apporre riserve⁸⁰ sia eccezionali che interpretative ad un trattato, così da evitare anche il rischio di future interpretazioni della norma in esso contenuta che contrastino con la sua Costituzione.

Pertanto, se una norma della Costituzione di uno Stato contrasta col diritto pattizio internazionale cui lo Stato medesimo è vincolato la responsabilità di ciò è, in ultima istanza, dello Stato medesimo, il quale perlomeno non ha vigilato abbastanza affinché gli impegni da esso assunti sul piano internazionale non contrastassero con la sua Costituzione (se tali impegni sono ad essa successivi) o, al contrario, ha adottato un testo costituzionale senza curarsi a sufficienza del fatto che esso contrastasse con propri impegni già assunti sul piano internazionale (per quanto concerne i trattati precedenti alla Costituzione).

In alternativa – magari quando il contrasto fra la norma pattizia e la Costituzione è dovuto ad un'interpretazione della prima difficilmente ipotizzabile nel momento in cui lo Stato è diventato parte del trattato – lo Stato, per evitare di incorrere nella responsabilità internazionale, ha due opzioni: o recedere dal trattato, qualora ciò sia possibile (ad esempio abbandonando un'organizzazione internazionale come fra l'altro prevede l'odierno art. 50 TUE per quanto concerne l'Unione europea), ovvero adeguare il suo diritto interno, ivi compreso quello costituzionale, al diritto internazionale, novellandolo⁸¹.

Sussiste invero una terza via, ed è quella che molte volte le Corti costituzionali – coscienti delle gravi conseguenze nell'ordinamento in-

⁷⁸ Così, *inter alios*, A. CASSESE, *Diritto internazionale*, (a cura di M. Frulli), Bologna, IV ed., 2021, 265. La dottrina non è tuttavia univoca sul punto. Fra quella più autorevole *contra* v. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1975, 652.

⁷⁹ V. art. 19 Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

⁸⁰ Un esempio fra molti di un corretto uso in tal senso dell'apposizione di una riserva al fine di evitare il contrasto fra la norma di un trattato internazionale cui uno Stato intende prendere parte e la sua Costituzione mi pare possa essere considerata la riserva apposta dall'Italia all'art. 12, par. 4, del Patto internazionale sui diritti civili e politici stipulato a New York il 16 dicembre 1996.

⁸¹ Mentre, in ogni caso, non si può sostenere la nullità della norma interna contrastante (cfr. G. TESAURO, *op. cit.*, 206), tale nullità non potendo neppure essere dichiarata dal giudice internazionale (cfr. D. CARREAU, F. MARRELLA, *op. cit.*, 62).

ternazionale derivanti dalla mancata applicazione di una norma internazionale nell'ordinamento interno in caso di contrasto con le norme costituzionali illustrate *supra* – hanno deciso di percorrere. Si tratta di risolvere la questione in via interpretativa, evitando di dichiarare la sussistenza di tale contrasto pur senza rinunciare ad affermare in principio il ruolo imprescindibile dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Un buon esempio in tal senso mi sembra essere la sentenza n. 48/1979 dalla Corte costituzionale italiana⁸². In tale occasione la Corte, pur affermando chiaramente che in linea di principio le norme di diritto internazionale consuetudinario non possono assolutamente permettere la violazione dei principi fondamentali della Costituzione⁸³ conclude, nel caso di specie, per l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'immunità diplomatica dalla giurisdizione civile dello Stato accreditario come prevista da un trattato internazionale ratificato dall'Italia (nella fattispecie la Convenzione di Vienna del 18 aprile 1961), poiché «le deroghe alla giurisdizione derivanti dall'immunità diplomatica non sono incompatibili con le norme costituzionali invocate, in quanto necessarie a garantire l'espletamento della missione diplomatica, istituto imprescindibile del diritto internazionale»⁸⁴.

Si confronti tale pronuncia con la sentenza n. 238/2014 menzionata *supra*: in entrambi i casi le questioni concernevano il rapporto fra immunità giurisdizionali concesse dall'ordinamento internazionale (rispettivamente agli agenti diplomatici in quella più risalente ed agli Stati in quella più recente) ma in quest'ultimo caso come meglio illustrato *supra*, l'Italia è stata condannata dalla Corte internazionale di giustizia in quanto la Corte costituzionale, al contrario di quanto aveva fatto in passato, non si è limitata ad affermare in linea di principio la supremazia del diritto (costituzionale) italiano sul diritto internazionale ma, anziché risolvere la questione sul piano interpretativo, ha scelto di dichiarare l'illegittimità costituzionale di determinate norme di diritto internazionale.

Il rispetto degli obblighi internazionali da parte dello Stato nell'esercizio della sua potestà legislativa è peraltro imposto dalla normativa interna, anche di carattere costituzionale, di molti Stati⁸⁵.

D'altra parte, concludere per la prevalenza del diritto interno *tout*

⁸² Corte costituzionale, sentenza 48/1979.

⁸³ Ivi, punto 3 in diritto.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Così dispone anche l'art. 117 Cost. nella versione attualmente in vigore.

court sul diritto internazionale – sia pure quando tale diritto interno è solo quel nucleo costituito dai valori fondamentali di una Costituzione e alla base di ciò vi è una pronuncia di una Corte costituzionale – può richiamare vecchie idee sul rapporto fra diritto internazionale ed ordinamenti giuridici interni quali quelle che costituivano la superata teoria del c.d. “monismo nazionalista”⁸⁶.

Il rischio che corre chi saluta con favore le decisioni delle Corti costituzionali che affermano la non applicabilità di certe norme di diritto internazionale in quanto contrastanti coi valori fondamentali della propria Costituzione è quello di propugnare, magari neppure del tutto consapevolmente, una concezione autoritaria della sovranità nazionale anche quando abbia come intento quello di esaltare il ruolo della magistratura nei confronti dell’esecutivo⁸⁷. Dal punto di vista del diritto internazionale, infatti, il potere esecutivo e quello giudiziario sono un *unicum* che si riassume nello Stato come soggetto primario del diritto internazionale al pari degli altri Stati, enti sovrani *superiorem non recognoscentes*, per cui nella Comunità internazionale ogni singolo Stato limita la propria sovranità, a condizione di reciprocità, appunto attraverso il diritto internazionale, ma nessuno Stato può limitare la sovranità altrui proprio in quanto si tratta di enti sovrani *superiorem non recognoscentes*.

Detto in altri termini, funzione essenziale del diritto internazionale è proprio quella di far sì che ogni Stato limiti la propria sovranità, normalmente a condizione di reciprocità, ai fini di permettere la cooperazione, o almeno la coesistenza, fra enti sovrani. Quello che non può accettare, anzi in ultima istanza una delle sue principali ragioni di essere è proprio evitare che uno Stato limiti la sovranità degli altri Stati. Per usare un’iperbole, quando uno Stato occupa militarmente il territorio di un altro Stato, ne depone il Governo e ne annette il territorio ne limita del tutto la sovranità, perché arriva a

⁸⁶ Come noto, si tratta di una dottrina nata e sviluppatasi principalmente nella dottrina di lingua tedesca a partire dal 1700, ad opera di filosofi e giuristi tedeschi quali Moser, Bergbohm e Wenzel. Tale teoria, che appunto postulava la superiorità del diritto interno sul diritto internazionale, «rifletteva l’estremo nazionalismo ed autoritarismo di un ristretto numero di grandi potenze, che si preoccupavano principalmente di tutelare i propri interessi»; cfr. A. CASSESE, *op. cit.*, 324.

⁸⁷ È per questo che, dal punto di vista del diritto internazionale, destano perplessità affermazioni di illustri studiosi di diritto costituzionale i quali ad esempio sottolineano l’uso dei controlimiti come strumento utilizzato contro la sovranità statale e non come difesa della stessa (così M. LUCIANI, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, 2015, 84 ss.).

cancellarla⁸⁸. Tuttavia, ciò costituisce una grave violazione del diritto internazionale in vigore.

Il paradosso – e ciò che a mio avviso è particolarmente preoccupante – è che oggi tale prevalenza dei valori fondamentali di una Costituzione sul diritto internazionale è affermata dalle stesse Corti costituzionali degli Stati UE, che sono fra quelli che hanno la concezione meno autoritaria della sovranità nazionale (basti confrontare ad esempio l’atteggiamento che hanno tali Paesi nei confronti della Corte penale internazionale con quello proprio di altri Stati quali Stati Uniti, Russia e Cina, ma anche Israele, India, Iran, Pakistan o molti Paesi arabi) e anche in un settore del diritto internazionale, il diritto dell’Unione europea, dotato di particolare autorità nei confronti dei diritti interni, come meglio illustrato *supra*⁸⁹.

Da un altro punto di vista, si rifletta sulle conseguenze cui potrebbe portare *ad absurdum* il riconoscere sempre e comunque la prevalenza dei valori fondamentali di una Costituzione sul diritto internazionale: si pensi all’ipotesi paradossale in cui in uno Stato X si imponesse, democraticamente o magari con la forza, un regime in grado di adottare una Costituzione che, in ipotesi, anziché sul principio di eguaglianza fosse fondata su quello di diseguaglianza e adottasse un sistema tipo *apartheid*, distinguendo i diritti e i doveri dei cittadini in base al sesso, alla razza, alla lingua, alla religione o alle opinioni politiche. Portando all’estremo l’applicazione della teoria che esalta i controlimiti, tale Stato sarebbe paradossalmente legittimato a violare anche tutti i trattati in materia di diritti umani adottati dai precedenti Governi del medesimo Stato.

Questa conclusione sarebbe tuttavia in grave contrasto col diritto internazionale odierno, in cui, a differenza che nel passato, si è formata nella Comunità internazionale la consapevolezza che esistono determinati principi che nessuno Stato può violare, trattandosi di principi fondamentali per l’umanità e per l’esistenza del singolo essere

⁸⁸ Tema questo purtroppo di grande attualità alla luce dell’atteggiamento della Russia nei confronti dell’Ucraina.

⁸⁹ A tacer d’altro è per questo in ultima istanza che non appaiono condivisibili affermazioni quale quella di P. VERONESI, *Stati alla sbarra? Dopo la sentenza costituzionale n. 238/2014*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, 485 ss., il quale auspica che il principio affermato nella sentenza della Corte costituzionale n. 238/2014 per quanto concerne le norme di diritto internazionale venga fatto valere anche per quelle di diritto UE, cosicché queste ultime non possano più entrare nell’ordinamento italiano automaticamente e conservare efficacia sino al momento in cui non vengano eventualmente ritenute dalla Corte contrastanti coi valori fondamentali dell’ordinamento costituzionale italiano.

umano. Esiste, in altre parole, un «nocciolo duro del diritto internazionale che necessariamente include alcuni fondamentali principi di umanità» il quale «non può essere modificato dalle legislazioni nazionali»⁹⁰. Lo Stato, pur sovrano, lo è un po' meno in quanto non può più fare ciò che vuole nei confronti dei propri cittadini, dato che esiste una norma di diritto internazionale generale che proibisce i crimini contro l'umanità⁹¹.

Questo nocciolo duro di valori condivisi indiscutibili costituisce peraltro l'essenza dello *jus cogens*. Uno Stato che non condivida tali valori fondamentali della Comunità internazionale, quali quelli tutelati attraverso le norme sui crimini internazionali, di fatto si auto-esclude dalla medesima, spingendo gli altri Stati a considerarlo come un paria e a comportarsi di conseguenza.

4. Appare innegabile l'esistenza di una diarchia, una divergenza, fra la soluzione che tende ad essere adottata in seno alle Corti costituzionali (prevalenza del diritto costituzionale) e quella imposta dal diritto internazionale (rispetto di quest'ultimo).

Dal quadro tratteggiato emerge pertanto una situazione complessa. Se da una parte le Corti costituzionali applicando il loro diritto interno (costituzionale) affermano la prevalenza dei valori costituzionalmente protetti sugli impegni che incombono sullo Stato ai sensi del diritto internazionale, dall'altra una tale presa di posizione – quando anziché limitarsi ad una mera dichiarazione di principio si spinge a dichiarare inapplicabile sul piano interno una norma di origine internazionale – espone lo Stato medesimo alla responsabilità internazionale, per violazione del diritto internazionale medesimo.

È questa una situazione inevitabile? Innanzitutto può (e dovrebbe) essere evitata grazie all'azione preventiva degli organi dello Stato i quali possono cercare di impedire a priori il sorgere di tale contrasto, utilizzando tutti gli strumenti meglio illustrati *supra*.

La questione è se e come si possa intervenire a posteriori, onde evitare il sorgere della responsabilità dello Stato, qualora tale azione preventiva risulti *de facto* insufficiente.

In primo luogo le Corti costituzionali, anche quando rivendicano una prevalenza di principio del diritto interno (costituzionale) sul diritto internazionale, possono sempre cercare di risolvere l'apparente

⁹⁰ S. ZAPPALÀ, *La giustizia penale internazionale*, Bologna, II ed., 2020, 37.

⁹¹ Fermo restando che oggi gli Stati non possono più fare ciò che vogliono nei confronti dei propri cittadini anche perché sono parte di accordi internazionali di tutela dei diritti umani.

conflitto in via interpretativa⁹². Più in generale, quando le Corti costituzionali dichiarano una norma di origine internazionale inapplicabile nel loro Stato di appartenenza per contrasto col diritto interno (costituzionale) rischiano di trascurare una delle funzioni fondamentali che le loro pronunzie svolgono nell'ambito dell'ordinamento internazionale.

Nell'ambito del contributo al procedimento di formazione (e, in una certa misura, di revisione) della consuetudine internazionale fornito dagli Stati un ruolo di particolare importanza riveste la giurisprudenza interna in generale e quella delle corti supreme in particolare, la quale svolge tale funzione anche attraverso la tutela di quei valori che, pur propri dell'ordinamento interno, possono aspirare ad essere recepiti sul piano internazionale, nella misura in cui sono effettivamente diffusi nel diritto interno della generalità degli Stati⁹³.

Quando le Corti costituzionali elaborano ed applicano teorie quali quella dei controlimiti, o comunque affermano *orgogliosamente* la prevalenza del diritto interno (costituzionale) sul diritto internazionale rischiano di tradire tale loro fondamentale funzione per affermare una pericolosa concezione autoritaria della sovranità nazionale⁹⁴.

Al contrario, le corti costituzionali hanno l'opportunità di svolgere un ruolo fondamentale nello sviluppo progressivo del diritto internazionale. Possono fornire il loro contributo non solo all'interpretazione tanto delle norme pattizie quanto consuetudinarie, ma anche alla stessa rilevazione di queste ultime, avendo a disposizione, più di altri interpreti, gli strumenti tecnici e materiali idonei.

Ancora più importante è tuttavia l'opera che possono compiere collaborando alla creazione della consuetudine internazionale. Come noto, fra gli elementi che debbono essere presi in considerazione per

⁹² Come, ad esempio, ha fatto la Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 48 del 18 giugno 1979 relativa all'inderogabilità del principio dell'immunità diplomatica menzionata *supra*.

⁹³ Così, *inter alios*, B. CONFORTI, M. IOVANE, *op. cit.*, 44. Sugli effetti legali internazionali del diritto interno degli Stati v. la fondamentale opera di C. SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, Parigi, 2001.

⁹⁴ A tal proposito vedasi il recente contributo di R. SAPIENZA, *La tutela dell'identità nazionale nell'Unione europea tra dottrina dei controlimiti e principio del non intervento negli affari interni. Una ipotesi e un programma di ricerca*, in *Liber Amicorum Sergio Marchisio*, Napoli, 2022, 637-638, che riconduce il ruolo dello Stato (e della sua corte suprema) nell'ambito del sistema europeo di tutela dei diritti umani allo «schema (...) del diritto internazionale classico, che, a quanto pare, in Europa sopravvive a sé stesso, tutelando la sfera di sovranità dello Stato, restituendo una nuova giovinezza e attualità al modello tradizionalmente basato sul principio del non intervento negli affari interni, questa volta utilizzato non più e non solo dalle diplomazie statali, ma anche dalle supreme corti nazionali».

rilevare tali norme riveste specifica importanza (insieme ad altri⁹⁵) anche la giurisprudenza interna, *in primis* quella delle corti supreme.

Ciò pare indubbiamente preferibile a quanto avviene quando invece con le decisioni delle corti costituzionali si esalta il contrasto fra diritto internazionale e diritto interno (costituzionale) al solo fine di affermare la prevalenza di quest'ultimo.

Quando i valori costituzionalmente protetti che astrattamente si contrappongono ad una norma di diritto internazionale hanno ad oggetto la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali tale funzione delle corti supreme è di particolare rilievo. La centralità della tutela di questi valori nel diritto internazionale attuale è pacifica, essendo anche una delle funzioni fondamentali attribuite all'ONU dalla sua Carta⁹⁶. Inoltre, secondo un'opinione oramai piuttosto diffusa in dottrina, detta centralità rileva nel diritto internazionale odierno anche sul piano gerarchico.

Come noto, l'ordinamento giuridico internazionale era tradizionalmente costituito come sistema di norme giuridiche orizzontali⁹⁷, vincolanti solo se gli Stati accettano (anche in senso lato) di essere vincolati dalle stesse⁹⁸. La dottrina maggioritaria sostiene che, nonostante l'ostacolo oggettivo costituito dalla struttura stessa della Comunità internazionale⁹⁹, a seguito del rafforzamento del processo di istituzionalizzazione del suo ordinamento giuridico, sono oggi in esso presenti principi fondamentali propri¹⁰⁰ e norme gerarchicamente sovraordinate. Secondo questa diffusa tesi si sono così definiti valori e interessi ritenuti preminenti per l'intera Comunità internazionale, i

⁹⁵ Quali i documenti diplomatici degli Stati, le posizioni da loro assunte ufficialmente sul piano internazionale, in particolare in seno a conferenze multilaterali, e la legislazione interna.

⁹⁶ V. art. 1, co. 3, dello Statuto delle Nazioni Unite.

⁹⁷ V. *ex plurimis* J.-M. DUPUY, *Droit international public*, Parigi, 2008, 14-16.

⁹⁸ Sul punto v. per tutti H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Lipsia-Vienna, 1934, 129. Come evidenzia R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, 108 s., questa è una «Conseguenza caratteristica della dottrina positiva tradizionale che costruiva tutto il DI come *accordo* (espresso: *Trattato*; tacito: *consuetudine*)».

⁹⁹ Vi è però chi mette l'accento sul fatto che alla base di tale evoluzione del diritto internazionale vi è una «diffusa insoddisfazione di accettare l'idea che la parità giuridica che caratterizza i rapporti tra i soggetti dell'ordinamento si rifletta pedissequamente anche nei rapporti tra le norme dello stesso ordinamento, determinando così l'assenza di qualunque gerarchia»; A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *op. cit.*, 114.

¹⁰⁰ Tali principi debbono essere distinti dai principi generali di diritto comuni agli ordinamenti interni degli Stati. Peraltro, la loro stessa esistenza non è pacifica in dottrina; *ibidem*.

quali fungono da “collante” per la medesima¹⁰¹. Tali principi non possono essere derogati dalle fonti “ordinarie” del diritto internazionale in quanto, proteggendo tali valori supremi, debbono considerarsi principi di ordine pubblico internazionale¹⁰².

Nel diritto internazionale classico, a differenza del diritto interno, si aveva un ordinamento paritario, nel senso che le norme pattizie e consuetudinarie erano di pari grado. In quello attuale sono invece presenti anche obbligazioni *erga omnes*, norme di diritto cogente, principi fondamentali¹⁰³. Esiste una gerarchia¹⁰⁴ delle norme, delle regole, dei principi che prima non esisteva¹⁰⁵, tanto che in una parte della dottrina si sta affermando l’idea che si stia andando verso un vero e proprio ordinamento giuridico internazionale “verticale”¹⁰⁶.

¹⁰¹ Cfr. E. DE WET, *The International Constitutional Order*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, 76.

¹⁰² Cfr. R. QUADRI, *op. cit.*, 109 e 110.

¹⁰³ Sul tema v. *inter alios* M. IOVANE, *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, Napoli, 2000, 41 ss., in partic. 127 ss.; C. TOMUSCHAT, J.M. THOUVENIN (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden-Boston, 2006. Sui rapporti fra norme di diritto cogente e obblighi *erga omnes* v. fra gli altri: M. BYERS, *Conceptualising the Relationship Between Jus Cogens and Erga Omnes Rules*, in *Nordic Journal of International Law*, 1997, 211 ss.; P. PICONE, *La distinzione tra norme internazionali di jus cogens e norme che producono obblighi erga omnes*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, 5 ss.

¹⁰⁴ Peraltro non tutti concordano sul fatto che sussista una gerarchia in senso proprio: «sarebbe erroneo parlare di gerarchia o superiorità nel senso del diritto interno e, invece, più appropriato parlare di gerarchia ‘informale’, ‘funzionale’, ‘normativa’ ecc.»; A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *op. cit.*, 119.

¹⁰⁵ Vi è invero chi ricorda come «[l]’idea che nell’ordinamento internazionale esistano norme ‘diverse’ rispetto alla generalità delle altre, di rango in qualche modo ‘superiore’ non è certamente recente: indipendentemente dalla loro concreta fondatezza, la *Grundnorme* di Kelsen e Morelli, lo *ius cogens* di Verdross, i *principi* di Quadri, la *Carta* dell’Onu intesa da alcuni come una sorta di Costituzione mondiale... gli approcci ‘globalisti’ e ‘istituzionalisti’, la *responsibility to protect*, e così via, sono tutte idee che presuppongono l’esistenza di valori e norme superiori, valori di principio ritenuti fondamentali ed essenziali per la convivenza internazionale qualunque sia il loro nome o la loro classificazione»; *ibidem*, 114.

¹⁰⁶ Così J. VIDMAR, *Norm Conflicts and Hierarchy in International Law: Towards a Vertical International Legal System?*, in E. DE WET, J. VIDMAR (eds.), *Hierarchy in International Law*, Oxford, 2012, 13. Sul tema v. anche: E. DE WET, *op. cit.*, 51 ss.; D. SHELTON, *Normative Hierarchy in International Law*, in *American Journal of International Law*, 2006, 291 ss.; J. KLABBERS, A. PETERS, G. ULFSTEIN (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009; G. ZICCARDI CAPALDO, *Diritto globale*, Milano, 2010, 58 ss. In dottrina il dibattito sul fatto che effettivamente l’evoluzione in corso nel diritto internazionale lo abbia spinto verso una struttura piramidale o meno è molto acceso, con una rosa di posizioni che si collocano in punti diversi sulla linea ideale che va da un estremo all’altro. Così, contrari a tali ipotesi sono, fra gli altri, M. GIULIANO, T. SCOVAZZI, T. TREVES, *Diritto internazionale – Parte generale*, Milano, 1991, 214 ss. Altri invitano a considerare «ogni ‘verticalizzazione’ del sistema normativo... con la massima cautela», pur riconoscendo che esistono «rarissimi esempi di (...) ‘verticalizzazione’ internazionale: la Carta dell’ONU e lo

È ben vero che anche coloro i quali sostengono che sussista una gerarchia normativa nel diritto internazionale non nascondono che il problema rimane quello di identificare quali siano le norme ed i principi al vertice della piramide, a chi spetti identificarli ed attraverso quale procedimento¹⁰⁷. È, tuttavia, opinione ampiamente diffusa nella dottrina e nella giurisprudenza internazionale che il nucleo fondamentale delle norme a tutela dei diritti umani siano effettivamente norme di *jus cogens* e rientrino pertanto fra le norme fondamentali all'apice dell'ordinamento giuridico internazionale.

Stando così le cose, il problema si presenta evidentemente sotto una luce diversa: quando sussiste una gerarchia, infatti, il primo principio che si applica per risolvere il conflitto fra norme è quello espresso col brocardo "*lex superior derogat inferiori*". E nella misura in cui le norme di diritto consuetudinario che tutelano i diritti umani costituiscono norme di *jus cogens* esse prevalgono sul resto del diritto internazionale, essendo appunto sovraordinate sul piano gerarchico¹⁰⁸.

In tal senso la maggior tutela dei diritti garantita dalle corti costituzionali non andrebbe vista in un'ottica di contrapposizione o gerarchia delle fonti (per cui la Costituzione, o per lo meno i valori fondamentali da essa tutelati prevalgono sul diritto internazionale, ivi compreso quel suo ramo costituito dal diritto UE), ma in un'ottica di contributo allo sviluppo progressivo del diritto internazionale. O magari anche di applicazione del diritto internazionale per cui la prevalenza dei diritti umani sulle altre norme del diritto internazionale è garantita dall'appartenenza allo *jus cogens* delle norme sulla tutela dei diritti umani, che pertanto prevalgono sulle altre norme del diritto internazionale.

In questa prospettiva si potrebbe pertanto concludere che l'affermazione di una irrinunciabilità ai valori fondamentali delle Costituzioni – anche qualora ciò comporti un contrasto col diritto internazionale

jus cogens»; D. CARREAU, F. MARRELLA, *op. cit.*, 73 e 75. Vi è poi chi sostiene che «[n]on ha (...) senso parlare di 'costituzione' (o di norme costituzionali) a livello internazionale perché l'ordinamento giuridico di riferimento è l'espressione di una comunità sociale anorganica nella sua strutturazione e paritaria nei suoi rapporti intersoggettivi». Cfr. A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *op. cit.*, 117. Alcuni, infine, ritengono che «[p]ur in presenza di orientamenti evolutivi della prassi verso una graduale verticalizzazione del sistema, restano deficienze regolatorie e soprattutto istituzionali del diritto internazionale che non giustificano forzature interpretative»; cfr. F. SALERNO, *op. cit.*, XVI.

¹⁰⁷ V. *inter alios* D. SHELTON, *op. cit.*, 323. Sono proprio questi problemi che persuadono alcuni a concludere per l'assenza di tale gerarchia. Così *inter alios*: M. GIULIANO, T. SCOVAZZI, T. TREVES, *op. cit.*, 216.

¹⁰⁸ V. art. 53 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati.

e la conseguente inapplicabilità di quest'ultimo, secondo quanto affermato in più occasioni dalle Corti costituzionali – possa in un determinato caso risultare accettabile dal punto di vista del diritto internazionale. Si tratta di quello in cui la norma costituzionale in questione garantisce una maggior tutela ai diritti umani di quanto non faccia la norma di diritto internazionale che le si contrappone. In tale fattispecie, infatti, le Corti costituzionali potrebbero contribuire con le loro pronunzie ad estendere la portata dei diritti umani¹⁰⁹, ovvero di diritti che nell'ordinamento giuridico internazionale sono tutelati da norme collocate al vertice dell'ordinamento medesimo, come meglio illustrato *supra*. Una soluzione di questo genere pare peraltro oggi essere esplicitamente accolta non solo dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma anche in certe Costituzioni moderne¹¹⁰.

ABSTRACT

*Constitutional Courts,
International Law Implementation and Counter-limits*

This paper offers some insights into the thorny issue of the relationship between international law and constitutionally-protected values. The first part is dedicated to a critical appraisal of the jurisprudence of some EU Member States constitutional courts arguing against the principle of the primacy of EU law when it conflicts with constitutionally-protected values. This attitude is particularly challenging due to the peculiar characteristics of that specific branch of international law which is EU law. Such an approach by constitutional courts (i.e., prevalence of constitutionally-protected values over international rules) can have relevant consequences under international law. With this background in mind, an attempt is made to understand whether, at least in some cases, the juxtaposition between the “constitutional” solution (i.e., prevalence of constitutionally-protected values) and the solution required by international law can be overcome and which role constitutional courts can play.

¹⁰⁹ Sulla possibilità di una massima estensione dei diritti (o “*maximum standard*”) vi è invero chi, in dottrina, avanza più di un dubbio. Per approfondimenti sul tema v., *inter alios*, J. H. H. WEILER, *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: Common Standards and Conflicting Values in the Protection of Human Rights in the European Legal Space*, in R. KASTORYANO (ed.), *An Identity for Europe – The Relevance of Multiculturalism in EU Construction*, New York, 2009, 73 ss., e R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, in partic. 63 ss.

¹¹⁰ Piace qui menzionare, nello specifico, la Costituzione brasiliana (art. 5) e quella rumena (art. 11).

DIFFÉRENCES CULTURELLES ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DE LA FAMILLE: BRÈVES REMARQUES¹

PASQUALE PIRRONI

SOMMAIRE: 1. Un thème classique et actuel. – 2. Le respect de l'identité culturelle de l'étranger: 'droit' ou 'objectif'. – 3. L'étranger radical'. – 4. L'impact des droits de l'homme sur les systèmes de droit international privé. – 5. La primauté des droits de l'homme sur l'identité culturelle. – 6. La recherche d'un point d'équilibre substantiel. – 6.1. La création de la situation juridique dans l'ordre du for: le rôle du législateur... – 6.2. ... et celui du juge. – 6.3. La reconnaissance d'une situation juridique créée à l'étranger... – 7. ... et l'étranger proche'.

1. Le sujet du rapport entre différences culturelles et droit international privé de la famille est, en même temps, "classique" et "actuel".

Le thème est *classique* parce que, si l'on estime que l'ordre juridique d'un Pays est normalement l'expression de la culture de ce Pays, le droit international privé, qui se préoccupe de faire vivre ensemble les divers ordres juridiques, est naturellement, je dirais, ontologiquement, porté à gérer les différences culturelles².

¹ Ce texte reproduit les Remarques introductives (assorties de notes de bas de page) formulées par l'auteur lors du webinaire, du 1^{er} décembre 2021, sur "Différences culturelles et droits international privé de la famille", organisé par le Département de Droit de l'Université de Catania.

² En effet, depuis plusieurs années la doctrine juridique, notamment celle du droit international privé, s'occupe de ce thème. Voir, *ex plurimis*: P. MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé polygamie e répudiation*, Genève, 1972; P. GANNAGE, *Coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privés internationales*, en *Recueil des Cours*, 1979, 164 ss.; P. DEPREZ, *Droit international privé et conflits de civilisations aspects méthodologiques*, *ivi*, 1988, 211 ss.; E. JAYME, *Identité culturelle et intégration: Le droit international privé post-moderne*, *ivi*, 1995, 251 ss.; M.C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisation: relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, 2005; P. LAGARDE, *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*, en *Annuaire de l'Institut de droit international*, 2006, session de Cracovie, vol. 71, 290 ss.; A. MALATESTA, *Cultural Diversity and Private International Law*, en *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Liber Fausto Pocar, Milano, 2009; K. ZAHER, *Conflit de civilisations et droit international privé*, Paris, 2009; G. CARELLA, *Diritti*

En effet, les divers systèmes de droit international privé ont créé toute une série de méthodes, de techniques, pour atteindre leurs objectifs traditionnels: l'uniformité de réglementation des rapports juridiques privés transnationaux et la continuité des situations juridiques dans l'espace, d'un côté, la préservation de l'harmonie et de la cohérence de l'ordre juridique du for, de l'autre côté.

En appliquant ces techniques et ces méthodes, on aboutit, selon les cas, à l'ouverture de l'ordre du for aux valeurs juridiques étrangères ou, au contraire, à la fermeture de l'ordre du for à ces valeurs.

Mais, en même temps, le thème est extrêmement *actuel* car à cause de la globalisation et de l'accroissement de la mobilité des personnes tout le long de la planète, de nos jours, des rapports juridiques entre individus qui appartiennent à des cultures différentes, parfois très différentes, voire conflictuelles, s'établissent de plus en plus, surtout dans le domaine du droit de la famille.

2. Il se pose alors, pour l'ordre du for, le problème du *respect de l'identité culturelle de l'étranger*, qui vise à garder dans les rapports privés transnationaux son propre statut personnel et familial et, plus en général, à se voir appliquée, dans les rapports de famille, la loi personnelle (les règles de l'ordre juridique de nationalité). Cette loi, en effet, est normalement ressentie comme celle qui garantit le mieux l'identité culturelle de l'individu.

Le respect de l'identité culturelle est établi (bien qu'avec des formules parfois ambiguës) comme une obligation pour les États et pour les Institutions internationales dans certains systèmes conventionnels. Par exemple, on peut mentionner ici la Convention de l'UNESCO, sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, de 2005³, ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴.

umani, conflitti di leggi e conflitti di civilizzazione, Bari, 2011; C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, 1029 ss.; J.Y. CARLIER, *Diversité culturelle et droit international privé. De l'ordre public aux accommodements réciproques*, en G. CATALDI, V. GRADO (dir.publ.), *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, Napoli, 2014, 125 ss.; L. GANNAGE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, La Haye, 2013.

³ Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, Paris, 20 octobre 2005. Voir aussi la Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, du 2 novembre 2001.

⁴ L'article 22 dispose: «L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique».

On pourrait se demander si, en dehors de certains systèmes conventionnels, un véritable ‘*droit*’ pour l’étranger au respect de l’identité culturelle soit établi aussi par une règle générale de droit international coutumier, un droit autonome par rapport à certains droits spécifiques, qui peuvent (indirectement) contribuer au respect de l’identité culturelle de l’étranger⁵. Il faudrait, à cet égard, mener une étude approfondie pour vérifier l’existence, l’éventuel contenu et les éventuelles limites d’un tel droit.

En tout cas, la protection de l’identité culturelle représente sûrement un ‘*objectif*’ à atteindre pour les systèmes de droit international privé. Un objectif qui s’ajoute aux objectifs classiques. Dans ce sens l’Institut de Droit International s’est prononcé, dans sa résolution de Cracovie, de 2005, sur “Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille”⁶. Dans cette résolution «le respect des identités culturelles est devenu un *objectif* du droit international qui doit trouver à s’appliquer en droit international privé»⁷.

Cet objectif, qui est en harmonie et homogène à l’objectif de la continuité des situations juridiques, implique (comporte) une *ouverture de l’ordre du for* aux valeurs juridiques étrangères.

Normalement, on cherche à atteindre cet objectif, surtout dans le domaine du droit de la famille, par l’utilisation de certains critères de rattachement, tels que le critère de la nationalité ou celui de la volonté, ou par le recours à la méthode de la reconnaissance⁸, ou encore par

⁵ Tel que, par exemple, la liberté de religion et de manifester sa religion. Sur l’existence d’un droit au respect de l’identité culturelle voir: Y.M. DONDERS, *Towards a Right to Cultural Identity?*, Amsterdam, 2002.

⁶ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, résolution, *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*, Rapporteur P. Lagarde, *Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 71-II, 2006, 290 ss.

⁷ *Ibidem*. Italiques ajoutés.

⁸ Sur la méthode de la reconnaissance, *ex plurimis*, voir: P. MAYER, *Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé*, en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, 547 ss.; S. BOLLEE, *L’extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale*, en *Revue critique de droit international privé*, 2007, 307 ss.; E. PATAUT, *Le renouveau de la théorie des droits acquis*, en *Travaux du Comité français de droit international privé, 2006-2008*, 71 ss.; P. LAGARDE, *La reconnaissance mode d’emploi*, en *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, 481 ss.; ID., *La méthode de la reconnaissance est-elle l’avenir du droit international privé?*, en *Recueil des Cours*, 371, 2014, 9 ss. Voir aussi: R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, en *Recueil des Cours*, 348, 2011, 253; F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law*, *ivi*, 395, 2019, 9.

une application souple de la limite de l'ordre public international⁹, tel que l'ordre public atténué¹⁰ ou bien l'ordre public de proximité¹¹.

3. Toutefois, il faut se demander si ces méthodes et techniques sont réellement en mesure d'assurer le respect de l'identité culturelle de l'étranger et, surtout, de gérer de façon adéquate les différences culturelles en droit international privé de la famille, face à l'étranger que Mme Gannagé, dans son ouvrage "Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures", appelle "étranger radical". C'est-à-dire, l'étranger porteur d'une culture très différente, voire conflictuelle, par rapport à celle du for¹².

La gestion des différences culturelles face à l'étranger radical s'est révélée, pour les systèmes de droit international privé, *un important défi*. En effet, il arrive souvent que certaines règles étrangères, ou situations juridiques créées à l'étranger, s'opposent profondément aux valeurs de l'ordre du for. Il suffit ici de rappeler les problèmes qui se

⁹ La doctrine sur l'ordre public international est très vaste, *ex plurimis*, voir: G. BADIALLI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano 1962; P. BENVENUTI, *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977; L. FUMAGALLI, *Considerazioni sull'unità del concetto di ordine pubblico*, en *Comunicazioni e studi*, 1985, 595 ss; BUCHER, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, en *Recueil des Cours*, 239, 1993, 47 ss.; P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale*, Milano, 2005; G. CONTALDI, *Ordine pubblico*, en R. BARATTA (dir. publ.), *Dizionari del diritto privato. Diritto internazionale privato*, Milano, 2011, 273 ss.; O. FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012; F. SALERNO, *La costituzionalizzazione dell'ordine pubblico internazionale*, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, 259 ss. En ce qui concerne, notamment, l'application de l'ordre public vis-à-vis au droit musulman, voir: P. LAGARDE, *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation*, en *Nouveaux itinéraires en droit: hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, 263 ss.; N. BERNARD-MAUGIRON, B. DUPRET (dir. publ.), *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du nord*, Bruxelles, 2012.

¹⁰ Sur le droit public atténué, voir: L. GANNAGE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, cit., 153-162.

¹¹ Sur l'ordre public de proximité, *ex plurimis*, voir: P. COURBE, *L'ordre public de proximité*, en *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, cit., 227 ss.; N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Paris, 2007; L. GANNAGE, *L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs*, en *Travaux du Comité Français de Droit international privé*, 2006-2008, spéc. 216-222; J.Y. CARLIER, *Quand l'ordre public fait désordre. Pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé*, en *Revue générale de droit civil belge*, 2008, 525 ss.; D. SINDRES, *Vers la disparition de l'ordre public de proximité?*, en *Journal du droit international*, 2012, 887 ss.; P. PIRRONE, *L'ordine pubblico di prossimità tra tutela dell'identità culturale e rispetto dei diritti dell'uomo*, en G. CATALDI, V. GRADO (dir. publ.), *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, cit., 147 ss.

¹² V. L. GANNAGE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, cit., 17 et *passim*.

posent dans les ordres juridiques occidentaux par rapport à certaines institutions et règles des systèmes juridiques de tradition musulmane, tel que la répudiation, la polygamie ou le statut de l'enfant naturel.

4. La réponse à ce défi est difficile à trouver pour plusieurs raisons, entre autres, à cause de l'existence d'un *deuxième défi* auquel les systèmes de droit international privé doivent aujourd'hui faire face: *les droits de l'homme*.

De nos jours, en effet, les droits de l'homme ont tendance à maîtriser toutes les branches du droit, même le droit international privé¹³. Il suffit ici de faire référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière¹⁴ ou, plus récemment, à la résolution que l'Institut de Droit International a adoptée le 4 septembre 2021 sur "Droits de la personne humaine et droit international privé"¹⁵.

L'application des droits de l'homme au droit international privé pose deux sortes de difficultés.

La première découle du *relativisme des droits de l'homme*, à savoir, du caractère 'non-universel' de plusieurs droits de l'homme¹⁶. En

¹³ Sur le rapport entre droits de l'homme et droit international privé, *ex plurimis*, voir: P. MAYER, *La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères*, en *Revue critique de droit international privé*, 1991, 651 ss.; P. KINSCH, *Droit de l'homme, droits fondamentaux et droits International privé*, en *Recueil des Cours*, 318, 2005, 12 ss.; Y. LEQUETTE, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, en R. CABRILLAC, M.A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir. publ.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, 2007, 99 ss.; F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 2007; L. GANNAGE, *A propos de l'absolutisme des droits fondamentaux*, en *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, cit., 265 ss.; G. CARELLA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, 2009; P. PIRRONE, *I diritti umani e il diritto internazionale privato e processuale tra scontro e armonizzazione*, en P. PIRRONE (a cura di), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Torino, 2011, 3 ss.; L.R. KUESTRA, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, The Hague, 2014; F. SALERNO, *I diritti fondamentali della persona straniera nel diritto internazionale privato: una prospettiva metodologica*, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2014, 773 ss.; R. BARATTA, *Derechos Fundamentales y Derecho Internacional Privado de Familia*, en *Anuario español de derecho internacional privado*, 2016, 103 ss.; J. FAWCETT, M.N. SHUILLEABHAIN, S. SHAH, *Human Rights and Private International Law*, Oxford, 2016.

¹⁴ Voir les Rapports présentés chaque année par P. KINSCH au Groupe Européen de Droit International Privé, sur la *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ayant trait au droit international privé*.

¹⁵ Voir INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 4 Res, 4^{ème} Commission, 4 septembre 2021, *Droits de la personne humaine et droit international privé*, Rapporteur Fausto Pocar.

¹⁶ Voir, *ex plurimis*: E. LE ROY, *Les droits de l'homme entre un universalisme hâtif et le ghetto des particularismes culturels*, en *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Montréal, 1994, 59 ss.; L. GANNAGE, *Le relativisme des droits*

effet, bien que, en suivant l'approche du droit naturel, les droits de l'homme devraient être universelles, l'examen du droit positif nous montre que la prétendue universalité des droits de l'homme est plus une aspiration qu'une réalité.

La plupart des droits de l'homme garantis par les conventions internationales ne sauraient être considérés véritablement universels. Certains d'entre eux ne sont pas reconnus par plusieurs États. Il suffit de penser, par exemple, à l'égalité entre hommes et femmes ou entre enfants légitimes et enfants naturels dans les Pays musulmans, qui ne ratifient pas les accords qui garantissent ces droits ou y apposent importantes réserves¹⁷. De surcroît, plusieurs droits de l'homme, bien que formellement reconnus par la plupart des États, du point de vue de leur contenu, sont interprétés et appliqués de façon différente. On relève un degré suffisant d'accord sur l'existence et le contenu de certains droits de l'homme seulement entre groupes d'États homogènes au point de vue culturel. Il suffit de penser ici aux systèmes de protection des droits de l'homme européen ou américain.

Les différences culturelles, donc, rejaillissent non seulement sur l'ordre juridique interne, mais aussi sur les obligations internationales de l'État en matière de droits de l'homme.

Par conséquent, les droits de l'homme aux quels chaque système national de droit international privé doit faire face peuvent varier par rapport aux obligations internationales de l'État en cette matière¹⁸.

La deuxième difficulté découle de *l'ambivalence de l'action des droits de l'homme* sur les systèmes de droit international privé. Selon les cas, le respect des droits de l'homme peut conduire à *ouvrir* l'ordre

de l'homme dans l'espace méditerranéen. Regards du Proche-Orient sur la reconnaissance en France de répudiations de droit musulman, en *Revue internationale de droit comparé*, 2006, 99 ss.; P. PIRRONE, *I diritti umani*, cit., spéc. 6-9; P. PIRRONE, G. ROSSOLILLO, *Diritti umani e diritto internazionale privato e processuale: pluralismo, relativismo e flessibilità*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 519 ss. Sur ce sujet voir encore: FARGE, *L'universalité des droits de l'homme au prisme du droit international privé des personnes et de la famille*, en *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, 29 ss.

¹⁷ Sur l'attitude des Pays musulmans à l'égard des droits de l'homme, voir M.A. BADERIN, *A Macroscopic Analysis of the Practice of Muslim State Parties to International Human Rights Treaties: Conflict or Congruence?*, en *Human Rights Law Review*, 2001, 265 ss.

¹⁸ Du point de vue de l'ordre juridique international, on ne peut pas partager la thèse selon laquelle uniquement les droits de l'homme véritablement universels devraient rejaillir sur les systèmes de droit international privé. Cette thèse a été soutenue, entre autres, par H. GAUDEM-TALLON, *Nationalité, statut personnel et droit de l'homme*, *Festschrift für Erik Jayme*, Munich, 2004, 205 ss.; ID., *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)*, en *Recueil des Cours*, 312, 2005, 409 ss.

du for aux valeurs étrangères¹⁹ ou, au contraire, à *fermer* l'ordre du for et à empêcher la réception des valeurs juridiques étrangères dans l'ordre juridique du for²⁰.

Si l'on considère les effets de cette ambivalence par rapport à l'objectif de la protection de l'identité culturelle de l'étranger, il faut relever que, dans le premier cas, les droits de l'homme et le respect de l'identité culturelle militent du même côté, c'est-à-dire qu'ils sont "alliés". Dans le deuxième cas, par contre, ils sont "ennemis".

5. Il faut admettre qu'un cas de contraposition entre droits de l'homme et identité culturelle, *les droits de l'homme prime sur l'identité culturelle*. Même la Convention de l'UNESCO, sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, de 2005, se prononce dans ce sens. En effet, à l'article 2, par. 1, nous lisons que: «La diversité culturelle ne peut être protégée et promue que si les droits de l'homme et les libertés fondamentales (...) sont garantis. Nul ne peut invoquer les dispositions de la présente Convention pour porter atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales tels que consacrés par la Déclaration universelle des droits de l'homme ou garantis par le droit international, ou pour en limiter la

¹⁹ Voir à ce propos, par exemple, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, requête n. 76240/01, du 28/6/2007 et *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, requête n. 56759/08, du 3/5/2011. Sur l'arrêt *Wagner* voir: L. DAVOUT, *Arrêt Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, en *Journal du droit international*, 2008, 187 ss.; J. F. FLAUSS, *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (mars – août 2007)*, *L'exequatur des jugements étrangers*, en *Actualité juridique – Droit administratif*, 2007, 1920 ss.; P. KINSCH, *Arrêt Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, en *Revue critique de droit international privé*, 2007, 807 ss.; F. MARCHADIER, *La protection européenne des situations constituées à l'étranger*, en *Recueil Dalloz*, 2007, 2700 ss.; M. L. NIBOYET, *Arrêt Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, en *Gazette du Palais*, n. 82, 22.3.2008, 33 ss.; P. PIRRONE, *Limiti e controlimiti alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, 151 ss. Sur l'arrêt *Negrepontis-Giannisis* voir P. FRANZINA, *Some remarks on the Relevance of Article 8 of the ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, 609 ss.

²⁰ Voir à ce propos, par exemple, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme relatif à l'affaire *Pellegrini c. Italie*, requête n. 30882/96, du 20/7/2001. Sur cet arrêt voir: C. FOCARELLI, *Equo processo e riconoscimento di sentenze straniere*, en *Rivista di diritto internazionale*, 2001, 955 ss.; P. PIRRONE, *Il caso Pellegrini dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: efficacia in Italia di sentenze ecclesiastiche ed equo processo*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 2063 ss.; J.P. COSTA, *Cour eur. dr. h., 2e section, 20 juillet 2001, Pellegrini c. l'Italie. Le Tribunal de la Rote et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*, en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, 463 ss.; L.L. CHRISTIANS, *Arrêt Pellegrini contre Italie*, en *Revue critique de droit international privé*, 2004, 106 ss.

portée». Dans ce cas, donc, les droits de l'homme font obstacle au respect de l'identité culturelle, ils empêchent la réception de la valeur juridique étrangère.

Cette fermeture s'effectue normalement par le biais d'une stricte (pleine) application de la limite de l'ordre public international ou par l'adoption et l'application de lois de police (de lois d'application nécessaire) ou de règles de droit international privé matérielles, basées non seulement sur les principes fondamentaux du for, mais aussi sur les obligations internationales de l'État du for en matière de droits de l'homme.

6. Il est évident qu'il faudrait, autant que possible, éviter les solutions extrêmes et essayer de trouver un *point d'équilibre substantiel* entre les valeurs et les objectifs en présence: (1) respect de l'identité culturelle de l'étranger, (2) préservation des valeurs du for et (3) respect des obligations internationales de l'État du for en matière de droits de l'homme.

Mais à qui revient cette tâche? Au législateur ou au juge? Et encore, par quelles méthodes, par quelles techniques juridiques on peut essayer de trouver ce point d'équilibre? De toute évidence, les deux questions sont liées entre elles.

Il faut d'abord souligner qu'on ne peut pas établir une liste exhaustive des solutions techniques à utiliser pour cette finalité, car il est toujours possible de trouver des solutions nouvelles. On peut seulement essayer de mentionner, à titre d'exemple, certaines de ces solutions.

Pour ce faire, il convient de distinguer, d'un côté, l'hypothèse de la création de la situation juridique dans l'ordre du for et, de l'autre côté, celle dans laquelle l'ordre du for est requis de reconnaître une situation juridique créée à l'étranger.

6.1. Dans le premier cas, *création de la situation juridique dans l'ordre du for*, il ne faut pas sous-estimer le rôle que le législateur peut jouer. C'est à lui, en effet, d'établir les caractéristiques structurelles du système de droit international privé, parmi lesquelles, le degré d'ouverture de l'ordre du for aux valeurs juridiques étrangères.

En ce qui concerne la loi applicable, il peut favoriser le respect de l'identité culturelle de l'étranger en choisissant comme critères de rattachement, en matière de droit de la famille, la loi nationale ou l'autonomie de la volonté.

En même temps, sur le plan matériel, il peut établir des limites à la réception de valeurs juridiques étrangères et garantir le respect des valeurs du for ou des obligations internationales de l'Etat en matière de droits de l'homme, par l'adoption de lois d'application nécessaire (lois de police). Il est vrai que, normalement, c'est la jurisprudence qui qualifie d'"application nécessaire" certaines règles du for. Toutefois il arrive, parfois, que le législateur lui-même qualifie d'"application nécessaire" certaines règles internes²¹.

Encore, l'intervention du législateur sera particulièrement appropriée face aux cas de droit international privé qui posent des problèmes de coordination entre les valeurs et les objectifs susmentionnés et qui se produisent fréquemment dans l'ordre du for. Dans ces cas, le législateur peut concilier les objectifs et les valeurs susmentionnés par l'adoption de règles de droit international privé matérielles ou par le biais d'une combinaison de règles de droit international privé et d'autres règles du for.

On peut citer à ce propos la réglementation française de l'adoption d'un mineur étranger au cas où sa loi personnelle empêche cette institution. D'un côté, l'article 370-3 du code civil dispose que: «L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France». De l'autre côté, l'article 21-12 de la loi n. 2003-1119, du 26/11/2003, ouvre la possibilité à l'enfant d'obtenir, dans un délai réduit, la nationalité française, et ainsi la faculté d'être adopté, lorsqu'il a été recueilli en France par une personne de nationalité française. Dans son arrêt du 4/10/2012, sur l'affaire *Harroudj c. France*²², la Cour européenne des droits de l'homme affirme que la

²¹ Voir, par exemple, la loi italienne de droit international privé, L. n. 218, du 31/5/1995, modifiée par le d. lgs. n. 154, du 28/12/2013, laquelle à l'article 33, par. 4 dispose: «Sono di applicazione necessaria le norme del diritto italiano che sanciscono l'unicità dello stato di figlio». Dans la même loi, à l'article 36 *bis*, nous lisons: «Nonostante il richiamo ad altra legge, si applicano in ogni caso le norme del diritto italiano che: a) attribuiscono ad entrambi i genitori la responsabilità genitoriale; b) stabiliscono il dovere di entrambi i genitori di provvedere al mantenimento del figlio; c) attribuiscono al giudice il potere di adottare provvedimenti limitativi o ablativi della responsabilità genitoriale in presenza di condotte pregiudizievoli per il figlio».

²² Cour européenne des droits de l'homme, arrêt *Harroudj c. France*, requête n. 43631/09, du 4/10/2012. Sur cet arrêt voir: P. HAMMJE, *L'interdiction d'adoption face aux droits fondamentaux: Cour européenne des droits de l'homme (5^e sect.), 4 oct. 2012: note*, en *Recueil Dalloz*, n. 43, 13 décembre 2012, 2947 ss.; S. BOLLEE, *La conformité à la Convention de l'interdiction d'adopter un enfant recueilli en kafala: Cour européenne des droits de l'homme, 4 octobre 2012, Harroudj c. France*, en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2013, 717 ss.

France «*a institué une articulation flexible entre le droit de l'Etat d'origine de l'enfant et le droit national*» et elle conclut en déclarant «qu'en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, l'Etat défendeur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, *respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante*»²³.

6.2. Toujours en considérant la première hypothèse, *création de la situation juridique dans l'ordre du for*, un rôle fondamental peut être joué par *le juge*. Il peut concilier, *in concreto*, les valeurs et les objectifs susmentionnés par l'utilisation de plusieurs méthodes et techniques.

Des solutions satisfaisantes peuvent être trouvées par une application sélective de la limite de l'ordre public international. En inhibant l'application seulement de cette partie de la loi étrangère qui se pose manifestement et irréductiblement en conflit avec l'ordre public du for et en appliquant le reste de cette loi. Cependant, cette technique "chirurgicale" suppose le fractionnement de la réglementation d'une situation juridique (une sorte de dépeçage opéré par le juge), qui n'est pas toujours réalisable.

Une autre possible solution, qui a été proposée par la doctrine²⁴ et, parfois, appliquée par la jurisprudence²⁵, résiderait dans la technique dite "des deux étapes". Selon celle-ci, il faudrait, d'abord, choisir la loi à appliquer parmi celles en conflit et, après, interpréter et appliquer cette loi à la lumière de la loi écartée. Ainsi, en appliquant la loi étrangère, on devrait l'interpréter à la lumière de la loi du for. Si, au contraire, on applique la loi du for, on devrait l'interpréter à la lumière de la loi étrangère en conflit.

Bien entendu, le juge a toujours la possibilité d'appliquer l'ordre public '*plein*', lorsque la réglementation étrangère dans son ensemble se pose de façon radicale et irréductible en conflit avec les valeurs du for, ou de qualifier une règle du droit national de "loi d'application

²³ Arrêt *Harroudj c. France*, cit., par. 51. Italiques ajoutés.

²⁴ Voir: E. JAYME, *Diritto di famiglia: società multiculturali e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1994, 295 ss.

²⁵ Selon E. JAYME, *Diritto di famiglia* cit., cette technique a été appliquée, par exemple, dans l'arrêt de la Cour fédérale allemande, du 28/1/1987, *Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, 1988, 109 ss., et dans l'arrêt de la Cour d'appel de Hamm, du 10/2/1992, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1992, 1180 ss.

nécessaire”, lorsque le but poursuivi par cette règle n’est pas garanti par la loi étrangère désignée par la règle de conflit.

6.3. En ce qui concerne la deuxième hypothèse, dans laquelle *l’ordre du for est requis de reconnaître une situation juridique créée à l’étranger*, la conciliation des valeurs et des objectifs susmentionnés pourrait être obtenue par le recours à la méthode de la reconnaissance²⁶ ou à la technique de l’ordre public ‘atténué’²⁷. Celle-ci est fondée sur le respect des droits acquis à l’étranger, en donnant, dans ce cas, une importance décisive au “facteur temps” et en considérant qu’en matière de droit de la famille il y a la nécessité de respecter la stabilité de l’état des personnes²⁸.

Parfois, par ailleurs, certaines situations juridiques créées dans les systèmes juridiques étrangers de tradition musulmane pourraient être reconnues par voie incidentale, quand, par exemple, la reconnaissance d’une telle situation constitue une question préalable par rapport à la question (principale) posée au juge du for.

7. Une dernière remarque. Jusqu’ici on a parlé des différences culturelles par rapport, essentiellement, à l’étranger radical. Mais il faut garder à l’esprit que, parfois, des problèmes juridiques, à cause des différences culturelles, peuvent se poser même face à l’*‘étranger proche’*. C’est-à-dire, quand l’ordre du for entre en rapport avec l’ordre juridique d’un Pays homogène du point de vue culturel. Il suffit ici de rappeler les problèmes qui se posent, entre Pays occidentaux, à propos de la continuité des statuts créés à l’étranger à la suite du recours à la gestation par autrui²⁹ ou aux mariages homosexuels³⁰.

²⁶ Sur la méthode de la reconnaissance voir *supra*, note n. 8.

²⁷ Sur l’ordre public atténué voir *supra*, note n. 10

²⁸ Sur la nécessité du respect de la stabilité de l’état des personnes et de la continuité des relations familiales, *ex plurimis*, voir: R. BARATTA, *La reconnaissance internationale*, cit.; P. FRANZINA, *Some Remarks on the Relevance of Article 8 of the ECHR to the Recognition of Family Status Juridically Created Abroad*, cit.; F. MARONGIU BUONAIUTI, *La continuità internazionale delle situazioni giuridiche*, cit.; F. SALERNO, *The Identity and Continuity of Personal Status*, cit.

²⁹ Voir, *ex plurimis*, C. CAMPIGLIO, *Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità*, en *Rivista di diritto internazionale privato*, 2009, 589 ss.; C. HONORATI, *Maternità surrogata, status familiari e ruolo del diritto internazionale privato*, en A. DI STASI (a cura di), *Cittadinanza, cittadinanze e nuovi status: profili internazionalistici ed europei e sviluppi nazionali*, Napoli 2018, 137 ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Il riconoscimento del rapporto di filiazione costituito all’estero tramite maternità surrogata, tra continuità dello status e limite dell’ordine pubblico*, en *Liber amicorum Angelo Davi - La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, Napoli, 2019, 1075 ss.; ID., *Recognition in Italy of Filiation*

ABSTRACT

*Cultural Differences and Private International Law
in Family Matters: Brief Remarks*

The Author proposes some brief remarks about the protection of cultural identity of the foreigners within Private International Law in Family Matters. Among other issues, the Author deals with the impact that international obligations of the Forum State, concerning the human rights, can have in the solution of the legal problems coming from the abovementioned protection.

Established Abroad by Surrogate Motherhood, between Transnational Continuity of Personal Status and Public Policy, en *Quadernos de derecho transnacional*, 2019, 294 ss.; M.C. BARUFFI, *Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di cassazione italiana e di altre Corti*, en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2020, 291 ss.

³⁰ Voir, *ex plurimis*, D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (dir. publ.), *Same-sex Couples Before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin-Heidelberg, 2014.

A CHECKERED PAST: THE HISTORY OF DETAINING MIGRANTS AND THEIR FAMILIES IN THE UNITED STATES

ELISA FORNALÉ, CURTIS F.J. DOEBBLER*

There is nothing like talking to a parent who doesn't know where their child is.
There is nothing like that, and it's really hard to hang up the phone and forget a
conversation like that.

Caitlin Dickerson, *The New York Times*,
November 3, 2018.

I. *Introduction*

Detaining families has been a practice supported for years by successive governments from across the limited two-party spectrum of United States politics. At the same time, it has been a practice that has been repeatedly condemned by individual human rights defenders as well human rights organizations. In this contribution we describe the history of family detention as well as the justification that have been given by successive governments for continuing the policy. We examine criticisms of the policy that have been made by academics, human rights defenders, non-governmental organizations, and intergovernmental organizations. Finally, we express our conclusions in light of this review of views.

* Elisa Fornalé acknowledges the support of the Swiss National Research Foundation, under Grant number PP01P1194808; the author acknowledges the support of Ms Susan Kaplan for editorial assistance and Ms Rahel Hirschi for research assistance. Curtis F. J. Doebbler acknowledges the support of Webster University, Geneva which provided partial funding for this research. The Author acknowledges the support of Simon Safir, Anne Bloomberg, and Andrea Ramirez Cardozo, who provided helpful comments and editing assistance for this contribution.

Elisa Fornalé was responsible for the main writing of the parts I, II and part V; Curtis Doebbler for parts III and IV.

II. *Defining Family Detention in the United States*

Family detention is the policy of detaining noncitizen or migrant families who come to the U.S. seeking protection from some harm they fear abroad. The government often refers to the detention centers as “residential centers”, although they share more similarities with prisons¹. Detained noncitizens cannot leave the centers except when accompanied by guards². Force can be and is used against detainees³. Detainees are often severely limited in their rights, including the right to access legal counsel, and not infrequently mistreated⁴. The facilities, although providing some services, often lack basic services such as adequate medical services⁵.

1. *The History of Detaining Migrants*

Detaining migrants is not a new practice in the United States. The detention of aliens is a practice that is as old as the United States itself. Less than ten years after the United States was founded, Congress passed the Alien and Sedition Acts, which, among other hardships imposed on migrants, significantly expanded the power of the government to detain migrants in time of war⁶. This legislation adopted on July 6, 1798, made it more difficult to become a U.S. national, authorized summary deportation of “dangerous” aliens, and allowed the detention of the enemy alien males fourteen years or older⁷. In the 1800s, exclusion of migrants based on discriminatory criteria continued. Migrants who were nationals of China, sex workers, convicts, people willing to accept lower wages than American workers, mental-

¹ M. SACCHETTI, Broken Border: ICE’s Chief Called Family Detention “Summer Camp” Here’s What It Looks Like Inside, originally published in The Washington Post, accessed in The Texas Tribune, August 25, 2019, www.texastribune.org.

² *Id.*

³ *Id.*

⁴ *Id.*

⁵ See the project “Icebox Detention along the US-Mexico Border” of dr. Schuppli Susan that documents the inhumane detention conditions of asylum seekers (<https://cold-cases.info>). See also the Human Rights Watch report, *In the Freezer: Abusive Conditions for Women and Children in US Immigration Holding Cells*, February 2018.

⁶ The Alien and Sedition Acts of 1798, which actually included four acts, three of which were immigration-related: the Naturalization Act, 1 Stat. 566 (1798) (which increased the residence requirement for naturalization from five to fourteen years); the Alien Act, 1 Stat. 570 (1798) (which gave the U.S. President the power to deport dangerous aliens); and the Alien Enemies Act, 1 Stat. 577 (1798) (which allowed detention of males fourteen years and older from any country on which U.S. declared war. This law still exists today, 50 USC §§ 21-24).

⁷ *Id.* at Sec. 1.

ly ill, and those likely to become public charges could be prevented from entering the United States⁸.

The fear of and mistreatment of migrants pre-existed the creation of the United States. In a letter in 1682, the Puritan Minister Cotton Mather of the Massachusetts Bay Colony expressed his fear of migrants⁹. And as Ariel Ron and Dael Norwood detailed in an article for *The Atlantic* magazine, the enslavement or indentured holding of migrants was practiced in the American colonies¹⁰. From when the United States was created until the late nineteenth century, slavery was legal in the United States. In 1856, the United States Supreme Court declared slaves to be the property of their white owners¹¹. Slavery extended the indignity of detention not only to families but to generations of families. Slaves were among the first victims of trafficking, brought to the United States from Africa and elsewhere against their will; they were forced to provide labor under the system of captivity, in which they were not even viewed as human beings¹². Sometimes whole family units were subject to slavery, but more often the families of slaves were broken up by forced separations¹³. Even after slavery was ended by a bloody civil war, the United States continued to detain unwelcome immigrants. Evidence of the detention of migrants are Ellis Island, which lies in the shadow of the Statue of Liberty on the east coast, and Angel Island, which is off the west coast of Califor-

⁸ Page Act of March 3, 1875, 18 Stat. 477 (allowing the exclusion of sex workers and convicts); the Chinese Exclusion Act of 1882, 22 Stat. 58 (allowing the exclusion of Chinese nationals); the Immigration Act of 1882, 22 Stat. 214 (allowing the exclusion of «idiots, lunatics, convicts and persons likely to become public charges»); and the Alien Labor Laws of 1885 and 1888, 23 Stat. 332 and 25 Stat. 566 (allowing the banning of foreign workers willing to accept lower wages than American workers).

⁹ Hartford Steam Boiler and Insurance Company, publ., Letter from Cotton Mather to Mr. John Higginson dated 15 September 1682, in *The Locomotive*, 1891, 151 ss.

¹⁰ A. RON, D. NORWOOD, America Cannot Bear to Bring Back Indentured Servitude. It's a History Lesson Worth Remembering: The Exploitation of Immigrant Workers Only Encourages More—and Worse—Abuse, in *Atlantic*, 2018, www.theatlantic.com.

¹¹ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857) (overruled the next year by legislation, namely, the Civil Rights Act of 1866, ch. 31, § 1, 14 Stat. 27).

¹² *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856). The Court found that a slave «was bought and sold, and treated as an ordinary article of merchandise and traffic, whenever a profit could be made by it». *Id.* at 407. Consequently, the U.S. Supreme Court concluded the U.S. Constitution «makes no distinction» between a slave and «other property owned by a citizen». *Id.* at 451.

¹³ C. SCHERMERHORN, *Money over Mastery, Family over Freedom: Slavery in the Antebellum Upper South*, Baltimore, 2011.

nia¹⁴. During World War II, persons of Japanese descent were detained—families as well as U.S. citizens—and again this practice was upheld by the Supreme Court of the United States¹⁵.

Perhaps because of the social conditioning provided by the historical practice of detaining foreigners in the United States, it is not surprising that the U.S. government decided to interdict and detain Haitian asylum-seekers at Guantanamo Bay¹⁶. The detained Haitians—families and individuals—had fled their country when the United States' meddling in the internal affairs of Haiti had caused a breakdown of public order and a rise in insecurity in the early 1980s. Some observers have noted this to be the modern precursor to the established practice of family detention today¹⁷. Indeed, in the three decades after the adoption of the Immigration and Nationality Act in 1952¹⁸, the detention of migrants was rare. The detention of families was even more unusual.

President Reagan's adoption of an informal rule introduced the mandatory detention of all irregular migrants at the borders¹⁹. Congress then created the "expedited removal system" to quickly deport migrants who have been found inadmissible upon arrival at a port of entry, those who have committed certain serious criminal offenses, and those subject to terrorism-related grounds of inadmissibility²⁰. However, if an individual expresses a fear of persecution or torture, an intention to apply for asylum, or a fear of return to his or her country, the case is referred to a USCIS asylum officer for a "credible fear in-

¹⁴ B.H. RONALD, *Encountering Ellis Island: How European Immigrants Entered America*, Baltimore, 2014; for an analysis of U.S. history of detaining families, see R. SHARPLESS, *Cosmopolitan Democracy and the Detention of Immigrant Families*, in *New Mexico Law Review*, 47/2017, 19 ss. Also see H. M. LAI, *Detained on Angel Island*, <https://perma.cc> (explaining that minor children were detained together with their mothers at Angel Island Immigration Station in the 1920s off the coast of California), and see generally E. LEE, J. YUNG, *Angel Island, Immigrant Gateway to America*, Oxford, 2020.

¹⁵ *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214, 216 (1944).

¹⁶ Executive Order No. 12807, 57 FR 23133-34 (May 24, 1992).

¹⁷ D. GHEZELBASH, *The Rise and Rise of Mandatory Immigration Detention*, in M. CROCK, L. B. BENSON (eds.), *Protecting Migrant Children: In Search of Best Practice*, Cheltenham, 2018, 420 ss.

¹⁸ Immigration and Nationality Act of 1952, PL 82-414, 66 Stat. 163.

¹⁹ S. GHOSH, *How Migrant Detention Became American Policy: And Why Comparisons to Concentration Camps Failed to Shut Them Down*, in *The Washington Post*, July 19, 2019, www.washingtonpost.com.

²⁰ Omnibus Anti-Drug Abuse Act of 1988, PL 100-690, title VII, subtitle J; 102 Stat. 4181 (November 18, 1988) and Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act of 1996 (AEDPA), PL 104-132, title IV; 110 Stat. 1214, 1258-81 (April 24, 1996).

interview”²¹. Families in the expedited removal process who are referred to USCIS for a credible fear interview are generally subject to mandatory detention in a family detention center²². If the family does not receive a positive result, they can appeal the decision before an immigration judge for a review²³.

The Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act of 1996²⁴ or IIRIRA, increased the opportunities for the administration to detain families. The first modern detention center for housing families was created in 2001 at the Berks County Family Shelter Care Center²⁵. Previously, migrant families entering the United States were mainly released, rather than subjected to a “permanent deterrence policy”²⁶. The standards to be met for the detention of families, especially the care for minors, were affirmed in 1993, later giving rise to the *Flores Settlement Agreement*²⁷. Until the terrorist attacks on September 11, 2001, increased national security concerns, together with reinforcing the militarization of the southern border, had the direct effect of subjecting families to mandatory detention²⁸. Between 2004 and 2005, expedited removal procedures were expanded to non-citizens, including families, caught within two weeks of arrival and 100 miles of the U.S.–Mexico border²⁹. Large-scale family detention

²¹ Refugee Act of 1980, PL 96-212, 94 Stat. 102 (March 17, 1980), which implements the United Nations Convention relating to the Status of Refugees, 189 U.N.T.S. 137 (1951). Immigration and Nationality Act (“INA”) § 240.8, CFR §§ 208.30, 235.3, 1208.30, 1235.3.

²² Mandatory detention is regulated by the INA for certain categories of aliens during immigration proceedings and who pose a “threat to national security” (INA § 236 a) and b).

²³ 8 U.S.C. 1225(b)(1)(B)(IV); 8 C.F.R. 235.3(b)(4)(ii).

²⁴ Public Law 104-208, div. C; 110 Stat. 3009, 3009-46 to 724 (Sept. 30, 1996); HR Rep. 104-863 (Sept. 28, 1996), 104th Cong. 2d Sess.; HR Conf. Rep. No. 104-828, 104th Cong. 2d Sess. (Sept. 24, 1996); S. Rep. 104-249, 104th Cong. 2d Sess. (Apr. 10, 1996); 142 Cong. Rec. S4730-01, § 150 (May 6, 1996); 142 Cong. Rec. H2378-05, § 309 (Mar. 19, 1996) at H10, 841-02.

²⁵ D. SCHIRO, Weeping in the Playtime of Others: The Obama Administration’s Failed Reform of ICE Family Detention Practices, in *Journal on Migration & Human Security*, 2017, 452 ss.

²⁶ D. HAWKES, Locking up Children: Lessons from the T. Don Hutto Family Detention Center, in *Journal of Law and Family Studies*, 2009, n. 11, 171 ss.

²⁷ *Reno v. Flores*, 507 U.S. 292 (1993) (In 1997, President Clinton’s administration and the Center for Human Rights and Constitutional Law (CHRCL) signed the agreement, setting strict national regulations and standards regarding the detention and treatment of minors in federal custody).

²⁸ M.C. MORALES, The Manufacturing of the US-Mexico Border Crisis, in C. MENJÍVAR, et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Migration Crisis*, Oxford, 2019, 145 ss.

²⁹ Congress passed the Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004, Pub. L. No. 108-458, 7210 (d)(1), 118 Stat. 3852. The expedited removal mechanism triggers

experiment facilities were expanded, in particular with the opening of the T. Don Hutto Residential Center, “the first large-scale U.S. family detention center”, in 2005³⁰. In addition, the George W. Bush administration adopted a restrictive implementation of the 1997 *Flores Settlement* by detaining parents and their children for the entire duration of their status determination procedure³¹. After several reports of the overflow of mandatory detention for migrant families, the Obama administration embarked on a reform of detention in 2009 to scale back the policy of detaining women and their children³². The liberalization of the detention policies for families was short-lived.

By the second decade of the 21st Century, families were detained in remote areas of the United States at three detention centers, namely, Berks County Residential Center in northeastern Pennsylvania, Karnes County Residential Center in rural Karnes County in Southwestern Texas, and the South Texas Family Residential Center in Dilley, also located in rural Texas³³. In addition, families, including infant children, were detained for weeks at border checkpoints or even sent back across the Mexico-United States border with hardly any due process³⁴.

2. *The Trump Administration’s Detention of Migrants*

The detention of migrants, especially families grew to a new level of callousness under the Administration of United States President Donald Trump. In part this was due to the dangerous conditions creat-

mandatory detention and the issuance of deportation order without access to an immigration judge. (8 U.S.C. 1182(a)(6)(C))—see 8 U.S.C. 1225(b)).

³⁰ SHARPLESS, *supra* note 17.

³¹ GHEZELBASH, *supra* note 17, at 425.

³² *Id.*

³³ I. EAGLY et al., *Detaining Families: A Study of Asylum Adjudication in Family Detention*, in *California Law Review*, 2018, 785 ss. The family detention centers in Taylor, Texas (the T. Don Hutto Residential Center), and Artesia, New Mexico (the Artesia Residential Center), are no longer functioning after protracted litigation and/or public outcry about their poor conditions.

³⁴ Department of Homeland Security, *Secretary Kirstjen M. Nielsen Announces Historic Action to Confront Illegal Immigration*, Press Release, December 20, 2018. Based on § 235(b)(2)(C) of the Immigration and Nationality Act (“INA”), the Secretary of Homeland Security exercised her discretion with regard to certain aliens who are «arriving on land (whether or not at a designated port of arrival) from a foreign territory contiguous to the United States, ... [to] return the alien[s] to that territory pending a proceeding under [INA] section 240». Families can hereby be detained at the border for days and then summarily returned to Mexico to await a hearing in their case, often in a state of abject poverty and threatened by gangs, drug cartels, corrupt officials, and the usual lack of any meaningful form of legal assistance.

ed by the pandemic of COVID-19 and in part by the indifference of the Trump Administration officials. Senior administration officials appointed by President Trump referred to family detention centers as summer camps³⁵. Perhaps this view of detention centers is not surprising given the extent of the administration's attacks against noncitizens arriving at the U.S. border. During the Trump administration, the government announced its "zero tolerance policy", by which it intended to prosecute "illegal entry"—which includes the "legal entry" of asylum seekers who do not claim asylum when they cross the border, despite the fact that the law allows them to do so for up to one year—to the fullest extent of the law³⁶. These "prosecutions" not infrequently resulted in the forced separation of children from their parents, including very young children and even infants³⁷. As a result of this policy, "thousands" of children³⁸ were separated from their parents, sometimes for months, with neither the parents nor the children being told where the others were located³⁹. The government had no reunification plan in place⁴⁰, nor did it even keep adequate records of where all separated family members were located⁴¹. Thousands of families were separated for months, and despite condemnation by politicians and the courts, the practice continues at the U.S.-Mexico border⁴². Further-

³⁵ *Id.*

³⁶ Department of Justice, Office of Public Affairs, Attorney General Announces Zero-Tolerance Policy for Criminal Illegal Entry, April 6, 2018, <https://aila.org>, 18 October 2019; Human Rights Watch, Q&A: Trump Administration's "Zero-Tolerance" Immigration Policy, August 16, 2018, <https://www.hrw.org>.

³⁷ U.S. House of Representatives, *Child Separation by the Trump Administration*, prepared for Chairman Elijah E. Cummings, Staff Report, Committee on Oversight and Reform U.S. House of Representatives, July 2019; C. DICKERSON, *Hundreds of Immigrant Children Have Been Taken from Parents at U.S. Border*, in *The New York Times*, April 20, 2018.

³⁸ Thomas Reuters, *4. District Court Grants Plaintiffs' Motion to Enlarge Class Challenging Zero Tolerance Policy*, in *Interpreter Releases* Art. 4, 96/2019. The America Civil Liberties Union estimated that 5,500 children were separated from their parents at the border under the Trump Administration. ACLU, *ACLU Calls on Biden Administration to Bring Humanity and Fairness to Country's Immigration System*, May 8, 2021, www.aclu.org.

³⁹ They were sent to 121 different detention or care centers in seventeen states, often hundreds or thousands of miles away from their parents.

⁴⁰ There are no accurate numbers. Data provided by the government reveal that the majority were males under the age of ten, and approximately 100 were under five.

⁴¹ *Washington v. U.S. Department of Homeland Security*, Civil Action No. 18-cv-2473 in the United States District Court for the District of Columbia, filed on October 26, 2018, "Complaint for Injunctive and Declaratory Relief in Citizens for Responsibility and Ethics" at 2, <https://s3.amazonaws.com>. E.J. MONTINI, *Feds Don't Know Locations of "Thousands" More Migrant Kids, Separated from Families*, in *USA Today*, February 9, 2019.

⁴² L. VINSON, *Family Separation Policy Continues Two Years after Trump Administration*

more, the government enhanced its powers of detention, restricted access to the asylum process, and even made secret agreements with foreign countries to send people there while their claims for protection were being considered in the United States. The U.S. government even used the onset of the COVID-19 pandemic in 2020 to erect further obstacles to migrants seeking protection in the United States⁴³. During the height of the pandemic, the U.S. administration sought to further restrict the ability to seek protection from persecution in the United States by changing the laws to make it easier for immigration judges to deny protection and by detaining migrants in dangerous situations where they were exposed to greater risks of contracting and suffering more serious consequences from COVID-19⁴⁴. Combined these actions caused serious harm to separated children⁴⁵.

III. *State Responsibility: The U.S. and International Human Rights Law*

Like all States of the international community the United States is subject to the rules of international law. This includes both treaties that the United States has ratified and customary international law. Both these sources of international law are relevant to the protection of migrant's fundamental human rights in the context of detention⁴⁶.

Claims It Ended, Southern Poverty Law Center, June 18, 2020, www.splcenter.org (noting that since 2017, 4,368 children had been separated from their parents at the border, and another 1,142 had been separated even after the policy ended). L. KRIEL, D. BEGLEY, *Trump Administration Still Separating Hundreds of Migrant Children at the Border through Often Questionable Claims of Danger*, in *Houston Chronicle*, June 24, 2019, www.houstonchronicle.com.

⁴³ Z. KANNO-YOUNGS, M. HABERMAN, *Trump Administration Moves to Solidify Restrictive Immigration Policies*, in *The New York Times*, June 12, 2020; Human Rights First, *Delivered to Danger*, 2020, www.humanrightsfirst.org.

⁴⁴ K.C. MCKENZIE et al., *Eliminating Asylum: The Effects of Trump Administration Policies*, in *Health and Human Rights Journal*, August 24, 2020; International Rescue Committee, *How the Trump Administration is Using COVID-19 to End Asylum*, July 29, 2020; L. CARASIK, *The Cruelty of Trump's ICE under COVID-19*, in *Boston Review*, May 19, 2020.

⁴⁵ J. DREBY, *U.S. Immigration Policy and Family Separation: The Consequences for Children's Well-Being*, in *Social Science & Medicine*, 2015, 245 ss., and I. DERLUYN, C. MELS, E. BROEKAERT, *Mental Health Problems in Separated Refugee Adolescents*, in *Journal of Adolescent Health*, 2009, 291 ss.

⁴⁶ About parts III.1 and III.2, for an extensive analysis see International Lawyers, *Brief Amicus Curiae for International Lawyers in Support of Respondents, Donald Trump v. International Refugee Assistance Projects et al. and Donald J. Trump v. Hawaii et al.*, Supreme Court of the United States, cases 16-1436 and 16-1540, 16 September 2016; International Lawyers, *Brief of Amicus Curiae, Juliana et al.*, Case No. 18-36082, United States Court of Appeal for the Ninth Circuit, 28 February 2019; International Lawyers, *Brief Amicus Curiae*

1. The United States' International Legal Obligations in Domestic Law

The international legal obligations of the United States include those rules that have achieved the status of customary international law, which according to the U.S. Constitution must be applied as “Laws of the United States”⁴⁷. The Supreme Court of the United States has repeatedly and consistently recognized that customary international law is part of the law that it must apply. For example, the Court has noted that «[f]or two centuries we have affirmed that the domestic law of the United States recognizes the law of nations [i.e., customary international law]»⁴⁸. Indeed, the first chief justice of the U.S. Supreme Court, John Jay, expressly charged grand juries «that the laws of nations make part of the laws of this and of every other civilized nation. They consist of those rules for regulating the conduct of nations towards each other; which, resulting from right reason, receive their obligations from that principle and from general assent and practice»⁴⁹. Another justice, Horace Gray, writing the opinion for the Court, expressly stated that «[t]he most certain guide ... [to the applicable international law] is a treaty or a statute ... when ... there is no written law upon the subject, the duty still rests upon the judicial tribunals of ascertaining and declaring what the law is ...»⁵⁰.

The U.S. Supreme Court in *Hilton v. Guyot*⁵¹ decided that «[i]nternational law, in its widest and most comprehensive sense ... is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice as often as such questions are presented in litigation between man and man, duly submitted to their determination»⁵². In *The Paquete Habana*, Supreme Court Justice Gray, again writing the opinion for the Court, stated that «[i]nternational law is part of our

for International Lawyers in Support of Respondent, Department of Homeland Security et al. v. Vijayakumar Thuraissigiam, Supreme Court of the United States, case no. 19.161, 22 January 2020; (these briefs were authored by Dr. Curtis F.J. Doebbler and submitted jointly with several colleagues).

⁴⁷ U.S. Const., Art. III, § 2, cl. 1.

⁴⁸ *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 729 (2004).

⁴⁹ John Jay C. J., Charge to Grand Juries: The Charges of Chief Justice Jay to the Grand Juries on the Eastern Circuit at the Circuit Courts Held in the Districts of New York on the 4th, of Connecticut on the 22d Days of April, of Massachusetts on the 4th, and of New Hampshire on the 20th Days of May, 1790, in *The Correspondence and Public Papers of John Jay*, 3/387, 393 (H. P. JOHNSTON (ed.), 1891).

⁵⁰ *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163 (1895).

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.*

law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction as often as questions of right depending upon it are duly presented for their determination»⁵³. Justice Gray further clarified that «[t]his rule of international law is one which ... [this Court] ... administering the law of nations are bound to take judicial notice of, and to give effect to ...»⁵⁴. The U.S. Supreme Court has consistently recognized that customary international law is part of U.S. law that must be applied by the U.S. courts and continues to do so today. This view is shared by the Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, which reads, «[i]nternational law and international agreements of the United States are law of the United States ... [c]ases arising under international law or international agreements of the United States are within the Judicial Power of the United States ...»⁵⁵.

Moreover, customary international law cannot be derogated from by later legislation. Unlike treaty law, which is created at a fixed time—i.e., when the United States becomes a party to a treaty that it has ratified—and which the Supreme Court has determined can be superseded by later-in-time legislation, customary international law would appear to remain in force at all times⁵⁶. The Supreme Court has stated that customary international law «is of universal obligation, and no statute of one or two nations can create obligations for the world. Like all the laws of nations, it rests upon the common consent of civilized communities. It is of force not because it was prescribed by any superior power, but because it has been generally accepted as a rule of conduct»⁵⁷.

It is law that, once created, functions as an ongoing process whereby its validity is renewed according to the continuing *opinio juris* and practice of states. It would be inconsistent with this understanding to allow the rules of customary international law prohibiting discrimination to be derogated by later-in-time legislation. As a rule,

⁵³ 175 U.S. 677 (1900).

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (hereinafter “Restatement”) § 111 (1987).

⁵⁶ *Scotia*, 81 U.S. (14 Wall.) 170, 187 (1871), quoted with approval by the Court in *The Paquete Habana*, *supra* note 53, at 711. International Lawyers, *Brief of Amicus Curiae, Juliana et al.*, Case No. 18-36082, United States Court of Appeal for the Ninth Circuit, 28 February 2019 (this brief was authored by Dr. Curtis F.J. Doebbler and submitted jointly with several colleagues).

⁵⁷ *Id.*

customary international law always exists with the full force of its creation. Even good-faith efforts by states to change a rule are violations of customary international law until that rule has been changed by the consensus of states expressed through their *opinio juris* and practice⁵⁸. To understand customary international law otherwise undermines the very essence of the law.

2. *The Policy Reasons for Applying International Law*

There are also good policy reasons for applying international law. First, the Constitution of the United States and the precedents of the Supreme Court cited above indicate that both treaties and customary international law providing for the protection of human rights were to be a part of United States law⁵⁹. The U.S. Constitution expressly declares treaties to be part of U.S. law stating that «all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land»⁶⁰. Similarly, the United States Supreme Court has repeatedly declared customary international law to be law⁶¹.

⁵⁸ K. WOLFKE, *Custom in Present International Law*, Dordrecht, II ed., 1993 (noting that «[a] State may certainly not unilaterally at will refuse the legal consequences of its previous...» acceptance of customary international law).

⁵⁹ J. PAUST, Customary International and Human Rights Treaties Are Law of the United States, in *Michigan Journal of International Law*, 1999, 301 ss.; M.D. RAMSEY, The Constitution's Text and Customary International Law, in *The Georgetown Law Journal*, 2018, 1747 ss.

⁶⁰ U.S. Const. Art. VI, Cl. 2 (1789).

⁶¹ *Bolivarian Republic of Venezuela et al., v. Helmerich & Payne International Drilling Co. et al.*, 581 U. S. ____, 137 S. Ct. 348 (2017); *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 729 (2004) (stating «[f]or two centuries we have affirmed that the domestic law of the United States recognizes the law of nations [i.e. customary international law]...»); J. JAY, *Charge to Grand Juries: The Charges of Chief Justice Jay to the Grand Juries on the Eastern circuit at the circuit Courts held in the Districts of New York on the 4th, of Connecticut on the 22d days of April, of Massachusetts on the 4th, and of New Hampshire on the 20th days of May, 1790*, in *The Correspondence and Public Papers of John Jay*, 3/387, 393 (H. P. JOHNSTON (ed.), 1891) (the first Chief Justice of the Supreme Court of the United States, Chief Justice John Jay, expressly charged grand juries «that the laws of nations make part of the laws of this and of every other civilized nation. They consist of those rules for regulating the conduct of nations towards each other; which, resulting from right reason, receive their obligations from that principle and from general assent and practice»); *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895) (Justice Gray, writing the opinion for the Court, expressly agreed, stating that «[t]he most certain guide ... [to the applicable international law] is a treaty or a statute ... [but] when ... there is no written law upon the subject, the duty still rests upon the judicial tribunals of ascertaining and declaring what the law is ...» id. at 163. The opinion states further that «[i]nternational law, in its widest and most comprehensive sense ... is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice as often as such questions are

When international law is overlooked, laws expressly stated to be relevant by the Constitution are not applied. Second, the United States has represented to its own people that it will respect international law by ratifying treaties in which it undertakes to guarantee certain rights to all individuals under its jurisdiction, such as the right to be free from discrimination based on nationality and religion⁶². This is an essential ingredient of the trust of the American people in their government. It is incumbent that the United States government uphold such representations to the American people for the proper functioning of the government as envisioned by the U.S. Constitution⁶³. Third, respect for international law is essential to the United States' good reputation in the international community. By ratifying treaties and participating in international affairs, the United States represents to the international community that it will respect international law. As Professor Louis Henkin wrote almost forty years ago, and is still true today, «almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time»⁶⁴. Nations that do not respect international law open themselves to ridicule or expose themselves to the charge that they are rogue states. The failure of the United States to respect international law harms the United States and is inconsistent with the consensus of states expressed in the text of the Vienna Convention on the Law of Treaties, a treaty which, although only signed and not ratified by the United States, expresses a widely accepted rule of customary international law in its article 27, that «[a] party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty»⁶⁵.

presented in litigation between man and man, duly submitted to their determination» id.); and *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900) (Justice Gray, again writing the opinion for the Court, stated that «[i]nternational law is part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction as often as questions of right depending upon it are duly presented for their determination» id. at 700. Justice Gray further clarified that «[t]his rule of international law is one which ... [this Court] ... administering the law of nations are bound to take judicial notice of, and to give effect to ...» id. at 708). This view is shared by the *Restatement*, *supra* note 55, reading «[i]nternational law and international agreements of the United States are law of the United States ... [c]ases arising under international law or international agreements of the United States are within the Judicial Power of the United States ...», id. at § 111.

⁶² International Lawyers, *Brief of Amicus Curiae, Juliana et al.*, Case No. 18-36082, United States Court of Appeal for the Ninth Circuit, 28 February 2019.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ L. HENKIN, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, New York, II ed., 1979.

⁶⁵ 1155 U.N.T.S. 331 (1980).

Article 26 declares that «[e]very treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith»⁶⁶. One of the most authoritative restatements of U.S. foreign relations law notes that «[a] state violates international law if, as a matter of state policy, it practices, encourages, or condones ... a consistent pattern of gross violations of internationally recognized human rights»⁶⁷. A note to this provision of the Restatement further explains that «the obligations of the customary law of human rights are *erga omnes*», thus obligations owed to all states and in which all states have an interest of enforcement⁶⁸.

When the United States ignores international law, its reputation in the international community can potentially suffer in the eyes of all states, it embarrasses American citizens, and it fuels the arguments of those states and non-state actors who seek to use extra-legal means to influence the actions of the United States. It also subjects the U.S. to the possibility of being found responsible for an internationally wrongful act by international bodies such as the United Nations special mandate holders or the Inter-American Commission on Human Rights. This is the case because, as the Restatement notes, failure to apply a rule of international law in a domestic context «does not relieve the United States of its inter-national obligation or of the consequences of a violation of that obligation»⁶⁹. And fourth, disrespect for international law imposes significant restrictions on the ability of future U.S. administrations to be able to conduct international affairs in the best interest of the American people. For example, the U.S. may face the consequences of having committed an internationally wrongful act. These consequences have been summarized by the International Law Commission⁷⁰. If the inter-nationally wrongful acts are serious, as systematic acts of discrimination based on religion or national origin and targeting many people are likely to be, all states in the international community «shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach»⁷¹. These negative conse-

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Restatement, supra* note 55, at § 702.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.* at § 115.

⁷⁰ *International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility* (annexed to U.N.G.A. Res. 56/83 of December 12, 2001, and U.N. Doc. A/56/49(Vol. I)/Corr. 4, at Arts. 35-38).

⁷¹ *Id.* at Art. 41.

quences are likely to affect the foreign relations of the U.S. government for many years. They are also reasons for the U.S. courts to, whenever possible, ensure respect for international law.

Nevertheless, to date United States courts have avoided the irresponsibility for applying customary international law. They have done so primarily by finding that specific rules of international law have not achieved the status of customary international law. And they have done this despite the opinion of the overwhelming majority of States that such rules have achieved the status of customary international law.

IV. *Individual Responsibility: Individuals and International Criminal Law*⁷²

Critics of international human rights law may however point out that human rights are merely “nonsense upon stilts”⁷³ that are unenforceable. These critics may be of such a mind because of the difficulty of enforcing human rights⁷⁴. The United States has avoided joining bodies with binding legal authority, for example, the Inter-American Court of Human Rights. Even when international human rights bodies can and do exercise jurisdiction, their jurisdiction may be handicapped by the fact that their determinations are not legal binding⁷⁵. With the development of international criminal law there is another process available to hold United States nationals responsible for serious human rights violations that amount to international crimes. This process is especially relevant to action against migrants that transcend national borders. Despite the fact that the United States has not ratified the Statute of the International Criminal Court (ICC) its jurisdiction may be invoked when crimes committed by American nationals have effects in a State Party to the Statute. Therefore, when family separations involved the deportation of either a parent or a child to a country

⁷² Significant contributions were made to the text of this section by Andrea Ramirez.

⁷³ P. SCHOFELD, Jeremy Bentham’s “Nonsense upon Stilts”, in *Utilitas*, 2003, n. 15, 1 ss., <https://doi.org>, citing J. BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, Published under the Superintendence of his Executor, John Bowring, Vol. 2, Art. II, Sentence 1(3) (1838–1843). Bentham, of course, was critiquing natural rights, but as Schofeld’s article indicates, some authors believe Bentham is writing about human rights as well.

⁷⁴ T. COLLINGSWORTH, *The Key Human Rights Challenge: Developing Enforcement Mechanisms*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2002, 183 ss.

⁷⁵ R. VAN ALEBEEK, A. NOLLKAEMPER, *The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law*, ACIL Research Paper No. 2011-02 (April 11, 2011), <https://pure.uva.nl>.

that is a party to the Rome Statute, such as Mexico, the ICC may be able to exercise jurisdiction over American officials who were involved these actions.

1. ICC Jurisdiction Over Crimes Committed Against Separated Family Members

The ICC was created in 1998 and is governed by treaty⁷⁶. Although the United States has not ratified this treaty⁷⁷, Americans may nevertheless be subject to its jurisdiction of the ICC if they commit international crimes at least in part on the territory of a state party to the Rome Statute⁷⁸. This is because according to the Statute, which has been ratified by 123 States, jurisdiction can vest in the ICC when an international crime has been committed that has consequences that involve a State party to the ICC Statute⁷⁹. When the Prosecutor receives information that an international crime has been committed provides that, «[i]f the Prosecutor concludes that there is a reasonable basis to proceed with an investigation, he or she shall submit to the Pre-Trial Chamber a request for authorization of an investigation, together with any supporting material collected»⁸⁰.

As a result, Americans who commit international crimes against humanity on the territory of a State Party⁸¹ or participate in unlawful conduct that affects a State Party on the territory of that State Party, may be prosecuted for their actions. This may include individuals who participated in planning and executing policies that led to forcible transfers of people or forced people into inhumane situations⁸². Evi-

⁷⁶ Rome Statute of the International Criminal Court (hereinafter ICC Statute), 2187 *UNTS* 3 (1998).

⁷⁷ It did sign the ICC Statute on December 31, 2000, but then indicated to the depository of the treaty, the UN Secretary-General on May 6, 2002, that it was withdrawing its signature.

⁷⁸ *Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, No. ICC-01/19, p. 59, para. 62 (November 14, 2019).

⁷⁹ Art. 12(2)(a) of the ICC Statute.

⁸⁰ Art. 15(3) of the ICC Statute.

⁸¹ Rome Statute State Parties to which family members of detained non-citizens have been deported include Mexico, Honduras, El Salvador, Guatemala, and the Democratic Republic of the Congo.

⁸² Pre-Trial Chamber III, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar*, ICC-01/19 (14 November 2019).

⁸² While examining the material jurisdiction of the case, the Chamber reiterated its competence to consider facts that fall outside its jurisdiction, in order to determine the contextual elements of the alleged crimes. The facts included, inter alia, information on coercive acts of

dence of such action constituting crimes against humanity, if credible and provided to the ICC Prosecutor, can be sufficient to encourage a preliminary investigation *proprio motu* by the Prosecutor⁸³ and may eventually lead to prosecution. Through this process, and certainly not without the very significant gathering of evidence, American officials from any branch of government who ordered women and children noncitizens summarily removed to Rome Statute State Party where they face threats of serious mistreatment or persecution may be subject to investigation and prosecution. In such cases, of course, prosecutions might be complicated decisions based on whether there is the ability and will to domestically prosecute the alleged crimes, the need to show that the alleged crimes were extremely serious, the need to show that the crimes were part of a «widespread or systematic attack directed against any civilian population», and the need to show that the perpetrator had “knowledge of the attack”⁸⁴. Despite these obstacles it is necessary to discuss how the ICC might function to punish individuals in the Trump administration related to their action against migrants.

2. *Defining Possible Crimes*

Crimes against humanity are defined in article 7 of the Rome Statute. There are two crimes that are particularly relevant to migrants who are detained. The crimes are likely to be committed when a family member of a detained migrant is forced out of the United States leaving other family members, sometimes very young children or a parent of a child behind in detention. The first crime is the «[d]eportation or forcible transfer of population»⁸⁵ which is defined as «forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law ...»⁸⁶. The second crime is committed by allowing or subjecting an individual to «inhumane acts of a similar character [to those defined in article 7(1) and (2) of the ICC Statute]⁸⁷ intentionally causing great suffering, or serious injury

deportation and forcible transfer of population, which allegedly occurred entirely on the territory of Myanmar.

⁸³ Art. 15(1) of the ICC Statute.

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ Art. 7(1)(d) of the ICC Statute.

⁸⁶ Art. 7(2)(d) of the ICC Statute.

⁸⁷ Article 7(1) list the acts of (a) murder; (b) extermination; (c) enslavement; (d) deporta-

to body or to mental or physical health»⁸⁸. In addition to providing the general *actus reus* and *mens rea* of each of these crimes, the ICC Prosecutor would have to show the specific intention of committing these acts «as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population» and the «knowledge of the attack»⁸⁹.

The prosecution of international crimes under international criminal law, as is usually the case under domestic criminal law, is a matter for public authorities. Victims or their representatives can merely report acts, the ICC Prosecutor will have to decide whether he will investigate the crimes⁹⁰. Victims, their legal representatives, or virtually any person with evidence that an international crime has been committed can communicate to the ICC Prosecutor. The ICC Prosecutor will then have to decide if he will initiate an «investigation *proprio motu* on the basis of information on crimes within the jurisdiction of the Court» as he is allowed to do by the ICC Statute⁹¹. While politics may play a role as the United States' super-power status wanes, Americans who violated international criminal law are more likely to be subject to prosecution.

Finally, while the ICC's jurisdiction is confined to consideration of «the most serious crimes of concern to the international community as a whole»⁹² it is reasonable to understand the United States' mistreatment of thousands of migrants from a variety of nationalities to be concern to the international community as a whole. Moreover, where the mistreatment amounts to the extremely inhumane treatment and forced deportation of many foreign nationals the requisite seriousness is undoubtedly present. Indeed, the ICC is investigating crimes com-

tion or forcible transfer of population; (e) imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law; (f) torture; (g) rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity; (h) persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the ICC; (i) enforced disappearance of persons; and (j) apartheid.

⁸⁸ Art. 7(1)(k) of the ICC Statute.

⁸⁹ Art. 7(1) of the ICC Statute.

⁹⁰ The current ICC Prosecutor is Karim Khan from the United Kingdom. His term runs from 16 June 2021 to 15 June 2030.

⁹¹ Art. 15(1) of the ICC Statute.

⁹² Art. 5(1) of the ICC Statute.

mitted against western Ugandans in Uganda and the Darfurians in Sudan, just to name a few⁹³.

V. Conclusion

The world has recognized that migration is an international issue that requires cooperation to be adequately addressed. Family detention is at the very heart of this concern. It is an intersection where state sovereignty and control over immigration confront the most basic human rights of migrants. To get this balance right is a difficult task. It is not a task any state, no matter how wealthy or powerful, can undertake in isolation.

States have recognized the need to cooperate to achieve this careful balance by adopting the United Nations Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration at the Intergovernmental Conference on the Global Compact for Migration held in Morocco in December 2018⁹⁴. This aspirational instrument was adopted by 164 of the 193 member states of the United Nations at the Conference and later by 152 of them as a resolution of the U.N. General Assembly. The United States, while participating in the drafting of the Global Compact, did not join the consensus in adopting this international instrument⁹⁵. Nevertheless, there can be no doubt that orderly migration is an important goal of the United States⁹⁶. The U.S. was established by migrants, its economy and society grew due to the labor of migrants—including the cruel and involuntary servitude of slaves—and its development continues to depend on migrants⁹⁷.

⁹³ See the ICC website for a list of ongoing investigations: <https://www.icc-cpi.int/situations-under-investigations> (accessed 28 August 2022).

⁹⁴ The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, adopted by the Intergovernmental Conference on the Global Compact for Migration held in Marrakech, Morocco, by 164 participating states (December 10-11, 2018).

⁹⁵ Together with the United States, a small number of states—in particular Australia, the Dominican Republic, and Hungary—opposed the Global Compact process. Ultimately, only five member states voted against and seven abstained from voting on the adoption of the text to be put to states at the Morocco Summit.

⁹⁶ R. NUNN et al., *A Dozen Facts about Immigration*, a report of the Hamilton Project of the Brookings Institute (October 2018).

⁹⁷ Also see multiple statements made by the U.S. representatives at the United Nations. For example, «America is proud of our immigrant heritage and our long-standing moral leadership in providing support to migrant and refugee populations across the globe. No country has done more than the United States, and our generosity will continue. But our decisions on immigration policies must always be made by Americans and Americans alone. We will decide how best to control our borders and who will be allowed to enter our country. The global approach in the New York Declaration is simply not compatible with U.S. sovereign-

The holdout states were led by the United States, who refused to embrace this process⁹⁸. The United States had an overwhelming influence in encouraging its rejection by constantly invoking an incompatibility between the exercise of territorial sovereignty in regulating the entry and stay of foreigners and the progressive establishment of a global approach in dealing with migration governance.

Practices that fail to protect the rights to liberty and security of vulnerable individuals by depriving migrants, including children of their liberty and basic human rights are coming under increasing criticism both in the United States and internationally.

There is no doubt the U.S. possesses the resources to ensure orderly migration and to meet its obligations in a manner that respects the rights of asylum seekers and others seeking protection. To date, however, it has fallen short of allowing families to pursue their asylum claims and other claims to protection in an environment which ensures due process, fairness, and humane treatment. This is both a more humane choice and, in the longer run, a much more economically efficient manner of being a cooperating partner in the international community.

ABSTRACT

*A Checkered Past: The History of Detaining Migrants
And Their Families in The United States*

In the first part, this contribution describes the history of detention of migrant families in the United States. We show that migrant detention, and particularly family detention, is not a new phenomenon, but such a practice is old as the United States itself. It is a practice that emerged out of the belief that others coming to the country should be controlled instead of being allowed to enter and seek opportunity as the founders of the United States themselves had done.

In the second part of this contribution, we suggest why international law is important to evaluating the detention practices of the United States. We argue that international law is important in the United States courts. We particularly focus on international human rights law, which provides protec-

ty». Statements by United States are available at <https://usun.usmission.gov> and <https://usun.usmission.gov>.

⁹⁸ The statement is available at <https://usun.usmission.gov>.

tion for migrants' fundamental human rights as well as valuable benefits for the United States as a country.

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

PRIME RIFLESSIONI SU DIRITTI UMANI E POLITICHE FISCALI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE: VERSO UNO *HUMAN RIGHTS-BASED APPROACH*?

GIUSEPPE EMANUELE CORSARO

SOMMARIO: 1. Fiscalità internazionale tra diritto della concorrenza e diritti umani: una premessa. – 2. Cenni sulla cooperazione fiscale internazionale nella prospettiva *market-driven*. – 3. Una diversa lettura giuridica delle politiche fiscali: il ruolo del diritto internazionale dei diritti umani. – 4. Sugli abusi fiscali come violazione degli obblighi internazionali in materia di diritti umani. – 5. Dal mito della competitività al rispetto dei diritti umani. – 6. Prime conclusioni.

1. I recenti scandali relativi agli abusi fiscali internazionali hanno posto il tema della cooperazione fiscale internazionale al centro del dibattito pubblico. Indagini giornalistiche hanno denunciato e dimostrato l'esistenza di paradisi fiscali ove attori economicamente forti nascondono risorse significative, sfruttando istituzioni finanziarie e amministrazioni pubbliche che non condividono le informazioni sui propri clienti, ovvero sui contribuenti¹. Un ruolo rilevante per l'evoluzione del dibattito è stato interpretato dalla Commissione europea, la quale ha tentato di contrastare la prassi di alcuni Stati membri dell'Unione europea (UE) di concedere *tax deals* a società multinazionali attraverso il controllo sugli aiuti di Stato².

¹ V. *Luxembourg Tax Files: How Tiny State Rubber-stamped Tax Avoidance on an Industrial Scale e Europe's Biggest Economies Ramp up Pressure for Deal to Curb Corporate Tax Abuse*, disponibili nel sito www.theguardian.com; *Corporate Taxes Poised to Rise After 136-Country Deal*, disponibile nel sito www.wsj.com. Si rinvia inoltre ai *Pandora Papers* e agli altri documenti pubblicati dall'*International Consortium of Investigative Journalists*, disponibili nel sito www.icij.org.

² Per alcuni contributi critici sul tema si veda: S. BASTIANON, *La vicenda Apple e gli aiuti di Stato irlandesi: la mela, il bastone e la carota*, in *Eurojus*, 2016, reperibile online; L.L. GORMSEN, *EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, 369 ss.; P. NICOLAIDES, *State Aid Rules and Tax Rulings*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2016, 416 ss.; A. ARENA, *Le decisioni sui tax rulings al vaglio della CGUE: un nuovo capitolo sul controllo degli aiuti di Stato, un passo in avanti verso l'Unione fiscale?*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2017, 925 ss.; A. GIRAUD, S. PETIT, *Tax Rulings and State Aid Qualification: Should Reality Matter?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2017, 233 ss.; L.L. GORMSEN, *State Aid and Direct Taxation and the Big Eruption Between the U.S. and the EU*, in *The Antitrust Bulletin*, 2017, 348 ss.; ID., *European State Aid and Tax Rulings*, Cheltenham/Northampton, 2019.

Rispetto a tali questioni, il settore della fiscalità internazionale è terreno di studi tradizionalmente di pertinenza di specialisti di area economico-finanziaria e giuridica impegnati, da un lato, a individuare soluzioni al rischio della doppia imposizione e al tentativo di eliminare le barriere fiscali alla libera circolazione, dall'altro, ad analizzare le dinamiche regolative che permettono la corretta ripartizione tra gli Stati del diritto di tassare³. Ulteriormente, le politiche fiscali nazionali assumono rilevanza nel mercato globale in relazione alla capacità degli Stati di attrarre investimenti e nuovi contribuenti. La globalizzazione dei mercati ha accentuato quella che viene definita concorrenza fiscale tra gli Stati, la quale, secondo il modello neoliberale, dovrebbe condurre alla realizzazione di un sistema fiscale più efficiente⁴. Dunque, nella prospettiva internazionale, le politiche fiscali rilevano essenzialmente sotto il profilo della concorrenza tra Stati, delle dimensioni e dei confini della sovranità fiscale e della tutela del contribuente dal rischio della doppia imposizione⁵.

La dottrina europea ha analizzato il fenomeno della fiscalità transnazionale nel contesto dell'esperienza dell'integrazione sovranazionale, con particolare riferimento alla questione degli ostacoli alla libera circolazione alla luce del diritto dei trattati e a quelle relative al rapporto conflittuale tra la sovranità fiscale e l'intervento UE nei settori di propria competenza⁶. La recente attenzione verso gli abusi fiscali transnazionali è stata focalizzata nel quadro del diritto della concorrenza, adattando e innovando la prassi consolidata in materia di aiuti fiscali.

In contrapposizione agli studi *market-driven*, già dalla fine degli anni Novanta alcuni autori hanno iniziato a proporre approcci critici al diritto tributario internazionale, avviando il dibattito sui temi della giustizia fiscale e sulle interazioni tra le politiche fiscali domestiche e transnazionali da una parte, e gli standard internazionali in materia di diritti umani, dall'altra⁷. La regolazione della fiscalità internazionale matura co-

³ S. DARCY, «*The Elephant in the Room*»: *Corporate Tax Avoidance & Business and Human Rights*, in *Business and Human Rights Journal*, 2017, 1 ss.

⁴ T. DAGAN, *International Tax Policy: Between Competition and Cooperation*, Cambridge, 2018, 10-20, ritiene che la concorrenza fiscale abbia la capacità di arginare gli abusi fiscali. Per una ricostruzione contraria si rinvia a N. SHAXSON, *Tax Competitiveness A Dangerous Obsession*, in T. POGGE, K. MEHTA (eds.), *Global Tax Fairness*, Oxford, 2016, 265 ss.

⁵ A. CHRISTIANS, *Human Rights at the Borders of Tax Sovereignty*, disponibile nel sito ssrn.com.

⁶ Si veda W. SCHON, E. TRAVERSA, I. RICHELLE (eds.), *State Aid Law and Business Taxation*, Berlin-Heidelberg, 2016.

⁷ Si rinvia a P. ALSTON, N. REISCH, *Introduction: Fiscal Policy as Human Rights Policy*, in P. ALSTON, N. REISCH (eds.), *Tax, Inequality, and Human Rights*, Oxford, 2019, 26 ss.: «Critical tax theory emerged in the 1990s as an attempt to inject anti-subordination principles into tax analysis. Some of the earliest critical tax scholarship explored how tax policy contributes to social hierarchy and discrimination along gender and racial lines» (nota 17).

sì progressivamente come interessante terreno di analisi attraverso le lenti dei diritti umani, ben oltre il terreno tipico del diritto della concorrenza.

In questa direzione, nel quadro del sistema delle Nazioni Unite (ONU) si osserva la formazione di una prassi istituzionale – principalmente riferita nei rapporti degli esperti *mandate holder* del Consiglio dei diritti umani e nell’operato degli *Human Rights Monitoring Committee* – che analizza il corretto funzionamento dei sistemi fiscali al fine di verificare la coerenza con i vincoli internazionali in tema di diritti umani.

Un primo esempio di tale più recente prospettiva di analisi è offerto da un *country report* del Comitato sui diritti del fanciullo che ha criticato il sistema fiscale georgiano e la presenza diffusa di prassi evasive produttive di un impatto negativo «on the level of resources available for the implementation of the Convention»⁸.

Muovendo dal presupposto che i diritti umani di seconda generazione (in particolar modo i diritti economici, sociali e culturali) hanno un costo⁹, e che per la realizzazione di tali diritti gli Stati hanno l’obbligo di utilizzare il massimo delle risorse disponibili¹⁰, le quali dipendono prevalentemente dal prelievo fiscale, si ritiene necessario sollecitare un approccio *human rights-based* alle politiche fiscali per monitorare la conformità delle scelte statali con gli obblighi internazionali.

Gli specialisti in materia di diritti umani sono così chiamati in causa nel dibattito scientifico sulle politiche fiscali, interagendo in prospettiva multidisciplinare sia con gli studiosi di diritto tributario relativamente agli aspetti tecnici inerenti al sistema fiscale, sia con gli esperti di diritto della concorrenza per quel che riguarda il tema degli abusi fiscali, allo

⁸ Comitato sui diritti del fanciullo, *Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child, Georgia*, UN Doc. CRC/C/15/Add.124 del 28 giugno 2000, par. 18.

⁹ S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000.

¹⁰ Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR), art. 2. Si veda P. ALSTON, G. QUINN, *The Nature and Scope of States Parties’ Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1987, 156 ss.; M. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, A Perspective on its Development*, Oxford, 1998; B. SAUL, D. KINLEY, J. MOWBRAY, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Commentary, Cases, and Materials*, Oxford, 2014, 133 ss. Il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali ha analizzato la natura degli obblighi derivanti dall’art. 2 nel *General Comment No. 3: The Nature of States Parties’ Obligations (Art. 2, para. 1, of the Covenant)*, UN Doc. E/C.12/1990/8 del 1991. Sugli obblighi a realizzazione progressiva si veda R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l’état pour violation des obligations positives relatives aux droits de l’homme*, in *Recueil des cours*, 2008, 175 ss., 429-489; ID., *Sulla natura degli obblighi internazionali di tutela dei diritti economici, sociali e culturali*, in S. BARIATTI, G. VENTURINI (a cura di), *Diritti Individuali e Giustizia Internazionale, Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, 715 ss.; O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, Cambridge, III ed., 2019, 557-606.

scopo di contribuire alla verifica dell'impatto sui diritti umani di alcune pratiche fiscali tipiche¹¹.

Nel tentativo di ricostruire sinteticamente i recenti sviluppi verso un nuovo approccio *human rights-based* nel dibattito giuridico sulla fiscalità internazionale, questo contributo propone un'analisi della prassi più recente dell'ONU in materia di diritti umani e tassazione e delle relative implicazioni nel panorama delle organizzazioni internazionali più direttamente coinvolte nella *governance* fiscale transnazionale. L'analisi si concentrerà sulle questioni connesse agli abusi fiscali internazionali, mostrando i risultati che possono essere raggiunti attraverso un *rights-based approach* nel contrasto alla *tax avoidance*.

La prima parte del contributo si propone di introdurre una veloce panoramica dei processi di cooperazione fiscale internazionale, dei principali attori che li governano e dei relativi modelli di regolazione. Segue una prima analisi del nesso tra diritti umani e cooperazione fiscale internazionale, con particolare riferimento agli spunti offerti dalla prassi onusiana in materia. Precisati i termini di un diverso approccio *human rights-based* in materia fiscale, si verificherà l'applicazione di questo modello al terreno della *tax avoidance*, valutando la possibilità di configurare alcune prassi abusive come una violazione dei diritti umani. Proseguendo nell'analisi, il contributo rassegna brevemente le implicazioni che possono derivare dalla considerazione di uno *human rights-based approach* nel contrasto agli abusi fiscali. Alcune prime conclusioni evidenziano i risultati iniziali e le prospettive di sviluppo di tale modello di analisi, utili per ulteriori approfondimenti degli studi sulla cooperazione internazionale attraverso la lente dei diritti umani.

2. Il diritto internazionale tributario si occupa, com'è noto, di individuare le regole che determinano le condizioni alle quali uno Stato ha il diritto di attuare la tassazione su una manifestazione di ricchezza. Il problema si pone tutte le volte in cui un'operazione economica abbia una rilevanza internazionale, ossia tipicamente nei casi in cui più di uno Stato potrebbe vantare astrattamente una pretesa fiscale su un reddito, come ad esempio nelle operazioni commerciali transfrontaliere. Il riferimento in tale ambito è a due principi fondamentali, i quali prevedono rispettivamente che un solo Stato eserciti sovranità fiscale su una determinata manifestazione di ricchezza (*single tax principle*) e che le attività economi-

¹¹ O. DE SCHUTTER, *Taxing for the Realization of Economic, Social, and Cultural Rights*, in P. ALSTON, N. REISCH (eds.), *op. cit.*, 59 ss. Si veda inoltre il celebre scritto di P. ALSTON, *Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen through the Lens of the Millennium Development Goals*, in *Human Rights Quarterly*, 2005, 755 ss.

che siano tassate alla fonte, mentre gli investimenti siano tassati presso lo Stato di residenza (*benefits principle*)¹².

Nel mercato globalizzato il rischio della doppia imposizione internazionale, ossia dell'esercizio contestuale della sovranità fiscale da parte di due Stati, è stato percepito come un limite alla libera circolazione della ricchezza, dunque come un fenomeno da contrastare attraverso meccanismi di coordinamento intergovernativi. Per tale ragione, a partire dagli anni Sessanta la cooperazione internazionale in materia fiscale è stata tesa a individuare un insieme di regole che potessero governare la tassazione degli scambi internazionali e che guidassero gli Stati nella conclusione degli accordi internazionali in materia fiscale. Nell'ambito dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) è stata elaborata nel 1963 una bozza di modello di Convenzione contro la doppia imposizione, nella quale venivano proposte delle regole che gli Stati avrebbero dovuto adottare nella tassazione internazionale per evitare gli effetti negativi che altrimenti si sarebbero realizzati sugli scambi internazionali¹³. Nell'ambito delle Nazioni Unite, nel 1980 il Gruppo di esperti *ad hoc* sulla cooperazione internazionale in materia fiscale («Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters») ha elaborato la *United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*¹⁴, la quale, pur avendo la finalità di contrastare la doppia imposizione, si proponeva di realizzare un compromesso tra le norme che attraggono la giurisdizione fiscale allo Stato della fonte e le norme che attribuiscono la sovranità fiscale allo Stato di residenza al fine di bilanciare le esigenze degli Stati industrializzati e degli Stati in via di sviluppo.

Un ulteriore aspetto che ha caratterizzato la cooperazione internazionale in materia fiscale è rappresentato dalla condivisione delle informazioni tra gli Stati, in modo da evitare che, nel mercato globalizzato, le imprese trasferiscano artificialmente i profitti verso paradisi fiscali. Entrambi i modelli di convenzione prevedevano in tal senso una norma sullo scambio di informazioni.

¹² R. S. AVI-YONAH, *International Tax as International Law. An Analysis of the International Tax Regime*, Cambridge, 2007.

¹³ Draft Double Taxation Convention on Income and Capital, 1963, doi.org/10.1787/9789264073241-en. La bozza è stata più volte modificata; si rinvia all'ultima versione aggiornata al programma BEPS adottato dall'OCSE e dal G20: *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*. Entrambi i documenti sono reperibili nel sito www.oecd.org.

¹⁴ UN Doc. ST/ESA/102 del 1980. Si rinvia alla versione aggiornata: *Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries*, UN Doc. ST/ESA/378 del 2021.

Le riflessioni sulla fiscalità internazionale e sulla cooperazione interstatale hanno dunque seguito queste direttrici, valutando il funzionamento del sistema fiscale internazionale in relazione alle norme sull'attribuzione della sovranità fiscale e sull'esigenza di condividere le informazioni sui flussi di ricchezza. Questi orientamenti hanno segnato gli sviluppi del diritto internazionale tributario anche di fronte all'irrompere del fenomeno della concorrenza fiscale dannosa, analizzata nel 1998 dall'OCSE come un *emerging global issue*, che comprende le scelte degli Stati che riducono ingiustificatamente la pressione fiscale su categorie di contribuenti o su alcune operazioni economiche¹⁵.

I macro-problemi che attualmente investono la fiscalità internazionale sono riconducibili, da un lato, agli atti degli Stati che praticano una concorrenza fiscale dannosa, dall'altro alla pianificazione fiscale aggressiva di contribuenti (principalmente multinazionali) che costruiscono operazioni economiche artificiali al fine di godere di trattamenti fiscali privilegiati. Il diritto tributario internazionale affronta questi due problemi attraverso l'insieme di regole che derivano dai due principi fondamentali che lo governano – *single tax principle* e *benefits principle* –, stabilendo così che se un solo Stato, quello da cui dipende la creazione della ricchezza, esercita la sovranità fiscale, le operazioni transnazionali saranno tassate in modo corretto. Infatti, le imprese non potranno dislocare artificialmente la ricchezza e gli Stati non avranno motivo per costruire sistemi fiscali preferenziali. In questa prospettiva, i modelli di convenzione sulla doppia imposizione contengono validi strumenti normativi per la realizzazione di una corretta tassazione internazionale.

Per tale ragione il lavoro degli esperti del settore è stato orientato verso l'implementazione delle regole che individuano i legami genuini tra le attività economiche e la sovranità fiscale. Oltre alle norme che governano le varie operazioni che possono essere realizzate nel mercato, la previsione del principio di libera concorrenza (*arm's length principle*) dovrebbe garantire che nel mercato internazionale il *taxing right* sia attribuito in modo corretto, annullando gli effetti delle operazioni fiscali artificiali tra imprese collegate. Infatti, le operazioni tra imprese consociate che non rispettano i valori di mercato vengono sottoposte a rettifiche per i soli fini fiscali dagli Stati coinvolti¹⁶.

¹⁵ Non esiste una definizione univoca di concorrenza fiscale dannosa; per tale ragione, nel testo si è scelto di adottare una formula molto ampia, desumibile da una lettura sistematica della pubblicazione OECD, *Harmful Tax Competition An Emerging Global Issue*, 1998, reperibile *online*.

¹⁶ R. S. AVI-YONAH, *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation*, in *Virginia Tax Review*, 1995, 89 ss., 89-100.

Lo strumento principale della cooperazione fiscale internazionale è rappresentato dallo scambio di informazioni tra le autorità fiscali dei diversi Stati, in modo che vi sia un controllo condiviso sui flussi finanziari e che non sia possibile trasferire la ricchezza al solo fine di non versare le imposte. Il recente programma su *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) sviluppato dall'OCSE nel 2013¹⁷, muovendo dalla consapevolezza che tra le lacune del sistema fiscale internazionale si realizzano fenomeni abusivi, propone di rafforzare la cooperazione internazionale per arginare la *tax avoidance*. Le azioni del BEPS ripercorrono tuttavia i modelli del diritto tributario internazionale, proponendo una maggiore condivisione di informazioni, l'*enforcement* delle norme convenzionali, il supporto tecnico amministrativo tra gli Stati. L'elemento innovativo dei BEPS è principalmente rappresentato dall'idea che una maggiore cooperazione possa essere utile a contrastare i fenomeni abusivi, sebbene gli strumenti giuridici appartengano sempre alle norme tecniche sull'individuazione degli Stati che devono esercitare la tassazione.

Tuttavia, i dati relativi all'entità dei flussi finanziari illeciti, la cui maggior parte è rappresentata da abusi fiscali, mettono in evidenza una persistente criticità nel sistema fiscale internazionale¹⁸. Gli accordi internazionali sull'attribuzione del *taxing right*, ossia le convenzioni contro le doppie imposizioni, si limitano a riconoscere la sovranità di uno Stato su un'operazione fiscale, ma non individuano le modalità di esercizio di tale sovranità, accettando implicitamente che uno Stato adotti una tassazione bassa o nulla per alcune categorie di operazioni. D'altronde, in un sistema ispirato alla concorrenza – non solo tra le imprese ma anche – tra gli Stati, la *race to the bottom* era un rischio possibile, che si è effettivamente realizzato in assenza di limiti e correttivi¹⁹. Non sembra che questi correttivi possano rintracciarsi nelle forme di cooperazione ispirate al mito della concorrenza fiscale, come mostrato dal fatto che lo sforzo principale dei BEPS è quello di evitare che i profitti migrino verso dei territori nei quali la ricchezza non è stata prodotta. Come in parte ammesso dal Direttore del Centre for Tax Policy and Administration dell'OCSE, i BEPS

¹⁷ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, reperibile online (in seguito OCSE, BEPS, 2013).

¹⁸ Global Financial Integrity, *Trade-Related Illicit Financial Flows in 134 Developing Countries 2009-2018*, 2021, 5, reperibile online: «The data indicates that the size of the sums of the value gaps increased from US\$551.2 billion in 2009 to US\$835.0 billion in 2018». Il report individua nel *misinvoicing* la parte più consistente dei flussi finanziari illeciti.

¹⁹ O. DE SCHUTTER, N. J. LUSIANI, S. CHAPARRO, *Re-righting the International Tax Rules: Operationalising Human Rights in the Struggle to Tax Multinational Companies*, in *International Journal of Human Rights*, 2020, 1370 ss., 1371 s.; M. IYER, *Transferring Away Human Rights: Using Human Rights to Address Corporate Transfer Mispricing*, in *Northwestern Journal of Human Rights*, 2017, 1 ss., 10-22.

sono uno strumento volto ad evitare che i Paesi industrializzati, ossia gli Stati che nei quali le multinazionali creano e realizzano la ricchezza, subiscano la sottrazione dei profitti e la riduzione delle basi imponibili, mentre le priorità dei Paesi in via di sviluppo non sono una parte essenziale del programma²⁰. Non appartiene neppure alle finalità del BEPS l'obiettivo di prelevare una parte equa o adeguata di risorse per il raggiungimento degli obiettivi di interesse pubblico.

Obiettivo fondamentale della cooperazione internazionale in materia fiscale è, in definitiva, quello distribuire il diritto di tassare tra gli Stati, evitando che le imprese spostino artificialmente gli utili al solo fine di ridurre la pressione fiscale. Di conseguenza, nella misura in cui le regole che individuano il collegamento tra le operazioni economiche e la giurisdizione di uno Stato sono rispettate, conformandosi al principio di libera concorrenza, l'evenienza della non-imposizione non appare in contrasto con la concorrenza fiscale e la politica fiscale attualmente dominante²¹.

3. Secondo una lettura consolidata, le scelte degli Stati in materia fiscale, considerate sia a livello domestico che nel contesto internazionale, non possono essere analizzate semplicemente come una forma di prelievo necessario per il funzionamento dell'apparato pubblico e per lo svolgimento di alcuni servizi di rilevanza pubblica; piuttosto, esse vanno considerate come manifestazioni politiche che realizzano il contratto sociale che lega lo Stato ed i cittadini, domandando a questi ultimi di partecipare e contribuire agli obiettivi dello Stato-comunità²². In questo rapporto, l'obiettivo dei moderni Stati – come desumibile dalla lettura di numerose carte costituzionali e di convenzioni internazionali sui diritti umani – dovrebbe essere quello di superare le diseguaglianze e permettere a tutti di godere di diritti e libertà. In tal senso, il relatore speciale Alston, nel *Visit Report USA*, ha osservato che «there is a real need for the realization to sink in among the majority of the American population that taxes are not only in their interest, but also perfectly reconcilable with a growth agenda. A much-cited IMF paper concluded that redistribution could be good for growth, stating: “The combined direct and indirect ef-

²⁰ P. SAINT-AMANS, *Webcast Announcing Base Erosion and Profit Shifting Project Final Outcomes*, OECD, 5 ottobre 2015, reperibile *online*. Si segnala comunque che nel programma BEPS viene fatto riferimento all'importanza del contrasto alla *tax avoidance* per i PVS, così come il testo del documento rileva con favore che “numerosi” PVS hanno preso parte ai negoziati del BEPS.

²¹ R.S. AVI-YONAH, *Hanging Together: A Multilateral Approach to Taxing Multinationals*, in *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review*, 2016, 137 ss., 143-144.

²² I. MARTIN, A. K. MEHROTRA, M. PRASAD (eds.), *The New Fiscal Sociology: Taxation in Comparative and Historical Perspective*, Cambridge, 2009; M. BHANDARI (ed.), *Philosophical Foundations of Tax Law*, Oxford, 2017.

fects of redistribution — including the growth effects of the resulting lower inequality — are on average pro-growth”²³.

Ne deriverebbe in buona misura che la relazione fiscale Stato-cittadini (o imprese) non costituisce un mero rapporto sinallagmatico; al contrario, in una prospettiva solidaristica, chi, manifestando una elevata capacità di produrre ricchezza, contribuisce in misura maggiore al sistema pubblico avrà un ritorno economico dalla spesa pubblica inferiore rispetto a chi contribuisce in misura ridotta o a chi si trova in condizioni di povertà. Rappresenta un fraintendimento della politica fiscale la pretesa di versare contributi in attesa di un ritorno economico o ritenendo che quelle risorse vadano investite per produrre nuova ricchezza. La connotazione sociale dei moderni Stati dovrebbe comportare la destinazione di una rilevante parte delle risorse pubbliche in politiche di aiuto verso le persone e i gruppi più vulnerabili e di contrasto alle diseguaglianze²⁴. La struttura del sistema fiscale dovrebbe essere tale per cui lo Stato redistribuisce la ricchezza prima attraverso un prelievo che incide maggiormente sulla parte più ricca della popolazione, successivamente attraverso politiche di spesa pubblica ispirate all'uguaglianza sostanziale²⁵.

Questo presupposto della politica fiscale, oggetto di dibattito nel contesto degli studi critici di *global tax justice*, può costituire fonte di ispirazione per le riflessioni tecnico-giuridiche sul funzionamento delle norme tributarie, orientando gli sforzi degli esperti che studiano e propongono soluzioni innovative in materia fiscale. Infatti, oltre che come mezzo perequativo²⁶, il fenomeno della tassazione può essere osservato nella sua componente fiscale attraverso gli elementi che lo legano, a vario titolo, al raggiungimento dei diritti umani.

Critical legal scholar hanno iniziato ad osservare complessivamente i sistemi fiscali dal punto di vista sia del prelievo che del *public budge-*

²³ *Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights on his mission to the United States of America: Note by the Secretariat*, UN Doc. A/HRC/38/33/Add.1 del 4 maggio 2018.

²⁴ Per un'analisi sulla nozione di vulnerabilità nel diritto internazionale si veda F. IPPOLITO, *Understanding Vulnerability in International Human Rights Law*, Napoli, 2020, 50-70.

²⁵ Per alcune riflessioni critiche della dottrina di diritto tributario italiana si rinvia a L. CARPENTIERI, *L'illusione della progressività*, Roma, 2012; ID., *Prelievo eccessivo vs. equità: il difficile punto di equilibrio dei sistemi fiscali moderni*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2015, 41 ss. Per una diversa ricostruzione si veda D. STEVANATO, *La giustificazione sociale dell'imposta. Tributi e determinabilità della ricchezza tra diritto e politica*, Bologna, 2014, 321, che individua la giustificazione del sistema fiscale nella redistribuzione, «non già per procurare risorse allo Stato da impiegare nell'erogazione di spese aventi una pubblica utilità, nell'interesse generale della collettività, ma per attuare un diretto trasferimento di mezzi finanziari, intermediato dai pubblici poteri, tra individui e classi sociali».

²⁶ F. VISMARA, *Redistribuzione della ricchezza, fiscalità e ordinamento internazionale*, in *La Comunità Internazionale*, 2020, 189 ss.

ting, valorizzando l'importanza del corretto funzionamento del sistema fiscale per il raggiungimento di obiettivi di pubblico interesse²⁷. Assumono una certa rilevanza in questa prospettiva i contributi relativi alle discriminazioni di genere perpetrate attraverso le misure fiscali. In relazione alle modalità del prelievo, sono oggetto di critica tutte quelle imposizioni sui consumi, che, oltre ad avere natura regressiva, colpiscono principalmente le donne, come ad esempio le c.d. *tampon taxes*²⁸. D'altro lato, studi critici hanno messo in evidenza l'importanza di approcci *rights-based* nell'analisi della spesa pubblica, la quale dovrebbe essere orientata a promuovere i diritti delle persone e dei gruppi più vulnerabili²⁹.

Il terreno del diritto internazionale dei diritti umani si è presentato come quello più fertile per portare avanti un discorso che sia in grado di tenere insieme la politica fiscale e le questioni di giustizia sociale³⁰. Infatti, sia studiosi di diritti umani, sia diversi meccanismi internazionali di monitoraggio e tutela dei diritti umani hanno dedicato parte dei loro lavori alle politiche fiscali³¹.

Il punto di partenza delle riflessioni su risorse fiscali e diritti umani è l'art. 2 del Patto ONU sui diritti economici, sociali e culturali (ESC), il quale prevede che gli Stati dedichino le *maximum available resources*

²⁷ A. C. INFANTI, B. J. CRAWFORD, *Critical Tax Theory: An Introduction*, Cambridge, 2009, 10-15; K. B. BROWN, M. L. FELLOWS, B. J. CRAWFORD, *The Past, Present, and Future of Critical Tax Theory: A Conversation*, in *Pittsburgh Tax Review*, 2012, 59 ss., 60-65.

²⁸ B. J. CRAWFORD, C. SPIVACK, *Tampon Taxes, Discrimination, and Human Rights*, in *Wisconsin Law Review*, 2017, 491 ss.

²⁹ D. ELSON, *Budgeting for Women's Rights: Monitoring Government Budgets for Compliance with CEDAW*, reperibile online, 2006; A. NOLAN, *Putting ESR-Based Budget Analysis into Practice: Addressing the Conceptual Challenges*, in A. NOLAN, C. HARVEY, R. O'CONNELL (eds.), *Human Rights and Public Finance: Budgets and the Promotion of Economic and Social Rights*, Oxford, 2013, 369 ss.

³⁰ I. MARTIN, A. K. MEHROTRA, M. PRASAD (eds.), *op. cit.*

³¹ *Report of the Independent Expert on the Question of Human Rights and Extreme Poverty, Magdalena Sepúlveda Carmona. Addendum Mission to Ireland*, UN Doc. A/HRC/17/34/Add.2 del 17 maggio 2011; *Final Draft of the Guiding Principles on Extreme Poverty and Human Rights, Submitted by the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, Magdalena Sepúlveda Carmona*, UN Doc. A/HRC/21/39 del 18 luglio 2012; *Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, Magdalena Sepúlveda Carmona*, UN Doc. A/HRC/26/28 del 22 maggio 2014; *Taking Stock and Identifying Priority Areas: A Vision for the Future Work of the Mandate Holder, Report of the Independent Expert on the Effects of Foreign Debt and Other Related International Financial Obligations of States on the Full Enjoyment of Human Rights, particularly Economic, Social and Cultural Rights, Attiya Waris*, UN Doc. A/HRC/49/47 del 23 dicembre 2021; Comitato sui diritti del fanciullo, *General Comment No. 16 (2013) on State Obligations regarding the Impact of the Business Sector on Children's Rights*, UN Doc. CRC/C/GC/16 del 17 aprile 2013; e *General comment No. 19 (2016) on Public Budgeting for the Realization of Children's Rights (art. 4)*, UN Doc. CRC/C/GC/19 del 20 luglio 2016; Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, *Concluding Observations on the Combined Fourth and Fifth Periodic Reports of Switzerland*, UN Doc. CEDAW/C/CHE/CO/4-5 del 25 novembre 2016.

(*MAR principle*) per garantire il raggiungimento dei diritti ESC. Appare evidente che la realizzazione di un sistema fiscale equo sia tra i passi che gli Stati devono compiere per rimuovere le disparità economiche³², considerando che la maggior parte delle risorse pubbliche proviene dal prelievo fiscale³³. L'art. 2 del Patto ESC prevede che gli Stati per conformarsi all'obbligo «to take steps (...) to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the Covenant»³⁴ devono garantire che siano raccolte risorse adeguate e che la spesa pubblica sia finalizzata al raggiungimento dei diritti umani³⁵. Quando attraverso le scelte di politica fiscale, uno Stato individua la quantità di risorse fiscali da prelevare dai contribuenti, l'art. 2 del Patto ESC trova applicazione almeno sotto due distinti profili: da un lato, l'imposizione deve avere natura progressiva, in modo che la maggiore contribuzione versata dai più ricchi attui una prima forma di riduzione delle disparità economiche³⁶; dall'altro, lo Stato deve programmare il prelievo fiscale in modo che le somme raccolte siano sufficienti a garantire il rispetto dei diritti umani³⁷. Per quel che riguarda l'ambito della spesa pubblica, le risorse fiscali devono essere utilizzate seguendo politiche perequative. Dunque, il sistema fiscale, nella prospettiva dell'art. 2 del Patto ESC, dovrebbe essere strutturato in modo da prelevare le risorse necessarie dai più ricchi destinandole, secondo politiche di lungo periodo, in modo da eliminare le distanze sociali ed economiche, sostenendo – in estrema sintesi – le categorie più vulnerabili³⁸.

Un sistema fiscale compatibile con il *MAR principle* dovrebbe ridurre al minimo le misure regressive, dato che esse manifestano i loro ef-

³² O. DE SCHUTTER, N. J. LUSIANI, S. CHAPARRO, *op. cit.*, 1371 s.; M. IYER, *op. cit.*, 17.

³³ R. BALAKRISHNAN, D. ELSON, J. HEINTZ, N. LUSIANI, *Maximum Available Resources & Human Rights: Analytical Report*, 2011, reperibile online; F. SEATZU, *Sustainable Financing through Domestic Resource Mobilization (DRM): The Role of International Law*, in I. BANTEKAS, C. LUMINA (eds.), *Sovereign Debt and Human Rights*, Oxford, 2018, 514 ss., 520, tuttavia, ritiene che lo studio della mobilitazione delle risorse domestiche dovrebbe acquisire una visuale che vada oltre il prelievo fiscale.

³⁴ Patto ESC, art. 2. V. *General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, para. 1, of the Covenant)*, UN Doc. E/C.12/1990/8 del 1991.

³⁵ N. REISCH, *Taxation and Human Rights. Mapping the Landscape*, in P. ALSTON, N. REISCH (eds.), *op. cit.*, 33 ss. Per un'analisi generale della portata dell'obbligo degli Stati di conformarsi all'art. 2 del Patto ESC si veda R. E. ROBERTSON, *Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the 'Maximum Available Resources' Realizing Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1994, 693 ss.

³⁶ *Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, Magdalena Sepúlveda Carmona*, UN Doc. A/HRC/26/28 del 22 maggio 2014, 10-12.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Sulle politiche di *public budgeting* nell'ambito di una norma dal contenuto analogo all'art. 2 del Patto ESC, si veda tra gli altri Comitato sui diritti del fanciullo, *General Comment No. 19 (2016) On Public Budgeting for the Realization of Children's Rights (art. 4)*, UN Doc. CRC/C/GC/19 del 20 luglio 2016.

fetti negativi principalmente verso le persone più vulnerabili. Come osservato sopra, *feminist legal studies* hanno messo in evidenza gli effetti negativi di diverse imposizioni indirette, le quali mostrano i loro effetti regressivi violando i diritti delle donne tutelati dalla Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne³⁹.

Anche le politiche fiscali di austerità sono state sottoposte a un'attenta riflessione dal Comitato ESC e dagli studiosi di diritto internazionale⁴⁰, osservando che esse rischiano di incidere in maniera sproporzionata sul raggiungimento dei diritti umani⁴¹. Soprattutto in momenti di crisi, come osservato durante la crisi finanziaria⁴² e così come sta accadendo durante quella pandemica⁴³, «austerity-driven cuts to services, and privatization can have devastating effects on the well-being of poor people and the State's capacity to reduce poverty»⁴⁴.

Ciononostante, numerosi Stati adottano politiche regressive nella misura in cui esse rappresentano la soluzione più semplice per far quadrare i bilanci⁴⁵. Infatti, gli Stati ottengono rapidamente le risorse necessarie per fronteggiare i turbamenti dell'economia attraverso la tassazione indiretta e riducendo la spesa destinata al pieno raggiungimento dei diritti umani delle fasce più deboli della popolazione. Appare inoltre paradossale che nei periodi di crisi gli Stati dispongano *tax holiday* e altri premi fi-

³⁹ Si veda nota 3; e Assemblea generale, *Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, UN Doc. A/54/38/Rev.1 del 20 agosto 1999.

⁴⁰ F. COSTAMAGNA, *Riduzione delle risorse disponibili e abbassamento dei livelli di tutela dei diritti sociali: il rispetto del nucleo minimo quale limite all'adozione di misure regressive*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 371 ss.

⁴¹ Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *Letter Dated 16 May 2012 Addressed by the Chairperson of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights to States Parties to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UN Doc HRC/NONE/2012/76.

⁴² B. WARWICK, *Socio-economic Rights during Economic Crises: A Changed Approach to Non-retrogression*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2016, 249 ss.

⁴³ *International Debt Architecture Reform and Human Rights, 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*, Yuefen Li, UN Doc. A/76/167 del 4 agosto 2021. Il *report*, oltre a condividere la prassi precedente dei *mandate holder* relativa all'austerità, mette in evidenza il rischio di un impatto negativo delle politiche di debito insostenibile messe in atto per fronteggiare la crisi pandemica da COVID-19.

⁴⁴ *The Parlous State of Poverty Eradication, Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights*, UN Doc. A/HRC/44/40 del 7 luglio 2020, par. 62.

⁴⁵ Sul punto si ricorda che le istituzioni finanziarie internazionali hanno incentivato il ricorso alla tassazione indiretta come osservato da I. SAIZ, *Resourcing Rights: Combating Tax Injustice from a Human Rights Perspective*, in A. NOLAN, R. O'CONNELL, C. HARVEY (eds.), *op. cit.*, 77 ss.; G. ADINOLFI, *Aggiustamento economico e tutela dei diritti umani: un conflitto inesistente per le istituzioni finanziarie internazionali?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 319 ss.

scali in favore di imprese senza tenere in considerazione forme di perequazione. Mentre tali misure potrebbero essere contrarie al rispetto dei diritti umani⁴⁶, può sostenersi che il Patto ESC, come altri strumenti internazionali⁴⁷, imponga anche nei periodi di crisi un prelievo efficace ed equo connesso ad una spesa *rights-based oriented*.

In modo analogo, l'esperto indipendente Bohoslavsky ha osservato che «Governments that enact austerity measures without first looking out for any other way to raise revenue might not be acting in accordance with the Covenant, if such measures are regressive, result in discriminatory outcomes or deprive people of gaining access to minimum essential levels of rights»⁴⁸.

Le politiche fiscali giocano un ruolo centrale anche nel diritto allo sviluppo⁴⁹, declinato dalla Dichiarazione del 1986 come «an inalienable human right by virtue of which every human person and all peoples are entitled to participate in, contribute to, and enjoy economic, social, cultural and political development, in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized»⁵⁰. Quando gli Stati falliscono nell'attuare il prelievo fiscale, perdendo le risorse domestiche, essi sono costretti a indebitarsi per garantire il funzionamento dell'apparato pubblico. Entrando in un circolo vizioso, alcuni Stati, soprattutto in via di sviluppo, riducono la pressione fiscale o concedono premi ed esenzioni a imprese transnazionali al fine di attrarre investimenti esteri⁵¹. Contrariamente a queste scelte di concorrenza fiscale attuate da numerosi Stati, come osservato da Sepúlveda Carmona, «if all developing countries were able to raise 15 per cent of their national income in tax, a commonly accepted minimum figure (the OECD average is 37 per cent), they could

⁴⁶ Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, *General Comment No. 19: The Right to Social Security (Art. 9 of the Covenant)*, UN Doc. E/C.12/GC/19 del 4 febbraio 2008.

⁴⁷ Comitato sui diritti del fanciullo, *General Comment No. 16 (2013) on State Obligations regarding the Impact of the Business Sector on Children's Rights*, UN Doc. CRC/C/GC/16 del 17 aprile 2013, par. 55; D. ELSON, *op. cit.*; *Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, Magdalena Sepúlveda Carmona*, 2014, cit.

⁴⁸ *Final Study on Illicit Financial Flows, Human Rights and the 2030 Agenda for Sustainable Development 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*, UN Doc. A/HRC/31/61 del 15 gennaio 2016, par. 39.

⁴⁹ K. AKESTORIDI, F. SEATZU, *Enhancing the Transformative Potential of the Sustainable Development Goals (SDGs)*, in *Global Jurist*, 2021, 111 ss., 127.

⁵⁰ Assemblea generale, *Declaration on the Right to Development*, adottata il 4 dicembre 1986, art. 1.

⁵¹ O. DE SCHUTTER, J. F. SWINNEN, J. WOUTERS, *Introduction: Foreign Direct Investment and Human Development*, in O. DE SCHUTTER, J. F. SWINNEN, J. WOUTERS (eds.) *Foreign Direct Investment and Human Development: The Law and Economics of International Investment Agreements*, London, 2012, 1 ss.

realize at least an additional \$198 billion per year, more than all foreign development assistance combined»⁵².

La sovranità fiscale degli Stati incontra così un limite alla sua discrezionalità rappresentato dall'obbligo di realizzazione degli obblighi internazionali in materia di diritti umani. In questa prospettiva, l'analisi della struttura dei sistemi fiscali meriterebbe ulteriori approfondimenti nel dibattito scientifico sul diritto internazionale dei diritti umani. La prassi dei *treaty bodies* e degli esperti indipendenti delle Nazioni Unite sembra valorizzare l'importanza dello studio della fiscalità nel diritto internazionale alla luce di tali più recenti sviluppi, superando le logiche della concorrenza fiscale.

4. Così precisato il ruolo crescente del diritto internazionale dei diritti umani nelle analisi delle politiche fiscali domestiche, si tenterà di mostrare l'utilità di uno *rights-based approach* nel quadro regolativo della fiscalità internazionale, sostenendo l'idea che la cooperazione internazionale in materia fiscale dovrebbe essere analizzata anche in relazione all'impatto sui diritti umani delle politiche fiscali transfrontaliere.

Come anticipato, nel mercato globalizzato si pone tipicamente il problema di individuare quale sia lo Stato competente a esercitare la sovranità fiscale e a regolare eventuali pretese conflittuali di diverse giurisdizioni. L'emersione del fenomeno degli abusi fiscali ha portato alla luce le criticità dei correnti modelli del sistema fiscale internazionale. Dal punto di vista specialistico, ha ripreso forma il dibattito scientifico relativo alla conformità dell'*arm's length principle*⁵³ con gli attuali assetti di un mercato in cui una parte rilevante delle operazioni avviene tra imprese transnazionali caratterizzate da *highly mobility business*.

Al di là dell'analisi del principio di libera concorrenza, gli strumenti internazionali in materia di diritti umani possono offrire un supporto normativo per contrastare gli abusi fiscali caratterizzandoli come la più rilevante tra le forme di flussi finanziari illeciti. Inoltre, il monitoraggio dei diritti umani nei sistemi fiscali potrebbe agevolare la segnalazione e la denuncia di operazioni di *transfer pricing* formalmente legittime, che

⁵² *Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, Magdalena Sepúlveda Carmona*, 2014, cit., par. 56.

⁵³ T. A. GRESIK, *Assessing the Normative Differences between Formula Apportionment and Separate Accounting*, in W. SCHÖN, K. A. KONRAD (eds.), *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics*, Berlin-Heidelberg, 2012, 257 ss., 258; R. S. AVI-YONAH, *Hanging Together*, cit., 141-144; OCSE, *Linee Guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali*, 2010, paragrafi 1.21-1.32, reperibile *online*.

riducono le basi imponibili e le aliquote applicate alle imprese transnazionali.

La previsione di riferimento è l'art. 2 del Patto ESC, il quale, come ricordato, al par. 1 prevede il *MAR principle*, mentre al par. 2 prescrive il principio di non discriminazione. Inoltre, sul fronte degli sviluppi più rilevanti di *soft law*, i *Maastricht principles on Extra-Territorial obligations of States (ETOs principles)*⁵⁴, gli *UN Guiding Principles on Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*⁵⁵, e i *guiding principles on extreme poverty and human rights*⁵⁶ rappresentano utili strumenti di analisi per la configurazione di ipotesi di responsabilità internazionale degli Stati per la violazione dell'obbligo di raggiungimento dei diritti umani realizzata attraverso politiche fiscali che ammettono gli abusi fiscali.

Ai nostri fini, nella nozione di "abusi fiscali" possono rientrare sia le misure chiaramente illegali, ossia le forme di evasione o *misinvoicing*, sia le ipotesi *non illicite* di riduzione della base imponibile, sia quelle di trasferimento della base imponibile verso Stati a tassazione ridotta non ricompresi nell'elenco dei paradisi fiscali o dei sistemi non collaborativi.

Tenuto conto dell'obbligo degli Stati di utilizzare il massimo delle risorse disponibili, dunque della necessità che essi realizzino un prelievo fiscale equo ed efficiente, è possibile ritenere che condotte statali (positive od omissive) che determinano l'erosione delle risorse fiscali costituiscono una violazione degli obblighi derivanti dal sistema del Patto ESC.

⁵⁴ *Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, www.ciel.org. I principi affermati a Maastricht da membri di comitati internazionali in materia di diritti umani, esperti indipendenti ONU, rappresentanti della società civile, e accademici, non propongono nuove norme in materia di diritti umani, ma, partendo dal diritto internazionale esistente, chiariscono gli obblighi extraterritoriali in materia di diritti umani. Vedi O. DE SCHUTTER *et al.*, *Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 2012, 1084 ss.; A. VITERBO, *L'applicazione extraterritoriale del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali: i Principi di Maastricht del 2011*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, 210 ss. In tema di responsabilità extraterritoriale v. da ultimo M. GIBNEY *et al.*, *The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations*, London, 2022.

⁵⁵ *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework, Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, John Ruggie, UN Doc. A/HRC/17/31 del 21 marzo 2011.

⁵⁶ *Final Draft of the Guiding Principles on Extreme Poverty and Human Rights, Submitted by the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, Magdalena Sepúlveda Carmona*, UN Doc. A/HRC/21/39 del 18 luglio 2012. Per un approfondimento sulla povertà estrema nel diritto internazionale si veda T. POGGE, *The Role of International Law in Reproducing Massive Poverty*, in S. BESSON, J. TASIOLAS (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, 2010, 417 ss.

In tal senso, il Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni contro le donne ha riconosciuto che gli Stati devono ottenere il massimo delle risorse disponibili e devono «allocate adequate budgetary, human and administrative resources to ensure that women's health receives a share of the overall health budget comparable with that for men's health, taking into account their different health needs»⁵⁷. Contestualmente, il Comitato sui diritti del fanciullo ha applicato il *MAR principle* nell'ambito dell'evasione fiscale in un *Visit Report* del 2000⁵⁸. L'evasione domestica o transnazionale, costituendo una violazione delle regolazioni interne dei singoli Stati può essere contrastata attraverso gli strumenti dei sistemi tributari domestici, tuttavia, il monitoraggio alla luce degli standard in materia di diritti umani permette di verificare l'effettività dell'intervento individuando eventuali responsabilità per il mancato contrasto all'evasione.

Le ipotesi di trasferimento o erosione delle basi imponibili potrebbero assumere, come dicevamo, i contorni di operazioni legali. Così, potrebbe presentarsi come legittima la scelta di un'impresa transnazionale di trasferire i diritti della proprietà intellettuale da un'impresa residente in un determinato Stato presso una consociata residente in uno Stato diverso, trasferendo in questo modo anche i redditi che saranno *generati* grazie alla proprietà intellettuale; potrebbe essere conforme alle regole tributarie internazionali un trasferimento economico che viene considerato come una passività da entrambe le parti dell'operazione che rispettano ognuna le regole tributarie dello Stato nel cui ambito di giurisdizione operano.

Diversamente, nella prospettiva della realizzazione degli standard internazionali in materia di diritti umani, la riduzione delle *MAR* è suscettibile di costituire un'autonoma violazione del Patto ESC. Mentre il diritto internazionale tributario, dopo aver individuato lo Stato legittimato ad attuare l'imposizione, non grava quest'ultimo di ulteriori obblighi, il diritto internazionale dei diritti umani imporrebbe così allo Stato titolare della giurisdizione fiscale di conformarsi al *MAR principle* attuando effettivamente l'imposizione. In questo senso, gli Stati coinvolti da operazioni economiche infragruppo che sfruttano i *mismatch* tra i sistemi tributari⁵⁹ dovrebbero cooperare al fine di assicurare che i profitti siano tassati da almeno una giurisdizione. Inoltre, la previsione o l'assenza di normative antiabuso e l'effettivo contrasto al trasferimento delle basi imponibili

⁵⁷ *Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, UN Doc. A/54/38/Rev.1 del 20 agosto 1999, cap. I, par. 30.

⁵⁸ Comitato sui diritti del fanciullo, *Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child, Georgia*, UN Doc. CRC/C/15/Add.124 del 28 giugno 2000, par. 18 s.

⁵⁹ Il meccanismo più noto di disallineamento fiscale era il c.d. «double Irish sandwich», su cui v. S. C. LOOMIS, *The Double Irish Sandwich: Reforming Overseas Tax Havens*, in *St. Mary's Law Journal*, 2012, 825 ss.

da parte delle multinazionali sono elementi che devono essere tenuti in considerazione quando si valuta il rispetto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani⁶⁰.

In questa prospettiva, sembrerebbero contrarie al *MAR principle* le prassi amministrative di alcuni Stati che permettono alle multinazionali di far transitare gli utili attraverso entità fiscalmente trasparenti⁶¹ al solo fine di farli confluire verso altri Stati in cui godono di esenzioni o di abbattimenti delle imposte⁶².

La *tax avoidance* inoltre contrasterebbe con il principio di non discriminazione nella misura in cui essa sarebbe il risultato delle attività di *lobbying* delle società transnazionali e i vantaggi che possono esserne tratti sono a disposizione esclusiva delle imprese più ricche «better positioned to use loopholes in the taxation system to reduce their tax liability»⁶³.

La questione determina poi ulteriori effetti negativi per i diritti delle categorie vulnerabili quando gli Stati, da un lato, ammettono la *tax avoidance*, dall'altro, aumentano la pressione fiscale sui redditi da lavoro e le imposte dirette, acuendo le diseguaglianze: «if tax paid by corporations falls and by persons rises (...) the incidence of tax on women, especially poor women, will tend to increase»⁶⁴.

Le scelte statali in materia di politica fiscale potrebbero inoltre determinare ipotesi di responsabilità internazionale per violazioni extraterritoriali dei diritti umani⁶⁵. Il Comitato ESC ha riconosciuto che «the extra-

⁶⁰ *Global fund for social protection: international solidarity in the service of poverty eradication, Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, Olivier De Schutter*, UN Doc. A/HRC/47/36 del 22 aprile 2021.

⁶¹ R. M. BUXBAUM, *The Tax-Transparent Entity in the International Conflict of Laws*, in *SMU Law Review*, 2015, 675 ss.

⁶² Un esempio può osservarsi nel caso *Starbucks*, in cui un'impresa del gruppo era stata costituita in UK al solo fine di trasferire i profitti verso gli Stati Uniti, creando un'ipotesi di non tassazione sia nei Paesi Bassi, sia in UK, sia negli Stati Uniti. Si vedano la decisione (UE) 2017/502 della Commissione e la sentenza del Tribunale dell'Unione, 24 settembre 2019, causa T-760/15 e T-636/16, *Regno dei Paesi Bassi e Starbucks c. Commissione*.

⁶³ *The Persistence of Poverty: How Real Equality Can Break the Vicious Cycles, Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, Olivier De Schutter*, UN Doc. A/76/177 del 19 luglio 2021.

⁶⁴ D. ELSON, *op. cit.*, 95.

⁶⁵ F. COOMANS, M. T. KAMMINGA (eds.), *Extraterritorial Application*, Antwerp-Oxford, 2004; M. E. SALOMON, A. TOSTENSEN, W. VANDENHOLE, *Casting the Net Wider: Human Rights, Development and New Duty-Bearer*, Antwerp, 2007; M. GONDEK, *The Reach of Human Rights in a Globalizing World: Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerp-Oxford, 2009; M. GIBNEY, S. SKOGLY (eds.), *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations*, Philadelphia, 2010; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles and Policy*, Oxford, 2012; M. LANGFORD, W. VANDENHOLE, M. SCHEININ, W. VAN GENUGTEN (eds.), *Global Justice, State Duties. The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Cambridge, 2013;

territorial obligation to respect requires States parties to refrain from interfering directly or indirectly with the enjoyment of the Covenant rights by persons outside their territories»⁶⁶.

Così, nelle ipotesi di *profit shifting*, le condotte degli Stati che agevolano gli abusi fiscali, attraendo i profitti realizzati all'estero, «could jeopardize their compliance with international human rights obligations»⁶⁷; infatti, in ambito fiscale le condotte positive od omissive degli Stati «can directly undermine the ability of another State to mobilize the maximum available resources for the progressive realization of economic, social and cultural rights»⁶⁸.

Considerazioni di questo tipo assumono una certa rilevanza in tutti i casi in cui le risorse sono trasferite dai PVS verso i Paesi industrializzati, i quali concedono esenzioni e premi fiscali⁶⁹. In tal senso sono apprezzabili le osservazioni sul sistema fiscale svizzero del Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni contro le donne, secondo il quale «financial secrecy policies and rules on corporate reporting and taxation [have] a potentially negative impact on the ability of other States, in particular those already short of revenue, to mobilize the maximum available resources for the fulfilment of women's rights»⁷⁰.

W. VANDENHOLE, *Challenging Territoriality in Human Rights Law. Building Blocks for a Plural and Diverse Duty-Bearers Regime*, New York, 2015.

⁶⁶ Comitato ESC, *General comment No. 24 (2017) on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities*, UN Doc. E/C.12/GC/24 del 10 agosto 2017. Si veda anche *Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, Magdalena Sepúlveda Carmona*, cit., par. 30: «As part of international cooperation and assistance, States have an obligation to respect and protect the enjoyment of human rights everywhere, which involves avoiding conduct that would foreseeably risk impairing the enjoyment of human rights by persons beyond their borders, and conducting assessments of the extraterritorial impact of laws, policies and practices».

⁶⁷ *Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, Magdalena Sepúlveda Carmona*, cit., par. 62.

⁶⁸ Ivi, par. 32. R. KUNNEMANN, *The Extraterritorial Application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in F. COOMANS, M. T. KAMMINGA (eds.), *op. cit.*, 201 ss.; F. COOMANS, *The Extraterritorial Scope of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Work of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2011, 1 ss.; O. DE SCHUTTER, N. J. LUSIANI, S. CHAPARRO, *op. cit.*, 1377.

⁶⁹ N. J. LUSIANI, «Only the Little People Pay Taxes»: *Tax Evasion and Switzerland's Extraterritorial Obligations to Zambia (Committee on Economic, Social and Cultural Rights)*, in M. GIBNEY, W. VANDENHOLE (eds.), *Litigating Transnational Human Rights Obligations*, Londra, 2014, 116 ss., ipotizza che il PVS vittima della sottrazione delle risorse fiscali ponga un ricorso contro il Paese industrializzato davanti al Comitato ESC.

⁷⁰ Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni contro le donne, *Concluding Observations on the Combined Fourth and Fifth Periodic Reports of Switzerland*, UN Doc. CEDAW/C/CHE/CO/4-5 del 25 novembre 2016. Vedi nota precedente.

5. Una prospettiva di analisi ispirata allo *human rights-based approach* sembra dunque poter operare nel campo della cooperazione fiscale internazionale, individuando possibili limiti alla concorrenza fiscale al fine di arginare il fenomeno della *harmful tax competition*.

Studi quantitativi hanno messo in evidenza che la concorrenza fiscale ha portato gli Stati a ridurre la tassazione per le imprese multinazionali⁷¹, in ossequio al «myth according to which investors can be attracted by lowering the corporate tax base»⁷².

Alcune forme di *tax avoidance*, seppure stigmatizzate sia nell'ambito dell'OCSE sia nel quadro giuridico dell'ONU, appaiono tuttavia conformi all'attuale stato della cooperazione fiscale internazionale tesa a rispettare la sovranità fiscale e a garantire la concorrenza fiscale. Le scelte in ordine ai modelli di tassazione, ivi compresa quella di non tassare alcune imprese, si configurano infatti come un esercizio della sovranità fiscale, così che l'elusione fiscale internazionale – che si realizzerrebbe nel quadro delle regolazioni statali e nel rispetto della *allocation of taxing right* – potrebbe essere considerata legittima.

Al di fuori delle ipotesi di paradisi fiscali o di sistemi fiscali non collaborativi, l'attuale assetto della cooperazione fiscale ammette così che vi siano Stati con tassazioni particolarmente basse o sistemi fiscali che declinano la propria sovranità fiscale in favore di altre giurisdizioni, senza che vi sia un obbligo di indagare quale sia lo Stato terzo che eventualmente eserciti la giurisdizione. Ad esempio, nella Convenzione contro le doppie imposizioni (CDI) conclusa tra Stati Uniti e Lussemburgo, l'art. 25 prevede che «quando un residente del Lussemburgo riceve redditi o possiede un patrimonio che, conformemente alle disposizioni della presente convenzione, sono imponibili negli Stati Uniti, il Lussemburgo esenta da imposta tali redditi o tale patrimonio»⁷³. Come accertato dalla

⁷¹ ; Christian aid, *Death and taxes: the true toll of tax dodging*, 2008, www.christianaid.org.uk; L. NDIKUMANA, J. K. BOYCE, *New Estimates of Capital Flight from Sub-Saharan African Countries: Linkages with External Borrowing and Policy Options*, Amherst, 2008; D. KAR, D. CARTWRIGHT-SMITH, *Illicit Financial Flows from Africa: Hidden Resource for Development*, in *Global Financial Integrity*, 2010; L. NDIKUMANA, J. K. BOYCE, *Capital Flight from Sub-Saharan Africa: Linkages with External Borrowing and Policy Options*, in *International Review of Applied Economics*, 2011, 149 ss.; *Global Financial Integrity*, *op. cit.*

⁷² O. DE SCHUTTER, N. J. LUSIANI, S. CHAPARRO, *op. cit.*, 1374.

⁷³ Art. 25, par. 2, della CDI Lussemburgo-Stati Uniti, intitolato «Eliminazione delle doppie imposizioni», «In Lussemburgo la doppia imposizione è eliminata nel seguente modo: a) quando un residente del Lussemburgo riceve redditi o possiede un patrimonio che, conformemente alle disposizioni della presente convenzione, sono imponibili negli Stati Uniti, il Lussemburgo esenta da imposta tali redditi o tale patrimonio, fatte salve le disposizioni delle lettere b) e c), ma può, ai fini del calcolo dell'imposta sul resto del reddito o del patrimonio del residente, applicare le stesse aliquote d'imposta come se i redditi o gli elementi del patri-

Commissione europea⁷⁴, la prassi amministrativa del Lussemburgo è quella di concedere l'esenzione alle imprese statunitensi anche nel caso in cui queste non siano effettivamente sottoposte alla giurisdizione fiscale degli Stati Uniti⁷⁵. Dato che nessuno dei due Stati può essere considerato – quanto meno nell'ambito delle operazioni governate dalla Convenzione citata – un paradiso fiscale, e che entrambi gli Stati condividono le informazioni sui contribuenti, ipotesi di non-imposizione di misura così rilevante si manifestano come compatibili con il diritto tributario internazionale.

Contrariamente a questa prospettiva *market-driven*, la tutela internazionale dei diritti umani e i relativi meccanismi di controllo sembrano aprire la strada ad una configurazione giuridica alternativa delle pratiche di abusi fiscali internazionali. Sebbene gli strumenti di *enforcement* di cui sono dotati gli strumenti internazionali in materia di diritti umani possano talvolta apparire insufficienti⁷⁶, un approccio *rights-based* che tenga in considerazione anche sul piano extraterritoriale l'impatto delle politiche fiscali sul rispetto dei diritti umani per come tutelati al livello internazionale permette di ripensare la fiscalità internazionale sul piano normativo e sul piano politico.

Riconoscere il legame tra diritti umani e abusi fiscali permetterebbe tra l'altro ai competenti organismi di monitoraggio dei diritti umani di denunciare le prassi statali che violano i relativi trattati, aumentando la pressione politica sugli Stati in relazione a fenomeni che incidono particolarmente sui diritti di persone e gruppi vulnerabili.

La prassi del Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni contro le donne, come ricordato, è un chiaro esempio del ruolo che i *treaty bodies* possono avere in materia di politica fiscale⁷⁷. In modo analogo, la prospettiva del *rights-based approach* permetterebbe di trattare l'impatto negativo degli abusi fiscali nell'ambito delle *Universal Periodic Review*⁷⁸.

monio non fossero stati esentati». Nella versione originale inglese la locuzione «sono imponibili» è resa in modo possibilista «may be taxed», il che rappresenta un passaggio fondamentale nella concessione delle esenzioni anche quando gli utili non sono effettivamente tassati.

⁷⁴ Decisione (UE) 2019/1252 della Commissione del 19 settembre 2018 relativa ai ruling fiscali SA.38945 (2015/C) (ex 2015/NN) (ex 2014/CP) concessi dal Lussemburgo a McDonald's Europe.

⁷⁵ Ivi, par. 123.

⁷⁶ A. PETERS, *Corruption as a Violation of International Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2018, 1251 ss., 1285.

⁷⁷ *Report of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, cit.; Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, *Concluding Observations on the Combined Fourth and Fifth Periodic Reports of Switzerland*, cit.

⁷⁸ N. REISCH, *op. cit.*, 47.

L'evoluzione e la crescente rilevanza del legame tra politica fiscale e diritti umani appaiono, tra l'altro, dalla lettura dei rapporti relativi al Belgio prodotti nell'ultimo decennio dal Comitato ESC. Se infatti nelle *Concluding Observations*⁷⁹ del 2013 non si rintraccia alcun riferimento a questioni connesse al budget o alla tassazione, in seguito ai numerosi rapporti di esperti indipendenti relativi al possibile impatto delle politiche fiscali sui diritti umani⁸⁰ e dopo che lo stesso Comitato ESC aveva brevemente trattato il tema della *tax avoidance*⁸¹, nel *List of issues prior to submission of the fifth Periodic Report of Belgium 2018*⁸² appare una richiesta di informazioni in relazione al rispetto del *MAR principle* e al funzionamento del sistema fiscale. Nel rapporto conclusivo del 2020⁸³ appare inoltre un capitolo dedicato sui profili in parola (*taxation*) articolato in due paragrafi relativi alla tassazione di favore per le imprese e all'elevata evasione fiscale. Il Comitato ESC collega la tassazione al *MAR principle*, insistendo in particolar modo sugli effetti negativi della *tax avoidance* internazionale. Il *Report* del Comitato ESC, che denuncia il contrasto tra l'elusione fiscale tollerata dal Belgio e il rispetto dei diritti umani, si presenta come un contraltare del diritto della concorrenza, ove la prassi dell'amministrazione belga è considerata compatibile con il diritto tributario internazionale e con le politiche UE sulla concorrenza⁸⁴.

Ulteriormente, la valorizzazione degli obblighi in tema di diritti umani nel contrasto agli abusi fiscali internazionali consentirebbe di valutare la responsabilità degli Stati piuttosto che quella delle singole im-

⁷⁹ Comitato ESC, *Concluding Observations Concerning the Fourth Periodic Report of Belgium*, UN Doc. E/C.12/BEL/CO/4 del 23 dicembre 2013.

⁸⁰ *Interim Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health*, UN Doc. A/67/302 del 13 agosto 2012; *Promotion of a democratic and equitable international order, Report of the Independent Expert on the Promotion of a Democratic and Equitable International Order*, UN Doc. A/71/286 del 4 agosto 2016; *Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, Magdalena Sepúlveda Carmona*, 2014, cit.; *Report of the Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises*, UN Doc. A/HRC/29/28 del 28 aprile 2015; e *Final Study on Illicit Financial Flows, Human Rights and the 2030 Agenda for Sustainable Development 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*, UN Doc. A/HRC/31/61 del 15 gennaio 2016.

⁸¹ *General comment No. 24 (2017)*, cit.

⁸² Comitato ESC, *List of Issues Prior to Submission of the Fifth Periodic Report of Belgium*, UN Doc. E/C.12/BEL/QPR/5 del 14 novembre 2018.

⁸³ Comitato ESC, *Concluding Observations on the Fifth Periodic Report of Belgium*, UN Doc. E/C.12/BEL/CO/5 del 26 marzo 2020.

⁸⁴ Tribunale, sentenza del 14 febbraio 2019, cause T-131/16 e T-263/16, *Belgio e Magnetrol c. Commissione*. Nel momento in cui si scrive è ancora pendente la causa T-263/16 RENV., *Belgio e Magnetrol c. Commissione*.

prese, passando da un modello di repressione degli abusi attraverso sanzioni indirizzate ai privati ad un modello di prevenzione del fenomeno volto ad indurre gli Stati a conformarsi agli standard internazionali⁸⁵. Il disvalore degli abusi fiscali non risiede infatti nella semplice violazione delle norme fiscali, bensì nella violazione dei principi di equità e non discriminazione che avrebbero dovuto guidare la costruzione e la governance del sistema fiscale⁸⁶.

Attraverso la sostituzione (o l'affiancamento in termini di complementarità) dell'approccio repressivo – legato alla violazione delle norme fiscali – con la tutela dei diritti umani attraverso la fiscalità, anche le imprese che si fanno portatrici dei principi di *business and human rights* dovranno rivedere i loro programmi di responsabilità sociale di impresa, includendovi l'equa contribuzione alle risorse fiscali⁸⁷.

6. L'osservazione degli sviluppi in atto nell'ultimo decennio nel quadro delle Nazioni Unite mostra come la questione degli abusi fiscali internazionali possa avere un impatto significativo sulla tutela effettiva dei diritti umani, che gli Stati devono tenere in considerazione anche in vista di un mutamento di prospettiva della cooperazione internazionale in materia fiscale.

È stato rilevato che il rispetto degli standard internazionali in materia di diritti umani dovrebbe guidare le politiche fiscali nella determinazione delle risorse fiscali che uno Stato intende prelevare dai contribuenti⁸⁸. In tal senso, l'art. 2 del Patto ESC costituisce un orientamento per un diverso indirizzo della cooperazione fiscale internazionale.

Anche gli interventi relativi allo sviluppo sostenibile, che prendono in considerazione i diritti umani, dovrebbero essere prevalentemente finanziati da risorse domestiche, principalmente di natura fiscale, piuttosto che da aiuti e fondi provenienti dalla comunità internazionale. L'assistenza interstatale allo sviluppo dovrebbe essere prestata in primo luogo attraverso misure che consentono a ciascuno Stato di mobilitare le proprie risorse interne⁸⁹. Solo in un secondo momento, quando le risor-

⁸⁵ Una ricostruzione analoga in tema di corruzione è proposta da A. PETERS, *op. cit.*, 1277.

⁸⁶ Si veda T. POGGE, K. MEHTA, *The Moral Significance of Tax-Motivated Illicit Financial Outflows*, in T. POGGE, K. MEHTA (eds.), *op. cit.*, 1 ss., 4-6.

⁸⁷ F. FRANCONI, *Alternative Perspectives on International Responsibility for Human Rights Violations by Multinational Corporations*, in W. BENEDEK, K. DE FEYTER, F. MARRELLA (eds.), *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, 2007, 245 ss.; S. DARCY, *op. cit.*, 130.

⁸⁸ *Report of the Independent Expert on the Question of Human Rights and Extreme Poverty, Magdalena Sepúlveda Carmona*, UN Doc. A/HRC/17/34 del 17 marzo 2011, paragrafi 49-51.

⁸⁹ F. SEATZU, *op. cit.*, 520.

se domestiche non dovessero essere sufficienti, la Comunità internazionale dovrebbe prestare l'assistenza finanziaria⁹⁰.

In questa prospettiva, una parte essenziale del raggiungimento dei diritti umani, in particolar modo dei diritti economici, sociali e culturali, è rappresentata dall'impegno degli Stati ad arginare l'erosione delle risorse pubbliche, principalmente attraverso politiche di contrasto ai flussi finanziari illeciti⁹¹. Inoltre, come dimostra l'inclusione di uno specifico target nell'Obiettivo 16 dell'Agenda 2030⁹² relativo ai flussi finanziari illeciti, la lotta agli abusi fiscali è fondamentale per creare un ambiente favorevole allo sviluppo sostenibile⁹³.

Il dibattito specialistico ha evidenziato come gli abusi fiscali possono contrastare con l'art. 2 del Patto ESC, e configurare ipotesi di responsabilità degli Stati per mancata adozione di interventi idonei a raccogliere il massimo delle risorse necessarie al raggiungimento dei diritti umani. Ulteriormente, le prassi amministrative statali che tollerano politiche di impresa abusive potrebbero privare altri Stati del massimo delle risorse necessarie disponibili: come ribadito dalla Special Rapporteur Magdalena Sepúlveda Carmona nel 2014, «with regard to international cooperation and extraterritorial impact, each State should refrain from any conduct that impairs the ability of another State to raise revenue as required by their human rights commitments»⁹⁴.

Lo *human rights-based approach* permetterebbe così di censurare un insieme di operazioni economiche artificiali costruite in modo tale da ridurre considerevolmente gli oneri fiscali pur rispettando le norme tributarie domestiche ed internazionali. Infatti, gli obblighi internazionali in materia di diritti umani imporrebbero agli Stati di contrastare effettivamente gli abusi fiscali, andando oltre alla mera conformità alle norme tributarie delle operazioni economiche⁹⁵.

⁹⁰ Si veda M. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, A Perspective on its Development*, Oxford, 1998, 146.

⁹¹ *Report of the Special Rapporteur on Extreme Poverty and Human Rights, Magdalena Sepúlveda Carmona*, 2014, cit., par. 61.

⁹² Assemblea generale, *Risoluzione 70/1. Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, UN DOC. A/RES/70/1 del 21 ottobre 2015. A. COBHAM, *The Significance and Subversion of SDG 16.4 – Multinational Tax Avoidance as IFF*, 2017, reperibile online.

⁹³ Si segnala, che la dichiarazione di Doha del 2008 conteneva già alcuni riferimenti al contrasto agli abusi fiscali e, più in generale, ai flussi finanziari illeciti. Assemblea generale, *Doha Declaration on Financing for Development: Outcome Document of the Follow-up International Conference on Financing for Development to Review the Implementation of the Monterrey Consensus*, UN Doc. A/RES/63/239 del 19 marzo 2009, paragrafi 16-20.

⁹⁴ *Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, Magdalena Sepúlveda Carmona*, 2014, cit., par. 80.

⁹⁵ Ivi, par. 62.

Cambiando il quadro di riferimento e aprendo nuove opzioni per il monitoraggio dei diritti umani, la prospettiva *rights-based* maturata in seno alle Nazioni Unite può integrare utilmente l'approccio *market-driven* agli abusi fiscali e contribuire così al raggiungimento degli obiettivi di sviluppo dell'Agenda 2030⁹⁶.

ABSTRACT

Introductory Remarks on Human Rights and Fiscal Policy In International Law: Towards a Human Rights-Based Approach?

This paper analyses the interactions between international human rights and international taxation, addressing the issue of tax abuses through a rights-based approach. It starts by presenting international cooperation in tax matters, illustrating the traditional market-driven perspective adopted within the International Community. Subsequently, the paper underlines a nexus between international tax cooperation and human rights, mostly referring to the United Nation's practice. It then considers the negative impact of tax avoidance on international human rights, suggesting to consider tax abuses as a human rights violation. Finally, the article argues that a human rights-based approach to tax abuses should be adopted in international taxation to remedy ambiguities and inconsistencies of market-driven approaches.

⁹⁶ Consiglio dei diritti umani, *Final Study on Illicit Financial Flows*, cit., par. 75: «Combating tax abuse, and illicit financial flows more broadly, is essential to make better progress in realizing international human rights obligations. The inclusion of a specific target to reduce illicit financial flows under the Sustainable Development Goals makes clear that curbing such flows is also essential for creating an enabling environment for sustainable development».

NOTE E COMMENTI

CONSIDERATIONS ON THE BUNDESVERFASSUNGSGERICHT'S ORDER REGARDING THE RIGHT OF SELF-DEFENCE AGAINST NON-STATE ACTORS

ILARIA INFANTE

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. *Operation Counter Daesh*. – 3. The Order of the German Constitutional Court. – 4. The right of self-defence against *territorially consolidated* non-State actors between the *unwilling or unable* doctrine and a more restrictive reading of article 51. – 5. Conclusion.

1. On 9 September 2020 the German Federal Government announced the decision to extend the military operation against the so-called *Islamic State of Iraq and the Levant* (ISIL or IS) in Iraq and Syria until 31 January 2022. On 29 October 2020 the German Parliament (*Bundestag*) approved the mandate's extension. In its formal request to the *Bundestag*, the Federal Government acknowledged that in March 2019 the Anti-IS Global Coalition had successfully regained control over the areas in Iraq and Syria formerly controlled by ISIL. Nonetheless, the Government affirmed that the IS continued to have the resources, military means and the will to exercise territorial control over the areas formerly controlled and it was still able and willing to carry out attacks in Syria, Iraq, Europe and beyond. For these reasons, according to the Government, Germany could still have invoked, as a legal basis for the operation, the right of collective self-defence against ISIL in application of article 51 of the United Nations Charter.

This argument seems to further expand the reasoning expressed by the German Federal Constitutional Court in its Order¹ of 17 September 2019. On that occasion, the Court was asked to decide on the legality of Germany's military operation in Iraq and Syria (which began in December 2015) and, among questions of constitutional law, it addressed the debated problem of self-defence against non-State actors. The Court considered tenable to argue

¹ German Constitutional Court, Order of 17 September 2019, 2 BvE 2/16, BVerfG.

that such a right could be exercised, but only if non-State actors have a territorially consolidated basis.

The aim of this paper, therefore, is to analyse the Court's decision on self-defence against non-State actors and try to establish where it stands among the other views on the topic, in particular in relation to the much-disputed *unwilling or unable* doctrine. According to this doctrine, in fact, the right of self-defence can be exercised on the territory of any State unwilling or unable to prevent attacks by non-State actors operating from that territory.

In our analysis we will heavily rely on the Order of the German Constitutional Court, but first we will give a brief explanation of the facts that led to the decision.

2. On 13 November 2015, members of ISIL carried out terrorist attacks in Paris, causing 130 deaths. After this tragic event, France claimed to be the victim of an armed aggression and affirmed that its already ongoing military operation in Syria from then on would be characterised as individual self-defence².

The United Nations Security Council Resolution 2249 of 20 November 2015 condemned ISIL's terrorist attacks and called upon Member States «to take all necessary measures, in compliance with international law, in particular with the United Nations Charter, as well as international human rights, refugee and humanitarian law, on the territory under the control of ISIL (...) in Syria and Iraq, to redouble and coordinate their efforts to prevent and suppress terrorist acts committed specifically by ISIL (...) and to eradicate the safe haven they have established over significant parts of Iraq and Syria»³.

Moreover, during the meeting of the Council of the European Union on 17 November 2015⁴, France obtained for the first time the activation of the mutual defence clause of article 42(7) of the Treaty on European Union (TEU), according to which «[i]f a Member State is the victim of armed aggression on its territory, the other Member States shall have towards it an obligation of aid and assistance by all the means in their power, in accordance with article 51 of the United Nations Charter»⁵.

Acting upon these provisions, the German Federal Government declared its support to France and therefore, on 1 December 2015, decided to deploy soldiers of the German armed forces (*Bundeswehr*) in the Iraqi and

² Security Council, 7565th meeting, *Threats to international peace and security caused by terrorist acts*, UN Doc. S/PV.7565 of 20 November 2015, 2.

³ Security Council, *On terrorist attacks perpetrated by the Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL) also known as Da'esh*, UN Doc. S/RES/2249(2015) of 20 November 2015, point 5.

⁴ Council of the European Union, *Outcome of the 3426th Meeting*, 14120/15 of 16 and 17 November 2015.

⁵ Treaty on European Union, 1992, art. 42, para. 7.

Syrian territories occupied by ISIL. In relation to the legal basis of this decision, the German Government affirmed that the deployment of soldiers was pursuant to article 24(2) of the Basic Law (*Grundgesetz*)⁶ – according to which the Federal Republic of Germany may enter into a system of mutual collective security – and article 51 of the UN Charter⁷, as an exercise of the right of collective self-defence in support of France, Iraq and the US-led international coalition against ISIL. Three days later, on 4 December 2015, the German *Bundestag* authorised the deployment and the operation began on 6 December 2015. The mandate was initially meant to last until 31 December 2016, but it was then extended annually by subsequent decisions of the *Bundestag*, with the latest annual extension until 31 October 2019. Then, after two six-month extensions on 24 October 2019 and 25 March 2020, the Parliament decided to extend the military operation until 31 January 2022⁸.

After the deployment of its armed forces, the German Federal Government reaffirmed its exercise of the right of collective self-defence against ISIL in its letter to the Security Council of 10 December 2015. Germany specified that the measures were taken against the terrorist organization and not against the Syrian Arab Republic. It did so because, while the Iraqi Government had expressly made a request for assistance, Syrian authorities had repeatedly contested the military intervention of the international coalition. In particular, the letter said that, because ISIL had occupied a part of the Syrian territory over which the Syrian Government did not, at the time, exercise effective control, «States that have been subjected to armed attack by ISIL originating in this part of Syrian territory, are therefore justified under article 51 of the Charter of the United Nations to take necessary measures of self-defence, even without the consent of the Government of the Syrian Arab Republic»⁹.

On 31 May 2016 the German parliamentary group *DIE LINKE* filed an application to the Federal Constitutional Court claiming that the Federal Government and the *Bundestag* had violated the *Bundestag's* rights under article 24(2) in conjunction with article 59(2) first sentence¹⁰ of the German Basic Law. Under these two provisions, Germany's participation in a system of mutual collective security requires a statutory act of approval by the German *Bundestag*, conferring upon the latter the right to participate in

⁶ Basic Law for the Federal Republic of Germany, 1949, art. 24, para. 2.

⁷ Charter of the United Nations, 1945, art. 51.

⁸ On 12 January 2022 the Federal Government decided to continue the military operation until October 2022 but only in Iraq and not in Syria.

⁹ Security Council, *Letter dated 10 December 2015 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Germany to the United Nations addressed to the President of the Security Council*, UN Doc. S/2015/946 of 10 December 2015.

¹⁰ Basic Law, cit., art. 59, para. 2, first sentence.

decisions concerning Germany's rights and obligations under an international treaty.

According to the applicant, the rights of the *Bundestag* deriving from the abovementioned articles of the Basic Law were violated since deploying armed forces in the territory of a State to which the conduct of a non-State actor is not attributable fundamentally extended or modified the framework of Germany's rights and obligations under the UN Charter.

3. In its Order of 17 September 2019, the Constitutional Court found the application inadmissible, arguing that the applicant had failed to sufficiently substantiate the alleged violation of constitutional rights of the *Bundestag*¹¹. The Court did so primarily by invoking procedural elements of the German Law. However, it also touched upon issues of international law. Dealing with the applicant's assertion that Germany's deployment of its armed forces breached the purposes and the fundamental principles of the United Nations, the Constitutional Court affirmed that the German operation did not violate the UN Charter.

The Court first contended that the Security Council had called on Member States to take necessary measures in accordance with international law on the territories under the control of ISIL in Syria and Iraq¹².

From this perspective, the measures undertaken by the Member States would simply respond to the emerging phenomenon of an international terrorist group operating from a third-State territory. They would, in other words, still fall within the purpose, stated in article 1 of the UN Charter, «to maintain international peace and security, and to that end (...) take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace»¹³.

In its subsidiary submission, the applicant had argued that the limits of the Act of Accession of the Federal Republic of Germany to the UN Charter were exceeded since the German government had provided an untenably broad interpretation of article 51 of the UN Charter, not in accordance with current international law. On this argument, the Court noted that Security Council Resolution 2249 could still provide a sufficient legal basis for the deployment of German soldiers, without making the invocation of article 51 of the UN Charter necessary in the present case¹⁴. In any manner, the Court added that the Federal Government and the *Bundestag*'s interpretation of the same article was not untenably broad. While acknowledging that the interpretation of article 51 had been at the centre of debates since its adoption, the Court affirmed that its wording would not prevent States from treating non-State actors as aggressors and from prohibiting measures of

¹¹ German Constitutional Court, Order of 17 September 2019, cit., para. 24.

¹² *Ibidem*, para. 47.

¹³ UN Charter, cit., art. 1, para. 1.

¹⁴ German Constitutional Court, Order of 17 September 2019, cit., para. 49.

self-defence which could affect third States in whose territory non-State actors operate. According to the Court, this interpretation of article 51 would not conflict with its object and purpose, as its ultimate aim would be to ensure that UN Member States, without prejudice to the prohibition of the use of force, can defend themselves against attacks, regardless of the identity of the aggressor.

Hence, and in light of this purpose, the Court argued that it would be *at least* tenable to consider as permissible grounds of self-defence attacks by *territorially consolidated (territorial verfestigte)* non-State actors¹⁵. On this matter, it must be acknowledged that ISIS could indeed be considered an insurrectional movement exercising quasi-sovereign powers over significant parts of Iraqi and Syrian territories with a solid hierarchical structure and albeit rudimentary administrative, judicial and educational systems¹⁶. According to part of the doctrine, in fact, the right of self-defence could be legitimately exercised against insurgents, in particular those that exert extensive control over the territory and the population therein for a significant period of time¹⁷, given that in the case of an armed attack by an insurgent group that controls part of the territory to the detriment of the central government it would be easier to consider the criterion of necessity fulfilled¹⁸.

Furthermore, the Federal Constitutional Court concluded that this interpretation would not even be in contrast with the decisions of the International Court of Justice (ICJ) regarding the right of self-defence. In fact, according to the Constitutional Court, while, in the past, the ICJ had interpreted article 51 restrictively¹⁹, in its more recent decisions it had avoided to determine clearly whether the right of self-defence could be invoked, not directly against a State, but against non-State actors operating from that State's territory²⁰.

The German Court made indeed reference to the reasoning expressed by Judges Kooijmans²¹ and Simma²²'s Separate Opinions in the *Congo v.*

¹⁵ *Ibidem*, para. 50.

¹⁶ P. PUSTORINO, *Movimenti insurrezionali e diritto internazionale*, Bari, 2018, 99.

¹⁷ *Ibidem*, 207.

¹⁸ E. MILANO, *Il ricorso all'uso della forza nei confronti degli attori non statali*, in A. LANCIOTTI, A. TANZI (eds.), *Uso della forza e legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*, Napoli, 2012, 131.

¹⁹ See in particular: International Court of Justice, merits judgment of 27 June 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, in *ICJ Rep.*, 1986, 14, para.195; International Court of Justice, advisory opinion of 9 July 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, in *ICJ Rep.*, 2004, 136, para.139.

²⁰ International Court of Justice, judgment of 19 December 2005, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, in *ICJ Rep.*, 2005, 68, para.147.

²¹ *Ibidem*, Separate Opinion of Judge Kooijmans.

Uganda case and by Judge Buergenthal²³'s declaration in the *Construction of a Wall* opinion, which suggested a less restrictive interpretation of article 51 and the applicability of the right of self-defence in such cases. It must be noted, however, that these Opinions, while being authoritative, are not legally binding as such.

4. In response to the German Constitutional Court's argument that the Security Council Resolution 2249 could provide a sufficient legal basis, it must be noted that such Resolution was not expressly adopted under Chapter VII of the UN Charter, nor did it authorise military measures in the exercise of the right of self-defence. It merely called upon all Member States to take all the necessary measures complying with international law. This omission is notable if compared with other Security Council resolutions often invoked for a broad interpretation of self-defence, like Resolution 1368²⁴ of 12 September 2001, which explicitly mentioned self-defence in its preamble. Indeed, the failure to mention the right of self-defence in Resolution 2249 seems deliberate²⁵ as the record of the meeting shows that there was no agreement among the members of the Security Council, given that only France²⁶, the United States²⁷ and the United Kingdom²⁸ made reference to it during the debates. On the contrary, the other members made no mention whatsoever of such right and some States like China²⁹ and Russia³⁰ even stressed upon the need to act in compliance with the UN Charter and the other norms of international law.

Second, in relation to the interpretation of article 51 of the UN Charter, it seems that the Court chose to explicitly refer to non-State actors which are *territorially consolidated* in order not to deal with the *unwilling or unable* standard put forward by some States participating in the military operation

²² *Ibidem*, Separate Opinion of Judge Simma.

²³ International Court of Justice, *Wall Advisory Opinion*, cit., Declaration of Judge Buergenthal.

²⁴ Security Council, *Condemning the terrorist attacks of 11 September 2001 in New York, Washington, D.C. and Pennsylvania, United States of America*, UN Doc. S/RES/1368(2001) of 12 September 2001.

²⁵ K. BANNELIER-CHRISTAKIS, *The Joint Committee's drones report: Far-reaching conclusions on self-defence based on a dubious reading of resolution 2249*, in *Journal on the Use of Force and International Law*, 2016, 217 ff.

²⁶ UN Doc. S/PV.7565, cit., 2.

²⁷ *Ibidem*, 4.

²⁸ *Ibidem*, 9.

²⁹ *Ibidem*, 3.

³⁰ *Ibidem*, 5.

against ISIL in their letters to the Security Council³¹ (see letters from: United States³², Canada³³, Australia³⁴ and Turkey³⁵).

According to the *unwilling or unable* doctrine³⁶ a State that is victim of attacks by non-State actors operating from the territory of another State must ascertain whether the territorial State is willing and able to put an end to the threat posed by non-State actors before using force in the territorial State and without its consent. Should the territorial State be unwilling or unable to prevent such attacks, the victim State would have a right to use force in the exercise of self-defence.

Germany did not invoke this doctrine directly but implicitly referred to it in its letter³⁷ of 10 December 2015 to the UN Security Council. On that occasion, this State affirmed that the right of collective self-defence applied to the case at hand because Syria did not, at the time, exercise effective control on the part of its territory occupied by ISIL.

However, it is unclear whether, according to the *unable* doctrine, the loss of effective control over part of territory would automatically amount to a State's *inability*. As Starski has noted, «the idea of 'ungoverned spaces' (...) seems to refer to a subcategory of a State's inability based on an ineffective exercise of its territorial control in certain limited areas hence being narrower than the 'unwilling or unable' standard»³⁸.

The German Constitutional Court did not address the *unwilling or unable* doctrine and, conducting a reasoning in general terms, merely observed that a territorial State exercises, at best, limited control over the part of its territory where non-State actors operate in a consolidated manner. Arguably, the Court did so as a form of judicial self-restraint, since it was

³¹ G. NOLTE, *Parliamentary Authorization and Judicial Control of Deployment of Armed Forces Abroad – Constitutional Developments in Germany with a View to the Situation in Italy*, in questa *Rivista*, 2021, 441.

³² Security Council, *Letter dated 23 September 2014 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General*, UN Doc. S/2014/695 of 23 September 2014.

³³ Security Council, *Letter dated 31 March 2015 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Canada to the United Nations addressed to the President of the Security Council*, UN Doc. S/2015/221 of 31 March 2015, reissued on 7 April 2015.

³⁴ Security Council, *Letter dated 9 September 2015 from the Permanent Representative of Australia to the United Nations addressed to the President of the Security Council*, UN Doc. S/2015/693 of 9 September 2015.

³⁵ Security Council, *Letter dated 24 July 2015 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Turkey to the United Nations addressed to the President of the Security Council*, UN Doc. S/2015/563 of 24 July 2015.

³⁶ See e.g.: A. DEEKS, "Unwilling or Unable": Toward a Normative Framework for Extra-Territorial Self-Defense, in *Virginia Journal of International Law*, 2012, 483 ff.

³⁷ UN Doc. S/2015/946, cit.

³⁸ P. STARSKI, *Silence within the process of normative change and evolution of the prohibition on the use of force: normative volatility and legislative responsibility*, in *Journal of the Use of Force and International Law*, 2017, 14 ff.

not directly called to deal with this doctrine to decide the case³⁹. However, it has been suggested that such choice could also «indicate a preference for only a limited broadening of the interpretation of article 51 of the UN Charter»⁴⁰, given that sustaining the *unwilling or unable* position would have significantly lowered its threshold.

After the events of 9/11 an increasing number of commentators⁴¹ have argued that self-defence can be invoked against non-State actors operating from the territory of a State. There have also been cases of States claiming self-defence against non-State actors (e.g., Israel against Hezbollah in Lebanon in 2006), although this practice remains controversial⁴². The reason is twofold. First, the invocation of self-defence against non-State actors poses problems with the right of the host State to territorial sovereignty; second, article 2(4) of the UN Charter prohibits the use of force only in international relations, that is between States, and does not refer to non-State actors.

A more restrictive reading of article 51 is still preferable and it is sustained by both the relevant provisions and case-law. Indeed, according to article 51 of the UN Charter, a right to self-defence, individual or collective, can be recognized only «if an armed attack occurs»⁴³. Scholars have disputed whether only States or also non-State actors could commit armed attacks. In this regard, even if article 51 does not refer expressly to a State armed attack, the inter-State dimension can be deduced by the combined reading of this article with article 2(4)⁴⁴ of the UN Charter. Moreover, although the Charter does not provide for a definition of armed attack, some statements in the *travaux préparatoires* equated the term aggression and armed attack⁴⁵. The ICJ has also overlapped the two concepts⁴⁶. In affirming that «[t]here appears now to be general agreement on the nature of the acts which can be treated as constituting armed attacks»⁴⁷, the Court has indeed quoted 1974 UN General Assembly Resolution 3314(XXIX) on the Definition of

³⁹ G. NOLTE, *op. cit.*, 442.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ See for example: K. TRAPP, *Can Non-State Actors Mount an Armed Attack?* in M. WELLER (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, 2015, 679 ff.; L. MOIR, *Action Against Host States of Terrorist Groups*, in M. WELLER, *op. cit.*, 720 ff.

⁴² C. GRAY, *International Law and the Use of Force*, Oxford, IV ed., 2018, 200 ff.

⁴³ UN Charter, *cit.*, art. 51.

⁴⁴ UN Charter, *cit.*, art. 2, para. 4.

⁴⁵ For a contrary position, according to which the two notions do not necessarily fully coincide and that *armed attack* is the narrower concept of the two see e.g.: G. NOLTE, A. RANDELZHOFFER, *Article 51*, in B. SIMMA *et al.* (eds.), *The Charter of the United Nations. A commentary, Volume II*, Oxford, III ed., 2012, 1397 ff.

⁴⁶ C. GRAY, *op. cit.*, 120 ff.

⁴⁷ International Court of Justice, *Nicaragua v. United States of America*, *cit.*, para. 195.

Aggression⁴⁸. This Resolution is considered to be reflective of customary international law and affirms, in its article 1, that aggression is «the use of armed force by a State against the sovereignty, territorial integrity or political independence of another State»⁴⁹. The inter-State character of an act of aggression was later confirmed by the International Criminal Court (ICC) Conference of Kampala in 2010, which made explicit reference to the aforementioned article 1 of Resolution 3314 and affirmed that the perpetrator of the crime of aggression must be a person «in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a State»⁵⁰, thus excluding individuals of non-State groups.

It must be noted that an armed attack may be carried out also by armed groups which are not part of the organisation of a State but act under its directive⁵¹. This is the case of the so-called *indirect aggression*.⁵²

In fact, as confirmed by the ICJ⁵³, the concept of armed attack may also include the acts listed in article 3(g) of Resolution 3314 consisting in «the sending by or on behalf of a State of»⁵⁴ irregular groups into the territory of another State or «its substantial involvement»⁵⁵ in the use of force by these groups. However, it cannot include the tolerance, the acquiescence or even the mere logistical support provided by a State to such groups⁵⁶.

This means that only the substantial involvement of a State in the attack by irregular groups would give another State the right to act in self-defence. It follows that the threshold of article 51 of the UN Charter is very high. Therefore, a State that suffers a terrorist attack may react in self-defence using force in the territory of another State only if the situation falls under the cases of article 3 of Resolution 3314; otherwise, in order not to breach the prohibition on the use of force, it would need the consent of the State on whose territory the terrorists operate.

Indeed, even if the actions of the victim State were to be directed against the non-State armed group, no matter how temporary and limited they might be, they would still result in a violation of the sovereignty and territorial integrity of the host State within the meaning of article 2(4) of the UN Charter.

⁴⁸ General Assembly, *Definition of Aggression*, UN Doc. A/RES/3314 of 14 December 1974.

⁴⁹ *Ibidem*, art. 1.

⁵⁰ International Criminal Court, Review Conference of the Rome Statute, *Report of the Working Group on the Crime of Aggression*, RC/5 of 10 June 2010.

⁵¹ N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, IV ed., 2011, 38.

⁵² P. GARGIULO, *Usò della forza (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. V, 2012, 1394 ff.

⁵³ International Court of Justice, *Nicaragua v. United States of America*, cit., para. 195.

⁵⁴ UN Doc. A/RES/3314, cit., art. 3, let. g.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ International Court of Justice, *Nicaragua v. United States of America*, cit., para. 247.

In the case of ISIL, not only Syria was not in any way substantially involved with the terrorist group but it also tried to fight and suppress it, however unsuccessfully, even before the start of the military operations of the other States on its territory.

To broaden the interpretation of article 51 well beyond its meaning with the adoption of the *unwilling or unable* standard would lead, in the case of Syria, to the paradoxical situation that even the objective inability of a State to eradicate non-State actors operating on its territory would trigger the threshold of article 51⁵⁷.

A victim State should not be entitled to use force within the territory of another State only because that State is unable to prevent non-State actors' attacks originating from its territory. Mere inability to respond to the threat posed by non-State actors does not constitute a violation of the principles of *jus ad bellum*. As explained above, the *jus ad bellum* regime requires that the acts of non-State actors must necessarily be attributable to the territorial State for the purposes of self-defence. At most, the territorial State's inability may constitute a violation of the duty of *due diligence* but that cannot justify the use of force by the victim State.

Moreover, a State is never really *unable* to act as, in addition to take itself military action, it could always ask for military assistance and consent to other States intervening on its territory. And Syria not only stated that it was open to cooperate with the other States in carrying out strikes against ISIL, but later it also directly asked for Russia's help.

However, according to part of the doctrine, if the territorial State is still unable to comply to its obligation not to allow its territory to be used to the detriment of other States, the use of force by the victim State may still be justified by invoking the institute of *negotiorum gestio* or the state of necessity⁵⁸. Regarding this last theory it has been noted⁵⁹, nevertheless, that even the commentaries to the articles on the *Responsibility of States for International Wrongful Acts* specify that the plea of necessity codified in article 25 «is not intended to cover conduct which is in principle regulated by the primary obligations»⁶⁰, like in the case of military actions.

On the matter of State responsibility, the extensive interpretation of the right of self-defence poses some problems also in relation to the subjective

⁵⁷ As argued in general by O. CORTEN, *The 'Unwilling or Unable' Test: Has it Been, and Could it be, Accepted?*, in *Leiden Journal of International Law*, 2016, 777 ff.

⁵⁸ For a more in-depth analysis on these doctrinal alternatives see: A. TANCREDI, *Doctrinal Alternatives to Self-Defence Against Non-State Actors*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2017, 69 ff.

⁵⁹ E. MILANO, *op. cit.*, 126.

⁶⁰ International Law Commission, *Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session (23 April-1 June and 2 July-10 August 2001)*, UN Doc. A/56/10, reproduced in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, part 2, 84, para. 21.

element. According to article 8 of the articles on State responsibility, in fact, «[t]he conduct of a (...) group of persons shall be considered an act of a State under international law if the (...) group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct»⁶¹. As affirmed by the ICJ in the *Nicaragua v. United States case*⁶² and confirmed in the *Bosnian Genocide case*⁶³, the degree of control which a State should exercise in order to be considered responsible for the conduct of a non-State actor is that of *effective control*.

In the absence of that kind of control, the wrongful acts committed by the non-State actors cannot in any way be attributable to the territorial State from which they operate even if that State fails to prevent them. After all, even those authors who argue in favour of an extensive application of the right of self-defence agree that, apart from the cases of substantial involvement, an armed attack by non-State actors cannot be attributable to the territorial State which, in turn, could only be considered responsible for the violation of an obligation of conduct⁶⁴. However, as said above, according to us this violation of the duty of *due diligence* cannot justify the use of force against the territorial State.

In the end, it must be taken into account, that according to another part of the doctrine⁶⁵, the German Federal Government's position on Syria's lack of *effective control* would go even further than the *unwilling or unable* standard. According to these authors, in fact, the *unwilling or unable* doctrine would still base a military operation on the territory of another State on some form of responsibility (that is for the territorial State's failure to prevent the terrorist activities). On the other hand, the lack of *effective control* would justify the military intervention only because the territorial State exercises, at best, limited sovereignty over its territory and it could, thus, lead to the risky effect of granting some degree of international personality to a terrorist group.

5. In conclusion, the Order of the Federal Constitutional Court tried to broaden the interpretation of article 51 although in a much more limited manner than the *unwilling or unable* doctrine, affirming that the right of self-defence could be exercised against non-State actors only if those have a

⁶¹ *Ibidem*, art. 8.

⁶² International Court of Justice, *Nicaragua v. United States of America*, cit., para. 115.

⁶³ International Court of Justice, judgment of 26 February 2007, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, in *ICJ Rep.*, 2007, 43, para. 406.

⁶⁴ E. MILANO, *op. cit.*, 130.

⁶⁵ O. CORTEN, *The Military Operations Against the 'Islamic State' (ISIL or Da'esh)—2014*, in T. RUYSS *et al.* (eds.), *The Use of Force in International Law: A Case-Based Approach*, Oxford, 2018, 873 ff.; P. URS, *Effective Territorial Control by Non-State Armed Groups and the Right of Self-Defence*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2017, 31 ff.

consolidated territorial basis, as it was the case of ISIL from 2014 to March 2019.

It is important, however, to note that the Court made no mention whatsoever of the fact that ISIL lost its territorial control on the area on March 2019, no less than seven months before the end of Germany's mandate at the time.

This situation would seem irreconcilable with the position expressed by the Court and it would also put in perspective the reasoning used by the Federal Government to justify the extension of the military operation in Syria until 31 January 2022⁶⁶.

Indeed, even assuming that the right of self-defence could be exercised against non-State actors that have a territorially consolidated basis, the situation should necessarily be considered differently when that control is lost.

It would have been, therefore, very interesting to see whether the Federal Constitutional Court could justify in the same manner the *Bundestag's* subsequent decisions that extended the military operation in Syria.

ABSTRACT

Considerations on the Bundesverfassungsgericht's Order Regarding the Right of Self-defence Against Non-State Actors

On 17 September 2019, the *Bundesverfassungsgericht* declared inadmissible an application from Germany's Opposition Party that claimed the illegality of the *Bundeswehr's* participation to *Operation Counter Daesh*. In doing so, the German Constitutional Court also touched upon matters of international law and offered some peculiar insights regarding the much-debated issue of the right of self-defence against non-State actors. In particular, the Constitutional Court noted that the right of self-defence would still respect the object and purpose of article 51 of the UN Charter when applied against non-State actors that have a *territorially consolidated* basis. This paper analyses the Court's decision on self-defence against non-State actors and tries to establish where it stands among the other doctrines on the topic, in particular in relation to the much-disputed *unwilling or unable* doctrine.

⁶⁶ Cited in section 1 of this paper.

RASSEGNE

ISTITUTI SPECIALIZZATI DELLE NAZIONI UNITE E ALTRE ORGANIZZAZIONI E ISTITUZIONI INTERNAZIONALI

ORGANIZZAZIONE DELLE NAZIONI UNITE PER L'ALIMENTAZIONE E L'AGRICOLTURA (FAO)

L'ATTIVITÀ NEL 2021-2022

1. *Premessa.* – La comparsa del virus Covid-19 e la pandemia da esso originata hanno favorito l'aggravarsi della condizione di insicurezza alimentare, già determinata dall'instabilità dei prezzi dei beni agricoli a partire dalla difficile crisi alimentare insorta a livello globale nel 2008¹ e dall'intensificarsi di fenomeni disastrosi, quali i cambiamenti climatici e la desertificazione². In particolare, l'infezione ha inciso negativamente sull'accesso al cibo da parte di quelle popolazioni le cui condizioni di malnutrizione sono ormai estreme a causa della vulnerabilità socio-economica del Paese di provenienza (c.d. *Least developed countries*, LDC)³ e ha fatto sorgere nella Comunità internazionale l'esigenza di porre in essere alcuni sforzi utili a rendere i sistemi agroalimentari di tali Stati più resilienti, efficienti, sostenibili ed inclusivi. Questa necessità è divenuta ancora più impellente alla luce dei recenti avvenimenti del conflitto⁴ in Ucraina, considerato il

¹ Sugli effetti delle fluttuazioni dei prezzi dei beni agricoli, v. il rapporto predisposto dall'UNCTAD, *Commodities & Development Report 2019, Commodity Dependence, Climate Change and the Paris Agreement*, Geneva, 2019.

² L'impatto di tali accadimenti sul godimento del diritto all'alimentazione è spesso oggetto di analisi nei rapporti dei vari Relatori speciali ONU *ad hoc* sul diritto all'alimentazione: in particolare, v. i rapporti di Ziegler, UN Doc. A/61/306, del 1° settembre 2006, (11-16, paragrafi 24-39), e di Elver, UN Doc. A/70/287, del 5 agosto 2015, UN Doc. A/HRC/43/44, del 21 gennaio 2020 (13-14), UN Doc. A/HRC/37/61, del 25 gennaio 2018.

³ Così il rapporto del Segretariato dell'OMC, *Market Access for Products and Services of Export Interest to Least Developed Countries*, WT/COMTD/LDC/W/68, del 23 ottobre 2020 (6-18). I LDC sono Paesi che vengono individuati dal Consiglio economico e sociale dell'ONU sulla base di alcuni criteri socio-economici (tasso di alfabetizzazione, alimentazione, salute, reddito pro-capite, vulnerabilità economica, frequenza scolastica) e inseriti in un elenco soggetto a revisione ogni tre anni. V. unctad.org/topic/least-developed-countries/recognition.

⁴ Sulle conseguenze in generale dei conflitti armati sul diritto all'alimentazione, v. i rapporti di Ziegler, UN Doc. A/56/210, del 23 luglio 2001, (9-12, paragrafi 37-57), e di Elver, UN Doc A/72/188, del 21 luglio 2017.

ruolo fondamentale di questo Stato (e della Russia) nella produzione e nell'approvvigionamento di alcuni generi alimentari in tutto il mondo, contribuendo per oltre un terzo alle esportazioni globali di cereali e alla fornitura di colza e olio di semi di girasole⁵.

In tale contesto, assume particolare rilevanza l'azione della FAO – Istituto specializzato dell'ONU competente *ratione materiae* in tema di nutrizione e agricoltura – nel raccomandare agli Stati l'adozione di misure volte a impedire conseguenze dannose sull'accesso al cibo, ponendo in essere iniziative per il miglioramento della sicurezza alimentare nel territorio degli Stati membri. Scopo della presente rassegna è ricostruire il contributo che la FAO ha offerto al godimento del diritto umano al cibo nel 2021-2022, con specifico riferimento alle azioni intraprese a difesa della *food security*⁶ e della *food safety*⁷ di fronte alla pandemia da Covid-19, alla sfida delle alterazioni ambientali e alla guerra tra Russia e Ucraina.

2. *L'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Alimentazione e l'Agricoltura (FAO) e il diritto al cibo durante la pandemia da Covid-19.* – A più di due anni dal manifestarsi della pandemia da Covid-19, la FAO continua ad agire per assicurare alle popolazioni il godimento del diritto a un'alimentazione adeguata: da un lato, chiedendo agli Stati membri di garantire la libera circolazione del cibo e dei lavoratori del settore agricolo; dall'altro, esortandoli a rafforzare l'obiettivo comune di migliorare la sicurezza alimentare e la nutrizione. Più analiticamente, dopo aver constatato un drammatico peggioramento della fame nel mondo a seguito delle misure di contenimento attuate dai Paesi in risposta alla pandemia⁸, la Divisione Mercati e Commercio della FAO e il suo Dipartimento sviluppo economico e sociale hanno invitato gli stessi a non adottare provvedimenti restrittivi alle importazioni dei prodotti del suolo, dell'allevamento e della pesca⁹, gravando tali limitazioni specialmente sull'economia e i diritti delle comunità povere e rurali¹⁰. Per esempio, con particolare riferimento al Continente africano, «the impacts of

⁵ V. la nota informativa della FAO, *The importance of Ukraine and the Russian Federation for global agricultural markets and the risks associated with the current conflict*, del 25 marzo 2022.

⁶ Per “*food security*” intendiamo «l'insieme delle condizioni che regolano l'accesso ad un'alimentazione adeguata, sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo» (C. DI TURI, *Il diritto all'alimentazione nell'ordinamento giuridico internazionale. Norme, prassi, tutela*, Napoli, 2021, 2).

⁷ L'espressione “*food safety*” significa che «la sicurezza alimentare viene valutata in funzione dei parametri scientifici da utilizzare, da parte degli Stati e degli organi internazionali competenti, nella determinazione del livello di sicurezza dei singoli prodotti agricoli attraverso le regole relative alla produzione, trasformazione, distribuzione, commercializzazione e circolazione degli alimenti che rendono un cibo sicuro dal punto di vista alimentare» (*ibidem*).

⁸ FAO, IFAD, UNICEF, PAM, OMS, *The State of Food Security and Nutrition in the World. Transforming food systems for food security, improved nutrition and affordable healthy diets for all*, Rome, 2021.

⁹ FAO, *Agri-food Markets and trade policy in the time of COVID-19*, 2 aprile 2020 (reperibile su www.fao.org).

¹⁰ Per esempio, le restrizioni alla libertà di movimento incidono sul reddito delle famiglie che dipendono dai sistemi agroalimentari per il loro sostentamento (migranti, lavoratori agricoli stagionali e piccoli proprietari); inoltre, le limitazioni alla libera circolazione hanno un grave impatto sul diritto all'alimentazione di quelle popolazioni indigene che fanno affidamento sulla caccia, la pesca e la raccolta di cibo. Ancora, la sospensione dei programmi di alimentazione scolastica a causa della chiusura delle scuole e l'interruzione delle catene di approvvigionamento alimentare hanno ricadute sull'accesso al cibo e alle diete sane. Sul punto, v. FAO, *Economic inclusion and social protection to reduce poverty. Rural social protection and climate change after COVID-19*, Rome, 2021.

measures taken by governments to contain the spread of the virus (...) continue to reverberate across the agrifood system»¹¹, indebolendo le opportunità di sostentamento degli agricoltori e delle imprese incapaci di accedere agli investimenti per il rimodellamento aziendale automatizzato e digitalizzato utile a far fronte alla crisi¹². Infatti, in alcuni Paesi come l’Etiopia, in cui le imprese agroalimentari sono caratterizzate da un basso sviluppo tecnologico e sfruttano molto la manodopera, i freni alla libertà di circolazione delle persone hanno influenzato negativamente le forme di produzione del cibo, non potendo i dipendenti del sistema agroalimentare spostarsi per recarsi nei luoghi di lavoro¹³. Alla luce di ciò, per far fronte all’impatto del Covid-19 sulle condizioni di vita e salute delle persone, nonché sulla *food security* e *food safety*, il Direttore generale della FAO Qu Dongyu ha chiesto agli Stati di agire non soltanto mediante prestiti diretti, ma pure attraverso interventi dispositivi tra cui, in particolare, misure di protezione sociale e strategie di rafforzamento dei servizi veterinari nazionali e di sanità pubblica. Relativamente alle prime, esse dovrebbero essere ampliate, avendo già svolto un ruolo fondamentale per la mitigazione degli impatti indiretti della pandemia e la protezione dei mezzi di sussistenza agricoli¹⁴. Quanto alle seconde, invece, riconosciuta la natura zoonotica del SARS-CoV-2, i Paesi membri dovrebbero adottare provvedimenti volti a promuovere il monitoraggio della fauna selvatica e ad incoraggiare il campionamento di animali noti per essere potenzialmente suscettibili all’infezione¹⁵.

Venendo ora allo scopo comune di migliorare la sicurezza alimentare e l’alimentazione, la FAO – che aveva già esortato il raggiungimento di quest’obiettivo in una Dichiarazione congiunta con l’OMC e con l’OMS¹⁶, e adottato a tal fine il c.d. *FAO COVID-19 Response and Recovery Programme*¹⁷ – si sta ora adoperando per ottenere nel 2022 un finanziamento di 1,5 miliardi di dollari, al fine di ridestinare il sostegno economico all’agricoltura, che attualmente riceve

¹¹ FAO, UNIDO, *Assessing the impact of COVID-19 on agrifood manufacturing small and medium-sized enterprises in sub-Saharan Africa – Recommendations for building back better*, Rome, 2022, VII. In argomento, v. pure: FAO, *Policy responses to the COVID-19 crisis in the Near East and North Africa – keeping food and agriculture systems alive*, Rome, 2021.

¹² *Ibidem*.

¹³ Questo è una delle ragioni per cui la FAO ha lanciato l’iniziativa “1000 villaggi digitali”, che promuove la digitalizzazione dei servizi nelle aree rurali. In argomento, v. *Digital Village Initiative: Digital rural transformation to combat hunger, poverty and inequality*, in www.fao.org.

¹⁴ Così il Direttore generale della FAO in occasione della 60^a sessione della Commissione delle Nazioni Unite per lo sviluppo sociale a New York. Tra i regimi di protezione sociale sostenuti dalla FAO vi sono i trasferimenti di denaro, i programmi di alimentazione scolastica e infantile, la vendita di cesti alimentari di base a prezzi scontati, gli sgravi fiscali e di debito per le imprese e le famiglie vulnerabili.

¹⁵ FAO, OIE, OMS, *Joint statement on the prioritization of monitoring SARS-CoV-2 infection in wildlife and preventing the formation of animal reservoir*, 7 marzo 2022. Sul punto, v. anche: FAO, *Recommendations for the epidemiological investigation of sars-cov-2 in exposed animals Sars-Cov-2 detection in farmed and companion animals*, 2021; FAO, *COVID-19: Guidance for preventing transmission of COVID-19 within food businesses. Updated guidance* del 2 agosto 2021, 7 ss.

¹⁶ OMC, FAO, OMS, *Agency Chiefs Issue Joint Call to Keep Food Trade Flowing in Response to COVID-19*, 31 marzo 2020, in www.wto.org/english/news.

¹⁷ FAO, *FAO COVID-19 Response and Recovery Programme*, Rome, 2020, le cui aree prioritarie includono l’azione per: a) rafforzare un piano di risposta umanitaria globale per Covid-19; b) innescare la trasformazione dei sistemi alimentari; c) rafforzare la resilienza dei piccoli proprietari per la ripresa; d) prevenire la prossima pandemia zoonotica attraverso un approccio sanitario rafforzato. In argomento, v. M.A. MEKOUAR, *Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO)*, in *Yearbook of International Environmental Law*, 2021, 3.

soltanto l'8% delle risorse umanitarie stanziare¹⁸, pur essendo parte di un settore in cui è possibile intervenire molto efficacemente in termini di costi¹⁹. Ne è un esempio importante il risultato ottenuto a seguito della richiesta, da parte del Direttore Generale, di aiuti umanitari urgenti a favore dell'economia afghana, colpita duramente dalla pandemia e dal fenomeno della siccità e degli sfollamenti, grazie ai quali nel 2021 sono state sostenute oltre un milione di persone in trenta province²⁰.

Nel periodo d'attività in esame, particolare attenzione è stata rivolta infine all'aumento della resilienza del settore agricolo agli *shocks* improvvisi: a tal proposito, dopo aver misurato la capacità dei sistemi agroalimentari degli Stati di rispondere immediatamente a fattori di stress²¹, come quelli osservati durante la pandemia da Covid-19, la Conferenza generale della FAO ha esortato gli Stati ad una gestione sostenibile del suolo che ripristini i terreni degradati e riduca le emissioni di gas²², contribuendo in tal modo al raggiungimento di quegli obiettivi dell'Agenda 2030 sullo sviluppo sostenibile che rischiano di essere gravemente compromessi a causa dell'infezione²³.

3. *Il ruolo della FAO nella lotta ai cambiamenti climatici.* – Il periodo d'attività in rassegna, oltre che dai suesposti tentativi di rispondere all'emergenza pandemica, è caratterizzato anche da una particolare attenzione verso il fenomeno dei cambiamenti climatici²⁴. Tale interesse trova la propria giustificazione non soltanto alla luce dei riflessi delle variazioni meteorologiche sul godimento del diritto ad un'alimentazione adeguata, ma pure in virtù degli impatti che gli stessi sistemi alimentari hanno sullo stato dell'ambiente²⁵. Per queste ragioni, l'Istituto ha promosso un'agricoltura sostenibile che aumenti la capacità di adattamento alle variazioni meteorologiche sia nei Paesi sviluppati (PS), che nei Paesi in via di sviluppo (PVS) e nei LDC, e permetta una gestione delle risorse naturali tale da

¹⁸ *La FAO a besoin de 1,5 milliard d'USD pour sauver des vies et préserver les moyens de subsistance de 50 millions de personnes en 2022*, 2021, in www.fao.org.

¹⁹ Così Qu Dongyu in una tavola rotonda ad alto livello in occasione del lancio della Panoramica umanitaria globale 2022 (Stoccolma, 2 dicembre 2022).

²⁰ FAO, *La siccità minaccia i mezzi di sussistenza di 7 milioni di agricoltori in Afghanistan*, 2021, in www.fao.org.

²¹ FAO, *Rendere i sistemi agroalimentari più resilienti agli shock: lezioni apprese dalla Pandemia da COVID-19*, 2021, in www.fao.org.

²² Report of Conference of FAO, 42a session (Roma, 14-18 giugno 2021), 27. V. pure FAO, *Boosting smallholder resilience for recovery Restoring soil health and productivity for safe, nutritious and resilient agri-food systems*, Rome, 2021.

²³ Si sta facendo riferimento ai *targets* nn. 2.1 (assicurare l'accesso ad un cibo sano, nutriente e sufficiente per tutti) e 2.2 (sradicamento di tutte le forme di malnutrizione).

²⁴ Nel periodo di riferimento, infatti, la FAO si è espressa numerose volte con riguardo alla necessità di mitigare il fenomeno in esame. In argomento, v. la conferenza regionale per l'Asia e il Pacifico "Update on the development of the new FAO Strategy on Climate Change", tenutasi a Dhaka dall'8 all'11 marzo 2022 (APRC/22/10) o, ancora, la conferenza regionale per l'America latina e i Caraibi "Update on the development of the new FAO Strategy on Climate Change", tenutasi a Quito dal 28 al 1° aprile 2022 (LARC/22/5). Sul punto, v. pure: FAO, *Crops and climate change impact briefs. Climate-smart agriculture for more sustainable, resilient, and equitable food systems*, Rome, 2022.

²⁵ A tal proposito, nel documento FAO del 16 ottobre del 2021, *Giornata mondiale dell'alimentazione. Le nostre azioni sono il nostro futuro. Una produzione migliore, una nutrizione migliore e una vita migliore* (in www.fao.org), si legge: «il sistema agroalimentare è una delle principali cause del cambiamento climatico, che a sua volta minaccia la produzione alimentare in alcune delle zone più povere del mondo», 2.

consentire il progresso rurale e la distribuzione del cibo senza contribuire all'aggravarsi delle alterazioni atmosferiche.

Più concretamente, il contributo della FAO all'azione per il clima è stato oggetto di una valutazione²⁶ le cui raccomandazioni approvate nella 166^a sessione del Consiglio²⁷, hanno avviato lo sviluppo di una nuova Strategia per il cambiamento climatico. In particolare essa, oltre a basarsi sul Quadro strategico della FAO 2022-2031²⁸, dovrebbe tener conto della precedente Strategia per il cambiamento climatico del 2017²⁹ e delle consultazioni con i Membri dell'organizzazione, le Conferenze regionali, gli Uffici decentralizzati della FAO, i partner e gli esperti, e rappresentare la base per un Piano quinquennale avente ad oggetto azioni volte a proteggere, ripristinare e promuovere l'uso intelligente degli ecosistemi terrestri e marini, attraverso sistemi agroalimentari sostenibili³⁰.

Inoltre, è interessante notare come nel periodo in esame la FAO – oltre a rivolgere ai Membri numerose raccomandazioni in materia di *climate change*³¹ e a offrire loro l'opportunità di raccogliere dati accurati sulle loro emissioni³² – ha pure sostenuto i Membri nel rafforzare l'inclusività delle loro azioni e investimenti per il clima, attraverso la formulazione e l'attuazione di programmi in collaborazione con il Fondo mondiale per l'ambiente (GEF) e il Fondo verde per il clima (GCF). Invero, l'Organizzazione ha ricevuto l'approvazione da parte del GEF dapprima per cinque progetti in otto Paesi, per un totale di \$46,6 mln³³, successivamente, per

²⁶ FAO 2021. *Evaluation of FAO's Support to Climate Action (SDG 13) and the Implementation of FAO Strategy on Climate Change 2017. Thematic evaluation*, Rome, 2021, disponibile in www.fao.org/3/cb3738en/cb3738en.pdf.

²⁷ FAO, *Report of the Council of FAO. The 166th Session*, 2021, in www.fao.org/3/nf693en/nf693en.pdf.

²⁸ FAO "Strategic Framework 2022-2031", Rome, 2021 (in www.fao.org/3/ne577en/ne577en.pdf).

²⁹ FAO, *Strategy on climate change*, Rome, 2017 (in: www.fao.org).

³⁰ FAO 2021. *Evaluation of FAO's Support to Climate Action (SDG 13)*, cit., raccomandazione 2, 49 ss. Una bozza di visione della Strategia è proposta come segue: «I sistemi agroalimentari trasformati sono resilienti al clima e si adattano agli impatti dei cambiamenti climatici, contribuiscono a economie a basse emissioni di carbonio fornendo al contempo cibo nutriente per diete sane, mangimi, fibre e carburante attraverso soluzioni innovative, per le generazioni presenti e future». Sul punto, v. anche il discorso del Direttore generale in occasione 168^a sessione del Consiglio, tenutasi dal 29 novembre al 3 dicembre 2021 (in www.fao.org) e, in particolare, il documento del Consiglio, *Update on the development of the new FAO Strategy on Climate Change* (CL 168/21).

³¹ Tra le principali, v. Comitato per la sicurezza alimentare mondiale (CFS), 48^a sessione speciale del 4 giugno 2021, *Making a difference in food security and nutrition. Policy recommendations on agroecological and other innovative approaches for sustainable agriculture and food systems that enhance food security and nutrition* (2021/48/2); CFS, 49^a sessione, 11-14 ottobre 2021, *Making a difference in food security and nutrition. Monitoring CFS policy recommendations on climate change and water – draft conclusions* (2021/49/12).

³² Proprio nel mese di marzo, infatti, la FAO ha firmato un nuovo accordo che le permetterà una collaborazione con la Task Force sugli inventari nazionali dei gas a effetto serra dell'Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). Esso mira all'utilizzo di *Collect Earth*, un sistema di visualizzazione e interpretazione di immagini satellitari gratuito e *open source* sviluppato dalla FAO che offre a tutti i paesi firmatari della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) l'opportunità di raccogliere dati più accurati sulle emissioni e gli assorbimenti antropogenici nei settori dell'agricoltura, della silvicoltura e di altri usi del suolo. Sul punto, v. FAO, *Greenhouse gas reporting is about to get a whole lot easier*, 2022, in www.fao.org/newsroom/detail/FAO-greenhouse-gas-reporting-climate-IPCC-agriculture/en.

³³ Tale programma di lavoro è stato approvato durante la 60^a riunione del Consiglio del GEF, tenutasi virtualmente dal 14 al 18 giugno 2021.

quattro progetti in otto Paesi, per un totale di oltre \$13,6 mln³⁴. I primi, a beneficio di Cambogia, Repubblica Centrafricana, Eritrea, Lesotho, Malesia, Senegal, Thailandia e Vietnam, stanno aiutando i Paesi e le comunità ad adottare pratiche più sostenibili e resilienti al clima, promuovere la cooperazione regionale e attuare politiche atte a preservare la biodiversità³⁵, valore tenuto molto in considerazione dalla FAO, nel corso del 2021³⁶. I secondi, a sostegno di Barbados, Capo Verde, Guyana, Malesia, Isole Marshall, Suriname, Thailandia, Trinidad e Tobago, mirano a ripristinare la terra e i paesaggi marini, affrontando sfide ambientali urgenti come il degrado e l'erosione del suolo³⁷, entrambi cause di forti perdite della produzione agricola³⁸.

Venendo ora alla collaborazione con il GCF, l'Istituto ha ottenuto \$1,8 mln in sovvenzioni per sei Paesi³⁹, al fine di accelerarne lo sviluppo agricolo, altamente vulnerabile agli impatti dei cambiamenti climatici che stanno minando la sicurezza alimentare e il sostentamento di milioni di piccoli proprietari rurali⁴⁰. Ancora, nel marzo 2021, FAO e GCF hanno firmato due sovvenzioni del valore di \$80 mln per progetti nella Repubblica del Congo e in Giordania⁴¹.

Infine, con la COP26 sui cambiamenti climatici⁴², il 2021 ha offerto all'Organizzazione un'opportunità unica per far progredire la sicurezza alimentare e la nutrizione attraverso la trasformazione dei sistemi alimentari: invero l'Istituto, partecipando attivamente alla Conferenza, ha inteso rafforzare il suo impegno a sostenere i Paesi nei negoziati sul clima e promuovere l'agricoltura verde attraverso l'impiego di pratiche, tecnologie e innovazioni agricole che – come avvenuto con la c.d. *Green cities initiative*⁴³ – migliorano la produttività in modo sostenibile,

³⁴ La decisione è stata presa durante la 61^a riunione del Consiglio GEF, tenutasi virtualmente dal 6 al 10 dicembre 2021.

³⁵ V. *FAO at the 60th GEF Council, 2021*, e *Global Environment Facility approves over \$46.6 million to support FAO-led projects, 2021*, entrambi in www.fao.org.

³⁶ A tal proposito, v. il nuovo piano d'azione della FAO, *2021-23 Action plan for the implementation of the FAO strategy on mainstreaming biodiversity across agricultural sectors*, Rome, 2021.

³⁷ In argomento, v. FAO, *Global Environment Facility approves \$13.6 million for FAO-led projects, 2021*, e *FAO at the 61st GEF Council, 2021*, entrambi in www.fao.org.

³⁸ Così il Direttore generale della FAO che, in occasione della riunione dei Ministri dell'agricoltura svoltasi a Berlino il 28 gennaio 2022, ha manifestato la necessità di prevenire il degrado del suolo.

³⁹ Afghanistan, Botswana, Guinea Equatoriale, Lesotho, Niger e Saint Vincent e Grenadine.

⁴⁰ V. *FAO boosts green recovery, 2021*, in www.fao.org.

⁴¹ In argomento, si rinvia a: *FAO and the GCF sign two grants worth USD 80 million for projects in the Republic of Congo and the Kingdom of Jordan, 2021*, e *Green Climate Fund approves \$80 million in FAO-led projects in Congo and Jordan, 2021*, entrambi in www.fao.org. Interessante, a proposito della riduzione del degrado del suolo, è pure il programma lanciato dalla FAO in occasione dell'evento virtuale del *Global Landscapes Forum, Restoring Africa's Drylands*, che rappresenta un'iniziativa da \$104 mln finanziati dal GEF per sostenere 11 Paesi dell'Africa e dell'Asia centrale ad affrontare le sfide comuni della gestione delle zone aride. Sul punto, cfr. *Ambitious \$104 million program targets land degradation in Africa and Central Asian countries. Launch of the FAO-led, Global Environment Facility-funded initiative pave, 2021*, in www.fao.org.

⁴² Conferenza delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 2021, tenutasi a Glasgow (31 ottobre-12 novembre 2021).

⁴³ Si tratta di un'iniziativa lanciata dalla FAO nel settembre 2020, volta a migliorare i mezzi di sussistenza e il benessere delle popolazioni urbane e periurbane in almeno 100 città in tutto il mondo nei prossimi tre anni, con l'obiettivo di raggiungere 1000 città entro il 2030. Sul punto, v. *Green Cities Initiative, 2020*, in www.fao.org.

aumentano la resilienza e la sicurezza alimentare, riducono le emissioni di gas serra e garantiscono redditi più elevati per i produttori su piccola scala⁴⁴.

4. *Il conflitto tra Russia e Ucraina: le risposte della FAO.* – In coerenza con i fini già indicati, un'ultima riflessione circa l'attuale stato dei mercati agricoli globali e della sicurezza alimentare è imposta dai drammatici avvenimenti in corso in Ucraina, poiché i due Paesi in conflitto sono importanti fornitori mondiali di grano, mais, olio e fertilizzanti.

Oltre ad aver causato ingenti perdite di vite umane, la guerra ha messo a rischio sia la *food security* che la *food safety* globali, interrompendo la catena di approvvigionamento del cibo e comportando un aumento significativo dei prezzi delle materie prime agricole. L'Indice FAO dei prezzi alimentari è infatti arrivato ad una media di 159,3 punti a marzo, in crescita del 12,6% rispetto a febbraio, periodo in cui era già stato raggiunto il livello più alto dal 1990⁴⁵; questo aumento dei prezzi potrebbe deprimere i redditi reali, riducendo i consumi e gli investimenti in tutto il mondo e quindi la domanda di importazioni globali, a svantaggio dei Paesi più poveri, che dipendono fortemente dalle importazioni di cibo dall'Ucraina e dalla Russia⁴⁶.

La FAO risponde alla suddetta crisi attraverso una serie di interventi volti a far fronte al declino della sicurezza alimentare e ai rischi associati al conflitto. Anzitutto, particolare attenzione è stata rivolta all'improvvisa riduzione dell'offerta di fertilizzanti a seguito delle restrizioni all'esportazione imposte dalla Russia: alla luce dell'esperienza etiopica che, tramite l'utilizzo di tecnologie di mappatura digitale del suolo e la creazione di un *database* nazionale delle risorse del terreno, ha permesso ai produttori di conoscere le qualità e le carenze nutrizionali dello stesso e, quindi, di scegliere i tipi di concimi adatti alle caratteristiche dell'area, l'Istituto ha raccomandato ai suoi Membri di sviluppare la suddetta banca dati per consentire agli agricoltori di usufruire dei fertilizzanti in modo più efficiente, con un maggiore impatto e una minore intensità di utilizzo⁴⁷.

Inoltre, il Consiglio della FAO ha invitato i Paesi a liberalizzare il commercio di cibo e fertilizzanti e a limitare la loro dipendenza dalle importazioni di alimenti da Russia e Ucraina, cercando fornitori alternativi per assorbire lo *shock* e diversificando la produzione interna, in maniera tale da fare affidamento sulle proprie scorte⁴⁸. Infatti, la riduzione delle tariffe all'importazione e le restrizioni all'esportazione potrebbero aiutare ad affrontare le sfide della sicurezza

⁴⁴ Cfr. *FAO helps achieve COP26 goals in agriculture, land use*, 2021, in www.fao.org.

⁴⁵ Più nel dettaglio, l'Indice FAO dei prezzi dei cereali è stato superiore del 17,1% a marzo rispetto a febbraio; i prezzi del mais hanno registrato un aumento del 19,1% su base mensile, raggiungendo un livello record insieme a quelli dell'orzo e del sorgo.

⁴⁶ In argomento, v. *Nuovi scenari di sicurezza alimentare mondiale alla luce del conflitto Russia-Ucraina*, 2022, in: unric.org/it/nuovi-scenari-di-sicurezza-alimentare-mondiale-alla-luce-del-conflitto-russia-ucraina. V. anche la nota del Segretariato dell'OMC, *The crisis in Ukraine on global trade and development*, 2022, in www.wto.org.

⁴⁷ FAO, *Using Soil Maps to Promote Efficient Use of Fertilizers Learning from the Ethiopian Experience*, 7 aprile 2022, in www.fao.org/3/cb9452en/cb9452en.pdf.

⁴⁸ Consiglio, *Impact of the Ukraine-Russia conflict on global food security and related matters under the mandate of the Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO)*, 169a sessione dell'8 aprile 2022, (CL 169/3), 12 ss. Inoltre, v. anche: nota informativa della FAO, *The importance of Ukraine and the Russian Federation for global agricultural markets and the risks associated with the current conflict*, Roma, 2022, 4.

alimentare dei singoli Paesi a breve termine, ma farebbero aumentare i prezzi a livello globale, incidendo negativamente sugli scambi internazionali. In tale contesto, è rilevante piuttosto rafforzare la trasparenza, poiché la circolazione delle informazioni sulle condizioni del mercato aiuta i governi e gli investitori a decidere con coscienza: a tal proposito, perché gli Stati possano intervenire consapevolmente, l'Organizzazione ha proposto un programma di lavoro volto a valutare l'impatto della crisi Ucraina-Russia sull'accesso al cibo delle persone, attraverso l'utilizzo della c.d. *Food insecurity experience scale* (FIES), un innovativo strumento atto a misurare l'insicurezza alimentare a diversi livelli di gravità e monitorare i progressi verso l'Obiettivo di sviluppo sostenibile n. 2⁴⁹.

Ancora la FAO, vista la necessità di sviluppare piani di ricostruzione e riabilitazione per l'agricoltura ucraina, al fine di mitigare l'impatto della guerra a livello nazionale e internazionale⁵⁰, ha adottato un piano di risposta rapida⁵¹ per sostenere fino a 240.000 uomini e donne delle zone rurali più vulnerabili, compresi gli sfollati interni colpiti dal conflitto. In particolare, ha richiesto 50 milioni di dollari per far fronte – attraverso la distribuzione di denaro e prodotti agricoli – ai bisogni primari delle famiglie, ed è intervenuta per rafforzare la capacità del sistema di protezione sociale ucraino di reagire alla crisi⁵², costituendo i trasferimenti mirati ai più bisognosi e i programmi nutrizionali una risposta efficace per prevenire l'aumento della povertà e della disuguaglianza e garantire il diritto al cibo delle famiglie. Per la realizzazione dei menzionati obiettivi, è risultato fondamentale il recente sostegno da parte del Belgio che, attraverso il Fondo speciale per le attività di emergenza e riabilitazione (SFERA), ha aiutato la FAO con \$500.000, consentendole di assistere circa 880 piccoli agricoltori⁵³.

In ultimo, oltre alla proposta della FAO di costituire un Fondo globale per il finanziamento delle importazioni alimentari (FIFF)⁵⁴ che, in risposta all'aumento dei costi di importazione degli alimenti, è utile a sostenere una serie di progetti posti a salvaguardia della sicurezza alimentare dei Paesi importatori netti di cibo, merita di essere segnalata la recentissima iniziativa dell'Organizzazione volta a prevenire un ulteriore deterioramento della situazione dell'insicurezza alimentare e l'aggravarsi dell'interruzione delle catene di approvvigionamento delle risorse in Ucraina. Con un nuovo piano di risposta rapida⁵⁵, l'Istituto ha domandato \$115,4 mln e ha più che raddoppiato, dunque, la sua richiesta iniziale di \$50 mln per sostenere 376.660 famiglie di agricoltori di piccole e medie dimensioni o quasi un milione di persone

⁴⁹ FAO, *Assessing Food Insecurity in 2022/23 at National and SubNational Levels in 50 Countries Vulnerable to the Effects of the Ukraine-Russia Crisis*, 7 aprile 2022, in www.fao.org.

⁵⁰ FAO, *Assessing Investment Needs in Ukraine's Agricultural Reconstruction and Recovery*, 7 aprile 2022, in www.fao.org/3/cb9450en/cb9450en.pdf.

⁵¹ FAO, *Ukraine Rapid Response Plan March–May 2022: Supporting crisis-affected vulnerable smallholder men and women farmers*, Rome, 2022.

⁵² In argomento, cfr. FAO, *Response to the Ukraine Crisis: Social Protection for Food Security and Nutrition*, Rome, 2022; FAO, *A Global Food Import Financing Facility (FIFF): Responding to soaring food import costs and addressing the needs of the most exposed*, Rome, 2022.

⁵³ Sul punto, v. FAO, *FAO and Belgium provide emergency livelihoods assistance to rural people in Ukraine affected by the war*, 13 aprile 2022, in www.fao.org/emergencies/fao-in-action/stories/stories-detail/en/c/1505133.

⁵⁴ FAO, *A Global Food Import Financing Facility (FIFF): Responding to soaring food import costs and addressing the needs of the most exposed*, 7 aprile 2022, in www.fao.org/3/cb9444en/cb9444en.pdf.

⁵⁵ FAO, *Ukraine. Rapid Response Plan, March–December 2022: Supporting agricultural production to bolster food availability and access*, Rome, 2022.

fino a dicembre 2022: ciò sarà particolarmente importante per sostenere la stagione di semina primaverile in corso ed evitare il blocco della prossima raccolta invernale, e fornirà ausilio ai produttori le cui attività sono messe in pericolo dal conflitto e dal fenomeno dello sfollamento.

5. *Conclusioni.* – Il contributo che la FAO ha offerto nel periodo in rassegna merita di essere riconosciuto e certamente elogiato: infatti, pur concentrandosi sulle sfide ambientali, della pandemia e del conflitto in Ucraina, essa non ha trascurato il suo più generale impegno di collaborare con i governi e i partner nella progettazione di programmi mirati al raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile di cui all'Agenda 2030 delle Nazioni Unite. Per esempio, con riferimento all'Obiettivo n. 6 sul c.d. *right to water*, l'Istituto – riconosciuto che molti Paesi hanno così bassa disponibilità d'acqua da non riuscire a coltivare il cibo – ha sottolineato l'importanza delle politiche, delle istituzioni e degli investimenti per la garanzia del suddetto diritto⁵⁶. Ancora, relativamente all'Obiettivo n. 5, inerente alla parità di genere, la FAO – in collaborazione con l'Entità delle Nazioni Unite per l'uguaglianza di genere, UN Women, il Fondo internazionale per lo sviluppo agricolo (IFAD) e il Programma alimentare mondiale delle Nazioni Unite (WFP) – ha lanciato una nuova fase di un programma congiunto che vuole assicurare i mezzi di sussistenza, i diritti e la resilienza delle donne rurali per promuovere lo sviluppo sostenibile⁵⁷.

Nonostante ciò, forse a causa di un'interpretazione rigida delle proprie finalità statutarie, la FAO non ha adottato atti giuridicamente vincolanti e si è distinta esclusivamente per l'apporto del *soft law* prodotto (linee guida, raccomandazioni, progetti, *reports* e piani d'azione) e l'abbondanza dei suoi interventi: per queste ragioni, i risultati conseguiti nel periodo in esame lasciano soddisfatti soltanto parzialmente e fanno auspicare il più efficace ricorso al potere normativo della Conferenza generale il quale, pur non comportando obblighi di immediata esecuzione per gli Stati membri, potrebbe vincolare i medesimi allorquando essi dovessero adattarvisi, attraverso le proprie procedure costituzionali.

MARIAIDA CRISTARELLA ORISTANO

⁵⁶ FAO, *The state of the world's land and water resources for food and agriculture. Systems at breaking point*, Rome, 2021.

⁵⁷ In argomento v. FAO, *Empowering rural women: UN joint programme's new phase to target countries in Africa, Asia and the Pacific*, in www.fao.org/newsroom/detail/empowering-rural-women-un-joint-programme-s-new-phase-to-target-countries-in-africa-asia-and-the-pacific/en.

COLLABORATORI DEL PRESENTE FASCICOLO

Per la sezione *Articoli e Saggi*:

SIMONE MARINAI – Professore associato di Diritto dell’Unione europea – Università di Pisa.
BRUNO NASCIBENE – Professore emerito di Diritto dell’Unione europea – Università degli studi di Milano.
ALESSANDRA PIETROBON – Professoressa ordinaria di Diritto internazionale – Università degli studi di Padova.
LEONARDO PASQUALI – Professore associato di Diritto internazionale – Università di Pisa.
PASQUALE PIRRONE – Professore associato di Diritto internazionale – Università degli studi di Catania.
ELISA FORMALÉ – SNSF Professor – World Trade Institute, University of Bern.
CURTIS F.J. DOEBBLER – Research Professor – University of Makeni, Sierra Leone.

Per la sezione *Osservatorio Diritti Umani*:

GIUSEPPE EMANUELE CORSARO – Dottore di ricerca in Giurisprudenza – Università degli studi di Catania.

Per la sezione *Note e Commenti*:

ILARIA INFANTE – Dottoranda di ricerca in Diritto internazionale – Università degli studi della Campania “Luigi Vanvitelli”.

Per la sezione *Rassegne*:

MARIAIDA CRISTARELLA ORISTANO – Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, internazionale ed europeo – Università degli studi di Milano.

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXVII

2022

RIVISTA TRIMESTRALE
DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

INDICE SOMMARIO

RICORDO DI ANTONIO MARTINO 5

RICORDO DI UMBERTO LEANZA 179

ARTICOLI E SAGGI

- VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO – Relationship Between International Law and Domestic Law: A Critical Analysis of the Spanish Legal System in the Light of the Monist Theory 7
- RAFFAELE COPPOLA, CARMELA VENTRELLA – Verso un nuovo assetto internazionale sul piano economico-finanziario: la posizione della Santa Sede 37
- ANNAMARIA VITERBO – The 2021 IMF Allocation of Special Drawing Rights: Opportunities and Legal Constraints 53
- PIERFRANCESCO ROSSI – *Status* internazionale della Santa Sede e categorie della statualità 75
- MARIA IRENE PAPA – Osservazioni critiche sui lavori della Commissione del Diritto internazionale in tema di atti unilaterali degli Stati 183
- 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
- SIMONE MARINAI, BRUNO NASCIBENE – Naturalizzazione: un problema di definizione 565
- ALESSANDRA PIETROBON – L’eredità di Papa Benedetto XV per il Diritto internazionale e il nuovo dibattito sulla “guerra giusta” 585
- LEONARDO PASQUALI – Corti costituzionali, applicazione del Diritto internazionale e controlimiti 605
- PASQUALE PIRRONE – Différences culturelles et Droit international privé de la famille: brèves remarques 635
- ELISA FORMALÉ, CURTIS F. J. DOEBBLER – A Checkered Past: The History of Detaining Migrants and Their Families in the United States 647

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

- ANTONINO ALÌ – La sorveglianza elettronica su vasta scala per finalità di *intelligence* nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo ... 101

ANNA LIGUORI – Cambiamento climatico e diritti umani dinanzi al Comitato dei diritti del fanciullo	117
ANTONIO J. PALMA – La salvaguardia del diritto all’istruzione nell’azione del Consiglio di sicurezza per il mantenimento della pace: riflessioni a margine della risoluzione 2601 (2021)	237
FRANCESCO SEATZU – Les personnes handicapées mentales possèdent-elles (encore) un droit de vote dans le système de la Convention européenne des droits de l’homme?	263
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
GIUSEPPE EMANUELE CORSARO – Prime riflessioni sui diritti umani e politiche fiscali nel Diritto internazionale: verso una <i>human rights-based approach</i> ?	667

OSSERVATORIO EUROPEO

LORENZO F. PACE – L’Euro compie vent’anni: un “Progetto” essenziale per la stabilità del processo d’integrazione ma dalla struttura giuridica “fragile” ..	207
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

MICHELE CORLETO – In tema di contrasto alla pirateria marittima: il caso <i>Enrica Lexie (Italia c. India)</i> tra diritto del mare e questioni di giurisdizione ...	275
ANGELA MARIA GALLO – La surrogazione di maternità come reato universale e alcuni obblighi internazionali dell’Italia	505
ILARIA INFANTE – Considerations on the <i>Bundesverfassungsgericht</i> ’s Order Regarding the Right of Self-Defence Against non-State Actors	691

RASSEGNE

ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Nazioni Unite

Assemblea generale (76^a sessione)

QUESTIONI POLITICHE E DECOLONIZZAZIONE

1. Premessa, p. 135; 2. Situazione in Medio Oriente: la questione della Palestina, p. 135; 3. Tutela dei diritti delle donne, p. 140; 4. Decolonizzazione, p. 141.

Maria Vittoria Zecca

DISARMO

1. Premessa e questioni organizzative, p. 301; 2. Questioni generali di disarmo, p. 301; 3. Disarmo e non proliferazione nucleare, p. 304; 4. Disarmo chimico e batteriologico, p. 309; 5. Disarmo convenzionale, p. 310; 6. Prevenzione della corsa agli armamenti nello spazio, p. 313.

Maria Vittoria Zecca

Consiglio di sicurezza (aprile-giugno 2021)

1. Considerazioni introduttive, p. 147; 2. Il rinnovo dei mandati delle *peace-keeping operations*, di missioni di osservazione e di altri meccanismi, p. 147; 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. 147; 4. Questioni istituzionali: secondo mandato da Segretario generale per António Guterres ed elezione di un nuovo giudice della Corte internazionale di giustizia, p. 149; 5. La protezione dei civili nei conflitti armati, p. 150; 6. La situazione in Libia fra monitoraggio del cessate il fuoco ed elezioni politiche e presidenziali, p. 151.

Luigi D'Ettorre

Consiglio di sicurezza (luglio-dicembre 2021)

1. Considerazioni introduttive, p. 527; 2. Il rinnovo dei mandati delle *peace-keeping 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 I), p. 315

Giuseppe Gioffredi

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

Giuseppe Gioffredi

Istituti Specializzati delle Nazioni Unite e altre organizzazioni e istituzioni internazionali

ORGANIZZAZIONI REGIONALI IN ASIA-PACIFICO

L'attività nel 2018-2021, p. 153

Piero Pennetta

ORGANIZZAZIONE MONDIALE DEL TURISMO

L'attività dell'OMT nel 2021, p. 335

Francesco Celentano

ORGANIZZAZIONI REGIONALI NEL MONDO ARABO-ISLAMICO

L'attività nel 2019-2021, Parte I, p. 345

Elisa Tino

ORGANIZZAZIONE DELLE NAZIONI UNITE PER L'ALIMENTAZIONE E L'AGRICOLTURA (FAO)

L'attività nel 2021-2022, p. 703

Mariaida Cristarella Oristano

RECENSIONI

FASC. 2

ANDREA SANTINI, MONICA SPATTI (a cura di), *La libertà di religione in un contesto pluriculturale. Studi di diritto internazionale e dell'Unione europea*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2021, pp. 210 (*Ivan Ingravallo*), p. 357.

MARCO MUGNAINI, *ONU: una storia globale*, Milano, Franco Angeli, 2021, pp. 242 (*Pasquale Iuso*), p. 359.

STEFANO BELTRAME, RAFFAELE MARCHETTI, *Per la patria e per profitto. Multinazionali e politica estera dalle Compagnie delle Indie ai giganti del web*, Roma, LUISS University Press, 2022, pp. 188 (*Camilla Pollera*), p. 361.

FASC. 3

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

QUARTERLY JOURNAL
OF THE ITALIAN SOCIETY FOR INTERNATIONAL ORGANIZATION

GENERAL SUMMARY

IN MEMORY OF ANTONIO MARTINO5

IN MEMORY OF UMBERTO LEANZA179

ARTICLES AND ESSAYS

VÍCTOR LUIS GUTIÉRREZ CASTILLO – Relationship Between International Law and Domestic Law: A Critical Analysis of the Spanish Legal System in the Light of the Monist Theory	7
RAFFAELE COPPOLA, CARMELA VENTRELLA – Towards a New International Economic-Financial Structure: The Role of the Holy See	37
ANNAMARIA VITERBO – The 2021 IMF Allocation of Special Drawing Rights: Opportunities and Legal Constraints	53
PIERFRANCESCO ROSSI – International <i>Status</i> of the Holy See and the Criteria of Statehood	75
MARIA IRENE PAPA – The International Law Commission’s Work on “Unilateral Acts of States”: Some Critical Remarks	183
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
SIMONE MARINAL, BRUNO NASCIMBENE – Naturalisation: in Search of a Common Definition	565
ALESSANDRA PIETROBON – The Legacy of Pope Benedict XV to International Law and the Renewed Issue of “Just War”	585
LEONARDO PASQUALI – Constitutional Courts, International Law Implementation and Counter-Limits	605
PASQUALE PIRRONE – Cultural Differences and Private International Law in Family Matters: Brief Remarks	635
ELISA FORNALÉ, CURTIS F. J. DOEBBLER – A Checkered Past: The History of Detaining Migrants and Their Families in the United States	647

HUMAN RIGHTS OBSERVATORY

ANTONINO ALÌ – Electronic Surveillance for Intelligence Purposes on a Large Scale in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights	101
ANNA LIGUORI – Climate Change and Human Rights at the UN Committee on the Rights of the Child	117
ANTONIO J. PALMA – The Protection of the Right to Education in the Action of the UN Security Council for the Maintenance of Peace: Some Reflections on Resolution 2601 (2021)	237
FRANCESCO SEATZU – Do People with Mental Disability (Still) Have a Right to Vote in the System of the European Convention on Human Rights?	263
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
GIUSEPPE EMANUELE CORSARO – Introductory Remarks on Human Rights and Fiscal Policy in International Law: Towards a Human Rights-Based Approach?	667

EUROPEAN OBSERVATORY

LORENZO F. PACE – The Euro Turns Twenty: A Fragile but Essential Project for the Stability of the Integration Process	207
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

MICHELE CORLETO – Fighting Maritime Piracy: The <i>Enrica Lexie Case (Italy v. India)</i> Between Law of the Sea and Jurisdictional Challenges	275
ANGELA MARIA GALLO – Surrogacy Motherhood Like a Universal Crime and Some Italy’s International Obligations	505
ILARIA INFANTE – Considerations on the <i>Bundesverfassungsgericht</i> ’s Order Regarding the Right of Self-Defence Against non-State Actors	691

SURVEYS

ACTIVITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

United Nations

General Assembly (76th sessions)

POLITICAL ISSUES AND DECOLONIZATION

1. Preliminary remarks, p. 135; 2. Situation in the Middle East: the Palestinian issue, p. 135;

3. Protection of women's rights, p. 140; 4. Decolonization, p. 141.

Maria Vittoria Zecca

DISARMAMENT

1. Preliminary remarks and organizational issues, p. 301; 2. General issues about disarmament, p. 301; 3. Disarmament and nuclear non-proliferation, p. 304; 4. Chemical and bacteriological disarmament, p. 309; 5. Conventional disarmament, p. 310; 6. Prevention of an arms race in outer space, p. 313.

Maria Vittoria Zecca

Security Council (April-June 2021)

1. Preliminary remarks, p. 147; 2. The renewal of the mandates of peacekeeping operations, of observatory missions and other mechanisms, p. 147; 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. 147; 4. Institutional issues: second mandate as Secretary General for António Guterres and election of a new judge of the International Court of Justice, p. 149; 5. The protection of civilians in armed conflicts, p. 150; 6. The situation in Libya between monitoring the ceasefire and general and presidential elections, p. 151.

Luigi D'Ettorre

Security Council (July-December 2021)

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 (The activities in 2018-2021, Part. I), p. 315

Giuseppe Gioffredi

Human Rights Council (The activities in 2018-2021, Part. II), p. 537

Giuseppe Gioffredi

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

REGIONAL ORGANIZATIONS IN ASIA-PACIFIC

The activities in 2018-2021, p. 153

Piero Pennetta

WORLD TOURISM ORGANIZATION

The activities of UNWTO in 2021, p. 335

Francesco Celentano

REGIONAL ORGANIZATIONS IN THE ARABIC-ISLAMIC WORLD

The activities in 2019-2021, p. 345

Elisa Tino

FOOD AND AGRICULTURAL ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS

The activities in 2021-2022, p. 703

Mariaida Cristarella Oristano

REVIEW OF BOOKS

FASC. 2

ANDREA SANTINI, MONICA SPATTI (a cura di), *La libertà di religione in un contesto pluriculturale. Studi di diritto internazionale e dell'Unione europea*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2021, pp. 210 (*Ivan Ingravallo*), p. 357.

MARCO MUGNAINI, *ONU: una storia globale*, Milano, Franco Angeli, 2021, pp. 242 (*Pasquale Iuso*), p. 359.

STEFANO BELTRAME, RAFFAELE MARCHETTI, *Per la patria e per profitto. Multinazionali e politica estera dalle Compagnie delle Indie ai giganti del web*, Roma, LUISS University Press, 2022, pp. 188 (*Camilla Pollera*), p. 361.

FASC. 3

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.