

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXVIII

2023

N. 4

RIVISTA TRIMESTRALE
DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

INDICE

ARTICOLI E SAGGI

PAOLO BARGIACCHI – Alcune riflessioni sulla legittima difesa nel diritto internazionale (II parte).....	601
MATTEO FORNARI – Questioni di diritto internazionale umanitario nella “operazione militare speciale” della Federazione Russa in Ucraina.....	627
DIEGO ZANNONI – The Slow Atrophy of the Principle of the Peaceful Use of Outer Space. 657	
CARLOTTA CERETELLI – Indigenous Peoples’ Rights and Sustainable Development: An International Economic Law Perspective.....	687
LUCA ROMANO – Food Loss and Waste: A New Challenge for the International Law on Sustainable Development?.....	717

NOTE E COMMENTI

MARIACHIARA GIOVINAZZO – Recent Developments in ICJ’s Jurisprudence on the Identification of Customary Law.....	743
NICCOLÒ LANZONI – Diritti sovrani, interessi comuni e patrimonio dell’umanità: alcune osservazioni sulle modalità di accesso e ripartizione dei benefici derivanti dall’utilizzazione delle risorse genetiche.....	759
CESARE AUGUSTO PLACANICA – Osservazioni critiche sulla sentenza 159/2023 della Corte Costituzionale sul Fondo Ristori per le vittime italiane dei crimini nazisti.....	777

RASSEGNE

ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Nazioni Unite

Consiglio di sicurezza (gennaio-giugno 2023), p. 789

1. Considerazioni introduttive, p. 789; 2. La risoluzione sul Sudan, p. 789; 3. La risoluzione sulla Repubblica del Sudan del Sud e la proroga del mandato della UNMISS, p. 791; 4. La risoluzione relativa all'*hate speech*, p. 796; 5. La risoluzione riguardante la situazione in Mali e il ritiro dell'operazione MINUSMA, p. 798; 6. Il progetto di risoluzione sul sabotaggio del gasdotto Nord Stream, p. 799.

Emilia Maria Magrone

RECENSIONI

ANGELA DI STASI, RAFFAELE CADIN, ANNA IERMANO, VALENTINA ZAMBRANO (a cura di), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, pp. 908 (Claudio Zanghi), p. 801.

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXVIII

2023

No. 4

QUARTERLY JOURNAL
OF THE ITALIAN SOCIETY FOR INTERNATIONAL ORGANIZATION

SUMMARY

ARTICLES AND ESSAYS

- PAOLO BARGIACCHI – Some Considerations on Self-Defence in International Law (Part II).
.....601
- MATTEO FORNARI – International Humanitarian Law Issues in the “Special Military
Operation” of the Russian Federation in Ukraine.....627
- DIEGO ZANNONI – The Slow Atrophy of the Principle of the Peaceful Use of Outer Space..657
- CARLOTTA CERETELLI – Indigenous Peoples’ Rights and Sustainable Development: An
International Economic Law Perspective.....687
- LUCA ROMANO – Food Loss and Waste: A New Challenge for the International Law on
Sustainable Development?.....717

NOTES AND COMMENTS

- MARIACHIARA GIOVINAZZO – Recent Developments in ICJ’s Jurisprudence on the
Identification of Customary Law.....743
- NICCOLÒ LANZONI – Sovereign Rights, Common Interests and World Heritage: Some
Observations on the Access to Genetic Resources and the Sharing of Benefits Arising
from Their Utilisation.....759
- CESARE AUGUSTO PLACANICA – Critical Remarks on the Constitutional Court Judgment No.
159/2023 on the ‘Ristori’ Fund for the Italian Victims of Nazi Crimes.....777

SURVEYS

ACTIVITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

United Nations

Security Council (January-June 2023), p. 789

1. Preliminary remarks, p. 789; 2. The Resolution on Sudan, p. 789; 3. The Resolution on the Republic of South Sudan and the extension of the mandate of UNMISS, p. 791; 4. The Resolution

about hate speech, p. 796; 5. The Resolution about the situation in Mali and the decision to terminate MINUSMA's mandate, p. 798; 6. The draft resolution on sabotage against the Nord Stream gas pipeline, p. 799.

Emilia Maria Magrone

REVIEW OF BOOKS

ANGELA DI STASI, RAFFAELE CADIN, ANNA IERMANO, VALENTINA ZAMBRANO (a cura di),
Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo,
Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, pp. 908 (Claudio Zanghi), p. 801.

ARTICOLI E SAGGI

ALCUNE RIFLESSIONI SULLA LEGITTIMA DIFESA NEL DIRITTO INTERNAZIONALE (II PARTE)

PAOLO BARGIACCHI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Obiettivo e metodologia dell'indagine. – 3. L'integrazione sistemica tra l'art. 51 e la preesistente norma consuetudinaria sulla legittima difesa. – 4. Critica delle tesi secondo cui l'art. 51 legittimerebbe la difesa dagli «attacchi armati» e la norma consuetudinaria da ogni altra condotta offensiva. – 4.1. *Segue*: l'interpretazione estensiva del concetto di «attacco armato» in base alla teoria dell'accumulazione degli eventi. – 5. La legittima difesa dagli attori non statali: il legame qualificato tra Stato ospite e attore non statale quale presupposto di applicazione dell'art. 51. – 5.1. *Segue*: l'*inability* o l'*unwillingness* dello Stato ospite quale presupposto per l'applicazione estensiva della legittima difesa. – 5.2. *Segue*: l'operazione *Inherent Resolve* contro l'ISIS in Siria. – 6. La legittima difesa dagli attacchi armati imminenti. – 6.1 *Segue*: la dilatazione del concetto di imminenza in base alla teoria dell'accumulazione degli eventi. – 7. Riflessioni conclusive.

5. Un secondo aspetto che definisce il contenuto della legittima difesa attiene all'individuazione dell'autore dell'attacco armato. L'art. 51 non offre indicazioni sul punto e il carattere prettamente interstatale delle relazioni al momento dell'adozione della Carta potrebbe in teoria deporre a favore della sua applicazione ai soli Stati. Considerato che nella vicenda *Caroline* la difesa aveva riguardato proprio le condotte di un attore non statale (i ribelli canadesi in lotta contro i Britannici) e che la disputa tra i due governi sulla legittimità della difesa non riguardava anche la natura non statale dei ribelli, si potrebbe però ritenere che la norma consuetudinaria includesse anche la difesa dagli attori non statali³⁸, fermo restando il diverso problema dell'operatività nel 1945 del rinvio dell'art. 51 anche a questo elemento.

³⁸ Per gli Stati Uniti è certo che già esistesse da almeno due secoli il diritto di legittima difesa dagli attori non statali; B. EGAN, *op. cit.*, 239 (intervento all'*Annual Meeting* del 2016 dell'*American Society of International Law* in qualità di Legal Adviser del Dipartimento di Stato): «The inherent right of (...) self-defence recognized in the U.N. Charter is not restricted to threats posed by States. Nor is the right of self-defense on the territory of another State against non-State actors, such as ISIL, something that developed after 9/11. To the contrary,

La prassi successiva all'adozione della Carta, inclusa quella precedente all'11 settembre, ha comunque confermato l'applicabilità dell'art. 51 anche agli attori non statali. L'attentato alle *Twin Towers* ha certamente intensificato questa tendenza, in precedenza emersa più sporadicamente, che inizia significativamente anche a estendersi a un maggior numero di Stati rispetto a quelli che già in tempi più remoti invocavano l'art. 51 contro gli attori non statali (Stati Uniti, Turchia, Iran, Israele, etc.). Tra il 2003 e il 2021, ad es., a fronte di dodici *reports ex art. 51* relativi a situazioni interstatali³⁹, se ne sono avuti trentadue da parte di ventuno Stati per difese armate contro attori non statali presenti e operanti prevalentemente in Siria, Iraq, Libia o Yemen⁴⁰. Sulla scorta di questi dati (non esaustivi ma comunque indicativi) e, soprattutto, delle risoluzioni 1368 (2001) e 1373 (2001) del Consiglio di sicurezza riferite anche ad al-Qaeda la legittima difesa è ormai ammissibile anche nei confronti degli attori non statali⁴¹.

for at least the past two hundred years, States have invoked the right of self-defence to justify taking action on the territory of another State against non-State actors. As but one example, the oft-cited *Caroline* incident involved the use of force by the United Kingdom in self-defence against a non-State actor located in the United States». Cfr. anche White House, *Report on Legal and Policy Frameworks Guiding the United States' Use of Military Force and Related National Security Operations*, 5 December 2016, 9.

³⁹ La Repubblica Democratica del Congo invocò l'art. 51 contro il Ruanda (giugno 2004); il Ciad contro il Sudan (gennaio 2008); l'Azerbaijan contro l'Armenia (febbraio 2008); la Russia contro la Georgia e viceversa (agosto 2008); la Cambogia contro la Thailandia e viceversa (ottobre 2008); il Sudan contro il Sud Sudan (aprile 2012); la Siria contro Israele (febbraio 2018); gli Stati Uniti contro l'Iran (agosto 2019); l'Iran contro gli Stati Uniti e viceversa nella vicenda *Soleimani* (gennaio 2020).

⁴⁰ Esulano da questi contesti geografici solo i *reports* della Costa d'Avorio (operazioni contro forze ribelli), del Sudan (difesa nel proprio territorio contro il *People's Movement* «connected to South Sudan» e il Sud Sudan) e di Israele (in Libano e a Gaza contro Baha Abu al-Ata, *senior Palestinian Islamic Jihad commander*, definito una «ticking bomb» nella lettera inviata al Consiglio di sicurezza e al Segretario generale il 12 novembre 2019, UN Doc. S/2019/874). Nel complesso otto comunicazioni sono state inviate dalla Turchia; quattro dagli Stati Uniti; tre da Regno Unito e Israele; due dall'Iran; una da Australia, Belgio, Canada, Costa d'Avorio, Danimarca, Egitto, Francia, Germania, Norvegia, Paesi Bassi e Sudan. Nel 2015 poi Arabia Saudita, Bahrain, Emirati Arabi Uniti, Kuwait e Qatar rilasciarono un *joint statement ex art. 51* in risposta alla richiesta di intervento del Presidente dello Yemen contro le milizie Houthi, Al-Qaeda e l'ISIL.

⁴¹ J. WRIGHT, *op. cit.*, 4: «Following the 9/11 attacks, the UN Security Council unanimously adopted resolutions (...) and confirmed that self-defence could be justified in relation to non-state actors. Many states now hold the view, and have acted on the basis, that the inherent right of self-defence extends to the use of force against non-state actor». Anche il giudice Simma ritenne che gli sviluppi «triggered by the terrorist attacks of September 11, in the wake of which claims that Article 51 also covers defensive measures against terrorist groups have been received», si stessero consolidando nel diritto internazionale [Corte internazionale di giustizia, sentenza del 19 dicembre 2005, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Separate opinion of Judge

A tal riguardo è di particolare interesse la giurisprudenza della Corte internazionale. Nel parere del 2004 sul *Muro nei Territori palestinesi occupati*, essa riferì l'art. 51 ai soli attacchi sferrati dagli Stati⁴² ma nella sentenza *Nicaragua* aveva comunque valorizzato a tal fine anche le ipotesi di aggressione indiretta di cui all'art. 3, lett. g), della risoluzione 3314 (XXIX) del 1974 dell'Assemblea generale⁴³, così estendendo la legittima difesa anche agli attacchi armati di *armed bands, groups, irregular or mercenaries*, se inviati da o agenti per uno Stato o in presenza di un «substantial involvement» dello Stato nelle condotte di un attore non statale⁴⁴. Pur ampliato a situazioni non più esclusivamente interstatali, il perimetro delimitato dalla Corte resta relativamente ristretto nella misura in cui richiede comunque l'esistenza di un legame qualificato tra lo Stato ospite e l'attore non statale (almeno un *substantial involvement*) affinché lo Stato vittima sia legittimato a difendersi in territorio altrui. Questo limite, pur circoscrivendo le opzioni dello Stato vittima, tutela il diritto dello Stato ospite di preservare la propria sovranità e integrità territoriale in assenza di un legame qualificato con l'attore non statale che, annidatosi nel territorio, sferrò attacchi contro un altro Stato.

Simma, par. 11]. In generale, sul tema cfr. M. E. O'CONNELL, C. TAMS, D. TLADI, *Self-Defence Against Non-state Actors*, Cambridge, 2019; T. RUYS, *Le operazioni contro l'ISIS e la legittima difesa contro gli attori non statali*, in N. RONZITTI, E. SCISO (a cura di), *I conflitti in Siria e Libia: possibili equilibri e le sfide al diritto internazionale*, Torino, 2018, 43; E. MILANO, *Il ricorso all'uso della forza nei confronti degli attori non statali*, in A. LANCIOTTI, A. TANZI (a cura di), *op. cit.*, 105; J. BRUNNÉE, S. TOOPE, *Legitimacy and Legality in International Law*, Cambridge, 2010; R. VAN STEENBERGHE, *Self-Defense in Response to Attacks by Non-State Actors in the Light of Recent State Practice: A Step Forward?*, in *Leiden Journal of International Law*, 2010, 183; G. WETTBERG, *The International Legality of Self-Defense Against Non-State Actors. State Practice from the U.N. Charter to the Present*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-Brussels-New York-Oxford-Wien, 2008; T. RUYS, S. VERHOEVEN, *Attacks by Private Actors and the Right of Self-Defence*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2005, 289; M. BYERS, *Terrorism, the Use of Force and International Law after 11 September*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, 401; J. CHARNEY, *The Use of Force Against Terrorism in International Law*, in *American Journal of International Law*, 2001, 835; L. CONDORELLI, *Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le droit international?*, in *Revue générale de droit international public*, 2001, 829.

⁴² Parere consultivo del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, par. 139: «Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one State against another State».

⁴³ Sentenza *Nicaragua*, cit., par. 195.

⁴⁴ E. SCISO, *L'aggressione indiretta nella definizione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1983, 253; ID., *Legittima difesa e aggressione indiretta secondo la Corte internazionale di giustizia*, ivi, 1987, 627.

Al netto delle critiche della dottrina e di alcuni giudici della Corte a tale limite, definito «dangerous [e] unnecessary strictly»⁴⁵, fino all'11 settembre le indicazioni della Corte furono sostanzialmente seguite dagli Stati. Le azioni armate in territorio altrui contro gruppi terroristici militarizzati, movimenti di liberazione nazionale e forze irregolari erano solitamente giustificate affermando l'esistenza di un legame qualificato tra il *target* non statale e lo Stato ospite considerato a vario titolo coinvolto e/o responsabile nelle attività del primo. Al di là della reale sussistenza nei casi concreti del rivendicato legame qualificato, gli Stati aderivano comunque, almeno formalmente e in linea di principio, ai restrittivi criteri fissati dalla Corte. Tra gli anni Sessanta e Ottanta del XX secolo, ad es., Sud Africa, Israele e Portogallo giustificarono le proprie incursioni armate contro le forze irregolari presenti e operanti dagli Stati limitrofi accusando questi ultimi di supportarle o, comunque, di consentire l'utilizzo dei loro territori come base operativa⁴⁶. È stato così notato come i tre Stati, pur ampliando notevolmente il concetto di *substantial involvement* fino a includervi comportamenti dello Stato ospite in realtà più passivi (inerti o acquiescenti) che commissivi, comunque negassero implicitamente il diritto di legittima difesa in assenza di qualunque coinvolgimento dello Stato ospite nelle condotte dell'attore non statale⁴⁷. Non a caso, infatti, Israele denunciò il pieno coinvolgimento della Tunisia nelle attività dell'OLP

⁴⁵ Sentenza *Nicaragua*, cit., Dissenting opinion of Judge Jennings, 533. Anche il giudice Simma criticò la Corte anche per non aver affrontato la questione della legittimità di una difesa «against large-scale cross-boundary armed attacks by non-State actors [e aver così perso] the opportunity to clarify a matter to the confused state of which it has itself contributed» (sentenza *Armed Activities*, cit., Separate opinion of Judge Simma, 170). S. MURPHY, *op. cit.*, 50 sostiene che il linguaggio dell'art. 51, a differenza di quello dell'art. 2, par. 4, non implica che l'attacco armato debba essere sferrato da uno Stato o da un attore non statale con il supporto o l'assistenza di uno Stato («Article 51 is silent on who or what might commit an armed attack justifying self-defense»).

⁴⁶ Durante la decolonizzazione il Portogallo accusò Guinea, Senegal e Zambia di supportare le condotte, considerate terroristiche, di attori non statali contro i territori sotto la propria amministrazione. Nel 1966, ad es., lo Zambia fu accusato di consentire le «illicit activities on its territory against Portuguese territory», cioè l'Angola (*The Yearbook of the United Nations*, 1966, 122, reperibile *online*). Il Sud Africa accusò gli Stati limitrofi di sostenere o tollerare le attività, considerate terroristiche, dell'*African National Council* e del *South West Africa People's Organization* mentre Israele sin dall'immediato dopoguerra giustificò in questo modo le proprie incursioni armate negli Stati limitrofi e, in particolare, in Libano. Cfr. M. REISMAN, *International Legal Response to Terrorism*, in *Houston Journal of International Law*, 1999, 3; D. BOWETT, *Reprisals Involving Recourse to Armed Force*, in *American Journal of International Law*, 1972, 1.

⁴⁷ C. GRAY, *International Law and the Use of Force*, Oxford, IV ed., 2018, 143-144 (anche per altri casi della prassi come le incursioni thailandesi nell'allora Birmania e quelle senegalesi in Guinea-Bissau).

per giustificare il raid del 1985. Secondo Israele, la Tunisia era pienamente a conoscenza delle attività e degli scopi dell'OLP e, pur essendo «strong enough to stop them», non solo si era astenuta dal farlo ma aveva anche «knowingly harboured the PLO and allowed it complete freedom of action in planning, training, organizing and launching murderous attacks from its soil»⁴⁸.

Al di là degli esiti concreti dei dibattiti in Consiglio di sicurezza su queste vicende, spesso condizionati dai veti apposti o minacciati, la prassi antecedente l'11 settembre manifestava dunque un approccio restrittivo a questo rilevante aspetto di operatività dell'art. 51 nella misura in cui l'esistenza di un certo *involvement*, più o meno *substantial*, dello Stato ospite nelle condotte dell'attore non statale era considerato necessario per poter giustificare, almeno apparentemente, il ricorso alla legittima difesa in territorio altrui.

5.1. Dopo l'11 settembre, al di là del certo e qualificato legame tra al-Qaeda e l'Afghanistan governato dai Talebani (mai messo in dubbio dalla Comunità internazionale), la proliferazione degli attori non statali, in particolare di natura terroristica, e la loro maggiore pericolosità sul piano internazionale, anche dovuta alla più strutturata militarizzazione dei loro apparati, ha determinato il ricorso più frequente all'uso della forza nei loro confronti e, quasi di pari passo, l'interpretazione ancora più lasca della nozione di *involvement* così da includervi anche condotte del tutto passive quale l'incolpevole *inability* dello Stato ospite di contrastare l'attore non statale annidato e operante dal proprio territorio.

La dottrina che valorizza l'*inability* o l'*unwillingness* dello Stato ospite per legittimare la difesa extraterritoriale non autorizzata dagli attori non statali è fondamentale per le interpretazioni espansive perché riconfigura, di fatto eliminandoli, i limiti fissati a suo tempo dalla Corte per accertare l'*involvement* dello Stato ospite e dunque amplia molto il novero delle situazioni in cui si può, almeno apparentemente, invocare l'art. 51⁴⁹. Valorizzando per legittimare l'uso della forza da parte dello Stato vittima anche l'oggettiva incapacità incolpevole dello

⁴⁸ Consiglio di sicurezza, UN Doc. S/PV.2611, cit., par. 65.

⁴⁹ E. CHACHKO, A. DEEKS, *Who is on Board with "Unwilling or Unable"?*, in lawfareblog.com, 10 October 2016; A. DEEKS, *"Unwilling or Unable": Toward a Normative Framework for Extra-Territorial Self-Defense*, in *Virginia Journal of International Law*, 2012, 483; A. D. SOFAER, *Terrorism, the Law, and the National Defense*, in *Military Law Review*, 1989, 89; I. BROWNLIE, *International Law and the Activities of Armed Bands*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1958, 712.

Stato ospite di contrastare gli attori non statali presenti sul proprio territorio, la dottrina *unable or unwilling* introduce rispetto al passato vere e proprie nuove «special rules on attribution of terrorist activities» che, se ancora di «attribution» si può parlare, evocano concettualmente quasi una logica da responsabilità oggettiva⁵⁰.

Anche la dottrina *unable or unwilling* non è comunque una novità della prassi riconducibile all'11 settembre. Già nel 1837 per giustificare l'incursione oltrefrontiera contro il vapore *Caroline*, il Regno Unito correlò espressamente le condotte dei ribelli a quelle degli Stati Uniti. Secondo la lettura britannica, contestata dal governo statunitense, era infatti evidente la «active sympathy» per i ribelli manifestata dai cittadini americani e, soprattutto, l'inerzia o l'incapacità, se non la riluttanza o la connivenza, dello stato di New York e del governo federale di porre un freno alle attività dei ribelli nel proprio territorio⁵¹. Dinanzi all'*inability* del governo federale e forse all'*unwillingness* delle autorità locali, il Regno Unito rimarcò il diritto di intervenire anche senza il consenso statunitense per distruggere il vapore *Caroline*. La situazione straordinaria, dovuta al fatto che «the ordinary laws of the United States were not enforced within the frontier district of the State of New York» e che i ribelli agissero «in American territory without effective steps being taken by the authorities to prevent them», divenne così il presupposto di legittimità della difesa extraterritoriale non autorizzata⁵². Il governo statunitense rigettò nel merito la valutazione britannica ma non contestò, in linea di principio e in punto di diritto, che l'*inability* o l'*unwillingness* dello Stato ospite potessero legittimare la difesa dello Stato vittima e non rimarcò in termini assoluti il divieto di ingresso non autorizzato in territorio altrui⁵³.

⁵⁰ C.J. TAMS, *op. cit.*, 385. Anche in ulteriori situazioni che non è possibile qui esaminare (interventi in territorio altrui a difesa di propri cittadini in pericolo e interventi di più ampia portata come quello statunitense a Grenada nel 1983), le giustificazioni facevano leva, più o meno marcatamente, sulla *inability* o *unwillingness* dello Stato territoriale quale presupposto di legittimità della difesa armata non autorizzata. Il Consiglio di sicurezza e in generale gli Stati respinsero sempre tali giustificazioni e interpretazioni estensive.

⁵¹ I capi dei ribelli, riparati in territorio statunitense, poterono arringare la folla a Buffalo in cerca di volontari statunitensi (accorsi numerosi e armati) per occupare Navy Island, isola nel fiume Niagara sotto sovranità britannica (cosa che poi avvenne sotto il comando di un cittadino statunitense di nome Van Rausselear).

⁵² R.Y. JENNINGS, *op. cit.*, 84-85, 89-90 e 87. Il Primo Ministro britannico Lord Palmerston ammise la possibilità di «some little overstepping of the boundary of the Union for the purpose of more effectually abating a danger which the authorities of the United States would in such a supposition have been unable to control».

⁵³ La posizione dei due governi sulla presunta *inability* o *unwillingness* statunitense (soprattutto con riguardo ai poteri di intervento del governo federale) è in A.D. SOFAER, *On the*

Già nel XIX secolo i due governi riconoscevano dunque la legittima difesa non autorizzata nel territorio dello Stato *unable or unwilling* e non è forse un caso che quegli stessi governi siano oggi tra i maggiori fautori della *modern law of self-defence* quasi a voler raccogliere e proiettare globalmente nel terzo millennio quanto fu seminato nell'Ottocento lungo le rive del fiume Niagara. Se la logica *unable or unwilling*, insieme a un approccio generale alla legittima difesa più espansivo che restrittivo, è da quasi due secoli nelle corde giuridiche anglo-americane, è altresì vero che negli ultimi decenni, e prima dell'11 settembre, tale logica era già stata recepita anche da altri Stati e non tutti occidentali. Ad es., per giustificare le operazioni non autorizzate in territorio iracheno, sin dagli anni Novanta la Turchia ha richiamato l'incapacità, anche senza colpa, dell'Iraq di impedire che la parte settentrionale del territorio fosse usata per pianificare e lanciare attacchi terroristici. La Turchia, consapevole di non poter chiedere all'Iraq «to fulfil its obligation, under international law, to prevent the use of its territory for the staging of terrorist acts against Turkey [dato che] Iraq has not been able to exercise its authority over the northern part of its country since 1991», rivendicava così il diritto di ricorrere a quelle «legitimate measures which are imperative to its own security [perché] no country could be expected to stand idle when its own territorial integrity is incessantly threatened by blatant cross-border attacks of a terrorist organization based and operating from a neighbouring country, if that country is unable to put an end to such attacks»⁵⁴. Al di là di certe ambiguità terminologiche e concettuali sull'effettiva invocazione della legittima difesa e/o sul *reporting* al Consiglio ex art. 51 che talvolta caratterizzano la prassi turca (in questa lettera, ad es., la Turchia non cita espressamente l'art. 51 e la legittima difesa)⁵⁵, il linguaggio e la logica richiamano la dottrina *unable or unwilling*.

Anche l'Iran ha utilizzato l'*inability* e/o l'*unwillingness* dell'Iraq per legittimare le proprie operazioni oltreconfine contro i gruppi armati terroristi e separatisti ivi presenti e operanti contro la sicurezza ira-

Necessity, cit., 214-219. La vicenda *Caroline* si concluse con il governo britannico che, pur considerando legittima la propria azione difensiva, si rammaricò per aver dovuto violare la sovranità territoriale statunitense e si scusò più per la tardiva manifestazione del rammarico che per l'azione in sé.

⁵⁴ *Letter dated 24 July 1995 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/1995/605.

⁵⁵ Per la prassi turca e le correlate ambiguità, cf. C. GRAY, *op. cit.*, 147-149 e 223-224.

niana. Nel citato *reporting* di ottobre 2022, ad es., metteva in risalto che, nonostante le ripetute richieste al governo dell'Iraq e del Kurdistan iracheno di intervenire contro i gruppi armati e le «irrefutable evidence, as well as reliable information» fornite sui campi di addestramento, le Autorità irachene e curde non avevano adottato «effective and concrete measures to comply with their international obligations». Le operazioni in territorio iracheno rappresentavano quindi l'esercizio di un «inherent right to self-defence under international law (...) a necessary and proportionate response to armed and terrorist attacks that targeted Iranian civilians and civilian infrastructure». L'Iran sembra valutare la condotta del governo iracheno come *unwilling* per la mancata adozione di misure concrete ed effettive nonostante le sollecitazioni ricevute e anche l'invito a ottemperare quale membro responsabile dell'ONU agli obblighi internazionali e dunque a esercitare ed estendere «its effective control over its entire territory within internationally recognized borders and to refrain from harbouring such terrorist and armed groups that plan and organize their heinous terrorist acts against Iranian civilians and Iran's national security, sovereignty and territorial integrity» sembra sottendere più l'*unwillingness* (con riguardo in particolare alle condotte del governo regionale del Kurdistan) che l'*inability* dell'Iraq⁵⁶. Anche questa comunicazione presenta alcune ambiguità. Manca, ad es., un espresso riferimento all'art. 51 e viene invece richiamato, in risposta agli attacchi terroristici, «its inherent right to self-defence under international law», sebbene nella parte finale si evidenzi anche che il diritto naturale di legittima difesa viene esercitato «in accordance with international law and the Charter»⁵⁷. Il linguaggio potrebbe segnalare l'incertezza di ricondurre questo tipo di difesa dagli attori non statali fondata sulla dottrina *unable or unwilling* al dettato dell'art. 51 e quindi la ricerca di un più solido fondamento di legittimità nella norma consuetudinaria, anche mediante una formulazione più elusiva e quindi meno criticabile.

Al di là della risoluzione in un senso o nell'altro di tali ambiguità, resta fermo come la logica *unable or unwilling* sia spesso richiamata

⁵⁶ *Letter dated 10 October 2022*, cit., UN Doc. S/2022/748, 1-2.

⁵⁷ Ivi, 2: «While the Islamic Republic of Iran strongly condemns terrorism in all its forms and manifestations, it also reserves its legitimate as well as inherent right, in accordance with international law and the Charter of the United Nations, to respond to any terrorist threat or attack that threatens its people, national security, sovereignty or territorial integrity at any time that it deems appropriate and necessary».

da certi Stati, oltre agli Stati Uniti, per giustificare le proprie azioni armate di natura difensiva in territorio altrui.

5.2. Anche nell'operazione *Inherent Resolve* contro l'ISIS in Siria la dottrina *unable or unwilling* è stata invocata da alcuni Stati (Stati Uniti, Canada, Turchia e Australia) nelle comunicazioni al Consiglio di sicurezza. L'uso della forza in legittima difesa, individuale e collettiva, dalla «minaccia globale e senza precedenti alla pace e alla sicurezza internazionale» rappresentata dall'ISIS fu esercitato in territorio siriano senza il preventivo consenso della Siria proprio in ragione dell'*inability or unwillingness* del suo governo di contrastare l'ISIS⁵⁸. Va però notato come altri Stati partecipanti alla coalizione (ad es., Regno Unito, Francia, Germania e Belgio) invocarono non la logica e il linguaggio *unable or unwilling* nei reports al Consiglio per giustificare l'uso della forza non autorizzato in Siria ma il controllo effettivo esercitato dall'ISIS sulle parti del territorio siriano dove si era radicato e da dove operava. Il diverso fondamento di legittimità richiamato dai due gruppi di Stati dimostrerebbe per alcuni che la dottrina *unable or unwilling* non abbia ancora, a oggi, una rimarchevole diffusione e uniformità. Altri invece, interpretando diversamente il linguaggio e il senso dei reports al Consiglio ex art. 51, ritengono che, anche implicitamente, la dottrina sia sostanzialmente recepita da un numero maggiore di Stati⁵⁹. Al di là di queste diverse interpretazioni della prassi, è comunque significativo come tutti gli Stati partecipanti a *Inherent Resolve* abbiano escluso la violazione della sovranità e integrità territoriale della Siria e sostenuto la legittimità della difesa extraterritoriale non autorizzata.

⁵⁸ Nel preambolo della risoluzione 2249 (2015), adottata il 20 novembre 2015, il Consiglio determinò che «the Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL, also known as Da'esh) constitutes a global and unprecedented threat to international peace and security».

⁵⁹ Nel primo senso si veda C. GRAY, *op. cit.*, 243-245 («There is still little express support for this doctrine by states, even by those participating in the US-led *Operation Inherent Resolve* in Syria») e P. PICONE, *L'insostenibile leggerezza*, cit., 25-27 (il quale rileva «per il criterio dell'*unwilling or unable State* (...) l'assenza di qualsiasi adeguato fondamento teorico [e le] degenerazioni che produce circa l'operatività dell'autotutela collettiva») e ID., *Unilateralismo e guerra contro l'ISIS*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, 5. Nel secondo senso, invece, si veda E. CHACHKO, A. DEEKS, *op. cit.*, secondo cui dieci Stati sostengono esplicitamente la dottrina (Stati Uniti, Regno Unito, Germania, Paesi Bassi, Repubblica Ceca, Canada, Australia, Russia, Turchia e Israele), tre la sostengono implicitamente (Belgio, Iran e Sud Africa), 18 Stati manifestano posizioni ambigue (Francia, Danimarca, Norvegia, Portogallo, i sei Membri del Gulf Cooperation Council, Egitto, Iraq, Giordania e Libano) e quattro invece si oppongono (Siria, Venezuela, Ecuador e Cuba).

Gli Stati che si fondano sulla dottrina *unable or unwilling* mettono in risalto, per giustificare l'uso della forza non autorizzato, una sorta di responsabilità intesa in senso molto lato dello Stato ospite che finisce per ricomprendere tanto la complicità o la connivenza con l'attore non statale, in cui la legittima difesa consegue alla violazione di obblighi internazionali da parte dello Stato ospite⁶⁰, che l'oggettiva e incolpevole incapacità dello Stato di contrastare l'attore non statale. Il risultato finale è però lo stesso in tutti i casi: la tutela della sovranità e integrità territoriale dello Stato ospite cedere il passo all'esigenza di difesa dello Stato vittima. Gli Stati che invece fondano l'uso della forza non autorizzato sulla perdita del controllo territoriale da parte dello Stato sembrano quasi considerare estraneo lo spazio territoriale e personale sotto il controllo dell'attore non statale rispetto al corpo dello Stato. In altri termini, pare quasi che la sovranità e integrità territoriale della Siria, e dunque anche il suo consenso, non rilevino più dato che la legittima difesa si esercita esclusivamente in e contro un territorio ormai estraneo in quanto sotto l'altrui autorità e controllo.

Tutti gli Stati, poi, hanno escluso la violazione della sovranità e integrità territoriale siriana dato che le operazioni avevano come target esclusivo l'ISIS e non anche il governo, il popolo e le forze armate della Siria. Gli argomenti addotti per legittimare la difesa extraterritoriale non autorizzata in Siria evidenziano alcuni profili problematici. In primo luogo, precisare che le operazioni ebbero come unico *target* l'ISIS non basta a evitare la violazione della sfera giuridica dello Stato ospite perché il diritto internazionale ne tutela sovranità e integrità senza condizionarle alle *abilities* e *willingnesses* del governo. Anche nel diritto internazionale dei conflitti armati la precisazione è irrilevante perché un conflitto armato internazionale, parallelo al conflitto armato non internazionale tra gli Stati intervenienti e l'attore non statale, si instaura comunque «between the territorial State and the intervening State when force is used on the former's territory without its

⁶⁰ Così interpretiamo la giustificazione di Israele per il raid in Tunisia del 1985: «What is that responsibility, and what is its relationship to the question of sovereignty? We cannot be confused or deflected by a misleading definition of sovereignty. Sovereignty cannot be separated from its responsibilities, and chief among these is preventing a sovereign territory from being used as a launching ground for acts of aggression against another country. When a country abdicates that fundamental responsibility, either deliberately or because of neglect, it risks taking upon itself all the consequences of such dereliction of duty» (Consiglio di sicurezza, 2 ottobre 1985, UN Doc. S/PV.2611, intervento Israele, par. 67).

consent» e dunque indipendentemente dal fatto che il target sia costituito esclusivamente dall'attore non statale⁶¹.

In secondo luogo, il fatto che lo Stato territoriale sia *unable or unwilling* rispetto alle condotte dell'attore non statale non significa anche e necessariamente che gli altri Stati possano legittimamente usare la forza nella sua sfera spaziale e personale, essendo i regimi giuridici di riferimento distinti, e tanto più ciò è vero in caso di pura *inability* dove, tra l'altro, non si capisce perché lo Stato *unable* debba perdere il diritto di autorizzare gli altri Stati a usare la forza nel proprio territorio.

In terzo luogo, la perdita temporanea del controllo su una parte del territorio è una situazione di fatto dalla quale non deriva anche la perdita dei diritti che attengono al rapporto tra il legittimo sovrano e quella parte del suo territorio. Il territorio illegalmente controllato dall'ISIS resta territorio della Siria e dunque non si comprende perché i diritti della Siria su quel territorio diventino irrilevanti e gli Stati intervenienti non siano più tenuti a rispettarli. Inoltre, la difesa collettiva dalla minaccia globale e senza precedenti rappresentata dall'ISIS non è incompatibile con la perdurante tutela della sovranità e integrità territoriale della Siria ma, anzi, deve realizzarsi proprio nel loro rispetto e dunque in conformità con la volontà sovrana dello Stato territoriale che, suo malgrado, sia anche ospite dell'attore non statale.

Nel valutare l'ammissibilità e l'eventuale consolidamento delle diverse giustificazioni per la difesa non autorizzata in territorio altrui la cautela è d'obbligo. Da un lato, gli Stati che la subiscono protestano sempre vigorosamente, arrivando a definire tali interventi quali veri e propri «atti di aggressione»⁶² e condizionando dunque ogni legittimità

⁶¹ International Committee of the Red Cross, Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, Geneva, 12 August 1949, Commentary of 2016, Article 2: Application of the Convention, section 262, reperibile *online*: «It is useful to recall that the population and public property of the territorial State may also be present in areas where the armed group is present and some group members may also be residents or citizens of the territorial State, such that attacks against the armed group will concomitantly affect the local population and the State's infrastructure». In senso contrario, cfr. C. KRESS, *Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2010, 245; N. LUBELL, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford, 2010; A. PAULUS, M. VASHAKMADZE, *Asymmetrical war and the notion of armed conflict – a tentative conceptualization*, in *International Review of the Red Cross*, 2009, 95.

⁶² *Identical letters dated 26 February 2021 from the Permanent Representative of the Syrian Arab Republic to the United Nations addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council*, UN Doc. S/2021/197. La Siria protestò per un bombardamento statunitense nel governatorato di Dayr al-Zawr al confine tra Siria e Iraq.

al loro previo consenso. Anche il Consiglio di sicurezza, quando in condizione di deliberare (come avvenne per il raid israeliano in Tunisia e come non è mai invece avvenuto per l'operazione *Inherent Resolve*), ha sempre censurato tali interventi. D'altro lato, però, in tempi più recenti un maggior numero di Stati rispetto ai "soliti noti" del passato (Stati Uniti, Regno Unito, Turchia, Israele, etc.) ha fatto riferimento a queste logiche interventiste, correlate o meno alla dottrina *unable or unwilling*, ed è rimarchevole che anche certi Stati non inclini di solito a usare la forza (Belgio, Norvegia, Danimarca e Germania) nella vicenda siriana abbiano adottato letture espansive della legittima difesa.

A tal riguardo, dunque, le operazioni contro l'ISIS, interpretate attraverso il prisma dei *reports* al Consiglio e pur nella varietà di geometrie, toni e contenuti, rivelano una *summa* degli elementi che più caratterizzano la moderna legittima difesa: il carattere «armato» degli attacchi terroristici (così la Germania in riferimento agli attentati in Francia)⁶³, la nozione dilatata di imminenza, l'accumulazione degli eventi a fini temporali e di intensità, l'*inability or unwillingness* della Siria nel contrastare l'ISIS. Si tratta di dati ed elementi, inclusa la logica *unable or unwilling*, che probabilmente non sono ancora consolidati nel diritto internazionale ma segnalano comunque una tendenza che andrà analizzata con grande attenzione in futuro date le conseguenze che la sua cristallizzazione determinerebbe e sulle quali svolgeremo qualche riflessione nell'ultimo paragrafo.

6. Un terzo aspetto della legittima difesa che è particolarmente oggetto di rivisitazione estensiva è quello temporale. L'art. 51 definisce questo parametro richiamando un attacco armato in atto (*if an armed attack occurs*) e sembra dunque escludere l'anticipazione della difesa a un momento che preceda il suo inizio effettivo. Il dato testuale è restrittivo e anche la Corte internazionale, pur non essendo mai entrata nel merito dell'ammissibilità di una difesa anticipata, ha comunque ribadito che la legittima difesa è ammissibile «only within the strict confines laid down» nell'art. 51⁶⁴.

⁶³ *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: «ISIL has carried out, and continues to carry out, armed attacks against Iraq, France, and other States».

⁶⁴ Sentenza *Armed Activities*, cit., par. 148.

La lettura testuale dell'art. 51 comporta che lo Stato vittima non possa legittimamente difendersi fino a quando l'attacco non sia iniziato anche se la situazione prefiguri chiaramente che l'attacco è ormai imminente, cioè in procinto di essere sferrato (ad es., la squadriglia giapponese in volo verso Pearl Harbour o un missile di uno Stato ostile in rampa di lancio puntato verso il territorio dello Stato bersaglio). Dinanzi a situazioni del genere, e per evitare il paradosso che uno Stato debba attendere di essere effettivamente colpito per potersi difendere, o si considera l'attacco non imminente ma già in corso (così rispettando il dettato formale dell'art. 51 senza dover dimostrare che il testo autorizzi in effetti anche la difesa dagli attacchi imminenti)⁶⁵ oppure si ammette che l'art. 51 include anche la difesa dagli attacchi imminenti⁶⁶.

In tal caso, l'imminenza viene valutata sulla base di rigidi parametri di natura temporale che la circoscrivono solo a ciò che sta effettivamente per accadere: una difesa che qui chiameremo anticipata, anticipatoria o *anticipatory* per distinguerla dalla difesa da attacchi non imminenti, minacce e pericoli che chiameremo invece preventiva, *preventive* o *pre-emptive* (in dottrina la terminologia sul punto non è uniforme e gli stessi termini hanno talvolta significati diversi)⁶⁷.

⁶⁵ Talvolta gli Stati hanno considerato certi contesti come situazioni di attacco in corso piuttosto che imminente. Ad es., nella Guerra dei Sei Giorni del 1967, Israele sostenne che le condotte di Egitto (come la chiusura degli Stretti di Tiran), Giordania e Siria equivalevano già a un attacco armato e non qualificò la propria difesa come anticipata o preventiva.

⁶⁶ Anche in considerazione del fatto che può essere molto breve il lasso temporale che intercorre tra essere un attacco imminente e poi essere già in atto e che sia il difendersi unilateralmente che l'attivare il Consiglio richiedono tempi non istantanei o sufficientemente rapidi, è ragionevole ritenere che la locuzione *if an armed attack occurs* possa includere anche la difesa dagli attacchi imminenti.

⁶⁷ E. LOUKA, *Precautionary Self-Defense and the Future of Preemption in International Law*, in M. ARSANJANI et al. (eds.), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, 2011, 951; D. SADOFF, *Striking a Sensible Balance on the Legality of Defensive First Strikes*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2009, 441; N. SHAH, *Self-Defence, Anticipatory Self-Defence and Pre-Emption: International Law's Response to Terrorism*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2007, 95; T. D. GILL, *The Temporal Dimension of Self-Defence: Anticipation, Pre-emption, Prevention and Immediacy*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2006, 361; D. SVARC, *Redefining Imminence: The Use of Force Against Threats and Armed Attacks in the Twenty-First Century*, in *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2006, 171; S. MURPHY, *The Doctrine of Preemptive Self-Defense*, in *Villanova Law Review*, 2005, 699; R. COATE, *The UN and the Legal Status of Preemptive and Preventive War*, in B. GLAD, C. DOLAN (eds.), *Striking First: The Preventive War Doctrine and the Reshaping of U.S. Foreign Policy*, New York, 2004, 167; A. ECKERT, M. MOFIDI, *Doctrine or Doctrinaire – The First Strike Doctrine and Preemptive Self-Defense Under International Law*, in *Tulsa Journal of International and Comparative Law*, 2004, 117; E. CANNIZZARO, *La dottrina della guerra preventiva*, in *Rivista*

L'inclusione degli attacchi imminenti nel campo di applicazione dell'art. 51 è questione controversa, anche in dottrina⁶⁸. Nel suo rapporto *In Larger Freedom* del 2005, ad es., il Segretario generale incluse anche gli attacchi imminenti tra quelli «fully covered by article 51» e sottolineò che i «lawyers have long recognized that this covers an imminent attack as well as one that has already happened»⁶⁹. Già il Panel nominato dallo stesso Segretario generale nel 2004 aveva ritenuto che nonostante il linguaggio restrittivo dell'art. 51 lo Stato minacciato, «according to long established international law, can take military action as long as the threatened attack is *imminent*, no other means would deflect it and the action is proportionate»⁷⁰.

La questione dell'inclusione anche degli attacchi imminenti nella legittima difesa e, nel caso, della definizione del concetto di imminenza non è questione recente tanto che la vicenda *Caroline* offre alcuni spunti di riflessione nella misura in cui evidenzia il tentativo *ante litteram* britannico di espandere la nozione di imminenza e la volontà degli Stati Uniti, almeno allora, di fissare invece rigidi parametri di valutazione. Ricostruendo la giornata conclusasi con la distruzione del *Caroline* alla fonda notturna in territorio statunitense, l'azione britannica, applicando i parametri dell'art. 51, non fu certo in difesa da un attacco in atto o imminente. Al contrario, applicando parametri più estensivi basati sulla logica dell'accumulazione degli eventi, questa volta applicata in ottica temporale e non per quantificare la gravità dell'attacco, si arriva a ritenere, come traspare dalle giustificazioni del Regno Unito, che l'arco temporale delle attività del *Caroline* fu valutato unitariamente così da ricostruire una perdurante persistenza della condotta offensiva anche oltre la fine delle attività diurne e, dunque,

di diritto internazionale, 2003, 171; C. GREENWOOD, *International Law and Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaeda, and Iraq*, in *San Diego International Law Journal*, 2003, 24; M. E. O'CONNELL, *The Myth of Preemptive Self-Defense*, in *ASIL Task Force Papers*, August 2002; D. RODIN, *War and Self-Defense*, Oxford, 2002; G. WALKER, *Anticipatory Collective Self-Defence in the Charter Era: What the Treaties Have Said*, in *Cornell International Law Journal*, 1998, 321.

⁶⁸ D. SADOFF, *A Question of Determinacy: The Legal Status of Anticipatory Self-Defense*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2009, 523; O. SCHACHTER, *The Right of States to Use Armed Force*, in *Michigan Law Review*, 1984, 1620.

⁶⁹ UN General Assembly, *In larger freedom: towards development, security and human rights for all*, Report of the Secretary-General, 2005, UN Doc. A/59/2005, section 124.

⁷⁰ *A more secure world: Our shared responsibility*, Report of the Secretary-General's High-level Panel on Threats, Challenges and Change, 2004, section 188. Il Panel distingue all'interno della *anticipatory self-defence* tra agire «pre-emptively (against an imminent or proximate threat)» e agire «preventively (against a non-imminent or non-proximate one)» (section 189).

una situazione di *ongoing* o *continuing attack* tale da legittimare la difesa. Dal canto loro, invece, gli Stati Uniti fissarono con la celebre formula del Segretario di Stato, Daniel Webster, gli stringenti requisiti, anche temporali, affinché la difesa fosse legittima prima dell'inizio effettivo dell'attacco: *instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation*⁷¹. Questi requisiti delineano quella difesa anticipata da un attacco imminente *fully covered by article 51* e non invece quella difesa preventiva da attacchi non imminenti, minacce o pericoli invocata dalle moderne teorie espansive. I requisiti si caratterizzano per l'intrinseca e predominante connotazione di natura temporale: essere costretto ad azioni immediate per fronteggiare una situazione travolgente che non lascia alternative significa non avere tempo poiché l'altrui attacco sta effettivamente per verificarsi. La connotazione temporale della necessità, valutata in termini molto restrittivi⁷², comporta che la finestra di legittimità della difesa anticipata è altrettanto ristretta e che dunque ogni difesa preventiva, cioè da situazioni in cui l'attacco non stia realmente per verificarsi, è sempre illegittima.

Dalla vicenda *Caroline* emerge dunque che il diritto di difesa anticipata, se contenuto nei limiti rigorosi della formula Webster, non fu mai in discussione tra i due governi. La necessità di difendersi trovò limiti precisi e contenuti e certi in un quadro valutativo caratterizzato dall'imminenza temporale dell'attacco che diventerà poi nell'art. 51 la cartina al tornasole della legittimità delle reazioni anticipate e dell'illegittimità di quelle preventive.

Queste acquisizioni trovano conferma nella prassi successiva all'adozione della Carta. Nel caso dell'attacco britannico contro Forte Harib (cfr. par. 4.1), oltre a utilizzare la *pin-prick theory* per dimostrare la gravità e la persistenza nel tempo delle incursioni yemenite, il Regno Unito qualificò l'azione anche come necessaria «to prevent further attacks against the territorial integrity of the South Arabian Fede-

⁷¹ I requisiti sono indicati nella nota del 27 luglio 1842 (reperibile *online*) inviata dal Segretario di Stato statunitense, Daniel Webster, a Lord Ashburton, inviato speciale britannico per alcune questioni pendenti tra i due governi, inclusa la vicenda *Caroline*.

⁷² Nella nota del 1842, Webster chiese motivazioni dettagliate e rigorose sull'effettiva necessità di una incursione armata non autorizzata esigendo che il governo britannico e le autorità locali canadesi ne dessero puntuale dimostrazione. Nella nota di risposta del giorno successivo (reperibile *online*), Lord Ashburton rimarcò come l'azione non fosse premeditata ma dettata dalla circostanza inaspettata del *Caroline* alla fonda in acque statunitensi che non lasciava «time for deliberation» e precisò altresì la necessità dell'attacco notturno e della distruzione.

ration»⁷³. Nel successivo dibattito in Consiglio di sicurezza, però, la situazione non fu ritenuta una «emergency situation» ex art. 51 e la reazione britannica non fu qualificata come «a spontaneous act of defense in the face of unbearable provocation» ma come un premeditato atto di rappresaglia compiuto non nell'immediatezza del fatto ma dopo che «a whole day» era trascorso dall'ultima incursione⁷⁴.

In occasione dell'attacco israeliano del 7 giugno 1981 a un reattore nucleare iracheno in costruzione il rigetto da parte del Consiglio della difesa preventiva fu ancora più chiaro e netto⁷⁵. Per Israele esistevano prove che il programma nucleare iracheno celasse finalità militari e che le armi nucleari, una volta disponibili, sarebbero state utilizzate contro Israele alla luce della minacciosa ostilità da sempre manifestata dall'Iraq. Israele giustificò l'azione invocando la legittima difesa «as understood in general international law and as preserved in Article 51», ritenne rispettati i requisiti di imminenza, necessità e proporzionalità perché la legittima difesa, pur non essendo cambiata «throughout recorded history», aveva comunque ampliato il suo ambito applicativo per adattarsi allo sviluppo tecnologico delle armi e consentire la difesa anche dalle armi nucleari⁷⁶. Senza discutere la formula Webster (l'azione fu giustificata proprio in base ai parametri ivi indicati), Israele evidenziò che applicarla come formulata nel 1837 ignorando le minacce nucleari sarebbe stato assurdo e avrebbe «castrato» il diritto di legittima difesa⁷⁷ e dunque non qualificò la propria azione come preventiva (non essendo finalizzata «to avert some future, hypothetical threat») ma, interpretando estensivamente i requisiti, come anticipatoria rispetto a una situazione già esistente e imminente⁷⁸.

⁷³ Consiglio di sicurezza, 9 aprile 1964, UN Doc. S/PV.1111, intervento Regno Unito, par. 30.

⁷⁴ Fu inoltre rimarcato che una «proper defensive measure» avrebbe dovuto rivolgersi solo contro i mezzi aerei yemeniti impegnati nelle incursioni e non contro il Forte Harib. Cfr. Consiglio di sicurezza, 3 aprile 1964, UN Doc. S/PV.1107, intervento Iraq, par. 14, 15 e 17.

⁷⁵ Il Consiglio di sicurezza si riunì 9 volte dal 12 al 19 giugno 1981.

⁷⁶ «Ultimately we were left with no choice. We were obliged to remove that mortal danger». La proporzionalità era rispettata data la decisione di distruggere il reattore di domenica e mentre era ancora in costruzione per minimizzare il numero delle vittime ed evitare che la distruzione una volta operativo producesse un «massive radioactive fallout [i cui effetti] would have been lethal and tens of thousands, and possibly hundreds of thousands, would have been grievously harmed» (Consiglio di sicurezza, 12 giugno 1981, S/PV.2280, intervento Israele, par. 96 e 59; per la citazione nel testo, par. 58).

⁷⁷ Consiglio di sicurezza, 19 giugno 1981, UN Doc. S/PV.2288, intervento Israele, par. 80 e 85.

⁷⁸ Consiglio di sicurezza, 15 giugno 1981, UN Doc. S/PV.2282, intervento Spagna, par. 77.

Le similitudini di questa impostazione con le più recenti teorie espansive sono almeno due: l'esigenza di adattare la difesa ai nuovi fenomeni (allora le armi nucleari, oggi il terrorismo) e la dilatazione temporale della nozione di imminenza che si ottiene postulando una generale e permanente situazione di offesa da cui doversi difendere in qualunque momento (in questo senso i richiami alle condotte ostili irachene sin dalla nascita di Israele). A eccezione degli Stati Uniti, il rigetto della posizione israeliana da parte degli altri Stati fu uniforme e confermò la tenuta della lettura restrittiva della legittima difesa. L'azione non fu considerata anticipatoria ma preventiva e illegittima non sussistendo in alcun modo un attacco armato ed essendo il prospettato attacco nucleare solo potenziale e futuro e non imminente. La necessità *instant and overwhelming* di difendersi fu negata in quanto, come anche riconosciuto da Israele e dal preambolo della risoluzione 487 (1991), l'azione era premeditata da tempo. Una difesa pianificata, infatti, esclude *in re ipsa* l'esistenza di un attacco in atto o imminente e quindi la necessità di agire: premeditazione e legittima difesa sono concetti mutuamente esclusivi perché pianificare la difesa implica che l'offesa non può avere quel carattere di immediatezza che giustifica la necessità di difendersi in assenza di ogni altra alternativa. La relazione tra una specifica e concreta condotta offensiva e una altrettanto specifica e puntuale risposta difensiva è fondamentale nelle letture restrittive mentre è diluita fino a scomparire in quelle espansive che fanno leva proprio su stati permanenti e generici di attacco, minaccia o pericolo (più o meno imminenti, presenti e reali) per consentire difese premeditate, organizzate ed esercitate dallo Stato vittima in qualunque momento.

La risoluzione 487 del 19 giugno 1981, adottata all'unanimità, riaffermò l'interpretazione dell'art. 51 nei limiti restrittivi e non dilatati della difesa anticipata e la centralità del Consiglio nel gestire pericoli o minacce non ancora evolutesi in attacchi armati, imminenti o in atto. Dal canto suo, invece, e al di là delle giustificazioni offerte, Israele disvelò quell'approccio espansivo che, respinto allora, si difonde oggi e dalla posizione statunitense se ne desume l'implicita accettazione. Negli interventi in Consiglio, brevi e non focalizzati sugli aspetti giuridici, gli Stati Uniti infatti non si pronunciarono sulla legittimità dell'approccio espansivo e censurarono «solely» il fatto che Israele avesse agito senza prima esaurire le opzioni pacifiche⁷⁹.

⁷⁹ Consiglio di sicurezza, 19 giugno 1981, UN Doc. S/PV.2288, par. 157 e 28. La limitata censura nei confronti di Israele spiega il voto affermativo alla risoluzione 487 (1981) ma anche il testo più edulcorato rispetto alla prima bozza proposta. Essa non fu infatti adottata ai

6.1. La lettura sistemica dell'art. 51 e dei poteri del Consiglio di sicurezza, insieme alla prassi richiamata, evidenziano, a nostro avviso, una predominante lettura restrittiva dell'istituto della legittima difesa e, con riguardo all'anticipazione della difesa prima dell'effettivo inizio di un attacco, la tendenziale ammissibilità nei soli limiti di una ristretta finestra di imminenza misurata secondo stringenti condizioni ancorate a rigidi e oggettivi parametri temporali sulla falsariga di quelli previsti dalla formula Webster.

Il vero spartiacque tra le letture restrittive ed espansive, però, non sta oggi tanto nella distinzione tra attacco in atto e imminente ma in quella tra situazione di pericolo o minaccia di attacco e situazioni invece di attacco attuale o imminente. Questa distinzione ha grande significato nella Carta perché circoscrive il limite, anche temporale, di esercizio della difesa unilaterale al fine di valorizzare al massimo, nelle situazioni di solo pericolo o minaccia di attacco, il ruolo del Consiglio di sicurezza nella gestione multilaterale delle crisi funzionale proprio a evitare che pericoli o minacce evolvano in attacchi armati e dunque in violazioni della pace e atti di aggressione. La distinzione tra minaccia o pericolo e attacco è quindi centrale perché ripartisce la competenza ad agire tra il Consiglio, in situazioni di minaccia o pericolo, e lo Stato, in situazioni di attacco in atto o imminente⁸⁰. Demarcare i confini tra queste diverse situazioni è molto difficile perché ogni attacco armato prima di essere attuato o diventare imminente richiede una serie di attività preparatorie della più disparata natura (militare, politica, industriale, etc.) che si realizzano in un arco temporale che può spaziare da poche ore a diversi anni prima dell'effettivo inizio dell'attacco. Per lo Stato che sarà destinatario dell'attacco, l'approssimarsi graduale del suo effettivo inizio comporta l'altrettanto graduale trasformazione di un pericolo (prima solo ipotetico e poi reale) in una minaccia (prima remota nel tempo e poi sempre più imminente) e infine in un attacco (prima imminente e poi in atto). All'oggettiva difficoltà di demarcare tali passaggi si aggiunge l'ampia discrezionalità di cui lo Stato – che si sente in pericolo o minacciato o sotto attacco – si avvale per qualificare la concreta situazione e agire come meglio

sensi del capitolo VII e l'azione israeliana non fu qualificata come una aggressione ma come una «clear violation» dell'art. 2, par. 4.

⁸⁰ In una situazione di minaccia, anche imminente, il Consiglio di sicurezza ha tempo, modo e strumenti per gestirla mentre in caso di un attacco ormai imminente, cioè in procinto di essere sferrato, solo lo Stato destinatario ha la capacità, perlomeno in prima battuta, di affrontare la situazione reagendo in difesa.

crede a tutela della propria sicurezza. Si comprende dunque come l'obiettivo fondamentale delle teorie espansive nel rivisitare gli elementi della legittima difesa sia proprio quello di ridefinire il confine stesso tra pericoli o minacce e attacchi così da rimettere allo Stato, e non al Consiglio, la gestione anche delle minacce e dei pericoli per la sua sicurezza. La chiave di volta di questo processo di complessiva rivisitazione sta nel valutare il concetto di imminenza, riferito non solo agli attacchi ma anche alle minacce, sulla base non più solamente, o comunque prevalentemente, di parametri di carattere temporale ma soprattutto di carattere esistenziale così che ogni situazione, incluse quelle di pericolo o minaccia remota, diventi imminente e legittimi la difesa armata. Ancora una volta la logica dell'accumulazione degli eventi – qui applicata per rivisitare la complessiva temporalità, dilatando il concetto di imminenza, e non la gravità degli eventi – diventa uno strumento prezioso per conseguire tale obiettivo.

Introdotta in modo sistematico e programmatico nelle strategie di sicurezza nazionale dell'Esecutivo statunitense dal 2002 in poi, la *pinprick theory* è stata poi messa a sistema soprattutto in alcuni principi della dottrina Bethlehem per configurare un concetto di imminenza dilatata in cui l'elemento temporale, un tempo del tutto predominante, non è più un requisito essenziale perché ormai affiancato da diversi e più rilevanti parametri⁸¹. Il principio 8 della dottrina Bethlehem non caratterizza più l'imminenza in termini strettamente o esclusivamente temporali (è imminente solo ciò che sta per accadere) ma esistenziali (è imminente la situazione complessiva da cui potrà scaturire un attacco prima o poi). Essa infatti finisce per dipendere da una serie di circostanze, valutate in termini di probabilità e ragionevolezza, che riconfigurano come un perdurante stato imminente di minaccia o attacco ciò che, secondo un parametro prettamente temporale, non sarebbe mai imminente e il più delle volte non sarebbe altro che una situazione di minaccia non imminente o, addirittura, di pericolo, talvolta anche ipotetico⁸².

⁸¹ D. BETHLEHEM, *International law and the use of force*, cit.; ID., *Self-Defense Against an Imminent or Actual Armed Attack*, cit., 770. Alla dottrina Bethlehem fanno espresso riferimento quegli Stati (come, ad es., Australia, Regno Unito e Stati Uniti) che più supportano le teorie espansive. V. *supra*, nota 1.

⁸² D. BETHLEHEM, *Self-Defense*, cit., 775: «Whether an armed attack may be regarded as 'imminent' will fall to be assessed by reference to all relevant circumstances, including (a) the nature and immediacy of the threat, (b) the probability of an attack, (c) whether the anticipated attack is part of a concerted pattern of continuing armed activity, (d) the likely scale of the attack and the injury, loss, or damage likely to result therefrom in the absence of mitigating

Impostato così il ragionamento, il principio 8 statuisce che neanche «the absence of specific evidence of where an attack will take place or of the precise nature of an attack» preclude la conclusione che «an armed attack is imminent» se comunque sussista «a reasonable and objective basis for concluding that an armed attack is imminent». Per questa via, come già per soppesare la gravità di un attacco, la logica di accumulazione dilata la nozione di imminenza sostituendo una impostazione atomistica e istantanea della difesa (mi difendo da attacchi che singolarmente considerati sono in atto o comunque temporalmente e realmente imminenti) con una di tipo situazionale in cui l'attacco o la minaccia sono considerati continuamente imminenti e la difesa diventa dunque legittima in ogni momento. Anche una serie di eventi pericolosi o minacciosi – accaduti in un passato neanche prossimo oppure futuri e ipotetici, distanti e intermittenti tra loro e/o collegati da nessi causali ricostruiti in termini deduttivi, probabilistici e/o verosimili – può ben diventare quel «concerted pattern of continuing armed activity» che si estende senza limiti avanti e indietro nel tempo e da cui è dunque possibile difendersi sempre.

La logica dell'accumulazione degli eventi estende l'arco temporale di imminenza fino a situazioni di minaccia o mero pericolo e svincola lo Stato dalla chiara distinzione operata dalla Carta tra minaccia e uso della forza e dalla correlata ripartizione di poteri e competenze tra lo Stato e il Consiglio di sicurezza, ancora una volta attribuendogli il diritto di perimetrare in modo unilaterale e discrezionale l'orizzonte temporale degli eventi per ricostruire una situazione esistenziale in cui tutto diventa imminente ai fini della difesa armata. Applicando questa impostazione diventa difficile continuare a distinguere effettivamente la difesa anticipata da un attacco imminente dalla difesa preventiva da minacce non imminenti e pericoli futuri o ipotetici. L'imminenza dilatata sfuma infatti le distinzioni della Carta tra minaccia e uso della forza, e tra uso offensivo e difensivo della forza, trasformando certe valutazioni, a lungo ancorate a fattori temporali, in generici e perduranti stati di pericolo situazionale in cui il confine logico e giuridico tra difesa anticipata e preventiva in realtà diventa indistinguibile.

action, and (e) the likelihood that there will be other opportunities to undertake effective action in self-defense that may be expected to cause less serious collateral injury, loss, or damage». Sulla natura esistenziale del concetto di imminenza, M. MILANOVIC, *The Soleimani Strike and Self-Defence Against an Imminent Armed Attack*, in www.ejiltalk.org, 7 January 2020.

Al di là dei sofismi argomentativi e logici su ciò che possa considerarsi in atto, imminente, minaccioso o pericoloso, agire per primo contro situazioni non imminenti, ipotetiche, potenziali e/o future significa usare la forza in modo offensivo e non difensivo⁸³. Questa conclusione si ricava dalla c.d. dottrina Bush elaborata dopo l'11 settembre e anticipata nei suoi tratti fondamentali nella lettera al Consiglio di sicurezza del 7 ottobre 2001 relativa all'operazione *Enduring Freedom*⁸⁴. In questi documenti è evidente la postura preventiva e offensiva, piuttosto che reattiva e difensiva⁸⁵, strumentale «to prevent and deter further attacks» e fondata sulla pretesa che colpire per primi (*strike first*), ossia «before attacks occur, even if uncertainty remains as to the time and place of the enemy's attack», sia legittimo in nome del principio secondo cui la «best defense is a good offense»⁸⁶.

Come anticipato, la difficoltà di distinguere l'approccio preventivo degli Stati Uniti dall'approccio anticipatorio della dottrina Bethlehem e di stabilire una differenza effettiva tra le minacce e i pericoli che ancora non si sono materializzati e le situazioni considerate imminenti in base alla nozione dilatata che si ricava applicando la logica di

⁸³ C. MURRAY, *Lies, the Bethlehem Doctrine, and the Illegal Murder of Soleimani*, in www.craigmurray.org, 4 January 2020; E. WILMSHURST, M. WOOD, *Self-Defense against Nonstate Actors: Reflections on the Bethlehem Principles*, in *American Journal of International Law*, 2013, 390; D. AKANDE, T. LIEFLANDER, *Clarifying Necessity, Imminence, and Proportionality in the Law of Self-Defense*, ivi, 563; M. SAPIRO, *Iraq: Shifting Sands of Preemptive Self-Defense*, in *American Journal of International Law*, 2003, 599.

⁸⁴ White House (President G. W. Bush), *The National Security Strategy*, September 2002; White House (President G. W. Bush), *The National Security Strategy*, March 2006; White House (President B. Obama), *The National Security Strategy*, May 2010; *Letter dated 7 October 2001 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council*, UN Doc. S/2001/946. In dottrina, cfr. M. REISMAN, A. ARMSTRONG, *The Past and the Future of the Claim of Preemptive Self-Defense*, in *American Journal of International Law*, 2006, 525; A. DI BLASE, *La "dottrina Bush" e il diritto internazionale*, in *Studi in onore di G. Arangio Ruiz*, vol. III, Napoli, 2004, 1587; U. VILLANI, *Legittima difesa e lotta al terrorismo nell'operazione Enduring Freedom*, ivi, 1771; C. HENDERSON, *The Bush Doctrine: From Theory to Practice*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2004, 3; O. CORTEN, F. DUBUISSON, *Operation "Liberté immuable": une extension abusive du concept du légitime défense*, in *Revue générale de droit international public*, 2002, 51; C. GRAY, *The US National Security Strategy and the New "Bush Doctrine" on Preemptive Self-Defense*, in *Chinese Journal of International Law*, 2002, 437.

⁸⁵ *The National Security Strategy 2002*, cit., 15: «Given the goals of rogue states and terrorists, the United States can no longer solely rely on a reactive posture as we have in the past. The inability to deter a potential attacker, the immediacy of today's threat, and the magnitude of potential harm that could be caused by our adversaries' choice of weapons, do not permit that option. We cannot let our enemies strike first».

⁸⁶ Il primo virgolettato è in *Letter dated 7 October 2001*, cit.; il secondo è in *The National Security Strategy 2006*, cit., 23; il terzo è in *The National Security Strategy 2002*, cit., 6.

accumulazione degli eventi è notevole. Gli Attorney General britannici hanno varie volte puntualizzato che la difesa attuata dal Regno Unito ha sempre avuto un carattere anticipatorio, anche legato a una concezione dilatata di imminenza, ma mai preventivo, smarcandosi espressamente dalla dottrina Bush⁸⁷.

Al di là del possibile mutamento della *policy* statunitense che per alcuni con il Presidente Obama avrebbe abbandonato l'approccio preventivo a favore di una postura anticipatoria fondata sull'imminenza dilatata⁸⁸, e pur essendo formalmente fondata e condivisibile la presa di distanza britannica nella misura in cui cerca di dare un fondamento oggettivo piuttosto che illimitato alla *modern law of self-defence*, resta comunque molto difficile per chi postuli la difesa anticipata dilatata non scadere in fatto e in diritto nella difesa preventiva statunitense. Non si vede infatti come i criteri e i requisiti della dottrina Bethlehem possano garantire certezza e prevedibilità al quadro giuridico e operativo della legittima difesa anticipata, evitandone la deriva preventiva, nel momento in cui proprio questi rendono irrilevante o comunque troppo secondario l'unico parametro reale e apprezzabile oggettiva-

⁸⁷ Nel 2017 l'Attorney General rimarcò come l'approccio britannico fosse «a very long way from supporting any notion of a doctrine of pre-emptive strikes against threats that are more remote (...). I am certainly not suggesting we adopt an analysis which amounts to a Global War on Terror paradigm. It is absolutely not the position of the UK Government that armed force may be used to prevent a threat from materialising in the first place» (J. WRIGHT, *op. cit.*, 7). Nel parere sulla legalità della guerra in Iraq, premesso che era «widely accepted that an imminent armed attack will justify the use of force if the other conditions are met [e che] the concept of what is imminent may depend on the circumstances [ma che comunque] there must be some degree of immanence», l'Attorney General precisò che gli Stati Uniti «has been arguing for recognition of a broad doctrine of a right to use force to pre-empt danger in the future [ma che] if this means more than a right to respond proportionately to an imminent attack (and I understand that the doctrine is intended to carry that connotation) this not a doctrine which, in my opinion, exists or is recognised in international law» (*Attorney General's Advice on the Iraq War. Iraq: Resolution 1441*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, 768, par. 3). Già nel 2004 l'Attorney General aveva comunque evidenziato che «international law permits the use of force in self-defence against an imminent attack but does not authorise the use of force to mount a pre-emptive strike against a threat that is more remote» (Speech in the House of Lords, 21 April 2004, in *British Yearbook of International Law*, 2004, 822). La stessa posizione era stata già ribadita anche dal Foreign Secretary (Foreign Affairs Committee, Second Report, *Foreign Policy Aspects of the War against Terrorism*, Session 2002-2003, HC 196, par. 150).

⁸⁸ In questo senso, C. HENDERSON, *The 2010 United States National Security Strategy and the Obama Doctrine of 'Necessary Force'*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2010, 403. Scettica invece sul mutamento della *policy* statunitense C. GRAY, *President Obama's 2010 US National Security Strategy and International Law on the Use of Force*, in *Chinese Journal of International Law*, 2011, 35.

mente, ossia il dato temporale che l'attacco è imminente perché sta per essere effettivamente sferrato contro lo Stato vittima.

7. La rivisitazione espansiva di alcuni elementi della legittima difesa, anche sulla base della logica dell'accumulazione degli eventi, recupera importanti margini di apparente legittimità per gli Stati che invocano la *modern law of self-defense*. Sebbene queste elaborazioni espansive negli ultimi lustri, soprattutto dopo l'11 settembre 2001, siano state proposte con maggiore frequenza e organicità da alcuni Stati, si è visto come certi elementi (per es. la difesa dagli attori non statali e la rilevanza della *inability or unwillingness* dello Stato territoriale) fossero già noti nella prassi meno recente. È ancora prematuro dare una valutazione circa l'avvenuto consolidamento di queste teorie espansive, o di alcuni loro elementi, nel diritto internazionale contemporaneo dato che la prassi non può a oggi dirsi sufficientemente uniforme e diffusa, anche in ragione dell'opposizione di numerosi Stati. È però indubbio che una tendenza verso l'espansione dei limiti e contenuti della legittima difesa, promossa da una parte della Comunità internazionale degli Stati non maggioritaria ma comunque rappresentativa, sia registrabile e dunque è utile riflettere in conclusione sui possibili effetti che un consolidamento della tendenza in un futuro prossimo o remoto potrebbe provocare nel diritto internazionale e nel sistema ONU.

In primo luogo, la *modern law of self-defense* per molti Stati è divenuta ormai la copertura giuridica per il contrasto agli attori non statali di natura terroristica a conferma che, pur non avendo recepito *in toto* i dettami della *global war on terror* statunitense, questi Stati ne hanno comunque assimilato il principio di fondo che al terrorismo va fatta soprattutto la guerra. La difficoltà di distinguere sostanzialmente l'*anticipatory self-defence* britannica e australiana dalla *pre-emptive self-defence* statunitense dimostra che, al di là delle precisazioni di forma, la logica preventiva statunitense ha forse attecchito più di quanto certi Stati siano disposti oggi a riconoscere o accettare.

In secondo luogo, gli effetti di un eventuale consolidamento di una legittima difesa così espansiva non sono derubricabili a mero momento evolutivo dell'istituto quasi che si trattasse solamente di un fisiologico adattamento della norma alla maggiore pericolosità di certi attori non statali. Gli effetti vanno ben oltre perché l'applicazione estensiva della legittima difesa restringe, in modo inversamente proporzionale, il perimetro applicativo dell'art. 2, paragrafi 3 e 4. Se la

difesa armata diventa legittima anche in situazioni che prima, sulla base di una lettura restrittiva, ne restavano escluse, allora il divieto si ritirerà e quello che un tempo era vietato o veniva rimesso, quale minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale, al Consiglio di sicurezza diventerà legittimo e gestibile unilateralmente dallo Stato secondo le proprie valutazioni discrezionali. Inoltre, se l'imminenza assume carattere situazionale, anche l'obbligo di ricorrere a mezzi pacifici di soluzione delle crisi avrà meno spazio dato che uno stato continuo di pericolo, minaccia o attacco imminente giustificherà più spesso la necessità della difesa armata. La combinazione degli effetti espansivi e restrittivi nell'applicazione dell'art. 2, paragrafi 3 e 4, potrebbe alterare l'equilibrio sistemico tra unilateralismo e multilateralismo e tra uso della forza e di mezzi pacifici per gestire le crisi stabilito dalla Carta, favorendo una gestione armata e unilaterale piuttosto che pacifica e multilaterale, e di conseguenza il ruolo e la centralità istituzionale del Consiglio all'interno dell'ONU.

Ricorrendo più frequentemente alla difesa unilaterale si finirebbe per ridimensionare il ruolo del Consiglio di gestore collettivo della forza nei confronti degli attori non statali⁸⁹. Se così fosse, i compiti sostanziali del Consiglio si ridefinirebbero: da perno del sistema di sicurezza collettiva che autorizza gli interventi degli Stati a "cabina di regia" che con risoluzioni tematiche, legislative e programmatiche delinea il quadro politico e giuridico applicabile agli attori non statali all'interno del quale poi alcuni Stati usano la forza in legittima difesa (moderna) e si ergono, *a latere* o in sua sostituzione, a gendarmi della sicurezza internazionale (talvolta pericolosamente coincidente con la sicurezza nazionale di questi Stati), relegandolo sullo sfondo.

In terzo luogo, la logica *unable or unwilling* indebolisce i principi di sovranità e integrità territoriale dello Stato, fondamentali nell'attuale ordine giuridico internazionale, condizionandone la tutela al rispetto da parte dello Stato territoriale di alcune condizioni che sono però valutate *ab externo*, unilateralmente e soggettivamente dallo Stato che si sente in pericolo o minacciato o destinatario di un attacco riconducibile a un attore non statale. Nella logica di chi si difende, dunque, tali principi debbono affievolirsi per cedere il passo alle ampie

⁸⁹ È tra l'altro lecito supporre che il ridimensionamento del Consiglio da parte soprattutto di Regno Unito e Stati Uniti sia frutto di una deliberata strategia che vede nella moderna ed espansiva legittima difesa l'alfa e l'omega dell'uso della forza contro gli attori non statali, attesi i vantaggi che l'art. 51 offre rispetto alla ricerca di risoluzioni e autorizzazioni all'uso della forza.

esigenze difensive altrimenti la difesa dagli attori non statali non avrebbe un reale margine operativo se sovranità e integrità territoriale dello Stato teatro della difesa armata continuassero giuridicamente a fraporsi.

Va anche evidenziato come la logica *unable or unwilling*, e quella che condiziona il rispetto della sovranità e integrità territoriale dello Stato ospite alla capacità di controllare effettivamente il territorio, attenuino anche la rilevanza del legame qualificato tra Stato e attore non statale che la Corte internazionale di giustizia aveva messo in risalto. Se un tempo Israele, per invocare la legittima difesa, doveva accusare la Tunisia di essere sostanzialmente coinvolta nelle attività dell'OLP, oggi è invece sufficiente per la Germania e gli Stati Uniti di turno contestare alla Siria l'incolpevole perdita del controllo sul proprio territorio e/o l'altrettanto incolpevole incapacità di contrastare l'ISIS, così aggiungendo al danno di ospitare l'ISIS anche la beffa di subire *contra voluntatem suam* le operazioni militari altrui. Da ciò deriva anche una sorta di tracimazione della logica e degli elementi della *modern law of self-defence*, concepita in prevalenza per gli attori non statali, nella sfera dei rapporti tra Stati. Una tracimazione ora indiretta, laddove si operi senza il consenso dello Stato ospite contro un attore non statale annidato e operante nel suo territorio, ora diretta, laddove si applichino certe logiche e dottrine, come l'accumulazione degli eventi e la difesa preventiva, non più e non solo ad al-Qaeda o all'ISIS ma anche all'Iran nella vicenda *Soleimani*, all'Iraq ai tempi di Saddam Hussein e in generale ai *rogue States*⁹⁰.

Per tutte queste ragioni, a noi sembra che il consolidamento della moderna legittima difesa in un futuro prossimo o remoto prefigure-

⁹⁰ Nella *National Security Strategy* del 2002, la dottrina Bush fu riferita espressamente sia ai terroristi che ai *rogue States* (Iran, Iraq e Corea del Nord) componenti l'*axis of evil* (si veda la citazione in nota 85). Sui *rogue States*, cfr. D. BEDERMAN, *Collective Security, Demilitarization and 'Pariah' States*, in *European Journal of International Law*, 2002, 121; E. O'MALLEY, *Destabilization Policy: Lessons from Reagan on International Law, Revolutions and Dealing with Pariah Nations*, in *Virginia Journal of International Law*, 2003, 319. Sulla guerra contro l'Iraq, anche con riguardo ai profili preventivi, cfr. M. WELLER, *Iraq and the Use of Force in International Law*, Oxford, 2010; L. CONDORELLI, *Vers une reconnaissance d'un droit d'ingérence à l'encontre des 'Etats voyous'?*, in K. BANNELIER, O. CORTEN, T. CHRISTAKIS, P. KLEIN (dirs.), *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, 2004; *Agora: Future Implications of the Iraq Conflict*, in *American Journal of International Law*, 2003, 553; A. DI BLASE, *Guerra al terrorismo e guerra preventiva nel diritto internazionale*, in L. BIMBI et al. (a cura di), *Not in my name. Guerra e diritto*, Roma, 2003, 134; P. PICONE, *La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, 329; C. GRAY, *From Unity to Polarization: International Law and the Use of Force against Iraq*, in *European Journal of International Law*, 2002, 1.

rebbe ben più di un semplice adattamento evolutivo dell'istituto alle nuove minacce per la pace e la sicurezza internazionale. Gli effetti sistemici di un eventuale consolidamento potrebbero mutare strutturalmente il paesaggio giuridico in tema di uso della forza e garanzie di sovranità, oltre che il ruolo del Consiglio di sicurezza all'interno dell'ONU.

La rete di protezione agganciata alla Carta, al Consiglio e alla gestione collettiva delle crisi, pur con tutte le sue smagliature, ha tenuto a lungo e anche in momenti difficili. La moderna legittima difesa con il suo *appeal* politico, la sua giuridicità dilatata e onnicomprensiva, i suoi vantaggi militari e operativi può sfilacciarla decisamente riportando l'orologio del diritto internazionale a un passato remoto impregnato di unilateralismo a difesa dei propri interessi vitali secondo una logica di autoconservazione e innescando una transizione verso un futuro in cui la violenza armata, comunque connotata in termini politico-giuridici, prevedibilmente incrementerà, con buona pace della certezza del diritto e della stabilità delle relazioni internazionali.

ABSTRACT

Some Considerations on Self-Defence in International Law

Self-defence is the main legal justification for the use of force in international relations. Long applied restrictively as an exception to Article 2(4) of the UN Charter, self-defence has been re-adjusted extensively for some years and now some states advocate a modern law of self-defence. The main tenets of these expansive theories on self-defence are its enforcement against non-state actors, the pin-prick theory, a wider concept of imminence, and the unwilling or unable doctrine. Some of these benchmarks of the modern law of self-defence were already known in international practice since 1837. The possible crystallization of the modern law of self-defence in the future would result in a structural change of the overall UN legal framework on the use of force as well as of the rules on State sovereignty and territorial integrity. The role of the UN Security Council would also be affected together with the overall balance between multilateralism and unilateralism set by the UN Charter after World War II.

QUESTIONI DI DIRITTO INTERNAZIONALE UMANITARIO NELLA “OPERAZIONE MILITARE SPECIALE” DELLA FEDERAZIONE RUSSA IN UCRAINA

MATTEO FORNARI

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Attacchi contro torri e ripetitori televisivi; 3. Attacchi contro le centrali nucleari; 4. La partecipazione dei civili nel conflitto: la levata in massa; 5. La partecipazione di combattenti stranieri e mercenari nel conflitto; 6. Conclusioni.

1. Una caratteristica comune di quasi tutti i conflitti avvenuti nel corso dei secoli è data dalla falsificazione degli avvenimenti bellici da parte dei belligeranti, per distorcere a proprio vantaggio la realtà e ciò che compiono durante le ostilità¹. Nemmeno il conflitto tra Federazione russa (Russia) e Ucraina si sottrae a questo aspetto; anzi, con l’impiego massiccio e continuo delle reti sociali – utilizzate costantemente sia dalle forze armate che dai governanti di entrambe le parti – la verità in questo scenario bellico risulta ancora di più falsificata e incerta. Si può cercare, tuttavia, di valutare alcuni aspetti relativi alla conduzione delle ostilità ed eventuali violazioni del diritto internazionale umanitario (DIU) compiute in questo conflitto armato, come gli attacchi contro obiettivi particolari – torri e ripetitori di televisioni, infrastrutture che contengono forze pericolose – il coinvolgimento dei civili nel conflitto – tramite la levata in massa – e la partecipazione nel conflitto di combattenti stranieri e di mercenari².

¹ Già nel V sec. A.C. il drammaturgo ateniese Eschilo scriveva che la prima vittima della guerra è la verità; anche lo storico e militare ateniese Tucidide era cosciente della distorsione della verità dei fatti in tempo di guerra, e scriveva che «[l]’ordinario rapporto tra i nomi e gli atti rispettivamente espressi dal loro significato, cioè l’accezione consueta, fu stravolto e interpretato in chiave assolutamente arbitraria»: TUCIDIDE, *La guerra del Peloponneso*, Milano, 1996, Libro III, par. 82.

² Naturalmente, l’attenzione mediatica è stata canalizzata soprattutto sui bombardamenti indiscriminati che i belligeranti hanno compiuto durante le ostilità. L’impatto mediatico di questi bombardamenti è innegabile, e richiama l’attenzione soprattutto sui bombardamenti dei centri urbani e delle infrastrutture ucraine che non sembravano essere obiettivi militari come, ad esempio, i bombardamenti delle città di Bakhmut, Kharkiv, Leopoli, Mariupol, Severodonetsk e altri centri della regione del Donbass. Questa tattica di bombardamenti indiscriminati può essere dedotta anche dall’impiego da entrambe le parti (anche se le forze

Per quanto concerne il quadro giuridico per valutare le operazioni belliche, occorre tenere presente che sia la Russia che l'Ucraina sono parti alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, ai Protocolli addizionali del 1977, alla Convenzione sul divieto o sulla limitazione di certe armi convenzionali del 1980 e ai relativi Protocolli³. Ovviamente, i belligeranti sono vincolati anche dal DIU consuetudinario: in questo senso le parti devono, in qualsiasi momento delle loro operazioni belliche, distinguere tra popolazione civile e combattenti e tra beni civili e obiettivi militari⁴, e adottare tutte le precauzioni possibili al fine di evitare, o quanto meno minimizzare, le perdite e i danni incidentali tra la popolazione civile e i beni civili. Per esempio, sebbene né Russia né Ucraina siano parti alla Convenzione sul divieto di utilizzo delle munizioni a grappolo del 2008, tuttavia hanno l'obbligo di rispettare in ogni circostanza il principio di distinzione e, di conseguenza, di evitare l'uso di armi o metodi di guerra che possono produrre effetti indiscriminati.

Detto questo, è appena il caso di osservare che, in realtà, quella che il Presidente russo ha definito una «operazione militare speciale»

russe ne hanno fatto un maggiore uso) di armi che non sono in grado di distinguere obiettivi militari da beni civili, come bombe a grappolo o missili non guidati. Come sottolineato dal Presidente della Commissione d'inchiesta sull'Ucraina, Erik Møse, il 23 settembre 2022 in un intervento dinanzi al Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite «[a] number of the attacks we investigated had been carried out without distinguishing between civilians and combatants. This included some attacks with cluster munitions or multi-launch rocket systems and airstrikes in populated areas»: *Update by the Chair of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine, at the 51st session of the Human Rights Council, 23 settembre 2022*, www.ohchr.org/en/statements/2022/09/update-chair-independent-international-commission-inquiry-ukraine-51st-session.

³ Si veda https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountry_Selected.xsp?xp_countrySelected=RU e https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=UA. Nel 2015 l'Ucraina ha ratificato la Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata (New York, 2006), ma non la Russia (<https://indicators.ohchr.org/>). Ucraina e Russia hanno ratificato la Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma, 1950) nel 1997 e 1998, e all'inizio del conflitto erano membri del Consiglio d'Europa. A seguito dell'aggressione all'Ucraina, il 16 marzo 2022 il Comitato dei Ministri ha deciso di sospendere la partecipazione della Federazione russa al Consiglio d'Europa. Di conseguenza, la Russia «shall cease to be a High Contracting Party to the European Convention on Human Rights on 16 September 2022»: *Resolution CM/Res(2022)3 on legal and financial consequences of the cessation of membership of the Russian Federation in the Council of Europe*, 23 marzo 2022, par. 7.

⁴ Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali (Ginevra, 1977), art. 48; J. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I, Cambridge, 2005, 1 ss.

nel suo discorso alla nazione il 24 febbraio 2022⁵, dal punto di vista giuridico si è rivelata una vera e propria guerra o, per usare i termini del Protocollo I del 1977, un conflitto armato internazionale (CAI) tra due Stati sovrani; il che implica l'applicazione del DIU a questo conflitto, sia in caso di guerra dichiarata sia in assenza di tale dichiarazione, e anche se uno Stato belligerante non ha riconosciuto lo stato di guerra⁶. Ciò risulta palese dal grado di violenza, distruzioni e uccisioni che hanno caratterizzato gli scontri fin dai primi giorni successivi all'entrata delle forze russe nel territorio ucraino. La condotta delle ostilità da parte delle forze armate russe si è subito caratterizzata per l'uso diffuso e continuato di armi esplosive in aree popolate, con bombardamenti di artiglieria pesante e sistemi di lancio multiplo di missili e attacchi aerei; e anche le forze armate ucraine hanno bombardato aree popolate in territori controllati da gruppi armati affiliati alla Federazione russa nelle regioni di Donetsk e Lugansk⁷. Anche ammesso che la violenza e l'intensità degli scontri non siano elementi necessari per il sorgere di un CAI⁸, il caso qui in esame *a maggior ragione* si sostanzia in questo scenario bellico. La stessa Assemblea generale (AG) delle Nazioni Unite, con ris. ES-11/1 del 2 marzo 2022,

⁵ *Address by the President of the Russian Federation*, 24 febbraio 2022, <http://en.kremlin.ru/events/president/news/67843>.

⁶ Art. 2 comune delle Convenzioni di Ginevra del 1949. Si veda Comitato internazionale della Croce Rossa, *Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*. Geneva, 12 August 1949. *Commentary of 2016*, par. 202 ss., [https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gci-1949/article-2/commentary/2016? activeTab=undefined](https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gci-1949/article-2/commentary/2016?activeTab=undefined).

⁷ Ufficio dell'Alto Commissariato per i diritti umani delle Nazioni Unite, *Update on the Human Rights Situation in Ukraine. Reporting Period: 24 February – 26 March*, par.1.

⁸ Il Comitato Internazionale della Croce Rossa sottolinea che la nascita di un conflitto armato non dipende né dalla durata del conflitto né dal numero di morti: Comitato internazionale della Croce Rossa, cit. nota 6, par. 219 e par. 236 ss.; J. PICTET, *Commentary I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces of the Field*, Geneva, 1952, 32. Per quanto concerne il sorgere di un conflitto armato internazionale, anche il Tribunale Penale per la ex Jugoslavia, nella decisione sul caso *Tadić*, si limita a osservare che tale conflitto «exists whenever there is a resort to armed force between States», senza sottolineare la necessità di un certo grado di intensità degli scontri armati per il suo sorgere (mentre è invece richiesta una «protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State» per il sorgere di un conflitto armato non internazionale): Tribunale penale internazionale per l'ex-Jugoslavia, Appeals Chamber, sentenza del 2 ottobre 1995, *Prosecutor v. Duško Tadić*, par. 70. Questa posizione non sembra condivisa dall'Associazione di diritto internazionale (*International Law Association*, ILA), che sottolinea come il requisito dell'intensità delle ostilità sia un elemento necessario per l'emergenza di un conflitto armato internazionale: *International Law Association, Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, 2010, 2, www.rulac.org/assets/downloads/ILA_report_armed_conflict_2010.pdf.

ha condannato «all violations of international humanitarian law and violations and abuses of human rights» nel territorio ucraino, chiedendo «upon all parties to respect strictly the relevant provisions of international humanitarian law, including the Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocol I thereto of 1977» (par. 11). Evidentemente, invocare il DIU implica l'esistenza di un conflitto armato. Tale scenario sembra riconosciuto, sebbene implicitamente, anche dalla Corte internazionale di giustizia nell'ordinanza del successivo 16 marzo, in cui sottolinea la gravità e la intensità delle operazioni militari condotte dalla Federazione russa e richiama la risoluzione dell'AG poc' anzi citata⁹. Che lo scenario che si è sviluppato in Ucraina sia un conflitto armato internazionale è stato riconosciuto anche dallo stesso Ministro della Difesa della Russia, Sergey Shoigu, in una dichiarazione del 21 settembre 2022¹⁰. Da ultimo, la stessa AG, con ris. 77/284 del 26 aprile 2023, ha richiamato espressamente l'aggressione dell'Ucraina da parte della Federazione russa¹¹.

2. Torri e ripetitori TV sono stati tra i primi obiettivi colpiti dalle forze russe. Il 1° marzo è stata attaccata la torre TV di Kiev, lasciando almeno cinque morti e interrompendo le trasmissioni di 32 canali televisivi e diverse dozzine di stazioni radio nazionali¹²; il 13 e il 16 di

⁹ Corte internazionale di giustizia, ordinanza del 16 marzo 2022, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, par. 74 ss.

¹⁰ «I cannot but emphasize the fact that today we are at war not so much with Ukraine and the Ukrainian army as with the collective West»: *Russia Is at War not only with Ukraine, but with Collective West — Shoigu*, 21 settembre 2022, <https://tass.com/politics/1511125>.

¹¹ *Cooperation between the United Nations and the Council of Europe*, Doc. NU A/RES/77/284, 26 aprile 2023, nono "considerando": «Recognizing also the unprecedented challenges now facing Europe following the aggression by the Russian Federation against Ukraine...». Il Procuratore della Corte penale internazionale ha accertato l'esistenza di un CAI in Crimea già da febbraio 2014 e in Ucraina orientale a partire da luglio 2014, con il verificarsi di bombardamenti delle forze armate russe e ucraine, dell'invio da parte della Russia di proprie forze armate in questa regione senza il consenso dell'Ucraina e dalla detenzione di soldati delle forze armate russe da parte delle forze ucraine, catturati in territorio ucraino, Corte penale internazionale, *Report on Preliminary Examination Activities 2016*, 14 novembre 2016, par. 154 ss. Si configurava quindi un CAI, in parallelo a un conflitto armato interno già presente, sorto a partire da febbraio 2014 a seguito della dichiarazione unilaterale di indipendenza delle regioni ucraine di Donetsk e Lugansk (con contestuale richiesta di annessione alla Russia) che provocava l'intervento armato delle forze armate governative ucraine contro i gruppi armati organizzati di queste due regioni separatiste. Il Procuratore non sembra quindi considerare l'ipotesi che i membri delle forze armate di Donetsk e Lugansk fossero agenti *de facto* della Federazione russa, o incardinati nelle forze armate russe, *ibidem*.

¹² *Press Briefing Notes on Ukraine*, 8 marzo 2022, <https://www.ohchr.org/en/press-briefing-notes/2022/03/press-briefing-notes-ukraine>; *Deadly Blast at Kyiv TV Tower as Rus-*

marzo venivano effettuati altri attacchi contro i ripetitori TV della città di Rivne (provocando almeno nove morti) e di Vinnitsya¹³. Il Ministero della difesa della Russia affermava che la torre TV era stata colpita per interrompere le operazioni dei Servizi di sicurezza e del 72° Centro di Informazione e Operazioni Psicologiche (*72nd Main Centre for Psychological Operations*) dell’Ucraina, che utilizzavano complessi hardware e software e strutture di comunicazione per lanciare attacchi informatici contro obiettivi in Russia; analogamente, per quanto riguarda l’attacco missilistico alla torre televisiva di Vinnytsya, la Russia dichiarava che il suo obiettivo era colpire l’infrastruttura militare ucraina¹⁴.

Già in precedenti conflitti armati le infrastrutture di comunicazione e di trasmissione di un belligerante sono state oggetto di attacchi. Il 23 aprile 1999, durante la guerra del Kosovo, un attacco aereo della NATO bombardò gli uffici e gli studi della radiotelevisione di stato serba (RTS) a Belgrado; si stima che durante l’attacco siano morte da 10 a 17 persone. In una conferenza stampa del 27 aprile 1999, funzionari della NATO giustificarono questo attacco in termini di doppio uso, militare e civile, del sistema di comunicazione della Repubblica federale di Jugoslavia (RFI). Pertanto, il bombardamento dello studio RTS faceva parte di un attacco pianificato volto a interrompere e degradare la rete C3 (Comando, Controllo e Comunicazioni) della RFI. La NATO sottolineò il duplice uso di tali sistemi di comunicazione, descrivendo la televisione civile come «heavily dependent on the military command and control system and military traffic is also routed through the civilian system»; e osservando che le installazioni della RTS venivano utilizzate «as radio relay stations and transmitters to support the activities of the FRY military and special police forces, and therefore they represent legitimate military targets»¹⁵. Peraltro, il bombardamento veniva anche giustificato sulla base dell’attività di propaganda per cui la RTS era utilizzata. In questo sen-

sia Warns Ukrainian Capital, 1 marzo 2022, www.aljazeera.com/news/2022/3/1/several-dead-injured-in-russian-strike-on-ukraine-tv.

¹³ *Russian Rocket Attack on TV Tower in Western Ukraine Kills at least 19, Officials Say*, 15 marzo 2022, www.cbsnews.com/news/russia-ukraine-news-war-attack-tv-tower-rivne-deaths/; *Rivne TV Tower Attack: Death Toll Rises to 19*, 15 March 2022, www.pravda.com.ua/eng/news/2022/03/15/7331473.

¹⁴ Ministero della difesa della Federazione russa, *Briefing by Russian Defence Ministry Spokesperson*, 2 marzo 2022, https://eng.mil.ru/en/special_operation/news/more.htm?id=12411283.

¹⁵ *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, 1999, par. 71 s.

so, alcuni ufficiali della NATO hanno collocato questo attacco nel contesto della politica adottata dall'Alleanza per «disrupt the national command network and to degrade the *Federal Republic of Yugoslavia's propaganda apparatus*»¹⁶; decisione adottata al vertice della NATO tenutosi a Washington, D.C., il 23 aprile 1999, in cui i dirigenti dell'Alleanza decidevano di intensificare ulteriormente l'operazione aerea estendendo gli obiettivi stabiliti, per includere non solo l'infrastruttura militare-industriale e altri obiettivi strategici, ma anche i media legati alla propaganda iugoslava¹⁷.

Nella misura in cui l'attacco mirava a interrompere la rete di comunicazione a doppio uso, tale azione era legittima; ma giustificare un attacco a una struttura civile adducendo il suo uso propagandistico costituisce un'interpretazione inaccettabile del concetto di beni che «contribuiscono effettivamente all'azione militare» e un «vantaggio militare preciso», come richiesto dall'art. 52 del I Protocollo¹⁸.

La Convenzione per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato del 1954 riconosce una protezione speciale ai beni culturali, a condizione che si trovino a sufficiente distanza da una serie di obiettivi militari, tra cui le stazioni radio (art. 8, par. 1a). Questa Convenzione considera quindi i mezzi di comunicazione, a determinate condizioni, un obiettivo militare legittimo. Ma al di fuori di questo caso particolare, è necessario procedere a una valutazione caso per caso per determinare se un centro televisivo o radiofonico possa essere un obiettivo militare legittimo; è impossibile stabilire *a priori* se una torre televisiva sia un obiettivo militare legittimo. Questo dipende non dalla natura dell'edificio o del bene, ma dall'uso che ne viene fatto. Se un mezzo di comunicazione viene utilizzato per incitare all'odio razziale e alla commissione di reati, come è avvenuto in Ruanda con la *Radio Télévision Libre des Mille Collines* (RTLMC), la sede della radio o della televisione diventa un obiettivo legittimo¹⁹; ma se si tratta

¹⁶ Amnesty International, *NATO/Federal Republic of Yugoslavia. "Collateral Damage" or Unlawful Killings?*, giugno 2000, <https://amnesty.no/natofederal-republic-yugoslaviacollateral-damage-or-unlawful-killings> (corsivo aggiunto).

¹⁷ Dipartimento di Stato degli Stati Uniti, *Report to Congress, Kosovo/Operation Allied Force After-Action Report*, 31 gennaio 2000, 23, <https://webharvest.gov/peth04/20041027022740/www.defenselink.mil/pubs/kaar02072000.pdf>.

¹⁸ *Final Report...*, cit. nota 15, par. 76. Si veda G.H. ALDRICH, *Yugoslavia's Television Studios as Military Objectives*, in *International Law Forum*, 1999, 149 ss.

¹⁹ Durante la guerra civile in Ruanda, che vide contrapposte le etnie *hutu* e *tutsi*, la RTLMC trasmise dal luglio 1993 al luglio 1994 incitamenti all'odio razziale e all'annientamento di tutti i *tutsi*, contribuendo a causare un vero e proprio genocidio contro questa etnia: *Three*

semplicemente di diffondere propaganda per generare sostegno allo sforzo bellico, tale infrastruttura non si può considerare un obiettivo legittimo²⁰. Critiche sono state sollevate durante la guerra in Libano del 2006 a seguito di una serie di attacchi dell'aviazione israeliana alla stazione televisiva satellitare Al-Manar, gestita da Hezbollah, i cui programmi erano trasmessi da Beirut con notizie e commenti al servizio del terrorismo islamico. Se la stazione diffondeva semplicemente propaganda a favore di Hezbollah o contro Israele, questa non la rendeva un obiettivo militare; al contrario, questa infrastruttura civile di radiodiffusione avrebbe potuto diventare un obiettivo militare se, ad esempio, fosse stata utilizzata per inviare messaggi militari o ordini ai combattenti di Hezbollah per promuovere concretamente la campagna armata contro Israele, per incitare al reclutamento di guerriglieri nelle file di Hezbollah o per altri scopi che avrebbero potuto contribuire efficacemente all'azione militare²¹. Un altro obiettivo legittimo potrebbe essere stata Al-Aqsa TV, la cui sede centrale a Gaza è stata bombardata dalla forza aerea israeliana il 12 novembre 2018, nella misura in cui venisse utilizzata da Hamas per le attività militari, compreso l'invio di messaggi a fiancheggiatori in Cisgiordania per chiedere di compiere attacchi terroristici e istruzioni su come eseguirli²².

Tornando al bombardamento delle torri e ripetitori televisivi in Ucraina, occorre sottolineare che le forze russe (per quanto ne sappiamo) per giustificare questi attacchi non hanno invocato alcuna attività di propaganda a sostegno delle forze armate ucraine. Risulta difficile sostenere che una mera attività di propaganda possa essere invocata come valida giustificazione di un attacco; in altre parole, il ruolo dei media nel mantenere lo spirito di lotta della popolazione o anche la loro partecipazione alla propaganda non li rende obiettivi militari. Al contrario, se effettivamente utilizzate per scopi militari di comunica-

Media Leaders Convicted for Genocide, 12 marzo 2003, <https://unictr.irmct.org/en/news/three-media-leaders-convicted-genocide>; CM. PETER, *The International Criminal Tribunal for Rwanda: Bringing the Killers to Book*, in *International Review of the Red Cross*, 1997, 695 ss.

²⁰ *Final Report...*, cit. nota 15, par. 47.

²¹ Si veda Amnesty International, *Israel/Lebanon: Deliberate Destruction or "Collateral Damage"?* *Israeli attacks on civilian infrastructure*, 22 agosto 2006, 15 s., www.amnesty.org/en/documents/mde18/007/2006/en.

²² A. RASGON, J.A. ARI GROSS, *Israeli Strike Levels Headquarters of Hamas-Affiliated TV Station in Gaza*, 12 novembre 2018, www.timesofisrael.com/israeli-strike-levels-headquarters-of-hamas-affiliated-tv-station-in-gaza.

zione e intelligence, le torri televisive sarebbero state obiettivi militari legittimi²³.

Detto questo, posto che le infrastrutture di comunicazione, se a doppio uso, possono costituire un obiettivo legittimo, il DIU obbliga il belligerante che pianifica o decide un attacco a dare alla popolazione civile «un avvertimento in tempo utile e con mezzi efficaci, salvo che le circostanze lo impediscano» (art. 57, par. 2c, del I Protocollo). Si tratta di una regola non solo pattizia, ma anche di valore consuetudinario²⁴, che deve essere attuata in modo concreto ed efficace per ridurre al minimo, per quanto possibile, le perdite civili. Ciò significa che, per quanto possibile, la forza belligerante che intende attaccare un obiettivo a doppio uso dovrebbe mettersi in contatto con i civili a rischio di attacco. Come ben osservato dal “Rapporto Goldstone” (il rapporto delle Nazioni Unite sulle violazioni del DIU durante l’operazione “Piombo Fuso” condotta dalle forze armate israeliane nella Striscia di Gaza (dicembre 2008-gennaio 2009), «Article 57 (2) (c) requires the warning to be effective... it must reach those who are likely to be in danger from the planned attack, it must give them sufficient time to react to the warning, it must clearly explain what they should do to avoid harm and it must be a credible warning»; inoltre «[a]s far as possible, warnings should state the location to be affected and where the civilians should seek safety»²⁵.

Per quanto riguarda l’attacco del 1° marzo contro la torre TV di Kiev, secondo quanto riportato dall’agenzia di stampa russa Tass, lo stesso giorno il ministro della Difesa della Russia dichiarava: «In order to thwart informational attacks against Russia, [Russian forces]

²³ Peraltro, la Missione d’inchiesta istituita dall’Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE), inviata in Ucraina per valutare eventuali violazioni del DIU durante il conflitto, ha ammesso di non disporre sempre di dati sicuri e affidabili per poter valutare la legittimità di specifici attacchi. Ad esempio, la missione si è dichiarata incapace di determinare l’uso specifico della torre televisiva di Vinnytsya al momento dell’attacco: OSCE, *Report on Violations of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes against Humanity Committed in Ukraine since 24 February 2022*, doc. ODIHR.GAL/26/22/Rev.1, 13 abril 2022, 28.

²⁴ L’obbligo di preavviso era già riconosciuto nel Codice Lieber del 1863 (art. 19) e nel Regolamento annesso alla IV Convenzione dell’Aia del 1907 sulla guerra terrestre (art. 26). Si veda J. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, op. cit. nota 4, 62 ss.; P. BARUCH, N. NEUMAN, *Warning Civilians Prior to Attack under International Law: Theory and Practice*, in *International Law Studies*, Vol. 87, 2011, 359 ss.; G. CORN, S. SCHOETTLER, *Targeting and Civilian Risk Mitigation: The Essential Role of Precautionary Measures*, in *Military Law Review*, 2015, 814 ss.

²⁵ *Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*, Doc. NU A/HRC/12/48, 25 settembre 2009, par. 530.

will strike technological objects of the SBU and the 72nd Main PSO Center in Kiev. We urge Ukrainian citizens involved by Ukrainian nationalists in provocations against Russia, as well as Kiev residents living near relay stations, to leave their homes»²⁶. Invero, tale avviso non sembra contenere le condizioni richieste per considerarlo pienamente efficace; sia perché risulta essere molto generico, sia dal punto di vista geografico che temporale²⁷. Non è dato sapere se altri avvertimenti siano stati inviati alla popolazione o alle forze ucraine prima dei successivi bombardamenti alle altre infrastrutture di comunicazione.

3. Il 6 settembre 2022 l’Agenzia internazionale per l’energia atomica (AIEA) pubblicava una relazione sulle condizioni di sicurezza delle centrali nucleari ucraine durante il conflitto²⁸. Il rapporto era il risultato di una missione di esperti dell’Agenzia inviata in Ucraina, condotta dopo gravi difficoltà dovute alla mancanza di cooperazione tra le parti in conflitto. In particolare, era assolutamente urgente valutare la situazione nella centrale di Zaporizhia, nel sud-est dell’Ucraina, la più grande centrale nucleare ancora in funzione in Europa. Questo impianto è diventato lo scenario delle operazioni militari dei due belligeranti, dimostrando gli enormi rischi che la conduzione delle ostilità può comportare per le centrali nucleari di produzione di elettricità e quindi per la popolazione civile.²⁹

Il 4 marzo le forze russe prendevano il controllo della centrale nucleare di Zaporizhia. Durante l’attacco, un proiettile colpiva un edificio di addestramento in prossimità di una delle unità del reattore dell’impianto, causando un incendio localizzato che veniva poi spen-

²⁶ *Russian Defense Ministry Warns about Strikes Being Prepared on Military Sites in Kiev*, 1 March 2022, https://tass.com/defense/1414199?utm_source=rsf.org&utm_medium=referral&utm_campaign=rsf.org&utm_referrer=rsf.org.

²⁷ Il Rapporto Goldstone ha criticato il contenuto generico, e pertanto inefficace, degli avvertimenti inviati dalle forze israeliane alla popolazione di Gaza: cit. nota 25, par. 539.

²⁸ Organizzazione internazionale per l’energia atomica, *Nuclear Safety, Security and Safeguards in Ukraine – 2nd Summary Report by the Director General. 28 April – 5 September 2022*, 6 settembre 2022, www.iaea.org/sites/default/files/22/09/ukraine-2ndsummaryreport_sept2022.pdf.

²⁹ Come osservato da un rapporto del Direttore generale dell’AIEA, Rafael Grossi, «[t]he situation in Ukraine is unprecedented. It is the first time a military conflict has occurred amid the facilities of a large, established nuclear power programme»: Organizzazione internazionale per l’energia atomica, *Nuclear Safety, Security and Safeguards in Ukraine. Summary Report by the Director General, 24 February – 28 April 2022*, 25, www.iaea.org/sites/default/files/22/04/ukraine-report.pdf.

to³⁰; mentre, secondo un portavoce della centrale, il bombardamento russo causava l'incendio di uno dei sei reattori, che era in fase di ristrutturazione e non funzionava, ma aveva combustibile nucleare all'interno³¹. Si veniva così a creare "una situazione paradossale" in cui l'impianto era controllato dalla Russia, ma il personale ucraino della centrale continuava a dirigere le operazioni nucleari, portando a inevitabili momenti di attrito e violenza³².

Dopo aver occupato l'impianto, le forze russe trasformavano il sito in una base militare, dispiegando centinaia di soldati, armi pesanti, come obici semoventi, intorno alla centrale, posizionando mine anti-persona e sistemi missilistici per bombardare i dintorni dell'Ucraina, come avvenuto il 15 luglio 2022 con l'attacco alla vicina città di Nikopol³³. In questo modo, la Russia starebbe utilizzando la centrale nucleare come base per la sua artiglieria, per attaccare con armi pesanti questo centro abitato e l'area a sud-est di Zaporizhzhia, facendo leva sul fatto che le forze ucraine non potrebbero attaccare la centrale senza correre il rischio di scatenare un disastro nucleare³⁴. Pertanto, con l'occupazione da parte delle forze russe, la centrale nucleare si è trovata nel teatro delle operazioni militari, con i belligeranti che si accu-

³⁰ Organizzazione internazionale per l'energia atomica, *Update 11 – IAEA Director General Statement on Situation in Ukraine*, 4 marzo 2022, www.iaea.org/newscenter/pressreleases/update-11-iaea-director-general-statement-on-situation-in-ukraine; Ufficio dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Update on the Human Rights Situation in Ukraine. Reporting Period: 24 February – 26 March*, par. 21; Ufficio delle Nazioni Unite dell'Alto Commissario per i diritti umani, *Situation of Human Rights in Ukraine in the Context of the Armed Attack by the Russian Federation 24 February – 15 May 2022*, 29 giugno 2022, par. 59, www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/ua/2022-06-29/2022-06-UkraineArmedAttack-EN.pdf. Il portavoce del Ministero della Difesa russo, Igor Konashenkov, ha negato che la Russia abbia attaccato la centrale di Zaporizhzhia con carri armati, artiglieria e razzi, e ha denunciato che l'incidente in questa struttura è stata una provocazione condotta da un gruppo di sabotaggio ucraino: *Russia Says Ukraine Planning "Provocation" at Nuclear Plant; Kyiv Dismisses Accusation*, 18 agosto 2022, www.reuters.com/world/europe/russia-says-ukraine-preparing-provocation-during-un-head-visit-zaporizhzhia-2022-08-18.

³¹ J. HEINTZ, J. KARMANAU, C. MSTYSLAV, *Russia Attacks Ukraine Nuclear Plant as Invasion Advances*, 4 marzo 2022, <https://apnews.com/article/russia-ukraine-war-a3092d8e476949ed7c55607a645a9154>.

³² Institute for the study of war, *Russian Offensive Campaign Assessment, August 3*, 3 agosto 2022, www.understandingwar.org/backgroundunder/russian-offensive-campaign-assessment-august-3E.

³³ T. DANNENBAUM, *Ukraine Symposium – The Escalating Military Use of the Zaporizhzhia Nuclear Plant*, 22 agosto 2022, <https://lieber.westpoint.edu/escalating-military-use-zaporizhzhia-nuclear-plant>.

³⁴ Institute for the study of war, cit. nota 32.

sano a vicenda di lanciare missili sia contro l'impianto stesso che nelle zone limitrofe³⁵. Questi bombardamenti, come evidenziato dall'AIEA, hanno violato tutti i pilastri della sicurezza nucleare, delineati dal Direttore generale dell'Organizzazione già all'inizio del conflitto e reiterati più volte, in particolare quelli relativi all'integrità fisica di una centrale nucleare, ai sistemi di sicurezza, al personale e al funzionamento degli alimentatori esterni³⁶.

Il fatto che un bene costituisca un obiettivo militare non è sempre determinante per legittimare un attacco; vi sono situazioni in cui un bene risulta immune da attacchi anche qualora costituisca un obiettivo militare. L'art. 56 del I Protocollo, per il pericolo che può derivare dal rilascio di energia pericolosa a seguito di un attacco, prevede una protezione speciale per le infrastrutture e gli impianti che contengono forze pericolose, come dighe di protezione e di ritenuta e centrali nucleari per la produzione di energia elettrica³⁷. L'immunità dagli attacchi di tali strutture, anche qualora siano un obiettivo militare, è rafforzata dal divieto di attaccare altri obiettivi militari situati su o in prossimità di tali opere o installazioni, se questi attacchi possono causare il rilascio di forze pericolose causando, di conseguenza, gravi danni alla popolazione civile (par. 1). Non è necessario che ci sia la certezza del rilascio di forze pericolose per determinare il divieto di attaccare una di queste infrastrutture, il dettato dell'art. 56 prevede la “possibilità”³⁸.

In due circostanze l'attacco a una centrale nucleare è lecito: se vi sia la certezza che tale azione non provocherà il rilascio di forze pericolose, posto che l'infrastruttura oggetto di attacco sia un obiettivo militare ai sensi dell'art. 52 del I Protocollo (che contribuisca effettivamente all'azione militare, e la cui distruzione totale o parziale offra,

³⁵ M. HUNDER, *Russia and Ukraine Accuse Each Other of Shelling around Zaporizhzhia Nuclear Plant*, 28 agosto 2022, www.reuters.com/world/europe/russia-ukraine-accuse-each-other-shelling-around-zaporizhzhia-nuclear-plant-2022-08-27.

³⁶ Agenzia internazionale per l'energia atomica, *Nuclear Safety, Security and Safeguards in Ukraine. 2nd Summary Report by the Director General. 28 April – 5 September 2022*, par. 167; *Id.*, *Update 89 – IAEA Director General Statement on Situation in Ukraine*, 9 agosto 2022, www.iaea.org/newscenter/pressreleases/update-89-iaea-director-general-statement-on-situation-in-ukraine; Doc. NU S/PV.9190, 11 agosto 2022, 2.

³⁷ Il divieto di attaccare opere e installazioni che racchiudono forze pericolose è previsto anche dall'art. 15 del II Protocollo del 1977.

³⁸ T. DANNENBAUM, *The Attack at the Zaporizhzhia Nuclear Plant and Additional Protocol I*, 13 marzo 2022, <https://lieber.westpoint.edu/attack-zaporizhzhia-nuclear-plant>; A. ZEITH, E. GIORGOU, *Dangerous Forces: The Protection of Nuclear Power Plants in Armed Conflict*, 18 ottobre 2022, <https://blogs.icrc.org/law-and-policy/2022/10/18/protection-nuclear-power-plants-armed-conflict>.

nel caso concreto, un vantaggio militare preciso)³⁹; e nel caso particolare in cui la centrale fornisca corrente elettrica per il sostegno regolare, importante e diretto a operazioni militari, se tali attacchi sono il solo mezzo pratico per porre fine a questo appoggio (art. 56, par. 2b). In ogni caso, la parte belligerante che attacca questa installazione deve sempre adottare tutte le precauzioni praticamente possibili per evitare il rilascio delle forze pericolose in essa presenti (par. 3).

Le azioni condotte dalle forze russe sono difficilmente compatibili con la normativa internazionale, sia perché la centrale non produceva un flusso regolare di corrente elettrica per le forze armate ucraine, sia perché all'interno o nelle immediate vicinanze delle centrali non vi erano forze armate o pezzi di artiglieria ucraina; in altre parole, questo impianto non sosteneva in modo regolare, significativo e diretto le operazioni militari. Non erano quindi presenti le condizioni richieste dall'art. 56 del I Protocollo per giustificare un attacco e l'occupazione militare della centrale nucleare.

Inoltre, con la trasformazione della centrale di Zaporizhzhia in una base militare, il suo coinvolgimento nel conflitto armato da parte delle forze russe sembra ancora più discutibile. L'art. 56 del I Protocollo fa obbligo espressamente alle parti in conflitto di «non collocare obiettivi militari in prossimità di opere o installazioni» contenenti forze pericolose⁴⁰. Sono autorizzati solo gli apprestamenti costruiti per l'unico scopo di difendere dagli attacchi le opere o le installazioni predette; tali strutture non possono essere attaccate se sono utilizzate solo per eseguire azioni difensive necessarie per rispondere agli attacchi contro le opere o le installazioni protette, posto che il loro armamento possa servire solo a respingere un'azione nemica contro le stesse opere e installazioni (par. 5). Quanto compiuto dalle forze armate russe sembra essere profondamente contrario alla normativa prevista dal I Protocollo, sia perché viola il divieto di collocare armi e dispositivi bellici nella centrale, sia perché le armi ivi collocate non sono funzionali alla difesa dell'impianto, ma sono sistemi bellici utilizzati per bombardare il territorio ucraino, come dimostrato dall'attacco del 15 luglio.

³⁹ Si veda Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (eds.), *Commentary on the Additional Protocols to the Geneva Conventions of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, 1987, 669, par. 2153.

⁴⁰ Oltre al fatto che la Russia avrebbe anche violato l'art. 58 del I Protocollo, riguardante le precauzioni contro gli effetti degli attacchi; si veda T. DANNENBAUM, *The Escalating Military Use of the Zaporizhzhia Nuclear Plant*, 22 agosto 2022, <https://lieber.westpoint.edu/escalating-military-use-zaporizhzhia-nuclear-plant>.

Dopo che le forze russe hanno lanciato questo attacco dalla centrale di Zaporizhia, il 20 luglio, secondo fonti pro-russe, le forze ucraine avrebbero lanciato quattro attacchi con droni kamikaze contro le unità russe nelle immediate vicinanze della centrale nucleare.⁴¹ Questo attacco contro obiettivi militari situati nella centrale potrebbe essere giustificato se sono soddisfatte due condizioni, vale a dire se questi obiettivi militari «siano utilizzati per l'appoggio regolare, importante e diretto a operazioni militari», e «se tali attacchi sono il solo mezzo pratico per porre fine a tale sostegno» (art. 56, par. 2c). L'attacco del 20 luglio sarebbe presumibilmente una risposta al lancio di missili, del 15 luglio precedente, contro Nikopol da parte delle forze russe.⁴² In questo caso, se si considerasse l'attacco contro questa città come un unico e isolato attacco delle forze russe (cioè non “a sostegno regolare”: non si sapeva ancora che le forze russe avrebbero lanciato nei giorni successivi altri attacchi sul territorio ucraino dalla centrale), forse questo attacco ucraino non soddisfaceva le due condizioni previste dall'art. 56, par. 2c. L'Ucraina ha comunque definito questa azione un attacco di precisione⁴³, dal quale si potrebbe dedurre l'attenzione delle forze ucraine nell'attaccare obiettivi russi all'interno della centrale o nelle sue vicinanze con attacchi di precisione, conformemente all'obbligo per il belligerante che attacca una struttura contenente forze pericolose di prendere tutte le precauzioni possibili per evitare il rilascio di tali forze (art. 56, par. 3).

In uno scenario così delicato come il coinvolgimento di una centrale nucleare in un conflitto armato, i belligeranti dovrebbero, anche nelle ovvie difficoltà, compiere tutti gli sforzi necessari e agire in buona fede per evitare il rischio di fuga di energia pericolosa dall'impianto, come richiesto dal I Protocollo I, che invita i belligeranti a concludere tra loro accordi che forniscano protezione supplementare ai beni contenenti forze pericolose (art. 56, par. 6). Un passo importante per la protezione della centrale, ad esempio, potrebbe essere

⁴¹ *Russia Says Ukrainian Drone Struck Nuclear Plant but Caused No Damage*, 20 luglio 2022, www.reuters.com/world/europe/russian-occupation-official-says-ukrainian-drone-struck-nuclear-plant-caused-no-2022-07-20; *Russia Says It Shot Down Ukrainian Drone Near Zaporizhzhia Nuclear Station*, 29 agosto 2022, www.reuters.com/world/russia-says-it-shot-down-ukrainian-drone-near-zaporizhzhia-nuclear-station-2022-08-29.

⁴² *Russia Accused of Shelling from Zaporizhzhia Nuclear Plant in Ukraine*, 16 luglio 2022, in www.france24.com/en/europe/20220716-live-russia-accused-of-shelling-from-zaporizhzhia-nuclear-plant.

⁴³ I. VAN BRUGEN, *Russia Seeks to Stash Ammo at Nuclear Plant Amid Depot Attacks*, 21 luglio 2022, www.newsweek.com/russia-ammunition-equipment-nuclear-plant-1726725.

una stretta collaborazione tra i belligeranti e l'AIEA. Il Direttore dell'Agenzia, di fronte alle dichiarazioni contraddittorie di Russia e Ucraina⁴⁴, ha esortato urgentemente i due belligeranti a consentire agli esperti internazionali di visitare rapidamente il complesso per valutare i danni fisici subiti dall'impianto, determinare il funzionamento dei sistemi di sicurezza e di protezione principali e di riserva e valutare le condizioni di lavoro del personale della sala di controllo⁴⁵. In questo scenario si è svolta la missione dell'AIEA, la cui relazione finale ha sottolineato l'urgente necessità di adottare misure provvisorie per prevenire un incidente nucleare in seguito al coinvolgimento della centrale nucleare nel conflitto armato, come l'istituzione immediata di una zona di protezione («nuclear safety and security protection zone») attorno all'impianto⁴⁶.

Non è chiaro cosa si intenda per “zona di protezione”: il I Protocollo prevede in realtà l'istituzione di “zone smilitarizzate” (art. 60), vale a dire quelle aree che non possono essere occupate o utilizzate per fini militari⁴⁷. La creazione di una tale zona è disciplinata da apposito accordo tra le parti belligeranti, anche mediante il tramite di una organizzazione umanitaria imparziale. Tale accordo deve prevedere lo sgombero di tutti i combattenti, delle armi e del materiale militare mobile; il divieto di utilizzare le installazioni militari fisse; la cessazione di ogni attività legata allo sforzo militare; il divieto per le autorità e la popolazione di compiere atti ostili (art. 60, par. 3)⁴⁸. In realtà, l'istituto della zona smilitarizzata sembra essere funzionale alla protezione dei civili, in particolare quelle fasce più deboli come bambini, anziani, donne in stato di gravidanza⁴⁹, e comunque non concepita per proteggere opere o infrastrutture contenenti forze pericolose (e forse questo è il motivo per cui è stata invocata l'istituzione di una “zona di

⁴⁴ Doc. NU S/PV.9109, 11 agosto 2022, 3 s., 18.

⁴⁵ Doc. NU S/PV.9109, 11 agosto 2022, 3; Organizzazione internazionale per l'energia atomica, *Director General Grossi Alarmed by Shelling at Ukraine NPP, Says IAEA Mission Vital for Nuclear Safety and Security*, 6 agosto 2022, www.iaea.org/newscenter/pressreleases/director-general-grossi-alarmed-by-shelling-at-ukraine-npp-says-iaea-mission-vital-for-nuclear-safety-and-security.

⁴⁶ Organizzazione internazionale per l'energia atomica, cit. nota 28, par. 175.

⁴⁷ J. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, op. cit. nota 4, 120. Il Segretario generale delle Nazioni Unite, António Guterres, ha auspicato «a technical level on a safe perimeter of demilitarization to ensure the safety of the area»: *Secretary-General's Statement on Zaporizhzhia Power Plant*, 11 agosto 2022, www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2022-08-11/secretary-generals-statement-zaporizhzhia-power-plant.

⁴⁸ Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (eds.), op. cit. nota 39, 710, par. 2305 ss.

⁴⁹ *Id.*, 711, par. 2312.

protezione” e non di una “zona smilitarizzata” a tutela della centrale di Zaporizhia). Ma se lo scopo di una zona smilitarizzata è «specially intended to protect the population living there against attacks»⁵⁰, forse questa zona, seppur di limitata estensione, può essere introdotta anche per proteggere una centrale nucleare che si trova all’interno di uno scenario bellico. Del resto, il fine ultimo dell’immunità dagli attacchi riconosciuta a queste infrastrutture è pur sempre quello di proteggere i civili, nel caso specifico dai danni derivanti dall’eventuale rilascio delle forze pericolose in esse contenute⁵¹. Resta il fatto che il Ministro degli affari esteri russo, Sergei Lavrov, ha respinto la proposta di istituire una zona smilitarizzata intorno alla centrale⁵².

I belligeranti dovrebbero rendersi conto e accettare l’idea che un “incidente” nella più grande centrale nucleare d’Europa avrebbe conseguenze nefaste non solo per il territorio colpito dalle ostilità, ma per l’intero continente europeo. Ciò porta a concludere che, durante un conflitto armato, le parti belligeranti dovrebbero astenersi dall’intraprendere azioni le cui conseguenze si riflettano al di fuori dello scenario bellico e incidano sulla sicurezza di Stati estranei al conflitto: ciò dovrebbe riguardare sia la salvaguardia delle rotte commerciali marittime utilizzate per la consegna di derrate alimentari (come cereali) alle popolazioni di quegli Stati, in primo luogo africani, che hanno bisogno di queste materie prime per la loro sopravvivenza, sia il rispetto dell’immunità delle infrastrutture che contengono forze pericolose. Per quanto riguarda la prima questione, il 22 luglio 2022, a Istanbul, Nazioni Unite, Russia, Turchia e Ucraina hanno firmato l’Iniziativa del Mar Nero per l’esportazione di grano dai porti ucraini di Odessa, Chernomorsk e Yuzhny⁵³; la collaborazione tra i belligeranti, sotto la

⁵⁰ *Id.*, 709, par. 2303.

⁵¹ Un altro istituto volto a proteggere determinate zone è quello di “località non difesa” (art. 59 del I Protocollo), ma questo sembra più difficile ad applicarsi al caso qui in esame, in quanto «[t]e concept of non-defended localities is rooted in the traditional concept of an ‘open town’»: J. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *op. cit.* nota 4, 122.

⁵² *Russia Calls U.N. Idea to Demilitarise Ukraine’s Zaporizhzhia Nuclear Plant Unacceptable*, 18 agosto 2022, www.reuters.com/world/europe/russian-foreign-ministry-says-un-proposal-demilitarise-zaporizhzhia-nuclear-2022-08-18.

⁵³ *Black Sea Grain Initiative – Joint Coordination Centre for the Black Sea Grain Initiative*, www.un.org/en/black-sea-grain-initiative/background; *The Black Sea Grain Initiative Analysis*, 28 luglio 2022, www.hellenicshippingnews.com/the-black-sea-grain-initiative-analysis. Si veda M. SOLDATENKO, *The Black Sea Grain Deal: Fragile Cooperation Between Ukraine and Russia*, 21 aprile 2023, <https://www.lawfareblog.com/black-sea-grain-deal-fragile-cooperation-between-ukraine-and-russia>; G. Novak, *The Black Sea Grain Initiative and the Law of Treaties: A Response*, 9 maggio 2023, www.lawfareblog.com/black-sea-grain-initiative-and-law-treaties-response; R. Pedrozo, *The Black Sea Grain Initiative: Russia’s Stra-*

supervisione di altri soggetti, ha evitato una crisi alimentare mondiale. Tale cooperazione manca invece del tutto per quanto riguarda l'urgente necessità di garantire l'immunità e la sicurezza delle centrali nucleari ucraine, nonostante i ripetuti inviti delle Nazioni Unite e dell'AIEA e quattro riunioni del Consiglio di sicurezza dedicate alla situazione a Zaporizhia⁵⁴. Infatti, anche dopo l'adozione del rapporto del 6 settembre 2022 da parte di questa organizzazione, la visita del Direttore generale dell'AIEA all'impianto il 27 marzo scorso⁵⁵, i combattimenti nella zona della centrale e i bombardamenti nelle sue vicinanze sono continuati e intensificati⁵⁶.

4. In attesa dell'invasione russa, l'Ucraina si è preparata a difendere il suo territorio, tra le altre cose, formando i suoi cittadini per servire come "forza di resistenza"⁵⁷; lo stesso giorno dell'inizio dell'invasione, il 24 febbraio 2022, il Presidente ucraino, Volodymyr Zelenskyy, firmava un decreto sulla mobilitazione generale della popolazione⁵⁸ e a Kiev le autorità ucraine iniziavano a distribuire ai volontari circa 18mila fucili⁵⁹. Si sarebbe quindi realizzato il fenomeno della c.d. "levata in massa", caratterizzato dal fatto che gli abitanti di uno Stato, non ancora occupato da una forza nemica, prendono spontaneamente le armi all'avvicinarsi del nemico per opporsi all'invasione,

tegic Blunder or Diplomatic Coup?, in *International Law Studies*, 2023, 421 ss.; J. KRASKA, *Neutral State Access to Ukraine's Food Exports*, in *International Law Studies*, 2023, 549 ss.

⁵⁴ *What's in Blue. Ukraine: Briefing on the Zaporizhzhia Nuclear Power Plant*, www.securitycouncilreport.org/whatsinblue/2023/05/ukraine-briefing-on-the-zaporizhzhia-nuclear-power-plant-2.php.

⁵⁵ Organizzazione internazionale per l'energia atomica, *Update 152 – IAEA Director General Statement on Situation in Ukraine*, 30 marzo 2023, www.iaea.org/newscenter/pressreleases/update-152-iaea-director-general-statement-on-situation-in-ukraine.

⁵⁶ *Ibidem*; *Ukraine: Shelling in Nearby City Putting Zaporizhzhya Nuclear Plant at Risk*, 9 settembre 2022, <https://news.un.org/en/story/2022/09/1126321>. Come osservato dal Direttore generale dell'AIEA, gli esperti dell'Organizzazione presenti nella centrale dal 1° settembre scorso, continuano a sentire regolarmente bombardamenti nell'area: Organizzazione internazionale per l'energia atomica, *Update 154 – IAEA Director General Statement on Situation in Ukraine*, 21 aprile 2023, www.iaea.org/newscenter/pressreleases/update-154-iaea-director-general-statement-on-situation-in-ukraine.

⁵⁷ O. FIALA, *Resilience and Resistance in Ukraine*, in *Small Wars Journal*, 31 dicembre 2022, <https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/resilience-and-resistance-ukraine>.

⁵⁸ *Ukrainian President Signs Decree on General Mobilisation of Population*, 24 febbraio 2022, in www.reuters.com/world/europe/ukrainian-president-signs-decree-general-mobilisation-population-interfax-2022-02-24.

⁵⁹ J. MARSON, D. HINSHAW, *Ordinary Ukrainians Rally to Defend Homeland from Russia*, in *The Wall Street Journal*, 26 febbraio 2022.

pur non avendo il tempo di organizzarsi in una forza armata regolare⁶⁰.

Si tratta di un antico fenomeno, già previsto dal Codice Lieber del 1863 (art. 51), codificato nel Regolamento annesso alla Convenzione dell’Aia del 1907 sulle leggi e gli usi della guerra terrestre (art. 2) e nella III Convenzione di Ginevra (art. 4, lett. A, par. 6), ma che è tornato a essere attuale con la partecipazione della popolazione civile al conflitto ucraino. Le persone che partecipano alla levata in massa sono considerate combattenti; quindi, non sono più civili e perdono l’immunità derivante dal principio di distinzione tra militari e civili (la «Norma fondamentale» codificata all’art. 48 del Protocollo I del 1977); diventano pertanto un obiettivo militare legittimo. Ciò implica, da un lato, che il belligerante nemico nell’esecuzione di un attacco contro i partecipanti alla levata in massa non sarà tenuto a osservare il principio di proporzionalità; dall’altro, che i partecipanti alla levata in massa, anche se non hanno avuto il tempo di costituirsi in forze armate regolari, se catturati hanno diritto allo *status* di prigionieri di guerra se portano apertamente le armi e rispettano il diritto internazionale umanitario (art. 4, lett. A, par. 6, della III Convenzione di Ginevra).

Sembra evidente che l’esistenza di una levata di massa debba essere valutata caso per caso, ma possono essere individuati alcuni tratti comuni. Questo fenomeno si può svolgere necessariamente per un periodo limitato, vale a dire quello in cui le forze nemiche stanno procedendo all’invasione, ma l’occupazione non si è ancora realizzata. Sono quindi estranei dalla levata in massa gli abitanti di un territorio che combattono come partigiani *dopo* l’invasione del nemico, a occupazione avvenuta⁶¹. Si ritiene comunque che non sia necessario che gli abitanti che prendono le armi per partecipare alla levata in massa siano stati sorpresi dall’invasione⁶². L’esortazione rivolta ai cittadini dal Presidente ucraino, che avverte la popolazione del pericolo imminente di invasione, a organizzarsi per partecipare alla difesa del territorio

⁶⁰ J. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, op. cit. nota 4, 18; Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (eds.), op. cit. nota 39, 510, par. 1667; *Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949. Commentary of 2020*, par. 1061, https://ihl-databases.icrc.org/es/ihl-treaties/gciii-1949/article-4/commentary/2020?activeTab=undefined#_Toc42431498.

⁶¹ Se, a occupazione avvenuta, continua la resistenza, l’autorità al comando degli abitanti che hanno preso le armi, o l’autorità a cui professano fedeltà, deve sostituirli inviando unità regolari, o incorporarli nelle sue forze regolari: J. PICTET, *III Geneva Convention Relative the Treatment of Prisoners of War. Commentary*, Geneva, 1960, 67; *Convention (III)...*, cit. nota 60, par. 1064.

⁶² J. PICTET, cit. nota 61, 68; *Convention (III)...*, cit. nota 60, par. 1066.

nazionale contro l'invasione russa⁶³ e la distribuzione delle armi per far fronte all'imminente invasione, non sembrano fatti che possano negare l'esistenza di una levata in massa.

5. All'alba del 13 marzo 2022, le forze armate russe lanciavano 30 missili contro una struttura di addestramento militare ucraina, situata nella regione di Leopoli, uccidendo 35 militari e ferendone altri 134. Subito dopo, il comando russo dichiarava che l'attacco aveva ucciso dei mercenari stranieri e assicurava che avrebbe continuato con l'eliminazione dei mercenari che avevano raggiunto il territorio ucraino⁶⁴. Il 9 giugno seguente, la Corte suprema dell'autoproclamata Repubblica popolare di Donetsk (RPD) (riconosciuta dalla Federazione russa ma non dalla Comunità internazionale) condannava a morte tre volontari stranieri (due britannici e un marocchino), accusati di aver partecipato ai combattimenti come mercenari con le forze armate ucraine, di appartenere a un gruppo criminale (cioè il battaglione Azov) e di aver tentato di rovesciare l'ordine costituzionale della RPD⁶⁵.

Questi due esempi dimostrano il coinvolgimento attivo di combattenti stranieri nel conflitto armato russo-ucraino; partecipazione peraltro voluta e incoraggiata da entrambe le parti. Il 27 febbraio 2022 il presidente dell'Ucraina annunciava la creazione della Legione internazionale di difesa territoriale ucraina (LIDTU)⁶⁶; secondo fonti ucraine, già all'inizio di marzo da 16mila a 20mila stranieri di 52 Paesi si erano recati in Ucraina per combattere contro l'invasione russa⁶⁷. E il

⁶³ Invero, durante i negoziati per l'adozione della III Convenzione di Ginevra del 1949, «[p]roposals to include... civilian populations who rise en masse in response to a radio appeal and civilians who rise spontaneously in the enemy's presence, were not accepted»: *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol. II, Section A, 562.

⁶⁴ D. STERN et al., *Russian Missiles Strike Ukrainian Military Range near Poland, Killing Dozens. Moscow Promises further Attacks*, 13 March 2022, www.washingtonpost.com/world/2022/03/13/yavoriv-base-ukraine-russia-attack-nato-iviv.

⁶⁵ A. ERMOCHENKO, K. BASAEV, *Britons Condemned in Donetsk Holding Out for Intervention from UK, Lawyer Says*, 24 giugno 2022, www.reuters.com/world/uk/britons-condemned-donetsk-holding-out-intervention-uk-lawyer-2022-06-24. I tre sono stati processati sulla base dell'art. 232 del Codice Penale della RPD ("Formazione per lo svolgimento di attività terroristiche"), dell'art. 323 ("Presa del potere con la forza"), art. 430 ("Partecipazione di mercenari a conflitti armati o ostilità"): <https://iz.ru/1347505/olesia-ternopolskaia/vremia-vozhmezdiia-inostrannykh-naemnikov-v-dnr-prigovorili-k-smerti>.

⁶⁶ *Appeal to Foreign Citizens to Help Ukraine in Fighting against Russia's Aggression*, 27 febbraio 2022, www.president.gov.ua/en/news/zvernennya-do-gromadyan-inozemnih-derzhav-yaki-pragnut-dopom-73213.

⁶⁷ *Defense Ministry: Several Thousand Foreigners Willing to Join International Legion*, 28 febbraio 2022, www.ukrinform.net/rubric-ato/3415845-defense-ministry-several-thousand-

Ministro della difesa russo affermava che circa 16mila uomini provenienti dal Medio Oriente avevano chiesto di combattere per la Russia⁶⁸.

La questione solleva motivi di riflessione per quanto riguarda la figura del combattente straniero e, in particolare, del mercenario. Come è noto, ai sensi della III Convenzione di Ginevra se durante un conflitto armato internazionale i membri delle forze armate di uno Stato belligerante⁶⁹ cadono in mani nemiche godranno dello *status* di prigionieri di guerra (PdG); il che implica che non potranno essere perseguiti dallo Stato di detenzione per atti di guerra leciti⁷⁰. Per contro, la persona coinvolta in un conflitto internazionale come mercenario non gode dello *status* di PdG in caso di cattura (art. 47 del Protocollo I)⁷¹; ciò implica che può essere processato e, se del caso, condannato da un tribunale dello Stato che lo ha catturato per atti di guerra commessi durante le ostilità, conformemente alla sua legislazione nazionale.

Tuttavia, il diritto internazionale impone condizioni rigorose e cumulative per poter considerare una persona un mercenario: questi deve essere reclutato da una parte belligerante; deve combattere per ottenere una retribuzione materiale notevolmente superiore a quella corrisposta ai combattenti di grado e funzioni simili alle forze armate di tale parte; non deve essere cittadino di una parte in conflitto, né re-

foreigners-willing-to-join-international-legion.html; *Ukraine Crisis: 20,000 Foreign Volunteers in Ukraine to Fight Russians, Says Foreign Minister*, 7 marzo 2022, <https://web.archive.org/web/20220309151250/https://www.scmp.com/news/world/russia-central-asia/article/3169477/ukraine-crisis-20000-foreign-volunteers-ukraine>.

⁶⁸ R. WRIGHT, *Will Mercenaries and Foreign Fighters Change the Course of Ukraine's War?*, 5 aprile 2022, www.newyorker.com/news/daily-comment/will-mercenaries-and-foreign-fighters-change-the-course-of-ukraines-war.

⁶⁹ Secondo l'art. 43 del I Protocollo del 1977, “[l]e forze armate di una Parte in conflitto sono costituite da tutte le forze, gruppi e unità armate e organizzate posti sotto un comando responsabile della condotta dei propri subordinati di fronte a detta Parte, anche se quest’ultima è rappresentata da un governo o da un’ autorità non riconosciuti da una Parte avversaria. Dette forze armate dovranno essere soggette ad un regime di disciplina interna che assicuri, fra l’altro, il rispetto delle regole del diritto internazionale applicabile nei conflitti armati”.

⁷⁰ Comitato internazionale della Croce Rossa, cit. nota 6, par. 239.

⁷¹ La Convenzione delle Nazioni Unite contro il reclutamento, l'utilizzo, il finanziamento e l'addestramento di mercenari del 1989, entrata in vigore nel 2001, obbliga gli Stati a criminalizzare il mercenariato (art. 5); così come la Convenzione dell'Organizzazione per l'unità africana per l'eliminazione dell'attività mercenaria in Africa del 1977, entrata in vigore nel 1985 (art. 7). Anche in molti manuali militari si specifica che i mercenari non hanno diritto allo *status* di PdG: J. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, op. cit. nota 4, 391 ss.

sidente in un territorio controllato da una parte in conflitto; non deve essere membro delle forze armate di una parte in conflitto⁷².

La posizione ufficiale della Russia, come dichiarato dal portavoce del Ministero della difesa il 3 marzo 2022, è che tutti i combattenti stranieri che partecipano alle ostilità a sostegno dell'Ucraina sono mercenari, perseguibili come criminali⁷³. Orbene, a prescindere dai seri dubbi che possono sorgere sulla legittimità di un tribunale di un ente territoriale riconosciuto come indipendente solo da Russia, Corea del Nord e Siria⁷⁴, e sull'esistenza in questo contesto di uno Stato di diritto, i tre combattenti processati non sembrano presentare tutti gli elementi necessari per poterli qualificare come mercenari. Secondo fonti giornalistiche e diplomatiche, i due combattenti britannici erano residenti in Ucraina, e uno era anche cittadino ucraino (mentre è meno chiaro se il combattente marocchino fosse residente in Ucraina o cittadino ucraino)⁷⁵. In ogni caso, tutti e tre erano ufficialmente integrati nelle forze armate ucraine, per cui dovevano essere considerati combattenti legittimi e dovevano essere loro riconosciute le garanzie della

⁷² Art. 47 del I Protocollo; art. 1 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1989; art. 1 della Convenzione dell'Organizzazione per l'unità africana. Mentre il I Protocollo e la Convenzione delle Nazioni Unite del 1989 richiedono come condizione una retribuzione materiale notevolmente superiore, la Convenzione dell'Organizzazione per l'unità africana sembra più permissiva, limitandosi a chiedere che la persona mercenaria prenda parte alle ostilità animata essenzialmente dal desiderio di ottenere un profitto personale. Il Codice penale della RPD stabilisce condizioni simili per qualificare un mercenario; secondo l'art. 430, par. 3, "[a] mercenary is a person who acts in order to obtain material remuneration and is not a citizen of the state participating in armed conflict or hostilities, not permanently residing on its territory, as well as who is not a person sent to carry out official responsibilities", in L. HILL-CAWTHORNE, *The Prosecution of British Fighters by Pro-Russian Separatists in Ukraine*, 14 giugno 2022, www.ejiltalk.org/the-prosecution-of-british-fighters-by-pro-russian-separatists-in-ukraine.

⁷³ "[N]one of the mercenaries the West is sending to Ukraine to fight for the nationalist regime in Kiev can be considered as combatants in accordance with international humanitarian law or enjoy the status of prisoners of war... At best, they can expect to be prosecuted as criminals", in *Foreign Mercenaries in Ukraine Will Not Have POW Status — Russian Military*, 3 marzo 2022, <https://tass.com/politics/1416131>.

⁷⁴ Il 21 febbraio 2022 il Presidente russo ha riconosciuto ufficialmente la RPD e la Repubblica popolare di Lugansk (RPL) e ha firmato accordi di amicizia, cooperazione e assistenza con le due entità: *Putin Signs Decrees Recognizing LPR and DPR*, 21 febbraio 2022, <https://tass.com/politics/1407731>. Solo Corea del Nord e Siria hanno riconosciuto ufficialmente la RPD e la RPL: *Ukraine Cuts N Korea Ties over Recognition of Separatist Regions*, 13 luglio 2022, www.aljazeera.com/news/2022/7/13/n-korea-recognises-breakaway-of-russias-proxies-in-east-ukraine; *Syria Recognizes Independence, Sovereignty of Donetsk, Luhansk — State News Agency*, 29 giugno 2022, www.reuters.com/world/middle-east/syria-recognizes-independence-sovereignty-donetsk-luhansk-state-news-agency-2022-06-29/.

⁷⁵ A. ERMOCHENKO, K. BASAYEV, *Britons Condemned in Donetsk Holding Out for Intervention from UK, Lawyer Says*, 24 giugno 2022, in www.reuters.com/world/uk/britons-condemned-donetsk-holding-out-intervention-uk-lawyer-2022-06-24.

III Convenzione di Ginevra, compreso il diritto di non essere giudicati per azioni di guerra.

Indipendentemente da come le autorità politiche e militari russe considerino i membri del Reggimento Azov, a cui appartenevano i tre militari processati, va notato che tale corpo armato è ufficialmente incluso nelle forze armate ucraine⁷⁶. Creato nel febbraio 2014, durante le prime fasi della “guerra del Donbass”, è stato dispiegato in un’intensa attività operativa contro le forze secessioniste dell’autoproclamata RPD, partecipando a numerose operazioni militari come “battaglione speciale di polizia” sotto il controllo del Ministero dell’interno ucraino e l’11 novembre 2014 è stato incluso nella Guardia nazionale ucraina⁷⁷. Nel gennaio 2015, il battaglione è stato elevato allo *status* di Reggimento operazioni speciali della Guardia nazionale ucraina e denominato Distaccamento autonomo delle operazioni speciali “Azov”. Da allora dipende dal Comando operativo territoriale orientale della Guardia nazionale ucraina ed è finanziato dal Ministero dell’interno ucraino. Assumendo la forma e le strutture tipiche di un’unità militare di fanteria leggera, svolge un’intensa attività di addestramento e riorganizzazione, concentrandosi su attività di ricognizione, controguerriglia, operazioni speciali e pulizia di ordigni esplosivi⁷⁸. Si tratta quindi di un dipartimento militare regolare e permanente che ha comportato l’adozione di procedure, regolamenti e norme dell’esercito; i componenti sono militari regolari (ucraini e stranieri⁷⁹) soggetti alla disciplina e ai regolamenti militari e ricevono regolari forniture di armi e materiali inviati dalla Guardia nazionale.⁸⁰ Le stes-

⁷⁶ The Soufan Center, *Special Report. Foreign Fighters, Volunteers, and Mercenaries: Non-State Actors and Narratives in Ukraine*, aprile 2022, 9, https://thesoufancenter.org/wp-content/uploads/2022/04/TSC-Special-Report_Ukraine_April-2022.pdf.

⁷⁷ Per sostenere le operazioni militari contro le milizie indipendentiste della RPD e della RPL, nel 2016 il Ministero della difesa e il Ministero dell’interno ucraini istituivano la Guardia nazionale ucraina, composta da ucraini, stranieri e apolidi: *Report of the Working Group on the Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Right of Peoples to Self-Determination on Its Mission to Ukraine*, doc. NU A/HRC/33/43/Add.3, 29 luglio 2016, par. 25.

⁷⁸ G. BACZYNSKA, *Ultra-Nationalist Ukrainian Battalion Gears Up for More Fighting*, 25 marzo 2015, www.reuters.com/article/us-ukraine-crisis-azov-idUSKBN0ML0XJ20150325; T. HUME, *How a Far-Right Battalion Became a Part of Ukraine’s National Guard*, 16 febbraio 2022, www.vice.com/en/article/3ab7dw/azov-battalion-ukraine-far-right.

⁷⁹ Il Reggimento Azov comprende combattenti stranieri provenienti da una ventina di paesi: N. PETERSON, *A Ukrainian National Guard Unit Trains to ‘Fight to the Death’*, 21 aprile 2015, www.newsweek.com/ukrainian-national-guard-unit-trains-fight-death-323891.

⁸⁰ O. SUKHOV, *Foreigners Who Fight and Die For Ukraine: Russians Join Ukrainians to Battle Kremlin in Donbas*, 24 aprile 2015, www.kyivpost.com/article/content/kyiv-post-

se considerazioni possono essere fatte per i membri della LIDTU che, essendo membri di un corpo militare integrato nelle forze armate ucraine, non possono essere considerati mercenari, anche se stranieri. Inoltre, non sembra che si siano arruolati per un guadagno personale poiché, ad esempio, il Gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sull'impiego dei mercenari, che ha effettuato una visita ufficiale in Ucraina nel marzo 2016, non ha ricevuto alcuna informazione su combattenti stranieri che si sono uniti alle forze armate ucraine solo per motivi economici. Il vantaggio finanziario di combattere contro le forze separatiste del Donbass non sembra fosse l'incentivo principale poiché, ad esempio, molti volontari hanno dovuto acquistare cibo, uniformi e dispositivi di protezione a causa della mancanza di risorse statali e dell'incapacità del comando ucraino di fornire tali articoli durante il conflitto⁸¹. In tal senso, non appare corretta la dichiarazione del Ministro della difesa russo secondo cui qualsiasi straniero catturato nella LIDTU sarà considerato un mercenario, a cui non sarà quindi riconosciuto lo *status* di PdG⁸². Peraltro, altre fonti considerano i tre combattenti catturati appartenenti non al Reggimento Azov, ma alla 36^a Brigata marina delle forze armate ucraine, l'altra unità ucraina che difendeva Mariupol durante l'assedio delle forze russe e della RPD⁸³. I termini della questione non cambiano, essendo i tre militari, in ogni caso, membri delle forze armate regolari dell'Ucraina. Ovviamente, altra cosa sarebbe se questi militari fossero accusati di aver commesso crimini di guerra durante le ostilità. In tal caso potrebbero essere giudicati, ma sorgono perplessità e forti dubbi sulla competenza di un tribunale di un ente territoriale non riconosciuto a livello internazionale, l'assenza di garanzie procedurali e di osservatori internazionali indipendenti durante il processo.

D'altra parte, come stabilito da un decreto presidenziale russo del 2015, qualsiasi straniero può arruolarsi anche nell'esercito russo, purché abbia un'età compresa tra i 18 e i 35 anni. Il contratto di assunzio-

plus/foreigners-who-fight-and-die-for-ukraine-russians-join-ukrainians-to-battle-kremlin-in-donbas-386999.html; N. PETERSON, cit. nota 79.

⁸¹ *Report of the Working Group on the Use of Mercenaries as a Means of Violating Human Rights and Impeding the Exercise of the Right of Peoples to Self-Determination on Its Mission to Ukraine*, doc. NU A/HRC/33/43/Add.3, 29 luglio 2016, par. 26.

⁸² D. MALET, *The Risky Status of Ukraine's Foreign Fighters*, 15 marzo 2022, <https://foreignpolicy.com/2022/03/15/ukraine-war-foreign-fighters-legion-volunteers-legal-status/>.

⁸³ *European Court Grants Urgent Measures in Cases of Prisoner of War Sentenced to Death in the So-Called 'Donets'k People's Republic'*, doc. EHCR 204 (2022), 16 giugno 2022.

ne ha una durata di 5 anni⁸⁴. Secondo fonti statunitensi, gli stranieri nelle file russe sono 16mila, la maggior parte dei quali sono combattenti siriani esperti in attività di guerriglia urbana⁸⁵. In quanto appartenenti alle forze armate russe, questi militari non possono essere considerati mercenari, anche se non sono russi. Sarebbe più agevole considerare mercenari i membri del Gruppo Wagner, un gruppo paramilitare che opera in vari scenari bellici (oltre che in Ucraina, nelle guerre civili in Libia e Siria, nella Repubblica Centrafricana e in Mali⁸⁶). In Ucraina, secondo fonti britanniche e statunitensi, sarebbero presenti circa 50mila mercenari a sostegno delle forze armate russe e delle milizie separatiste filo-russe⁸⁷. Chi si arruola nel Gruppo Wagner riceve un salario molto superiore a quello dei soldati delle forze armate russe⁸⁸; pertanto, soddisfa uno dei requisiti richiesti dalla normativa internazionale per qualificare un mercenario. Tuttavia, va notato che i membri del Gruppo Wagner provengono da almeno quindici Paesi diversi (come Armenia, Kazakistan, Moldavia, Serbia, Ucraina), anche se la maggior parte proviene dalla Russia⁸⁹; poiché un altro requisito

⁸⁴ L. RESTIVO, *Quanto guadagnano le Forze armate russe*, 4 maggio 2022, www.forzeitaliane.it/Quanto-guadagnano-Forze-armate-russe.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ M. RIZZOTTI, *Russian Mercenaries, State Responsibility, and Conflict in Syria: Examining the Wagner Group under International Law*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2020, 569 ss.; S. SUKHANIN, *‘Continuing War by Other Means’: The Case of Wagner, Russia’s Premier Private Military Company in the Middle East*, Jamestown Foundation, 13 luglio 2018, <https://jamestown.org/program/continuing-war-by-other-means-the-case-of-wagner-russias-premier-private-military-company-in-the-middle-east/>.

⁸⁷ Secondo il Segretario di Stato degli Stati Uniti e il Ministro della difesa del Regno Unito, in dicembre 2022 erano presenti in Ucraina circa 50 mila membri del Gruppo Wagner: www.defenseone.com/threats/2022/12/the-d-brief-december-22-2022/381241; <https://twitter.com/DefenceHQ/status/1616323761392812033>.

⁸⁸ Gli stipendi variano a seconda della località; ad esempio, i loro membri ricevono 1.300 dollari al mese durante l’addestramento iniziale in Russia, ma quando operano nella RPL guadagnano 2.900 dollari al mese. Chi opera in Siria guadagna ancora di più, tra i 4.000 e gli 8.000 dollari al mese: S. SUKHANIN, cit. nota 86; M. RIZZOTTI, cit. nota 86, 569. Un soldato russo guadagna invece da 200 euro (appena reclutato) a circa 455 euro al mese; ufficiali, tenenti e generali guadagnano da 520 euro a circa 4700 euro: L. RESTIVO, cit. nota 84. Per ogni ferita minore, nel 2017 ai combattenti di Wagner venivano risarciti circa 500 euro, 3 mila in più nel caso di una ferita più grave; e in caso di morte alla famiglia è promessa una cifra tra 35mila e 50mila euro: *Cosa sappiamo sul gruppo Wagner, i mercenari fantasma di Putin*, 28 aprile 2022, www.wired.it/article/gruppo-wagner-russia-putin-ucraina-donbass-guerra-cosa-sappiamo-mercenari/. In Mali, il governo pagherebbe 10,8 milioni di dollari al mese al Gruppo Wagner per addestrare le forze armate del paese: The Soufan Center, cit. nota 76, 15.

⁸⁹ M. WEISS, et al., *The Fallen Mercenaries in Russia’s Dark Army*, 19 dicembre 2021, <https://newlinesmag.com/reportage/the-fallen-mercenaries-in-russias-dark-army>; M. NECSUTU, *Ukraine Names Moldovan Fighting for Russian Paramilitary Unit*, 2 agosto 2018, <https://balkaninsight.com/2018/08/02/moldovan-mercenary-identified-by-sbu-as-wagner-s>

per essere considerato mercenario è avere una nazionalità diversa da quella delle parti in conflitto, nel conflitto armato in Ucraina si verificherebbe una situazione in cui i combattenti russi del Gruppo Wagner non potrebbero essere considerati mercenari.

Detto questo, un altro scenario da considerare al fine di definire lo *status* giuridico dei membri del Gruppo Wagner sarebbe il suo incardinamento nelle forze armate russe. In tal caso rileverebbe l'art. 43 del I Protocollo e i membri del Gruppo Wagner sarebbero, a prescindere della loro nazionalità, combattenti legittimi; avrebbero quindi diritto di partecipare alle ostilità e, se catturati, godrebbero dello *status* di PdG (art. 44, par. 1, del I Protocollo) e non potrebbero essere processati per le loro operazioni di combattimento. L'appartenenza del gruppo Wagner alle forze armate russe comporterebbe il riconoscimento dello *status* di PdG ai suoi membri anche se questi non rispettassero le norme del diritto umanitario (art. 44, par. 2, del I Protocollo).

È quindi determinante stabilire se il Gruppo Wagner risponde, come richiesto dall'art. 43, a un comando di una parte belligerante responsabile della condotta dei suoi subordinati. Il Commentario del CICR al I Protocollo, dopo aver ricordato che tutte le forze, i gruppi e le unità armate sono necessariamente strutturati gerarchicamente, in quanto subordinati a un comando che è responsabile delle loro operazioni presso una delle Parti belligeranti⁹⁰, sottolinea che «[i]n general, the exercise of such responsibility implies the exercise of effective control over subordinates»⁹¹. Si tratta quindi di valutare se il comando militare russo eserciti un controllo effettivo sulle operazioni belliche del gruppo Wagner⁹².

soldier-in-syria-08-02-2018/; O. GRYSSENKO, V. MELKOZEROVA, *Ukrainians Fight and Die among Russian Wagner Mercenaries*, 27 febbraio 2018, www.kyivpost.com/ukraine-politics/ukrainians-fight-die-among-russian-wagner-mercenaries.html.

⁹⁰ Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (eds.), op. cit. nota 39, 512, par. 1672.

⁹¹ *Id.*, 512, nota 20.

⁹² Il criterio del controllo effettivo per determinare se uno Stato ha il controllo e la gestione di un gruppo armato è stato formulato dalla Corte internazionale di giustizia nel caso Nicaragua-Stati Uniti: ICJ, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, decisione, 27 giugno 1986. Per l'esistenza del "controllo effettivo" degli Stati Uniti sul gruppo armato antigovernativo dei Contras, la Corte ha osservato che occorreva dimostrare «that the United States directed or enforced the perpetration of the acts contrary to human rights and humanitarian law alleged by the applicant State» (par. 115; corsivo nostro). A tal proposito, affinché sussistesse il "controllo effettivo", secondo la Corte gli Stati Uniti avrebbero dovuto ordinare e dare istruzioni ai Contras su ogni operazioni specifica, affinché i Contras le portassero a termine. Nel caso specifico, la Corte ha ritenuto che non esistesse il controllo effettivo degli Stati Uniti sui Contras, non essendo sufficiente l'assistenza logistica e finanziaria, in armi e in addestramento, fornita

I dati e le informazioni al riguardo sembrano contraddittori. Ad esempio, da quanto dichiarato dal Ministro della difesa di Mosca, secondo cui la conquista della città di Soledar «was successfully accomplished by the courageous and selfless actions of the volunteer assault units of the Wagner private military company»⁹³, si può forse dedurre che il Gruppo Wagner non dipenda dal comando russo. D'altra parte, il comandante del Gruppo Wagner, Yevgeny Prigozhin, ha condotto una campagna di arruolamento nei centri di detenzione russi (evidentemente con il permesso di Mosca)⁹⁴. Oltre al fatto che il Gruppo opera evidentemente a sostegno degli interessi russi, riceve attrezzature militari dal Ministero della difesa russo e utilizza le sue strutture per l'addestramento dei suoi membri, tale da farlo ritenere un'unità *de facto* del Ministero della difesa o dell'Agenzia di intelligence militare russa⁹⁵. Inoltre, le forze di Wagner hanno aiutato le forze armate russe nella battaglia di Severodonetsk⁹⁶, il che potrebbe dimostrare la dipendenza del Gruppo Wagner dal comando russo.

Ma in diverse occasioni Prigozhin e il Gruppo Wagner hanno apparentemente agito di propria iniziativa e al di fuori del controllo militare russo. L'iniziativa per la conquista di Bakhmut è stata presa dalla Wagner nell'agosto 2022⁹⁷; e lo stesso capo della Wagner, nell'ottobre 2022, ha deciso la costruzione di una serie di fortificazioni, chiamata “Linea Wagner”, in tutta la regione di Lugansk, Donetsk e Belgorod e ha iniziato ad addestrare le milizie popolari di Belgorod e Kursk⁹⁸. Se-

da Washington al gruppo ribelle (par. 109 ss.). Si veda A. CASSESE, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, in *European Journal of International Law*, 2007, 653.

⁹³ L. SACKUR, *Victory Claims over Small Ukrainian Town Expose Rift among Russian Forces*, 14 gennaio 2023, www.nbcnews.com/news/world/russia-ukraine-war-soledar-military-rift-wagner-group-putin-prigozhin-rcna65823.

⁹⁴ J. BEALE, *Russia-Supporting Wagner Group Mercenary Numbers Soar*, 22 dicembre 2022, www.bbc.com/news/world-europe-64050719; M. MURPHY, *Wagner Group: Head of Russian Mercenary Group Filmed Recruiting in Prison*, 15 settembre 2022, www.bbc.com/news/world-europe-62911618.

⁹⁵ A. HIGGINS, I. NECHEPURENKO, *In Africa, Mystery Murders Put Spotlight on Kremlin's Reach*, 7 agosto 2018, www.nytimes.com/2018/08/07/world/europe/central-african-republic-russia-murder-journalists-africa-mystery-murders-put-spotlight-on-kremlins-reach.html.

⁹⁶ Institute for the study of war, *Russian Offensive Campaign Assessment, January 22, 2023*, 22 gennaio 2023, www.understandingwar.org/backgroundunder/russian-offensive-campaign-assessment-january-22-2023.

⁹⁷ *Id.*, *Russian Offensive Campaign Assessment, August 14, 2022*, 14 agosto 2022, www.understandingwar.org/backgroundunder/russian-offensive-campaign-assessment-august-14.

⁹⁸ *Id.*, *Russian Offensive Campaign Assessment, December 9, 2022*, 9 dicembre 2022, www.understandingwar.org/backgroundunder/russian-offensive-campaign-assessment-december-9.

condo quanto osservato dall'Institute for the Study of War, Prigozhin «continues to accrue power and is setting up a military structure parallel to the Russian Armed Forces» e «has the luxury to operate Wagner forces without the direct supervision of the Russian Ministry of Defense»⁹⁹; inoltre, ha formulato pubblicamente severe critiche contro i vertici politici e militari russi per la gestione del conflitto e per non ricevere sufficienti munizioni¹⁰⁰. La conferma che il Gruppo Wagner non sarebbe strutturato nelle forze armate russe è venuta dallo stesso Prigozhin in due occasioni. In primo luogo, il capo della Wagner si rifiutava espressamente di firmare un contratto formale con il Ministero della difesa per far passare, entro il 1° luglio 2023, il Gruppo Wagner alle dipendenze dello stesso Ministero.¹⁰¹ Inoltre, il 24 giugno 2023 Prigozhin dimostrava la sua opposizione ai vertici militari russi ordinando ai membri della Wagner di abbandonare il territorio ucraino, insorgere con le armi e di marciare su Mosca per abbattere il Capo di Stato maggiore e il Ministro della difesa russi.¹⁰²

Detto questo, alla stessa conclusione si giungerebbe considerando quanto osservato dal Tribunale dell'ex Jugoslavia nel caso *Tadić* dove, per stabilire il rapporto tra la Serbia e la forza serbo-bosniaca, ha fatto riferimento non al “controllo effettivo” (secondo la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia) ma al “controllo generale” (“overall control”) della prima sulla seconda¹⁰³. Secondo la Corte, il

⁹⁹ *Id.*, *Russian Offensive Campaign Assessment, October 24, 2022*, 24 ottobre 2022, en www.understandingwar.org/background/russian-offensive-campaign-assessment-october-24.

¹⁰⁰ N. MACFARQUHAR, *Anxiety Is Growing as Kremlin Waits for Spring Assault*, in *The New York Times*, 6 maggio 2023, A9; *Wagner Chief Threatens to Pull Forces Out of Bakhmut, Escalating Feud with Russian Officials*, 5 maggio 2023, www.globalsecurity.org/wmd/library/news/ukraine/2023/05/ukraine-230505-rferl02.htm?_m=3n.002a.3612.pm0a07wgg.3cra#; N. HODGE, *Wagner Boss Steps Up his Online Tantrum as Bakhmut Battle Rages. What Does it Mean?*, 12 maggio 2023, <https://edition.cnn.com/2023/05/11/europe/prigozhin-russia-ukraine-bakhmut-intl/index.html>.

¹⁰¹ P. SONNE, *Wagner Founder Rebuffs Order over Fighter Contracts with Russian Military*, 11 giugno 2023, www.nytimes.com/2023/06/11/world/europe/wagner-russia-defense-ministry-contract.html.

¹⁰² L'insurrezione della Wagner si risolveva in un nulla di fatto; Prigozhin ordinava alle sue forze armate di cessare la marcia su Mosca e di trasferirsi in Bielorussia: *Russia: la rivolta di Prigozhin*, 24 giugno 2023, in www.ispionline.it/it/publicazione/russia-la-rivolta-di-prigozhin-133473; *UK says Russian state now facing greatest challenge of recent times*, 24 giugno 2024, in www.reuters.com/world/europe/uk-says-russian-state-now-facing-greatest-challenge-recent-times-2023-06-24/; *La rivolta militare del gruppo Wagner è finita*, 24 giugno 2023, in www.ilpost.it/2023/06/24/rivolta-wagner-russia-prigozhin.

¹⁰³ Si veda A. CASSESE, cit. nota 92, 649: “The ICTY thus advanced the ‘overall control’ test as a criterion generally valid for imputation of conduct of organized armed groups to a particular state”.

controllo da parte di uno Stato delle forze armate subordinate, delle milizie o delle unità paramilitari può essere di carattere generale, ma deve includere qualcosa di più della semplice prestazione di assistenza finanziaria o di attrezzature o di addestramento militare. Tale controllo, tuttavia, non arriva a comprendere l’emissione di ordini specifici da parte dello Stato o della sua direzione per ogni singola operazione, ma la parte in conflitto deve avere un ruolo nell’organizzazione, nel coordinamento o nella pianificazione delle azioni militari del gruppo militare, oltre a finanziare, addestrare ed equipaggiare o fornire supporto operativo a tale gruppo¹⁰⁴. Alla luce delle osservazioni del Tribunale, non sembra possibile sostenere che il comando russo esercitasse sul Gruppo Wagner un controllo generale tale da considerarlo integrato nelle forze armate russe e sottoposto al comando militare russo. In altre parole, non è sufficiente che la Russia fornisca supporto logistico al Gruppo Wagner mettendo a disposizione basi militari per l’addestramento dei membri del gruppo o permettendogli di reclutare tra le sue fila detenuti delle carceri russe. Sarebbe anche necessaria un’attività di organizzazione, coordinamento e pianificazione del gruppo stesso; ciò che non sembra essere evidente.

7. Posto che lo scenario che si è sviluppato in Ucraina è un vero e proprio conflitto armato internazionale, la prima considerazione che si può fare è che qualificare l’intervento russo come una “operazione militare speciale” confermerebbe, si potrebbe dire paradossalmente, la convinzione dell’illegalità dell’uso della forza armata, in violazione dell’art. 2, par. 4, della Carta ONU. Con il suo discorso del 24 febbraio, lo stesso Presidente russo ha cercato una parvenza di legittimità del ricorso alla forza armata che ha ordinato, sia coniato l’espressione “operazione speciale militare”, sia invocando la legittima difesa *ex art. 51* della Carta per giustificare questa stessa “operazione”. Ancora una volta, chi ricorre alla forza armata cerca di giustificare questo uso dal punto di vista giuridico, sia come “intervento umanitario”, sia invocando la legittima difesa, dimostrando la sua preoccupazione di non uscire dalla legalità internazionale. Anche in questo caso si confermerebbe, seppur implicitamente (e paradossalmente) la convinzione dell’inderogabilità del divieto dell’uso della forza, come stabilito nella Carta ONU.

¹⁰⁴ ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadić*, decisione, 2 ottobre 1995, par. 137.

Detto questo, gli eventi del conflitto armato russo-ucraino presentano alcune peculiarità (e criticità). In primo luogo, per la prima volta un conflitto armato ha coinvolto nel teatro delle operazioni militari una centrale nucleare. Anche se la normativa internazionale riconosce una protezione speciale alle infrastrutture che contengono forze pericolose, la loro tutela è subordinata necessariamente alla collaborazione tra le parti belligeranti per garantirne una sicurezza il più possibile ottimale. Ma anche recentemente, di fronte alla completa assenza di cooperazione tra i belligeranti, il Direttore generale dell'IAEA ha osservato come «[t]he general situation in the area near the Zaporizhzhya Nuclear Power Plant is becoming increasingly unpredictable and potentially dangerous», dicendosi «extremely concerned about the very real nuclear safety and security risks facing the plant»¹⁰⁵.

Si è imposto poi all'attenzione della Comunità internazionale uno scenario – la levata in massa – considerato ormai desueto, ma che invece si è rivelato determinante per bloccare, o almeno ostacolare, l'avanzata delle forze armate russe. In questo contesto, il requisito della spontaneità della reazione della popolazione civile non diminuisce anche se i vertici politico-militari ucraini hanno “coordinato” la levata e anche se l'invasione delle forze russe era da tempo probabile.

Infine, per quanto concerne la figura del mercenario si può notare come, da un lato, da parte russa siano stati sovente considerati mercenari combattenti che in realtà tali non sembrano essere, in quanto soggetti incardinati nelle forze armate ucraine; dall'altro, risultano di non facile qualificazione alcuni membri del Gruppo Wagner. A quanto risulta, i membri del Gruppo Wagner si arruolano per motivi economici (soddisfacendo uno dei requisiti del mercenariato), ma una parte di questi ha la cittadinanza russa, condizione che impedisce di considerarli mercenari. Si determina quindi una situazione secondo cui il Gruppo Wagner – almeno quando partecipa al conflitto russo-ucraino – sarebbe costituito da una parte di mercenari e una parte di “combattenti” la cui situazione giuridica non è chiara.

¹⁰⁵ Agenzia internazionale per l'energia atomica, *Update 156 – IAEA Director General Statement on Situation in Ukraine*, 6 maggio 2023, www.iaea.org/newscenter/pressreleases/update-156-iaea-director-general-statement-on-situation-in-ukraine.

ABSTRACT

*International Humanitarian Law Issues in the “Special Military Operation”
of the Russian Federation in Ukraine*

Some aspects of the conflict in Ukraine, caused by the entry of Russian armed forces into the east of the country on 24 February 2022, deserve attention. The Ukrainian resistance has managed to stop the advance of the Russian forces thanks also to the active support of the civilian population, through forms of resistance dating back to ancient times and generally considered disused, such as the *levée en masse*. Moreover, some targets attacked or involved in hostilities, such as television towers and nuclear power plants, are cause for reflection. In addition, this armed conflict is also characterized by significant involvement of foreign fighters and mercenary groups. These categories of subjects involved in such a warfare deserve a legal assessment.

THE SLOW ATROPHY OF THE PRINCIPLE OF THE PEACEFUL USE OF OUTER SPACE

DIEGO ZANNONI*

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Nuclear weapons and weapons of mass destruction; 3. A partial demilitarisation of outer space? 4. The Moon and other celestial bodies; 5. Conventional weapons in outer space; 6. Current limits to the use of conventional weapons in outer space; 7. Final remarks.

1. Historical experience shows that whenever humankind has unlocked a new domain, it soon found ways to utilise it for war. The fate of outer space is not different. Spaceflight and the development of space technologies have always been motivated by military interests, and the risk that outer space may become a theatre of conflict has been perceived since the beginning of the space age. Indeed, shortly after the Soviet Union launched the first orbital satellite, the UN General Assembly invited the member States to agree to undertake a «joint study of an inspection system designed to ensure that the sending of objects through outer space shall be *exclusively* for peaceful and scientific purposes»¹.

Nowadays, space has become a fourth domain of military conflict and the twentieth-century concept of “air superiority” has rapidly been coupled with that of “space superiority”². It is thanks to objects located in outer space that States are able to carry out most of their military activities on the ground. For example, satellites enable precision targeting and advance warning of missile attacks. States have also rapidly developed a vast range of technical capabilities to destroy, damage

* The author is a member of the working group charged by the Italian Ministry of Defence to draft the “Manuale del diritto internazionale applicabile alle operazioni militari”. The opinions expressed in this publication are those of the author and do not necessarily reflect the views of the working group.

¹ Emphasis added. Resolution 1148 (XII) adopted on 14 November 1957, A/RES/1148(XII), para. 1 (f).

² «Space superiority is the future of warfare». L. LORD, *Space Superiority*, in *High Frontier*, 2005, 3-4.

or disable – both temporarily and permanently – satellites, with potentially significant consequences for civilians.

Since the beginning of the discussion in the United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space (COPUOS) both the United States and the Soviet Union linked the realisation of the principle of the use of outer space exclusively for peaceful purposes to disarmament discussions³. The first step in the following analysis is therefore to assess whether the cornerstone of the international regime governing outer space – the Outer Space Treaty⁴ – contemplates complete general disarmament of outer space and celestial bodies. Indeed, compared to the subsequent four United Nations space treaties, the Outer Space Treaty has recorded the greatest number of ratifications and represents a treaty with a truly universal vocation, so much so that at least some of its rules are unanimously held to mirror customary law⁵. Whether the performance of military activities in void space encounters other limits than the few explicitly established in the Outer Space Treaty will be assessed. The definition of the exact scope of the peaceful use principle will be shown to be crucial in this regard. The arguments in support of the two traditional and opposite theses – peaceful as non-military and peaceful as non-aggressive – will be discussed and a conclusion will be attempted which is somehow between the two. Against this backdrop this work will describe initiatives and technical talks currently in progress on the adoption of non-binding

³ The USSR «was in favour of using outer space exclusively for peaceful purposes. [...] the solution of that problem could not be dissociated from the solution of the disarmament problem. In fact, the former could only be solved within the framework of the latter». The United States «had urged that effective measures should be taken to ensure that outer space was used exclusively for peaceful purposes» and to this end submitted proposals to the Eighteen-Nation Committee on Disarmament. Cf. UN Doc. A/AC.105/C.2/SR.29-37, 108.

On the difference between a demilitarised zone and other contiguous notions, see M. ROSCINI and M. LONGOBARDO, *Demilitarised Zones*, in E. MYJER and T. MARAUHN (Eds.), *International Arms Control Law*, Cheltenham, 2022, 467-470.

⁴ Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies (General Assembly resolution 2222 (XXI), annex) [hereafter Outer Space Treaty, OST].

⁵ As of 1 January 2023 the Outer Space Treaty had received 112 ratifications and 23 signatures. See Status of International Agreements relating to activities in outer space as of 1 January 2023, UN doc. A/AC.105/C.2/2023/CRP.3, 20 March 2023. According to the majority of authors, the Outer Space Treaty largely “codifies” customary law. See *ex multis* M. GIULIANO, T. SCOVAZZI and T. TREVES, *Diritto internazionale*, vol. II, Milano, 1983, 337. *Contra* M. SCHMITT, *International Law and Military Operations in Space*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2006, 99. According to this author, only freedom to use and explore and the prohibition on claims of sovereignty evidence the consensus necessary to imbue them with customary character.

legal instruments and the conclusion of binding treaties prohibiting or limiting conventional weapons in space.

The very fact that some military activities in outer space have already been implemented or can be in a short time has put the question of the applicability of international humanitarian law to outer space under the spotlight. Most of this law, not to mention the law of war, was developed in a historical era in which space was beyond the reach of human activity, so explicit references to military space operations are not found in the relevant legal instruments. This article therefore addresses the issue of applicability of international humanitarian law to outer space. After clarifying this point, the focus is on the specificities that emerge when the key principles of international humanitarian law are applied in outer space.

The final objective is to demonstrate that even if one admits that conventional weapons are permitted in outer space, which is debatable, they must in any case comply with the requirements imposed by the rules on armaments and targeting. As obvious as it may seem, it is crucial to reiterate that the clarification of the legal limits military operations already encounter in outer space arguably is the first safeguard against the current tendency to progressively set aside the barriers against the militarisation of space by the gathering momentum of *faits accomplis*.

2. In its first paragraph Article IV OST establishes a prohibition on putting, installing or stationing «any objects carrying nuclear weapons or any other kinds of weapons of mass destruction» in orbit around the Earth, on celestial bodies and in outer space. The second paragraph contains an obligation to use the Moon and other celestial bodies «exclusively for peaceful purposes», and specifically prohibits a list of activities.

Starting with the first paragraph, a first issue is to precisely identify the areas which the ban applies to. As stated, the norm refers to the following areas: «orbit around the earth», «celestial bodies» and «outer space». According to one interpretation, the lack of mention of the Moon in the text of Article IV para. 1 implies that the Moon is not included in its scope of application. In particular, it has been observed that both in the title and in the treaty the phrase «outer space, Moon and other celestial bodies» is used, with the only exception occurring

in Article IV. This would suggest that the Moon was intentionally omitted⁶.

On the contrary, there are good arguments to conclude that the prohibition in Article IV, para. 1 OST also applies to the Moon. The ordinary meaning of the expression «celestial bodies» certainly includes the Moon and the fact that the Moon is repeatedly referred to in the context of the «Moon and other celestial bodies» in the Outer Space Treaty conclusively suggests that it is one of many such bodies⁷. It is also necessary to point out the inaccuracy of the statement according to which Article IV constitutes the only provision in the OST in which reference is made to the expression «celestial bodies» without explicitly mentioning the Moon. A similar drafting technique is used in Article I, para 2 declaring freedom of access to celestial bodies, in Article V, para. 2, which provides the obligation to render assistance to astronauts, and in Article VIII, which establishes the jurisdiction of the State of registration over space objects and related personnel «while in outer space or on a celestial body». An intentional exclusion of the Moon from the scope of these provisions would be manifestly absurd. Finally, this interpretation necessarily holds when Article IV, first paragraph is read in combination with the second paragraph. The reservation of the Moon «exclusively for peaceful purposes» no doubt at least implies that nuclear weapons and weapons of mass destruction cannot be placed on the Moon.

The treaty provision refers to the “placement” of «nuclear weapons or any other kinds of weapons of mass destruction»⁸. One may argue that the reference to nuclear weapons «or any other kinds» of

⁶ In this sense, see N. JASENTULIYANA, *The Moon Treaty*, in N. JASENTULIYANA (ed.), *Maintaining Outer Space for Peaceful Uses*, Tokyo, 1984, 126; see also, but in dubitative terms, N. MATEESCO-MATTE, *Droit aérospatial*, Paris, 1969, 349-350.

⁷ C. CHRISTOL, *The Modern International Law of Outer Space*, New York, 1982, 22; in the sense that the expression «celestial bodies» in Article IV includes the Moon, see also the statement by Goldberg, United States ambassador to the United Nations and the main negotiator for the United States of the OST. Cf. United States Senate, Treaty on Outer Space, Hearings Before the Committee on Foreign Relations, 90th Congress, 1st session (March 7, 1967), 22. For States which are parties to the Moon Agreement, the question is resolved by Article III para. 3, which expressly prohibits placing weapons of mass destruction on the Moon, in its orbit and on any trajectory to or around it. Cf. Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies (resolution 34/68, annex), adopted on 5 December 1979, opened for signature on 18 December 1979 and entered into force on 11 July 1984. As of 1 January 2023, the Moon Agreement has collected 18 ratifications and 4 signatures.

⁸ “Nuclear weapons” are defined by the International Court of Justice as «explosive devices whose energy results from the fusion or fission of the atom». See *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, *I.C.J. Reports* 1996, para. 35.

weapons of mass destruction means that nuclear weapons are prohibited only if they do indeed cause «mass destruction». This would exclude from the prohibition stationing, for example, mini-nuclear space mines in outer space, and stationing nuclear-powered weapons in outer space, such as X-ray lasers, as long as their use does not lead to mass destruction. However, this narrow interpretation finds no support in the language of Article IV, para. 1. Instead, as the wording of para. 1 shows, «nuclear weapons» are only one kind of prohibited weapons. Other weapons of mass destruction are most likely to be comparable with nuclear weapons in terms of their destructiveness, and so defining them will be related to their potential destructive force, not the other way around. In sum, any nuclear weapon, irrespective of its actual potential for mass destruction, is prohibited by Article IV, para. 1. Therefore, Article IV of the Outer Space Treaty complements Article I of the Partial Test Ban Treaty, which prohibits the testing of nuclear weapons in outer space⁹, not placing of them as the Outer Space Treaty does.

According to a common interpretation, which is consistent with the definition adopted in some United Nations resolutions, the notion of «weapons of mass destruction» includes, in addition to nuclear weapons, radiological, chemical and biological weapons together with any other type of weapon which has a destructive effect similar to nuclear weapons¹⁰.

The meaning of «to place in orbit» is also debated. It is submitted that a full revolution in orbit around the earth is not required to amount to “placement in orbit”. In more precise terms, what is required is that an object could technically finish a whole rotation (or-

⁹ Article I, Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and under Water (Partial Test Ban Treaty), Moscow, 5 August 1963, which entered into force on 10 October 1963. An important interpretative question concerns the phrase «any other nuclear explosion», which Article I prohibits in addition to «any nuclear weapon test explosion». This has commonly been interpreted to include explosions of nuclear devices for peaceful applications. However, see M. ASADA, *Nuclear Test Ban*, in E. MYJER and T. MARAUHN, (eds.), *op.cit.*, 173-174.

¹⁰ In GA resolution 32/84 the UN General Assembly reaffirmed the definition of «weapons of mass destruction» contained in the resolution of the Commission for Conventional Armaments of 12 August 1948 as «atomic explosive weapons, radioactive material weapons, lethal chemical and biological weapons and any weapons developed in the future which might have characteristics comparable in destructive effect to those of the atomic bomb or other weapons mentioned above». See GA resolution 32/84 Prohibition of the Development and Manufacture of New Types of Weapons of Mass Destruction and New Systems of Such Weapons, 12 December 1977, A/RES/32/84-B, para. 3.

bital trajectory) regardless of whether it effectively does¹¹. Therefore, a fractional orbital bombardment satellite is also placed in orbit. On the contrary, intercontinental ballistic missiles are clearly excluded from the prohibition. Since their trajectory is sub-orbital, they do not even travel through part of an orbit and are in outer space only for a short period of time before falling back to the surface of the Earth. International practice confirms this reading¹².

The question of whether Article IV, para. 1 OST mirrors general international law is particularly relevant in relation to the possibility of a State party exercising the right of withdrawal, which is recognised without limits of any kind in Article XVI OST. If the provisions in Article IV mirror general international law, they will of course bind the withdrawing State even after its exercise of the right of withdrawal. The damage caused by early tests of nuclear weapons in the Earth's atmosphere, creating an electromagnetic pulse, was so profound to all – including the testing State's own – space activities that such use soon became regarded as a military non-option. The high number of ratifications collected by the OST, including the major space powers, and the fact that no placing of nuclear weapons or weapons of mass destruction in orbit around the earth or in outer space has occurred suggests that this ban mirrors a general rule of international law¹³.

The second paragraph of Article IV OST contains an obligation to use the Moon and other celestial bodies «exclusively for peaceful purposes» and specifically prohibits the establishment there of military bases, installations and fortifications, and testing of any type of weapons and military manoeuvres. This provision has a narrower scope of

¹¹ In this sense, see G. GÁL, *Activities on Orbit and on Celestial Bodies – Two Notions of Peaceful Uses?* in *Proceedings of the 25th Colloquium on the Law of Outer Space*, 1983, 84; K.-U. SCHROGL and J. NEUMANN, *Article IV*, in S. HOBE, B. SCHMIDT-TEDD and K.-U. SCHROGL (eds.), *Cologne Commentary on Space Law*, Vol. 1, Cologne, 2009, 79.

¹² L. CONDORELLI and Z. MÉRIBOUTE, *Some Remarks on the State of International Law Concerning Military Activities in Outer Space*, in *Italian Yearbook of International Law*, 1985, 9, 21; M. SCHMITT, *op.cit.*, 104; M. PEDRAZZI, *Il diritto internazionale dello spazio e le sue prospettive*, in *Quaderni di Relazioni Internazionali*, 2008, 59; B. HART, *Anti-Satellite Weapons: Threats, Laws and the Uncertain Future of Space*, in *Annals of Air & Space Law*, 2008, 365; M. MINEIRO, *The United States and the Legality of Outer Space Weaponization*, in *Annals of Air & Space Law*, 2008, 454; D. STEPHENS and C. STEER, *Conflicts in space: International Humanitarian Law and its Application to Space Warfare*, in *Annals of Air & Space Law*, 2015, 74; B. BOOTHBY, *Space Weapons and the Law*, in *International Law Studies*, 2017, 203.

¹³ Condorelli and Mériboute go even further and argue that «most of the principles of the 1967 Space Treaty, including those of Art. IV, are without any doubt themselves part of *ius cogens*». L. CONDORELLI and Z. MÉRIBOUTE, *op.cit.*, 18.

application than the first paragraph of the same article because it only applies to the «Moon and other celestial bodies» and makes no mention of outer void space. It should be noted that the omission of “outer space” was a common feature of US and Soviet treaty drafts¹⁴. During the negotiations, several delegations expressed their dissatisfaction in this regard. In particular, the Indian delegation proposed an amendment to extend the scope of the “exclusively peaceful purposes” rule to all areas of outer space¹⁵. However, the proposal was rejected. The inapplicability to outer space of the particular rule in Article IV, para. 2 is therefore clear. There is therefore a need to assess whether the performance of military activities in void space encounters other limits than those established in Article IV, para. 1.

3. Although the OST has made *exclusively* peaceful use an obligation of the States parties to the treaty only for activities on the Moon and other celestial bodies, this does not necessarily imply that military activities are lawful when they are carried out in outer void space. On the contrary, according to a first interpretation, both the *travaux préparatoires*¹⁶ and some provisions of the OST lead to conclude that any military use of outer space is prohibited¹⁷. The preamble already underlines the peaceful purposes for which exploration and use of outer space shall be carried out, and Articles IX and XI both refer to «peaceful exploration and use of outer space». Article III OST coherently requires space activities to be carried out «in the interest of maintaining international peace and security and promoting international co-operation and understanding». The idea that space should be used for peaceful purposes has long been held and it is reiterated in several General Assembly resolutions. The first resolution on outer

¹⁴ US draft: UN Doc. A/AC.105/32; USSR draft: UN Doc. A/6352.

¹⁵ For India, see UN Doc. A/AC.105/C.2/SR.66, 6; UN Doc. A/AC.105/C.2/SR.65, 11; Japan: UN Doc. A/AC.105/C.2/SR.71 and Add. 1, 12; Argentina: UN Doc. A/AC.105/C.2/SR.60, 2-3 and UN Doc. A/AC.105/C.2/SR.65, 4; United Arab Republic: UN Doc. A/AC.105/C.2/SR.62, 2-4; Iran: UN Doc. A/AC.105/C.2/SR.66, 7-8; Austria: UN Doc. A/AC.105/C.2/SR.71 and Add. 1, 10; Mexico: UN Doc. A/AC.105/C.2/SR.71 and Add. 1, 20.

¹⁶ See the statement by Mr. Goldberg, U.S. representative, COPUOS Legal Subcommittee Report, U.N. Doc. A/AC.105/C.2/SR.57 (20 October 1966), 6: «The central objective was to ensure that outer space and celestial bodies were reserved exclusively for peaceful activities».

¹⁷ According to Gál the lawful purposes of space activities defined by the OST would be tantamount – given a *bona fide* fulfilment of treaty obligations – to demilitarisation. «The science of space law would indeed render a bad service to the universal human cause of peaceful space exploration if – feigning realism – it tried to demolish the very postulates expressed in UN resolutions and in the Space Treaty». G. GÁL, *Space Law*, Leyden-New York, 1969, 172.

space adopted by the General Assembly in 1958 was entitled the “Question of the peaceful use of outer space”¹⁸. It recognised that «it is the common aim that outer space should be used for peaceful purposes *only*»¹⁹, aimed «to avoid the extension of present national rivalries into this new field» and established what would become the United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space (COPUOS), the very name of which stresses the peaceful requirement that space activities must comply with. More recently, the preamble to GA resolution 76/231 urges «all States, when developing, planning and executing their space activities, to remain committed to the peaceful exploration and use of outer space»²⁰. The interpretation that peaceful exploration and use of outer space excludes any military use is supported by the etymological argument that peaceful is more than peace as the antithesis of war. A military activity can never be “peaceful” since it always, actually or potentially, results in violence. According to this interpretation, “peaceful use” goes beyond the obligations arising from the UN Charter. If this were not the case, it would be unnecessary to separately declare the principle of peaceful use, and mere reference to international law and the Charter of the United Nations, which is made in Article III of the Outer Space Treaty, would have sufficed²¹. At the 1962 Brussels Conference of the International Law Association (ILA), Goedhuis stated «the ILA is not only qualified but [...] it is under the obligation to warn against ambiguous uses of the term ‘peaceful’ as accepted in positive international law» and he held that «the correct premise is that military purposes in general, defensive as well as offensive, are not peaceful purposes»²². Advocates of this interpretation recall the Statute of the International Atomic Energy Agency, which differentiates “peaceful” from “military” uses of energy, thus implying that all military activities are non-peaceful²³.

¹⁸ GA resolution 1348 (XIII), Question of the peaceful use of outer space, adopted on 13 December 1958.

¹⁹ Emphasis added.

²⁰ GA resolution 76/231 on reducing space threats through norms, rules and principles of responsible behaviours, adopted on 24 December 2021.

²¹ See, in this sense, M. LACHS, *The International Law of Outer Space*, in *Recueil des cours*, 1964, vol. III, 89-90.

²² D. GOEDHUIS, *General Questions on the Legal Regime of Space*, Report of the Fiftieth Conference, Brussels, 1962, 83.

²³ See Articles II and III paras. 4 and 5 of the Statute of the International Atomic Energy Agency, as amended on 28 December 1989.

However, perhaps the strongest argument to support this thesis is offered in Article I, para. 1 OST, which reiterates a rule already contained in GA resolution no. 1962/XVIII²⁴ and recognises that the exploration and use of cosmic space must be carried out «for the benefit and in the interests of all countries» and be regarded as the «province of all mankind»²⁵. A military activity, even when it is non-aggressive, cannot be qualified as serving the benefit and interest of the whole of mankind as required by Article I of the OST. A military activity necessarily only corresponds to the interest of a single State or of a group of States²⁶. All these arguments lead to the conclusion that any military use of outer space is prohibited²⁷.

However, one could arrive at a diametrically opposite conclusion and argue that, in the terms of the Outer Space Treaty, States can legitimately undertake military activities in outer space provided that they are non-aggressive in nature and of course except for the prohibition on putting nuclear weapons and weapons of mass destruction in outer space. The correct discrimination is therefore between aggressive and non-aggressive use. In this sense, a State would in principle be within the limits of lawfulness if it were equipped with an arsenal of appropriate space services that would enable it to effectively react in self-defence against a possible armed attack. According to this interpretation, Article I, para. 1 OST must be interpreted in the context of the Outer Space Treaty, and in particular in the light of Article IV, which constitutes the *lex specialis* in terms of the military use of space. If any military use of outer space were unlawful, the specific provision of Article IV would be useless and even counterproductive. Indeed, by only prohibiting the deployment of nuclear weapons and other weapons of mass destruction, the wording of the norm leaves

²⁴ «The exploration and use of outer space shall be carried on for the benefit and in the interests of all mankind», GA resolution no. 1962/XVIII, Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, Principle I.

²⁵ This rule also occupies two recitals of the OST preamble, in which «the common interest» is underlined «of all mankind in the progress of the exploration and use of outer space for peaceful purposes» and it is also emphasised that «exploration and use of outer space should be carried on for the benefit of all peoples irrespective of the degree of their economic or scientific development». See recitals 2 and 3.

²⁶ M. MARKOFF, *Disarmament and 'Peaceful Purposes' Provisions in the 1967 Outer Space Treaty*, in *Journal of Space Law*, 1976, 21; G. NEUNECK and A. ROTHKIRCH, *The Possible Weaponization of Space and Options for Preventive Arms Control*, in *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, 2006, 501-502.

²⁷ In this sense, see C. CHAUMONT, *Le droit de l'espace*, Paris, 1960, 95-96; C.W. JENKS, *Space Law*, London, 1965, 176-177.

open the possibility of weaponisation of space with conventional weapons²⁸. Therefore, Article I, para. 1 OST does not contain an obligation that is legally binding but a mere statement of general objectives²⁹. The *travaux préparatoires* could be used to support this interpretation when one considers that Peru's proposal to amend the first paragraph of Article IV to prohibit the placing in orbit or on celestial bodies of «any objects carrying any kinds of weapons» was not accepted³⁰.

At the end of the day, the military use of outer space can also be in order to maintain peace³¹. In particular, the use of force authorised by the Security Council in Chapter VII aims precisely to restore international peace and security. In the UN Charter system, the opposite of “peaceful” is aggressive and, although an armed attack is prohibited, military efforts by States on their own territory or in international areas are not. Additional support can be found in the fact that under the Convention on the Law of the Sea, the high seas are also «reserved for peaceful purposes»³². Given that most coastal nations have military navies and have had them for centuries, any assertion that this provision has banned military activities at sea would be absurd³³. Finally, it is true that the term “peaceful” is found in the very name “COPUOS”,

²⁸ See, E. BACK IMPALLOMENI, *Spazio cosmico e corpi celesti nell'ordinamento internazionale*, Padova, 1983, 39-40; D. STEPHENS, *The International Legal Implications of Military Space Operations*, in *International Law Studies*, 2018, 80.

²⁹ *Ex multis*, see D. GOEDHUIS, *The Problems of the Frontiers of Outer Space and Air-space*, in *Recueil des cours*, 1982, vol. I, 382-385. The thesis that the common benefit principle was a mere «general concept», a goal to achieve, was also endorsed by Goldberg during the parliamentary discussion on the ratification of the OST itself. See United States Senate, Treaty on Outer Space, Hearings Before the Committee on Foreign Relations, *cit.*, 9-10.

³⁰ Peru, Proposal for Amendment, UN Doc. CD/939, 28 July 1989, pp. 1-2. See also the proposal by Italy: Additional Protocol to the 1967 “Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies” with a view to preventing an arms race in outer space. Italy. UN Doc. CD/9, 26 March 1979.

³¹ «Not all military actions are necessarily ‘non-peaceful’. (Some may even be undertaken in order to maintain or restore international peace and security)». M. LACHS, *op.cit.*, 91; «L'uso di mezzi non pacifici non contraddice necessariamente il perseguimento dell'interesse generale della Comunità internazionale, anzi, talora, può essere necessario per realizzarlo». F. DURANTE, *La codificazione dei principi sull'esplorazione e l'utilizzazione dello spazio extra-atmosferico*, in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. II, Milano, 1987, 161; M. SCHMITT, *op.cit.*, 103; J. SU, *Space Arms Control: Lex Lata and Currently Active Proposals*, in *Asian Journal of International Law*, 2017, 67-68.

³² Article 88 of the Convention on the Law of the Sea, UNTS 1833 (p.3), 1834 (p.3), 1835 (p.3).

³³ In this sense, see M. SCHMITT, *op.cit.*, 102.

but preventing an arms race in outer space is outside the mandate of COPUOS and falls within the purview of the UN disarmament machinery³⁴.

Even these arguments are rebuttable. It is true that article IV separates the situation of celestial bodies, to which the exclusive peaceful use regime applies, from that of space, in relation to which only the placing of nuclear weapons and other weapons of mass destruction is explicitly prohibited. However, this is the premise not the conclusion of the reasoning. The very issue is whether a systematic interpretation of the Outer Space Treaty leads to identifying further limits to the military use of space in addition to those deducible from the wording of the first paragraph of Article IV OST.

Moreover, any attempt to deny the obligatory nature of Article I, para. 1 OST appears hasty and unfounded from a legal point of view. Indeed, this article is situated in the operative part of the OST and the word «shall» cannot but impose a legal obligation. The intention of the parties to create a legally binding obligation with Article I is confirmed by the preparatory work on the Outer Space Treaty, during which a contrary proposal by the Indian delegation aimed at transferring the provision from Article I to the preamble to the Treaty was rejected by the COPUOS legal subcommittee³⁵. Given that “aggressive” military activities are already unlawful in the light of Article III of the OST, a restrictive interpretation of peaceful as non-aggressive would essentially amount to denying any effect of the clause. It is well known that in the event that a rule can lend itself to two different interpretations, one of which recognises the rule as having a useful effect while the second denies such an effect, the first interpretation should be preferred³⁶.

³⁴ This is the position of the Russian Federation. Document of the Russian Federation pursuant to UN GA resolution 75/36 of 7 December 2020, p. 8. Within the Conference on Disarmament an *ad hoc* Committee on Space was set up in 1985.

³⁵ 1966 COPUOS Legal Sub-Committee Report, UN Doc. A/AC.105/C.2/SR.63, 7.

³⁶ It is known that the principle of effectiveness is not specifically expressed in the Vienna Convention on the Law of Treaties. Nevertheless, as the International Law Commission clarified in its commentary, the principle is embodied in the provision which requires a treaty to be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning given to its terms in the context of the treaty and in the light of its object and purpose. See Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. II, 219. For recognition of the applicability of the principle of effectiveness in treaty interpretation, see *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Jurisdiction of the Court, Judgment of 4 December 1998, *ICJ Reports* 1998, para. 52; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, Judgment of 1 April 2011, *ICJ Reports* 2011, paras. 133-134.

The two opposing interpretations – peaceful as non-military and peaceful as non-aggressive – have a common denominator which is in line with Article III of the OST. This rule requires the parties to conduct space activities in compliance with international law and explicitly mentions the United Nations Charter, thus containing a reference – in itself *ad abundantiam*³⁷ – to the prohibition of threatening and using force by individual States (Article 2, para. 4 UN Charter), except in cases of legitimate defence (Article 51 UN Charter) or in the presence of a decision by the Security Council in the exercise of its powers pursuant to Chapter VII of the UN Charter. It follows that military activities in space which involve a threat or use of force in violation of Article 2, para. 4 are unlawful. What remains to be clarified is the regime for military activities which are not prohibited by Article 2, para. 4 of the UN Charter.

It does not seem that the distinction, which is sometimes drawn, between defensive and offensive weapons can have practical relevance to this purpose. According to this distinction, offensive weapons are used to attack and are therefore prohibited, while defensive weapons aim to counter the adversary's weapons once they have been launched and are therefore lawful. But this distinction is oversimplistic because even weapons which are normally considered defensive, such as earth-based terminal defences against ballistic missiles, can be used as part of an offensive strategy. For example, they can serve to frustrate the adversary's reaction in response to an attack. On the one hand, even weapons that would normally be considered offensive can be used defensively, most clearly if they are only used to retaliate after an attack³⁸.

Based on international practice³⁹, recent doctrine concludes that the Outer Space Treaty is only the first step towards complete demilitarisation of outer space, and the claim that an interpretation prohibiting any military activity in outer space actually expresses more a political and moral wish than legal realism⁴⁰. As a matter of fact, so it is

³⁷ F. DURANTE, *op.cit.*, 160.

³⁸ For a critique on the distinction between defensive and offensive weapons, see UNIDIR, *Disarmament: Problems Related to Outer Space*, New York, 1987, 19-20.

³⁹ See Article 31 para. 3 (b) of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

⁴⁰ See, *ex multis*, C. PETRAS, *The Debate Over the Weaponization of Space – a Military Legal Conspectus*, in *Annals of Air & Space Law*, 2003, 172; M. SCHMITT, *op.cit.*, 101-102; I. VASILOGEORGI, *Military Uses of Outer Space: Legal Limitations, Contemporary Perspectives*, in *Journal of Space Law*, 2014, 379-451; F. TRONCHETTI, *The Right of Self-Defence in Outer Space: an Appraisal*, in *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, 2014, 106; S. HOBE, *The*

argued, after taking the lead in establishing the norm of peaceful use of outer space understood as a ban on all military uses of outer space⁴¹, the United States gradually changed its stance on the militarisation of outer space⁴². The Soviet Union likewise supported the applicability of the principle of peaceful use to outer space and the consequent unlawfulness of any military activity until the second half of the 1960s⁴³. However, it too then gradually modified its original interpretation⁴⁴. As premised, it is a fact that thanks to objects located in outer space States are able to carry out most of their military activities on the ground. In sum, according to this thesis, international practice suggests that the Outer Space Treaty only bans the placing of weapons of mass destruction in outer space, while the placing of conventional weapons there is within the bounds of legality⁴⁵.

This thesis has both a merit and a limit. The merit is that it is based on a true consideration. Any attempt at drawing up new rules would appear completely fruitless at the outset if one were to assume that the pertinent provisions of the normative instruments already in force are in fact disregarded. In other words, it is difficult to see on what we could base the hope that new and more sophisticated provi-

Meaning of 'Peaceful Purposes' in Article IV of the Outer Space Treaty, in *Annals of Air & Space Law*, 2015, 9-24; S. MARCHISIO, *Gli usi militari dello spazio: scenari internazionali e tavoli negoziali*, in S. MARCHISIO and U. MONTUORO (eds.), *Lo spazio cyber e cosmico. Risorse dual use per il sistema Italia in Europa*, Torino, 2019, 147.

⁴¹ «[T]he United States and its allies proposed a system to prevent the use of outer space for military purposes». See, Statement by the United States Representative (Lodge) to the Disarmament Commission, 16 August 1960, as reported in Documents on Disarmament 1960, Department of State Publication, U. S. Government Printing Office, Washington DC (1961), 216.

⁴² «It is the view of the United States that outer space should be used only for peaceful – that is, non-aggressive and beneficial – purposes». See Statement by the United States Representative (Gore) to the First Committee of the General Assembly, 3 December 1962, A/C.1/PV.1289, 13.

⁴³ See the Soviet Proposal on the Question of the Banning of the Use of Cosmic Space for Military Purposes, the Elimination of Foreign Military Bases on the Territories of Other Countries, and International Cooperation in the Study of Cosmic Space, UN Doc. A/3818 (1958).

⁴⁴ For an accurate analysis of the evolution of the United States' and Soviet Union's positions on the meaning of "peaceful use" of outer space, see G. PERSOZ, *Mitigating International Norms Through Contestation: Peaceful Purposes in Space Law and the Security Dilemma*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2023, pp. 65-89. For an analysis of the Soviet position, see M. RUSSELL, *Military Activities in Outer Space: Soviet Legal Views*, in *Harvard International Law Journal*, 1984, 153-193.

⁴⁵ In this sense, see UNIDIR, Submission on UNGA resolution 75/36 on "Reducing Space Threats Through Norms, Rules and Principles of Responsible Behaviours", 3 May 2021, para. 17.

sions would be respected in the future if we subscribe to the opinion that the obligations presently accepted by States already forbid the militarisation of space and are nonetheless openly violated⁴⁶. At the same time, and this is the limit, this thesis cannot be shared in its entirety because it deduces from international practice more than what is possible. The use of imaging, listening and other detection and communication devices for military purposes is well-established in outer space and therefore admittedly lawful. On the contrary, no State has yet stationed a weapon of any kind in outer space. The interpretation separating weapons from admitted military uses was endorsed during informal meetings discussing the Draft Treaty on the Prevention of the Placement of Weapons in Outer Space, the Threat or Use of Force Against Outer Space Objects, in which the over fifty attending States sought to clarify the notion of «peaceful» as meaning «prohibiting weapons in space but allowing military uses of space»⁴⁷. Moreover, the General Assembly adopts a resolution every year on no first placing of weapons in outer space, which encourages all States, especially spacefaring nations, to consider the possibility of upholding, as appropriate, a «political commitment» not to be the first to put weapons in outer space⁴⁸. All this mirrors the fact that weapons on the one hand and other military devices on the other evoke different value judgments from the viewpoint of the preservation of peace and security⁴⁹. If it is true that it is not possible to deduce from this practice the existence of a general opinion that conventional weapons are prohibited in outer space, it is not even possible to affirm the existence of consoli-

⁴⁶ «In short, we do not have, as some would like to have it believed, a good law which is broken: we have, on the contrary, a bad law which makes perfectly legitimate the arms race in which the Super Powers are now ever more engaged». Cf. L. CONDORELLI and Z. MÉRIBOUTE, *op.cit.*, 32.

⁴⁷ Letter dated 5 September 2005 from the Permanent Representative of the Russian Federation to the Conference on Disarmament addressed to the Secretary-General of the Conference Transmitting the Summary of the Second Open-Ended Informal Meeting on the Issue of the Prevention of an Arms Race in Outer Space, CD/1756* 15 September 2005, 5. See also the working paper presented by China, the Russian Federation, Vietnam, Indonesia, Belarus, Zimbabwe and Syria on Possible Elements for a Future International Legal Agreement on the Prevention of the Deployment of Weapons in Outer Space, the Threat or Use of Force Against Outer Space Objects, UN Doc. CD/1679 (28 June 2002), in particular para. V, and UN Doc. CD/1818 (14 March 2007).

⁴⁸ See, for instance, GA resolution 69/32. No First Placement of Weapons in Outer Space, A/RES/69/32, adopted on 2 December 2014, para. 5; GA resolution 77/42. No first placement of weapons in outer space, adopted on 7 December 2022, A/RES/77/42, para. 5. The voting was Yes: 122, No: 50, Abstentions: 4, Non-Voting: 17.

⁴⁹ According to Neuneck and Rothkirch, the introduction of space weapons would mean breaking an international taboo. G. NEUNECK and A. ROTHKIRCH, *op.cit.*, 503.

dated practice and *opinio iuris* on the placing and use of conventional weapons in space and arrive at a univocal conclusion on its lawfulness⁵⁰.

4. As has been stated, Article IV OST provides different regimes applicable to space on the one hand and to the Moon and other celestial bodies on the other. The second paragraph of Article IV of the OST contemplates for the Moon and other celestial bodies a regime of use exclusively for peaceful purposes, and specifically prohibits «the establishment of military bases, installations and fortifications, the testing of any type of weapons and the conduct of military manoeuvres» there, while it allows the use of military personnel for scientific research or other peaceful purposes. This exception faces up to the reality that space powers will probably engage in space ventures with the help of personnel and equipment belonging to the armed forces.

In formulating this provision, the contracting parties were clearly inspired by Article I of the Antarctic Treaty⁵¹. In both conventional texts the general principle of exclusive peaceful purposes use is stated, which is followed by a list of expressly prohibited and permitted activities, but with a difference. The indication of prohibited activities in Article I of the Antarctic Treaty is preceded by the generic prohibition of «any measures of a military nature», a formula which does not appear in article IV of the OST.

A first restrictive interpretation precisely emphasises that the activities prohibited in Article IV of the Outer Space Treaty are not preceded by this formula or a similar all-encompassing one, and deduces from this omission that the list of prohibited activities is closed⁵². Ac-

⁵⁰ Of course, the issue here is to distinguish weapons from other military devices, which is not without difficulty: «La France rappelle plus largement la difficulté de définir ce qu'est une arme dans l'espace, puisque tout objet spatial peut être une arme par destination (ex: satellite kamikaze)». Contribution de la France au SGNU, normes de comportement responsable dans l'espace, 3 mai 2021, 1. A further complex issue is represented by frequency jamming which is clearly illegal under the ITU regime, but at the same time rapidly growing. See, Note de l'Ifri, *Governing the Geostationary Orbit Orbital Slots and Spectrum Use in an Era of Interference*, 2014.

⁵¹ «1. Antarctica shall be used for peaceful purposes only. There shall be prohibited, *inter alia*, any measures of a military nature, such as the establishment of military bases and fortifications, the carrying out of military maneuvers, as well as the testing of any type of weapons. 2. The present treaty shall not prevent the use of military personnel or equipment for scientific research or for any other peaceful purposes». The Antarctic Treaty, 402 U.N.T.S. 71, entered into force on 23 June 1961.

⁵² «Though affirming the principle of the use of the moon and other celestial bodies 'exclusively for peaceful purposes', this treaty [the Outer Space Treaty] does not forbid, as the

ording to an expansive interpretation, these activities must instead be seen as examples that do not restrict the “exclusively peaceful purposes” wording. It follows that in the framework of Article IV, para. 2 Outer Space Treaty the regime of military activities which are not expressly prohibited depends on the interpretation of the general clause according to which the Moon and other celestial bodies shall be used «exclusively for peaceful purposes», and also here the two opposing interpretations analysed above compete. That is, is “exclusively peaceful purposes” synonymous with “non-military purposes”⁵³ or “non-aggressive purposes?”⁵⁴

The preferable interpretation is to read Article IV, para. 2 as prohibiting any military activity on the Moon and other celestial bodies. Indeed, the provision was a result of the Soviet-US gaming in the Moon race. At that time, although the Soviet Union still seemed to be ahead of the United States in space, the gap was marginal due to the rapid progress in the US manned space programme. Preventing militarisation of the Moon was a mutually acceptable outcome as neither the United States nor the Soviet Union were confident that they would win the race. Moreover, the activities listed in the second part of Article IV, para. 2 are forbidden despite having a “non-aggressive” nature in themselves. It would be paradoxical to attribute to a general principle – the principle of exclusively peaceful use – a narrower meaning than the examples of it provided. In sum, a regime of complete “demilitarisation” applies to the Moon and other celestial bodies⁵⁵.

One of the most complex issues concerning demilitarised zones is whether States that are not parties to the treaties establishing them are bound to respect their demilitarised status, in derogation of the *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* rule. A positive answer has been

Antarctic Treaty does, ‘any measures of military nature’ but only specific military activities». See T. TREVES, *Military Installations, Structures, and Devices on the Seabed*, in *American Journal of International Law*, 1980, 816; see also J. SU, *Use of Outer Space for Peaceful Purposes: Non-militarization, Non-aggression and Prevention of Weaponization*, in *Journal of Space Law*, 2010, 256, arguing that the negative undertaking in Art. IV, para. 2 of the Outer Space Treaty is narrower than that in Art. I, para. 1 of the Antarctic Treaty and concluding that non-militarisation of celestial bodies is not fully proscribed.

⁵³ See L. CONDORELLI and Z. MÉRIBOUTE, *op.cit.*, 11-12.

⁵⁴ See C. CHRISTOL, in *International Law Association, Report of the Sixtieth Conference*, Montreal, 1982, 500.

⁵⁵ As a result of the combination of the provisions in Article 1 para. 2, and Article 3, the Moon Agreement also establishes the demilitarisation of lunar orbits and other trajectories to or around the Moon. Therefore, this provision extends demilitarisation to cover areas of void space. Of course, given the small number of States parties to the Moon Agreement, this provision has little practical relevance.

grounded on the alleged existence of “objective regimes” in international law, of which demilitarisation treaties would be an example⁵⁶. It is, however, well-known that the final text of the Vienna Convention on the Law of Treaties does not contain any special provision on treaties creating objective regimes because the rules on treaties intended to create rights and obligations on third States were considered sufficient to regulate the matter⁵⁷. Accordingly, international law admits that non-party States are bound by treaties on demilitarised zones if they have consented in writing to assume the relevant obligations⁵⁸, if the Security Council acting under Chapter VII of the UN Charter has so decided or if the corresponding obligations reflect customary international law⁵⁹. One should be very careful to conclude that the provision in Article IV, para. 2 OST has become part of general international law. It is true that to this day no State has installed or deployed weapons on the Moon or other celestial bodies. Nevertheless, given that the current state of space technology does not enable significant activities to be carried out on the Moon, and *a fortiori* on other celestial bodies, it is difficult to interpret this negative practice as proof of compliance with the regime of exclusively peaceful use established in Article IV para. 2 of the Outer Space Treaty.

5. Several initiatives and technical talks currently have the adoption of non-binding legal instruments or the conclusion of binding treaties prohibiting or limiting conventional weapons in space as their objective⁶⁰. However, the way these initiatives are proposed and carried out triggers doubt that the real intention is to arrive at a concrete result. On the one hand, the Russian Federation has taken a closed attitude to the Code of Conduct for Outer Space Activities⁶¹. On the other

⁵⁶ On objective regimes, see *ex multis* E. ZAMUNER, *I trattati che creano regimi obiettivi nel diritto internazionale*, in *Comunicazioni e studi*, 2007, 943-975; F. SALERNO, *Treaties Establishing Objective Regimes*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, 225-243.

⁵⁷ See Yearbook of the International Law Commission, 1966-II, 231.

⁵⁸ Article 35 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

⁵⁹ See Article 38 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

⁶⁰ «Many Member States stressed the need for a legally binding instrument on the prevention of an arms race in outer space». Open-ended intersessional informal consultative meeting on the work of the Group of Governmental Experts on further practical measures for the prevention of an arms race in outer space, New York, 31 January-1 February 2019 Chair's Summary, para. 4.

⁶¹ See the *Draft International Code of Conduct for Outer Space Activities*, draft of 31 March 2014. See the Working paper submitted by the Russian Federation, Reviewing oppor-

hand, the Draft Treaty on the Prevention of the Placement of Weapons in Outer Space⁶², tabled by Russia and China at the Conference on Disarmament⁶³, despite revisions meets continuing opposition by the United States⁶⁴. Due to the consensus method of decision-making at the Conference on Disarmament, the prospects of success in formulating such a treaty are limited. Similarly, the process activated by GA resolution 72/250 on “Further practical measures for the prevention of an arms race in outer space”⁶⁵ ended without it having been possible to adopt a consensual report.

A further initiative which seems commendable at first glance on closer examination is already weak in its formulation. As has been stated, on a proposal by the Russian Federation the General Assembly adopts a resolution every year on no first placing of weapons in outer space, which encourages all States, especially spacefaring nations, to consider the possibility of undertaking a «*political* commitment» not to be the first to put weapons in outer space⁶⁶. The aim is to stabilise the situation while the Treaty on the Prevention of the Placement of Weapons in Outer Space is being developed⁶⁷. However, the limits of this commitment are clear. First of all, by using the words «not be the first» the pledge is conditional. Any other State deploying weapons in outer space in the first place would free the declaring States from the negative undertaking. Moreover, what the resolution encourages is to make a political, not a legal, commitment not to be the first to put weapons in outer space.

There is a new sign which it is appropriate to give an account of. In the first session of the Open-Ended Working Group (OEWG) to re-

tunities for achieving the Vienna Consensus on Space Security encompassing several regulatory domains, UN doc. A/AC.105/C.1/2016/CRP.15, 16 February 2016, 7-8.

⁶² *Draft Treaty on the Prevention of the Placement of Weapons in Outer Space, the Threat or Use of Force against Outer Space Objects*, 12 June 2014.

⁶³ For a description of these initiatives, see S. MARCHISIO, *op.cit.*, 145-162.

⁶⁴ See United States Analysis of a Draft Treaty on Prevention of the Placement of Weapons in Outer Space, or the Threat or Use of Force against Outer Space Objects, CD/1847, 26 August 2008.

⁶⁵ GA resolution 72/250. Further practical measures for the prevention of an arms race in outer space, adopted on 24 December 2017.

⁶⁶ *Emphasis added*. See for instance, GA resolution 69/32. No First Placement of Weapons in Outer Space, A/RES/69/32, adopted on 2 December 2014, para. 5; GA resolution 77/42. No first placement of weapons in outer space, adopted on 7 December 2022, A/RES/77/42, para. 5.

⁶⁷ See the Joint Statement of the Russian Federation and the People’s Republic of China on International Relations Entering a New Era and the Global Sustainable Development 4 February 2022.

duce space threats through norms, rules and principles of responsible behaviour⁶⁸, the United States through its vice-president issued an official statement in which it committed itself to not conduct «destructive, direct-ascent anti-satellite missile testing» and to seek «to establish this as a new international norm for responsible behavior in space»⁶⁹. According to its wording, the object of the United States declaration is solely anti-satellite weapons tests (ASATs) which use physical force to damage or destroy their targets through a kinetic impact. As such it does not cover cyber and electronic activities which make the satellite blind and the commander of which is even more difficult to detect. The United States was then joined by other States⁷⁰. No doubt such declarations can be qualified as legally binding “unilateral declarations”⁷¹. A more complex issue is to ascertain whether these declarations are also indicative of the existence of a customary norm, in particular whether by declaring that they will refrain from conducting ASATs these States have the opinion (the so-called *opinio iuris ac necessitatis*) that such abstention is already legally obligatory. In the affirmative, such unilateral declarations simply reiterate the existence of an international obligation already in force (also) for the de-

⁶⁸ An Open-Ended Working Group to reduce space threats through norms, rules and principles of responsible behaviour was established in GA resolution 76/231 on reducing space threats through norms, rules and principles of responsible behaviours, adopted on 24 December 2021.

⁶⁹ Fact sheet: Vice President Harris Advances National Security Norms in Space – New U.S. Commitment on Destructive Direct-Ascent Anti-Satellite Missile Testing, 18 April 2022, available at <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/04/18/fact-sheet-vice-president-harris-advances-national-security-norms-in-space/> accessed 30 November 2023.

⁷⁰ Canada: Canada’s views on reducing space threats through norms, rules and principles of responsible behaviour, General exchange of views, 9-13 May 2022; Japan: Statement delivered by Ambassador Ichiro Ogasawara of the delegation of Japan to the Conference on Disarmament, Second Session of the OEWG, 12 September 2022; Germany: Statement by Germany in the OEWG, 13 September 2022; United Kingdom: The statement was delivered on 3 October 2022 by the Minister of Foreign Affairs and the UK Space Agency, <https://www.gov.uk/government/news/responsible-space-behaviours-the-uk-commits-not-to-destructively-test-direct-ascent-anti-satellite-missiles> accessed 30 November 2023; South Korea: Statement at the First Committee, 3rd plenary meeting – General Assembly, 77th session, 4 October 2022; France: France’s commitment not to conduct destructive direct-ascent anti-satellite missile tests (29 November 2022).

⁷¹ See the International Law Commission Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations with commentaries, 2006, UN Doc. A/61/10 [hereafter Guiding Principles]. On unilateral acts, see E. SUY, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Pichon, 1962; P. SAGANEK, *Unilateral Acts of States in Public International Law*, Leiden-Boston, 2016; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, Padova, 2019, 124-125.

claring States. The answer is arguably negative if one considers that the explicit aim of the declaring States is to encourage other States to issue similar declarations and to lead to a progressive development of international law on the point. This *animus inducendi consuetudinem* implicitly but unequivocally assumes that a custom prohibiting ASATs does not exist yet. After all, even States claiming that intentional destruction of space objects should be legally prohibited implicitly assume that it is not prohibited so far⁷².

In any case, for a customary rule to exist the *opinio iuris* must be reflected in a “general practice”, in the sense that the material conduct of States must be sufficiently widespread, representative and consistent⁷³. If the United States, as can be expected, effectively abstains from conducting ASATs consistently with its declaration, that conduct may be regarded as an “embryo” of practice. However, it is necessary to weigh the conduct of States other than the US that have made similar declarations. They have never experienced ASATs of this kind and they do not even have the necessary capability. One may think of the declaration by New Zealand, which expressly admits that it does not possess – and does not want to develop in the future – «that capability»⁷⁴. The weight of the declarations by these States in forming custom will be less influential. Moreover, and it is decisive, States which have recently carried out ASATs – Russia, India, China – have not made similar declarations and have not even shown signs of appreciating them because they ultimately consider these tests to be permitted by international law.

The General Assembly has adopted a resolution on Destructive direct-ascent anti-satellite missile testing «call[ing] upon all States to commit not to conduct destructive direct-ascent anti-satellite missile tests»⁷⁵. This is an important element of practice to take into account, but once again the adoption was not unanimous. As many as 155

⁷² 2022 COPUOS Report, UN Doc. A/77/20, para. 249.

⁷³ International Law Commission, Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries, 2018, conclusion no. 8, UN Doc A/73/10.

⁷⁴ New Zealand: Otago Foreign Policy School, opening address, 1 July 2022 («We will not conduct destructive direct-ascent anti-satellite missile testing. We do not have that capability, and neither are we looking to develop it»).

⁷⁵ GA resolution 77/41, Destructive direct-ascent anti-satellite missile testing, A/RES/77/41, 7 December 2022, para. 1.

countries voted in support of the resolution, nine voted against it and nine others abstained⁷⁶.

In conclusion, it is admittedly true that the unilateral declarations described can contribute to the formation of custom⁷⁷ and any new test triggers stronger protests and calls for consultations by the international community⁷⁸. Nevertheless, the (so far small) number of States that have unilaterally declared they abstain from ASATs, and the lack of endorsement by the States which have the capacity to carry them out lead to the conclusion that it is premature to speak of a customary norm. We are instead in the process of forming a new customary rule.

6. Under Article III of the OST, States parties shall carry out space activities in accordance with international law. This of course includes both the rules on the use of force (*ius ad bellum*) and also the rules on the conduct of hostilities in the context of armed conflicts, i.e. international humanitarian law (*ius in bello*)⁷⁹. Article 1, which is common to the four Geneva Conventions, obliges States to respect and enforce the convention norms «in all circumstances», which plainly covers circumstances that may not have been foreseen by the drafters, including military activities with a nexus to outer space. Despite this, doubts about the applicability of international humanitarian law to military operations in outer space are still raised today.

A first objection to the applicability of international humanitarian law to cosmic space derives from the previously mentioned thesis which reserves outer space for peaceful uses understood as non-military uses. Since international humanitarian law regulates the conduct of hostilities, which obviously do not have a peaceful nature, it is argued that this law would not be applicable to cosmic space. In short,

⁷⁶ Those who voted against the resolution were Belarus, Bolivia, Central African Republic, China, Cuba, Iran, Nicaragua, Russia and Syria. The nine abstentions were India, Laos, Madagascar, Pakistan, Serbia, Sri Lanka, Sudan, Togo and Zimbabwe.

⁷⁷ E. SUY, *op.cit.*, 245; P. VIRALLY, *The sources of international law*, in M. SØRENSEN (ed.) *Manual of public international law*, Macmillan, 1968, 155.

⁷⁸ On the value of protests in the formation of new customary norms, see E. SUY, *op.cit.*, 47-61; P. SAGANEK, *op.cit.*, 602-631.

⁷⁹ In its *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* Advisory Opinion, the Court argues that some fundamental (therefore not all) rules of the Hague and Geneva Conventions constitute «intransgressible principles of international customary law». *Ibidem*, paras. 78-79; and this is reiterated in *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004, *I.C.J. Reports* 2004, para. 157. In this advisory opinion the Court more generally declared the customary nature of the provisions in the Hague Regulations. *Ibidem*, para. 89. See also the Working paper submitted by the International Committee of the Red Cross to the OEWG (3 May 2022), 3.

as a domain reserved for peaceful exploration and use, outer space is beyond the reach of law that governs armed conflict⁸⁰. Even if one accepts for a while that any military use of outer space is prohibited⁸¹, this conclusion appears misplaced. According to this argument, international humanitarian law would never apply, not even to wars on land, on the sea or in the air, as these break out when the prohibition of the use of force is violated. Application of and respect for international humanitarian law is completely independent of compliance with *ius ad bellum*. International humanitarian law does not legitimise the use of force. Its aim is instead to preserve a measure of humanity, notably to protect civilians, in the event that armed conflict occurs despite the prohibition of the use of force in international law⁸². This is clearly expressed in the preamble to the 1st Additional Protocol of 1977: «nothing in this Protocol or in the Geneva Conventions of 12 August 1949 can be construed as legitimising or authorising any act of aggression or any other use of force inconsistent with the Charter of the United Nations».

Obviously, when treaty rules limit their field of application to land, air or sea, they cannot apply to cosmic space, and humanitarian law rules often use a decidedly terrestrial vocabulary⁸³. For instance, Articles 2 and 3, which are common to the Geneva Conventions, provisions ordinarily seen as respectively embodying definitions of inter-

⁸⁰ This is the reiterated position of the Russian Federation, also in the OEWG. See the Statement by the Head of the Russian Delegation, K.V. Vorontsov, at the second session of the Open-Ended Working Group established pursuant to UNGA resolution 76/231 (12 September 2022), 4-5.

⁸¹ But see *supra* section 3.

⁸² See the Position paper submitted by the International Committee of the Red Cross to the Secretary-General of the United Nations on the issues outlined in General Assembly resolution 75/36, 8 April 2021, para. 9; see also the Statement by the United Kingdom in the OEWG, Topic 1: Norms, Rules and Principles Derived from Existing International Legal and Other Normative Frameworks, 30 January 2023, 2.

⁸³ A possible singular exception is Article II of the Environmental Modification Convention, according to which the term «environmental modification techniques» «refers to any technique for changing – through the deliberate manipulation of natural processes – the dynamics, composition or structure of the earth, including its biota, lithosphere, hydrosphere and atmosphere, or of *outer space*». Emphasis added. Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques, New York, 10 December 1976. Stephens and Steer correctly note that this provision contains an «express recognition of the space environment». See D. STEPHENS and C. STEER, *Conflicts in Space*, *op.cit.*, 80. However, the application of the prohibitions contained in the Environmental Modification Convention is quite limited as far as conduct in outer space is concerned. The treaty only prohibits States from changing the outer space environment «through the deliberate manipulation of natural processes», which is not a feature of any known space weapons programmes.

national armed conflict and non-international armed conflict, contain express references to «the territory» of State Parties⁸⁴. The fact that the 1907 Hague Regulations are limited in their scope to «war on land» is reflected in the title of that instrument⁸⁵. Even the main post-1957 recodification effort, which resulted in the adoption of the 1977 Additional Protocols, took place at a time when extending the relevant rules to outer space was not a priority. One may think of Article 49 para. 3 of Additional Protocol I to the Geneva Conventions, which links the applicability of the rules on protection of the civilian population, civilians and civilian assets to the cases of land, air and naval operations and naval and air attacks against land targets.

However, as long as a treaty rule embodies a general principle of law – and this is certainly the case of the principles of distinction, proportionality and precaution⁸⁶ – the rule [read “principle”] applies to outer space regardless of restrictions contained in the specific treaty rule. Therefore, if the threshold of armed conflict is reached, these principles come into play for military activities in outer space as they are applicable to all forms of warlike violence wherever it takes place, including outer space. This argument finds support in the Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, in which the International Court of Justice concluded that the fact that the conferences on international humanitarian law in 1949 and 1974-1977 had omitted to consider nuclear weapons cannot lead to the conclusion that this law does not apply to them. This conclusion, in fact, «would be incompatible with the intrinsically humanitarian character of the legal principles in question»⁸⁷. For the Court, the humanitarian nature of these principles entailed their application «to all forms of warfare and to all kinds of weapons, those of the past, those of the present and those of the future»⁸⁸.

The point is instead to clarify the specificities, if any, that emerge when the key principles of international humanitarian law apply to

⁸⁴ Geneva Convention I, Articles 2, 3; Geneva Convention II, Articles 2, 3; Geneva Convention III, Articles 2, 3; Geneva Convention IV, Articles 2, 3.

⁸⁵ Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907.

⁸⁶ See, International Court of Justice, *The Corfu Channel Case*, Judgment of 9 April 1949, 22, which is then quoted in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment of 27 June 1986, *I.C.J. Reports* 1986, para. 215.

⁸⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *ibidem*, para. 86.

⁸⁸ *Ibidem*, para. 86.

outer space. For instance, it is well-known that in virtue of the principle of distinction belligerent States can address their operations only against military objectives⁸⁹, and must take constant care to spare civilians and civilian property in the conduct of military operations⁹⁰. According to Article 52, para. 2 of Additional Protocol I, military objectives are those items which by their nature, location, purpose or use effectively contribute to the military action of the State which employs them, and the total or partial destruction, capture or neutralisation of which ensures a definite military advantage⁹¹.

Military satellites no doubt satisfy these requirements and so fall within the notion of «military objectives» by their nature. However, it is not easy to understand when a satellite is actually military. It is true that the Registration Convention requires the parties to report *inter alia* the «general function of the space object» to the Secretary-General of the United Nations⁹². Whereas “military uses” may be registered as the «general function» of a space object, there is no requirement to provide such a specification. Moreover, such communication is to be done «as soon as practicable». This general language provides launching States with considerable discretion as to the timing and content of notifications of military launches. Announcements of launches are often delayed, and specifications of missions are insufficient⁹³. In any case, the issue with space systems is that their product or function may be immediately of use to armed forces without preparatory steps. Conversion to military use may involve nothing more than delivering imagery to armed forces or programming the satellite to handle military data. Therefore, the intent may not be discernible until the space object qualifies as a military objective through its use.

⁸⁹ The principle of distinction is made explicit in Articles 41, 48, 51 and 52 of Additional Protocol I and in Article 13 of Additional Protocol II.

⁹⁰ Article 57, para. 1 of Additional Protocol I. The obligatory precautions include doing «everything feasible to verify that the objectives to be attacked are neither civilians nor civilian objects». Article 57 para. 2 (a) (i).

⁹¹ For a similar definition of “military objectives”, see also the first instrument that codified the rules of air combat, i.e. the Hague Rules of Air Warfare, The Hague Rules of Air Warfare, 1923, Article XXIV, para. 1.

⁹² Article IV (1) (e), Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space (resolution 3235 (XXIX), annex), which was adopted on 12 November 1974, opened for signature on 14 January 1975 and entered into force on 15 September 1976.

⁹³ Hence there is a proposal to strengthen the Registration Convention to require precise trajectory data, and more detailed characterisation of a satellite to specify whether it is used for military or civilian purposes. Cf. N. RONZITTI, *Problemi giuridici sollevati dalle iniziative in materia di disarmo spaziale*, in F. FRANCONI and F. POCAR (eds.), *Il regime internazionale dello spazio*, Milano, 1993, 85.

In addition, many satellites host multiple payloads. Some payloads may perform military functions and others may be dedicated to purely civilian services. There are also payloads that are of dual use, being capable of simultaneously providing civilian and military services. For instance, remote sensing satellites can provide images which can be used to manage disasters but they can also provide before-and-after hyperspectral imagery of bombed targets. This raises even more problems. The International Committee of the Red Cross, international jurisprudence⁹⁴ and numerous military manuals⁹⁵ exclude dual-use objectives from constituting a *tertium genus* between military and civilian ones and include them in the first category. This is coherent with the rule that a civilian loses protection against an attack when he/she takes direct part in hostilities⁹⁶ and destruction or decommissioning of a dual-use satellite could no doubt lead to a direct concrete military advantage of such a scale and intensity as to justify collateral damage. However, there is a limit. The principle of proportionality requires that the “collateral damage” to protected persons and property is not “disproportionate” to the direct military advantage that can reasonably be expected in practice⁹⁷. For this purpose, States are required to take all reasonable measures to neutralise or at least minimise the risk of collateral damage to protected persons and objects⁹⁸. Therefore, the real issue is to ascertain the possible impact of an attack on civilians, on a civilian component of the target or on its partial civilian purpose, and to evaluate it in the light of the principle of proportionality. It would be superficial to say that any attack conducted against a dual-use target located in outer space is always consistent with the principle of proportionality. It is true that outer space is so far unpopulated, but it cannot be *a priori* excluded that an attack on a space object may cause excessive damage in comparison to the ex-

⁹⁴ International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prlić et al.*, 29 May 2013, vol. 3 of 6, paras 1582-1584.

⁹⁵ US, The Commander’s Handbook on the Law of Naval Operations, 2017, para. 8.3.

⁹⁶ Article 51, para. 3 of Additional Protocol I. On the notion of direct participation, see ICRC, Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, ICRC, Geneva, 2009.

⁹⁷ Article 51, para. 5 (b) of Additional Protocol I; see also Article 57, para. 2 (b) of Additional Protocol I. On the principle of proportionality, see E. CANNIZZARO, *Proportionality in the Law of Armed Conflict*, in A. CLAPHAM and P. GAETA (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, 2014, 332-352.

⁹⁸ Articles 57, para. 2 (a) (ii) of Additional Protocol I and Article 57 para. 4 of Additional Protocol I, which provide a slightly modified test in relation to military operations at sea or in the air.

pected direct concrete military advantage⁹⁹. Consider, for example, the devastating effects that a sudden interruption of satellite navigation systems could have on civil aircraft in flight or the significant economic consequences a radio navigation satellite blackout could have on financial transactions in the contemporary global market. Whenever an attack on a dual-use space object may cause catastrophic collateral damage to civilians, the expected military advantage needs to be very big to justify it in order to meet the requirement of proportionality.

Apart from civilian considerations, States must also take environmental considerations into account when assessing what is necessary and proportionate in the pursuit of legitimate military objectives¹⁰⁰. The relationship between use of force and protection of the space environment is clear. Deliberate destruction of space systems creates long-lasting orbital debris which can jeopardise the ability of all States to freely use and explore space¹⁰¹. Both Article 35, paragraph 3 and the subsequent Article 55, paragraph 1 of the First Additional Protocol prohibit weapons the use of which is likely to cause «widespread, long-term and severe» damage to the natural environment, with the difference that Article 55 further requires a correlated risk to «the health or survival of the population»¹⁰². This prohibition refers both to the intended effects of the weapon («intended») and to foreseeable effects («may be expected»). In this regard, therefore, it suffices for a State to reasonably expect damage such as that described above in the event of concrete use of the weapon for the rule to be considered violated.

For instance, the use of kinetic weapons in armed conflicts is likely to create large amounts of space debris, causing «widespread, long-term and severe damage» to the space environment. Indeed, the debris may extend for hundreds of kilometres, thus being «widespread», also due to operation of the so-called Kessler syndrome, i.e. a chain reaction in which, once a satellite is destroyed, fragments of it randomly

⁹⁹ See also H. NASU, *Targeting a Satellite: Contrasting Considerations between the Jus ad Bellum and the Jus in Bello*, in *International Law Studies*, 2022, 162-163.

¹⁰⁰ See *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *cit.*, paras. 29-30.

¹⁰¹ On this connection, see GA resolution 76/231. Reducing space threats through norms, rules and principles of responsible behaviours, A/RES/76/231, adopted on 24 December 2021, para. 3.

¹⁰² For example, a nuclear explosion in space could result in severe damage to the ozone layer or changes to the ionosphere, with disastrous consequences on earth.

launched into orbit can cause further impacts. Moreover, such damage to the space environment is likely to be «long-term» due to the fact that outer space is not able to clean itself. The damage is also likely to be «severe», given the serious threats posed to orbiting satellites and human space missions. Space debris moves at an extremely high speed of 27,000 km per hour. Therefore, even tiny pieces can destroy a satellite, exponentially increasing the amount of debris up to even making space navigation and the use of satellites in the orbit affected by the debris impossible. The potential serious environmental damage and the unprecedentedly overt dual-use nature of space assets raise the bar to a very high level for the necessity and proportionality of using force against space assets in conflicts to be satisfied. The proportionality requirement is more likely to be satisfied when interference and temporary disablement are carried out with direct-energy weapons, while the use of kinetic anti-satellite weapons in an armed conflict would hardly be compatible with the principle of proportionality.

7. International law in its present state is not able to prevent the spiralling of space weaponisation, and despite the multiple ongoing initiatives on space disarmament in various fora translation of existing proposals into rules of positive law does not seem very close. With this lack of specific contractual prohibitions on conventional weapons in void space there is a risk that the atmosphere of mutual suspicion may prompt the widening circle of space powers to carry out military space projects, thus setting aside the legal barriers against the militarisation of space. The trend might not stop there. The scope of the peaceful purposes principle, which according to the prevailing interpretation is now emptied of its legal significance to equate the ban of Article 2 para. 4 of the UN Charter, can be further restricted by contesting the *jus ad bellum*, either through a restrictive interpretation of what constitutes “use of force” or through a permissive interpretation of self-defence¹⁰³. The first steps were taken in this direction during discussions in the OEWG, which revealed a lack of consensus as to

¹⁰³ For some early comments arguing that peaceful uses of outer space include defence uses and that self-defence includes preventive self-defence, see the following: «nothing is more essential for peace than the capability to discourage or deter attack». Cf. E. WELSH, *Peaceful Purposes: Some Realistic Definitions*, Air Force and Space Digest, 1961, 73-74. See also J.C. COOPER, *Self-Defence in Outer Space and the United Nations*, in *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht*, 1962, 190-192, who broadly interprets the right to self-defence to include preventive self-defence.

what constitutes a use of force in outer space¹⁰⁴. This may pave the way for States to adopt a definition other than that generally admitted in the framework of Article 2 para. 4 UN Charter. A first State may interpret the prohibition of the use of force in a restrictive manner to enjoy greater freedom of movement, and other States may follow to ensure an equal freedom. This logic would not only undermine the meaning of peaceful purposes but also Article III OST and the *jus ad bellum* itself. With the gathering momentum of *faits accomplis*, this will make the task of full space disarmament even more complex and difficult to accomplish.

For this reason, in order to avoid worsening of the atrophy of the principle of the peaceful use of outer space it is essential to stress once again that military operations in outer space do not occur in a legal vacuum and are already constrained by existing law. The OST establishes a regime of complete demilitarisation for the Moon and other celestial bodies. It then contains an obligation, which is customary in international law, not to put in orbit around Earth nuclear weapons or any other weapons of mass destruction or station them in outer space in any other manner. It is admittedly true that the Outer Space Treaty does not contain a similar prohibition of the deployment of conventional weapons. However, even if one admits that conventional weapons are permitted in outer space, which is debatable, they must in any case comply with the requirements imposed by the rules on armaments and targeting.

ABSTRACT

The Slow Atrophy of the Principle of the Peaceful Use of Outer Space

In the military strategies of the great powers, space is now playing a fundamental role, which is growing from day to day. The media continually convey news about the extraordinary development of military technologies applicable to space, and also about the deadlock that at present seems to block international negotiations on the matter. These considerations indicate the purpose of this study and justify its structure. This article examines the provisions that are currently in force with the aims of establishing what already exists and of revealing the gaps in existing legal instruments. Some

¹⁰⁴ See UNIDIR, Submission on GA resolution 75/36 on “Reducing Space Threats Through Norms, Rules and Principles of Responsible Behaviours”, 3 May 2021, para. 18; OEWG Chair’s Summary of discussions, UN Doc. A/AC.294/2022/3, 20 May 2022, para. 9.

assume that the largest loophole in the Outer Space Treaty is its failure to ban conventional weapons in outer void space. Others put in doubt that celestial bodies, which are reserved exclusively for peaceful purposes, are completely non-militarised. Finally, some States question the application of international humanitarian law to outer space. The aims of this paper are to address these issues and identify the limits States encounter in the military use of outer space.

INDIGENOUS PEOPLES' RIGHTS AND SUSTAINABLE DEVELOPMENT: AN INTERNATIONAL ECONOMIC LAW PERSPECTIVE

CARLOTTA CERETELLI

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Indigenous peoples on the fringes of international law. – 2.1. Legal instruments dedicated to indigenous peoples. – 2.2 Universal and regional monitoring systems on human rights. – 3. Changing perspective: indigenous rights in international economic law. – 3.1. International trade law. – 3.2. International investment law. – 4. Sustainable development as a new safeguard for indigenous peoples? – 4.1. The theoretical borders of sustainable development. – 4.2. Indigenous' strategic contribution to sustainable development. – 5. The step forward taken by the "new generation" of international economic agreements. – 5.1. A new space for individual rights in the "trade and sustainable development" chapters. – 5.2. The new (but still residual) attention reserved to indigenous peoples. – 6. Conclusions.

1. At present, indigenous peoples represent 6.2% of the world's population, amounting to 476.7 million people, scattered across 90 different countries¹. The distinctive feature of indigenous communities resides in the strong connection that they have with the lands of their ancestors. In these territories indigenous peoples gather the material sources of livelihood and nurture their spiritual wellbeing through traditional rituals. In synthesis, the whole identity of indigenous communities depends on ancestral lands, as evocatively explained on the occasion of UN International Indigenous Peoples Summit on Sustainable Development of 2002, when indigenous representatives asserted: «Our lands and territories are at the core of our existence – we are the land and the land is us»².

In the light of their close ties with ancestral lands, nowadays indigenous peoples appear to be particularly vulnerable to economic globalisation, which exacerbates the more traditional issues of poverty and discrimination³. First, the spoliation of indigenous ancestral territories is a proven practice of many governments to further their na-

¹ ILO, *Implementing the ILO Indigenous and Tribal Peoples Convention No. 169. Towards an Inclusive, Sustainable and Just Future* of 2019, www.ilo.org, 13.

² International Indigenous Peoples Summit on Sustainable Development, *Kimberley Declaration* of 2002, <https://iwgia.org>.

³ According to the survey of the ILO, indigenous peoples represent 18.7% of the extreme poor living in 23 countries, considering the poverty line at \$1.90 a day. ILO, *op. cit.*, 20.

tional policies on resources extraction, new infrastructures development and large-scale agriculture. In these cases, indigenous peoples' survival is seriously threatened since the loss of their lands makes impossible the regular growth of traditional economic practices, such as hunting, fishing and herding, as well as the cultural life of the communities⁴.

Second, the indirect effects of economic globalisation on indigenous peoples are multifarious. The constant growing of temperature resulting from the use (and abuse) of fossil fuels endangers mostly indigenous communities, which occupy areas highly subjected to global warming impacts⁵. In the Arctic, as a result of the ice-melting, some Inuit villages have started to sink in the permafrost and the transports in the whole region have become more dangerous, thus impeding the traditional practice of hunting, which underpins the livelihood and the cultural identity of the Inuit⁶. However, the negative consequences of climate change are not limited to the Arctic region. As proved by the recent decision of the Human Rights Committee on the *Torres Strait Islanders* case, the raising of the sea level – provoked by climate change – dramatically jeopardizes also the biological and cultural life of indigenous communities living in the small islands of the Pacific Ocean⁷.

⁴ By way of example, it may be recalled the case of Guarani Kaiowá people of Brazil, forcibly removed from the Gujraroká territories, which totaled 11.000 hectares of lands in the Brazilian region of Mato Grosso do Sul, in order to create cattle ranches and sugarcane plantations for ethanol. See M. MONDARDO, *The Struggle for Land and Territory between the Guarani Kaiowá Indigenous Peoples and Agribusiness Farmers on the Brazilian Border with Paraguay: Decolonization, Transit Territory and Multi/Transterritoriality*, in *Journal of Borderland Studies*, 2022, 999 ff.

⁵ J. BARNETT, *Human Rights and Vulnerability to Climate Change*, in S. HUMPHREYS (ed.), *Human Rights and Climate Change*, Cambridge, 2010, 257 ff.; C. PERRUSO, *Les peuples autochtones face à l'urgence climatique, entre vulnérabilité et résistance*, in *Journal européen des droits de l'homme*, 2022, 43 ff.

⁶ The risks stemming from climate change for indigenous peoples' survival in the Arctic region were submitted to the Inter-American Commission on Human Rights in 2006. However, the Commission refused to analyse the petition without a proper justification. See Inter-American Commission on Human Rights, petition 1413-05, letter of 16 November 2016, *Sheila Watt-Cloutier et al. v. United States of America*, <http://climatecasechart.com>. On the case see H. OSOFSKY, *Complexities of Addressing the Impacts of Climate Change on Indigenous Peoples Through International Law Petitions: A Case Study of the Inuit Petition to the Inter-American Commission on Human Rights*, in R. ABATE, E.A. KRONK WARNER (eds.), *Climate Change and Indigenous Peoples*, Cheltenham-Northampton, 2013, 313 ff.

⁷ Human Rights Committee, *Daniel Billy et al. v. Australia*, *Communication No. 3624/2019*, Views of 21 July 2022, CCPR/C/135/D/3624/2019 of 22 September 2022.

Given these serious contemporary challenges, the purpose of the article is to address the subject of indigenous peoples' protection by examining the effectiveness of the international legal instruments that are already in place in the area and looking for new safeguards from the perspective of international economic law. In this regard, it will be suggested to turn to the "new generation" of international economic agreements. Contrary to the previous trade and investment treaties, which paid little, if any, attention to human rights, the "new generation" of economic agreements addresses the protection of specific environmental and human interests and collects them under the overarching idea of sustainable development. Once contextualized the sustainable development and highlighted its relationship with indigenous peoples, the study will analyse the content of these new agreements in order to understand whether they are, or might in the future become, a valuable tool for the promotion of indigenous collective rights. Conclusions will follow.

2. Although a precise and universal definition of indigenous peoples has not yet been elaborated⁸, some elements appear to play a decisive role in the legal qualification of these groups, namely the lineage from the original inhabitants of the traditional lands (first-in-time principle), the cultural and institutional separation of indigenous communities from the majority of the States' population and the self-identification of peoples as indigenous⁹. From the standpoint of international law¹⁰, there has been a tepid effort to safeguard indigenous

⁸ The first attempt to define indigenous people has been made by UN Economic and Social Council (Special Rapporteur M. Cobo), *Final Report: Study on the Problem of Discrimination Against Indigenous Peoples*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/2/Add.6 of 20 June 1982, Chapter 5.

⁹ UN Economic and Social Council (Special Rapporteur E.I. Daes), *Working Paper by the Chairperson-Rapporteur on the Concept of "Indigenous Peoples"*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2 of 10 June 1996, para. 69. Moreover on the topic see L. BURGORGUE-LARSEN, *The Rights of Indigenous Peoples*, in L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES (eds.), *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Oxford, 2011, 497 ff., 501.

¹⁰ This article will not take into consideration the agreements between a State and the indigenous inhabitants of that State, mostly subscribed to regulate national affairs, in particular the autonomies of indigenous minorities and their relations with central governments. On these agreements see G. ALFREDSSON, *Indigenous Peoples, Treaties With*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2022, available online. Similarly, this article will not deal with the practice of national authorities applying indigenous laws, as certain domestic legal systems do to protect essential indigenous rights. On the topic see A. PIETROBON, *L'applicazione del diritto indigeno come valore: fondamenti e limiti*, in A. ANNONI, S. FOR-

peculiar exigencies so far, for the most part made by human rights universal and regional monitoring systems.

2.1. Since the second half of XX century, a number of international legal instruments were elaborated to specifically address indigenous collective rights¹¹, though with limited results. In 1957, the Indigenous and Tribal Populations Convention (No. 107) was adopted under the auspices of the International Labour Organization (ILO), followed in 1989 by the Indigenous and Tribal Peoples Convention (No. 169). The second Agreement marked a drastic change of approach by shifting from a paternalistic attitude, aiming at the assimilation of indigenous peoples among the dominant population, to a multicultural approach that respected and enhanced indigenous diversities¹². Moreover, the right to land, which derives from the strict connection between the indigenous identity and the ancestral territories¹³, gained some legitimacy and was codified under Article 16. In parallel, the Convention No. 169 devoted a certain attention also to indigenous cultural identity¹⁴, even if the issue of the intellectual property rights was still disregarded.

More recently, a new step towards the protection of indigenous rights has apparently been made in 2007, when the UN General Assembly promoted the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples

LATI, P. FRANZINA (eds.), *Il Diritto internazionale come sistema di valori. Scritti in onore di Francesco Salerno*, Naples, 2021, 139 ff.

¹¹ According to indigenous traditions, the group should not be considered just as a collection of individuals, but it is an autonomous entity, with peculiar interests and exigencies. As a consequence, the traditional protection of basic individual rights is to be accompanied by the protection of a new category of collective rights, which belong to the indigenous group as such. On the strategic importance of collective rights for indigenous peoples see UN Economic and Social Council (Special Rapporteur L.E. Chávez), *Report of the Working Group established in accordance with Commission on Human rights resolution 1995/32*, UN Doc. E/CN.4/2002/98 of 6 March 2002, Annex II. Furthermore, for a theoretical perspective on collective rights see A. BUCHANAN, *Role of Collective Rights in the Theory of Indigenous Peoples' Rights*, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, 1993, 89 ff.

¹² B. KINGSBURY, *Indigenous Peoples*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006, available online, para. 20.

¹³ J. ANAYA, *Indigenous Rights Norms in Contemporary International Law*, in D. FERREIRA DA SILVA, M. HARRIS (eds.), *Indigenous Peoples and the Law*, vol. 3, Oxon, 2019, 239 ff., 249.

¹⁴ See ILO Convention No. 169, Articles 8, 23, 27, and 28 on indigenous rights to live in accordance with their habits, to be educated to their history and traditions, to speak their own language, and to practice the ancestral economic activities. On the importance of cultural identity for indigenous peoples see S. WIESSNER, *The Cultural Rights of Indigenous Peoples: Achievements and Continuing Challenges*, in *European Journal of International Law*, 2011, 121 ff., 130.

(UNDRIP)¹⁵. In particular, Article 3 of the UNDRIP codified for the first time – and not without criticism –¹⁶ the indigenous right to self-determination, thus coping with a long lasting indigenous demand¹⁷. It bears noting that indigenous self-determination should not be intended as a right to secede, which in general indigenous groups do not even claim, but rather as a right to self-government or at least to actively cooperate with national authorities¹⁸. An identical approach has been promoted by the American Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (American Declaration), which saw the light in 2016, after a long drafting path within the Organization of American States (OAS)¹⁹.

Notwithstanding the specific attention reserved to indigenous peoples, the aforementioned legal instruments have a circumscribed impact. Both the ILO Conventions have been ratified by a very limited number of States²⁰, which does not include major countries with a significant indigenous presence on their own territories, such as United States, Canada and Australia. On the contrary, the Declarations received a wider support, probably due to their non-binding nature. The UNDRIP in particular has been adopted with a majority of 144 votes and even the States which initially opposed to the resolution – United States, Canada, Australia and New Zealand – reversed their position afterwards. However, despite their uncontested authority, neither the UNDRIP nor the American Declaration provide indigenous com-

¹⁵ General Assembly, Resolution 61/295 of 13 September 2007.

¹⁶ Several authors criticize the compromise adopted in the UNDRIP since it is not incisive enough in reforming indigenous' protection system. See K. ENGLE, *On Fragile Architecture: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the Context of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2011, 141 ff.; I. WATSON, S. VENNE, *Taking Up Indigenous Peoples' Intent and a Space Dominated by State Intervention*, in E. PAULITANO (ed.), *Indigenous Rights in the Age of the UN Declaration*, Cambridge, 2012, 87 ff.

¹⁷ M. WELLER, *Self-Determination of Indigenous Peoples: Articles 3, 4, 5, 18, 23, and 46(1)*, in J. HOHMANN, M. WELLER (eds.), *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary*, Oxford, 2018, 115 ff., 125.

¹⁸ J. ANAYA, *The Right of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration Era*, in C. CHARTERS, R. STAVENHAGEN (eds.), *Making the Declaration Work. The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Copenhagen, 2009, 184 ff., 193; M. BARELLI, *Seeking Justice in International Law. The Significance and Implications of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, London-New York, 2016, 25. Usually indigenous communities claim sovereignty over the natural resources available in their ancestral lands. See A. MENSİ, *Indigenous Peoples, Natural Resources and Permanent Sovereignty*, Leiden-Boston, 2022.

¹⁹ Organization of American States (OAS), Resolution n. 2888 of 15 June 2016.

²⁰ ILO Convention No. 107 is currently in force for 17 States, while ILO Convention No. 169 is currently in force for 24 States.

munities with an effective protection. Besides their non-binding nature, it is far from sure that they entirely reflect customary international law²¹. Upon a closer analysis, indeed, the attention to indigenous exigencies is more limited than it initially appeared. For instance, the United States, as well as Canada and New Zealand, formally endorse the UNDRIP but interpret it in such a manner that scales back the peculiar innovations, particularly in terms of self-determination, which is mainly intended as an aspirational goal rather than an existent indigenous right²².

2.2. For the time being, the international protection of indigenous peoples' interests seems to largely rely upon universal and regional human rights systems. Regardless of the individual approach most human rights conventions traditionally adopt, in several instances monitoring bodies and regional courts provide for a "collective" interpretation of certain fundamental human rights and extend their application to indigenous groups²³.

Starting with the universal dimension, the Human Rights Committee (HRC) repeatedly used Article 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) for interpretative purposes when dealing with indigenous complaints, implicitly assuming that these groups enjoy the right to self-determination²⁴. Furthermore, Article 27 of the ICCPR on the protection of minorities has been invoked in different circumstances to preserve indigenous ancestral identity

²¹ M. DAVIS, *Indigenous Struggles in Standard-Setting: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2008, 439 ff., 465. A more optimistic position has been adopted by the International Law Association (ILA) Committee on the Rights of Indigenous Peoples in the Final Report presented in 2012 on occasion of the ILA Biennial Conference in Sofia. See T. KOIVUROVA, F. LENZERINI, S. WIESSNER, *The Role of the ILA in the Restatement and Evolution of International and National Law Relating to Indigenous Peoples*, in K. KARJALAINEN, I. TORNBORG, A. PURSIAINEN (eds.), *International Actors and the Formation of Laws*, Cham, 2022, 89 ff.

²² W. SCHABAS, *The Customary International Law of Human Rights*, Oxford, 2021, 188; A. EREUTI, *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. A New Interpretative Approach*, Oxford, 2022, 123-124.

²³ D. SHELTON, *The Rights of Indigenous Peoples. Everything Old Is New Again*, in A. VON ARNAULD, K. VON DER DECKEN, M. SUSI (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, Cambridge, 2020, 217 ff., 220-221.

²⁴ Human Rights Committee, *Chief Bernard Ominayak and Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984, Views of 26 March 1990, CCPR/C/38/D/167/1984 of 10 May 1990, para. 13.3; *Tiina Sanila-Aikio v. Finland*, Communication No. 2668/2015, Views of 1 November 2018, CCPR/C/124/D/2668/2015 of 20 March 2019, para. 6.9; *Klemetti Käkkäläjärvi et al. v. Finland*, Communication No. 2950/2017, Views of 2 November 2018, CCPR/C/124/D/2950/2017 of 18 December 2019, para. 8.6.

and economic capacity²⁵, while the “right to home” codified in Article 17 has been extended by the HRC to incorporate indigenous “right to land” in *Campo Agua 'ê* decision of 2021²⁶.

Moving to the regional dimension, a certain attention is reserved to indigenous concerns by the American and African human rights systems, while the scarce presence of indigenous groups in Europe is reflected in the limited case-law of the European Court of Human Rights on the matter²⁷. A multifaceted jurisprudence has been elaborated by the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). Starting with the famous *Awás Tingni v. Nicaragua* case of 2001²⁸, Article 21 of the American Convention on private property turned out to be crucial to defend indigenous right to land as well as indigenous social, cultural and economic identity²⁹. Furthermore, a considerable contri-

²⁵ Human Rights Committee, *Sandra Lovelace v. Canada*, Communication No. 24/1977, Views of 30 July 1981, CCPR/C/13/D/24/1977; *Ivan Kitok v. Sweden*, Communication No. 197/1985, Views of 27 July 1988, CCPR/C/33/D/197/185; *George Howard v. Canada*, Communication No. 879/1999, Views of 27 July 2005, CCPR/C/84/D/879/1999 of 4 August 2005; *Rakhim Mavlonov and Shansiy Sa'di v. Uzbekistan*, Communication No. 1334/2004, Views of 19 March 2009, CCPR/C/95/D/1334/2004 of 29 April 2009. For a detailed exam on the matter see H. STRYDOM, *International Treaty-based Protection of Minorities*, in B. DE VILLIERS, J. MARKO, F. PALERMO, S. CONSTANTIN (eds.), *Litigating the Rights of Minorities and Indigenous Peoples in Domestic and International Courts*, Leiden-Boston, 2021, 219 ff.

²⁶ Human Rights Committee, *Benito Oliveira Pereira y Lucio Guillermo Venega, en nombre propio en representación de los demás integrantes de la Comunidad Indígena de Campo Agua 'ê, del pueblo Ava Guaraní v. Paraguay*, Communication No. 2552/2015, Views of 14 July 2021, CCPR/C/132/D/2552/2015 of 21 September 2022, para. 8.4.

²⁷ Much more familiar in the European context are the concepts of national minorities or ethnic minorities, whose existence as a group does not necessary depend on ancestral lands and traditions, as for indigenous peoples. As a consequence, the monitoring system of the European Convention on Human Rights has dealt with indigenous collective rights just few times: European Commission of Human Rights, Decision of 3 October 1983, joined Applications No. 9278/81 and 9415/81, *G. and E. v. Norway*, paragraphs 2-3; Decision of 25 November 1996, Application No. 27033/95, *Könkämä and other 38 Saami villages v. Sweden*, para. 12; European Court of Human Rights, Judgment of 12 January 2006, Application No. 18584/04, *Hingitaq 53 and others v. Denmark*, 18; Judgment of 17 February 2009, Application No. 39013/04, *Handölsdalen Saami Village and others v. Sweden*, paragraphs 51-56. For a deep analysis on the jurisprudence of the ECtHR on the matter of indigenous rights see T. KOIVUROVA, *Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects*, in *International Journal on Minority and Groups Rights*, 2011, 1 ff. For an optimistic approach to future developments before the ECtHR see A. LAURENT, G. OTIS, *Indigenous Land Claims in Europe: The European Court of Human Rights and the Decolonization of Property*, in *Arctic Review on Law and Politics*, 2013, 156 ff.

²⁸ Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 31 August 2001, *Mayagna (Sumo) Awás Tingni Community v. Nicaragua*, Series C No. 79, para. 148.

²⁹ Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 28 November 2007, *Saramaka People v. Suriname*, Series C No. 185, para. 32; Judgment of 25 November 2015, *Kaliña and Lokono Peoples v. Suriname*, Series C No. 309, para. 124. On the use of Article 21 by IACtHR see A. TOMASELLI, F. CITTADINO, *Land, Consultation and Participation Rights of Indig-*

bution was offered by Article 4 on the right to decent life, which has been repeatedly applied by the IACtHR to punish the detrimental effects indigenous peoples suffered from land spoliation³⁰. Finally, with the *Lhaka Honhat v. Argentina* case of 2020, the Court – even if with a very narrow majority – for the first time resorted to Article 26 of the Convention in order to protect the autonomous rights to a healthy environment, food, water and cultural identity of indigenous peoples³¹. Such an extensive interpretation of the American Convention found an equivalent also in IACtHR’s advisory jurisdiction³².

Despite the African Charter’s recognition of collective rights, the protection of indigenous communities has only recently garnered some consideration in this framework. The reason lies in the incompatibility between the traditional idea of indigenous peoples and the African social-ethnic scenario, where basically all peoples descend from the pre-colonial inhabitants of the continent³³. By the beginning of the XXI century, a fresh approach towards the issue emerged and the importance of the prior-in-time principle was downsized to shape an idea of “indigenesness” more consistent with the African context.³⁴ This development is reflected in the African Commission’s

enous Peoples in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, in B. DE VILLERS, J. MARKO, F. PALERMO, S. CONSTANTIN (eds.), *op. cit.*, 149 ff.

³⁰ Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 17 June 2005, *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, Series C No. 125, paragraphs 168 ff.; Judgment of 29 March 2006, *Sawhoyamaza Indigenous Community v. Paraguay*, Series C No. 146, paragraphs 164-166; Judgment of 27 June 2012, *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, Series C No. 245, paragraphs 248-249.

³¹ Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 6 February 2020, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, Series C No. 400, paragraphs 201 ff. On the case see also M.A. TIGRE, *Indigenous Communities of the Lhaka Honhat (Our Land) Association v. Argentina*, in *American Journal of International Law*, 2021, 706 ff.

³² In the Advisory Opinion of 2016, the Court confirmed that indigenous communities are entitled to exercise collective rights independently of the individual prerogatives of their members. See Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion of 26 February 2016, *Entitlement of legal entities to hold rights under the Inter-American Human Rights System*, OC-22/16, paragraphs 71-84. One year later, the IACtHR once again highlighted the deep relationship between indigenous peoples’ right to life and the exploitation of natural resources. See Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion of 15 November 2017, *The environment and human rights*, OC-23/17, paragraphs 113, 138, 156 and 166.

³³ J. GILBERT, *Indigenous Peoples’ Human Rights in Africa: The Pragmatic Revolution of the African Commission on Human and Peoples’ Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, 245 ff., 250-251.

³⁴ African Commission on Human and Peoples’ Rights, Advisory Opinion of May 2007, *Advisory Opinion on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, para. 13. See also A. UWAZURUIKE, *Human Rights under the African Charter*, Cham, 2020, 60-61.

case-law. After the *Ogoni v. Nigeria* case of 2001, where the Commission acknowledged the Ogoni's collective rights even not considering their indigenous nature³⁵, the *Endorois v. Kenya* decision of 2009, for the first time, explicitly qualified the compliant community as an indigenous people and assessed its collective right to land over Lake Bogoria³⁶. Most recently, however, the African Court on Human and Peoples' Rights (ACtHPR) seems to have reversed course in the *Ogiek v. Kenya* case of 2017, by re-launching the prior-in-time principle³⁷. Even though Ogieks' protection was not compromised since their priority in time in the occupation of the claimed territories was duly proved³⁸ and in 2022 the ACtHPR decided on the reparations³⁹, it cannot be excluded that in the future such a confusion over the definition of indigenous peoples will create some impediments in the safeguard of indigenous collective rights⁴⁰.

To conclude, the "collective" interpretation of individual rights that nowadays several human rights systems promote is without doubt a precious tool in the safeguard of indigenous peoples. However, such a solution is not without drawbacks. Indeed, the enforcement of the supervisory bodies' decisions represents a critical issue for the American and African systems⁴¹, as for the HRC's decisions on individual complaints. Then, even if a violation of indigenous rights is ascertained and condemned, the prospects for a comprehensive and effec-

³⁵ African Commission on Human and Peoples' Rights, *Communication No. 155/96, Social and Economic Rights Action Centre and Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria*, Decision of 27 May 2002, paragraphs 54 and 58.

³⁶ African Commission on Human and Peoples' Rights, *Communication No. 276/2003, Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group v. Kenya*, Decision of 4 February 2010, paragraphs 162 and 187-191.

³⁷ African Court on Human and Peoples' Rights, Judgment of 26 May 2017, Application No. 006/2012, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Kenya (Ogiek case)*, para. 107.

³⁸ *Ivi*, para. 109.

³⁹ African Court on Human and Peoples' Rights, Judgment on Reparations of 23 June 2022, Application No. 006/2012, *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Kenya (Ogiek case)*.

⁴⁰ C. FOCARELLI, *Indigenous Peoples' Rights in International Law: The Ogiek Decision by the African Court of Human and Peoples' Rights*, in A. DI BLASÉ, V. VADI (eds.), *The Inherent Rights of Indigenous Peoples in International Law*, Rome, 2020, 175 ff., 185-187.

⁴¹ BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, 521; L. LOUW, *Member States' Compliance with the Recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights*, in A. ADEOLA (ed.), *Compliance with International Human Rights Law in Africa. Essays in Honour of Frans Viljoen*, Oxford, 2022, 149 ff., 151-154.

tive reparation are limited, as frequently claimed by indigenous communities⁴².

3. The economic globalization poses a serious threaten to indigenous rights, as briefly stated in the Introduction. The main rights of indigenous peoples, notably the right to land and natural resources, as well as the intellectual property rights on traditional cultural heritage, may in fact be jeopardized as trade liberalization and foreign investments expand. Rather than attempting to counterbalance these risks, international trade and investment agreements have traditionally reserved a very limited space to indigenous rights and, more generally, to human rights.

3.1. Since the institution of the World Trade Organization (WTO) the relation between international trade law and human rights has been a controversial one. Throughout the Uruguay Round several attempts were made to include social rights – and particularly labour rights – in the WTO legal framework, but without any practical result due to the opposition of developing States, who perceived a threat of protectionism in the codification of a social clause⁴³. Thus, save for the intellectual property field, no direct and significant reference may be found to individual rights, let alone indigenous rights, in the WTO legal system⁴⁴. The only exception in this regard is represented by the Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT Agreement), whose Article 12, paragraph 4, recognizes the exigence for developing states to preserve indigenous technologies and, thus, dispense them from the use of international standards in their national regulations.⁴⁵

⁴² G.M. WACHIRA, *Rights of Indigenous Peoples in Africa*, in M. SENYONIO (ed.), *The African Regional Human Rights System*, Leiden-Boston, 2012, 195 ff., 210.

⁴³ D. LEEBRON, *An Overview of the Uruguay Round Results*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1996, 11 ff., 32; A. BLACKETT, *Whither Social Clause – Human Rights, Trade Theory and Treaty Interpretation*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 1999, 1, 43 ff.

⁴⁴ F. MACMILLAN, *Finding Space in the Margins? Recognising the Rights of Indigenous Peoples in the WTO*, in C. GRABER, K. KUPRECHT, J. LAI (eds.), *International Trade in Indigenous Cultural Heritage*, Cheltenham, 2012, 88 ff., 99.

⁴⁵ Article 12, para. 4, of the TBT Agreement states: «Member recognize that, although international standards, guides or recommendations may exist, in their particular technological and socio-economic conditions, developing country Members adopt certain technical regulations, standards or conformity assessment procedures aimed at preserving indigenous technology and production methods and processes compatible with their development needs (...).» See P. VAN DEN BOSSCHE, W. ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge, IV ed., 2022, 1014.

At the beginning of XXI century, some authors proposed to integrate human rights obligations into international trade law in order to overcome the distance between the two legal systems. More precisely, Petersmann stressed the commonality of general values between trade and human rights, such as the principle of non-discrimination, the individual freedom and the rule of law. On this basis, he justified the use of WTO dispute settlement mechanism as a means to enforce human rights⁴⁶. However, such a proposal found a strong opposition, mainly focused on the structural and natural differences between the systems⁴⁷.

Despite their reciprocal independence, a certain link between human rights and the WTO seems to be still possible, from both a practical and a theoretical standpoint, even though with scarce benefits for indigenous peoples. The WTO dispute settlement mechanism may *de facto* investigate on human rights violations, when they correspond to an illicit conduct by a State under international trade law. A significant example in this regard is offered by the case *US – Softwood Lumber* of 2004, which discussed the legitimacy of the countervailing duties adopted by the US in response to the Canadian stumpage programme, consisting in the application of a reduced fee on timber harvesting in public forests. In particular, Canada was accused of subsidizing its national lumber exporters by infringing, *inter alia*, indigenous right to land⁴⁸. A considerable portion of British Virginian public forests were in fact claimed by indigenous peoples, who would never have agreed to such a low rate if they had been able to regularly exercise their ownership rights on those territories⁴⁹. Although an indigenous association intervened in proceedings before the Appellate Body as *amicus curiae*, neither of the States party did support the indigenous argument, so that a proper analysis on the point was excluded from the final decision⁵⁰.

⁴⁶ U. PETERSMANN, *Human Rights and International Economic Law in the 21st Century*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, 3 ff.; ID., *Human Rights and the Law of the World Trade Organization*, in *Journal of World Trade* 2003, 241 ff.

⁴⁷ H. LIM, *Trade and Human Rights. What's at Issue?*, in *Journal of World Trade*, 2001, 275 ff., 279-280; P. ALSTON, *Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann*, in *European Journal of International Law*, 2002, 815 ff.

⁴⁸ R.L. BARSH, *Is the Expropriation of Indigenous Peoples' Land GATT-able?*, in *Review of European Community and Environmental Law*, 2001, 13 ff., 21-22.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Appellate Body, Report of 19 January 2004, *United States – Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, WT/DS257/AB/R, para. 9.

At the same time, a theoretical link between international trade law and human rights can be effected by the systemic interpretation under Article 31, paragraph 3(c), of the Vienna Convention on the Law of the Treaties (VCLT)⁵¹. Among international trade law prescriptions, the use of human rights for interpretative purposes seems to be plausible mostly with regard to the general exceptions under Article XX of the GATT and Article XIV of the GATS, as openly recognized by the High Commissioner on Human Rights⁵². Similar outcomes would be granted also by the invocation of human rights as an «independent defence in WTO claims», which Pauwelyn argued basing on an extensive reading of Article 7 of the Dispute Settlement Understanding on the applicable law before WTO panels⁵³. Having specific regard to indigenous rights, however, the interpretative path provided few results so far. A certain attention to indigenous peoples arose only in *EC-Seal Products* of 2014, where the concept of public morals under Article XX(a) was invoked for the protection of indigenous rights, being the interests of Inuit communities «accommodated» in the EU Seal Regime nearby the principal purpose of seal welfare⁵⁴. Actually, such a result should not come as a complete surprise. Given the WTO rigorous stance on «international law applicable to the parties» under Article 31, paragraph 3(c) of VCLT⁵⁵, it is nearly impossible to resort to the ILO Conventions on indigenous rights for interpre-

⁵¹ *Ex multis*, G. MARCEAU, *WTO Dispute Settlement and Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2002, 753 ff., 785.

⁵² Office of the High Commissioner on Human Rights, *Human Rights and World Trade Agreements. Using General Exceptions Clauses to Protect Human Rights*, New York-Geneva, 2005.

⁵³ J. PAUWELYN, *Human Rights in WTO Dispute Settlement*, in T. COTTIER, J. PAUWELYN, E. BÜRGI (eds.), *Human Rights and International Trade*, Oxford, 2005, 205 ff., 210-218. For a more traditional and strict approach to applicable law in WTO dispute settlement mechanism see MARCEAU, *WTO Dispute Settlement and Human Rights*, cit., 763 ff.

⁵⁴ Appellate Body, Report of 22 May 2014, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, paragraphs 5.146-148. On the case see M. FAKHRI, M. REDFERN, *How the WTO Constructed Inuit and Indigenous Identity in EC-Seal Products*, in J. BORROWS, R. SCHWARTZ (eds.), *Indigenous Peoples and International Trade. Building Equitable and Inclusive International Trade and Investment Agreements*, Cambridge, 2020, 109 ff.

⁵⁵ With regard to the general debate on Article 31, para. 3(c) of the VCLT and particularly to the identity of the subjective element see C. MCLACHLAN, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, 279 ff., 293; J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge, 2007, 261-263. On the WTO traditional approach to the issue see Panel, Reports of 29 September 2006, *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291-2-3/R, para. 7.68.

tative purposes due to the very limited participation of States⁵⁶, while a customary international law on indigenous rights is still under development and far from being already settled⁵⁷.

3.2. Differently from the WTO system, the international regulation of foreign direct investments is not uniform, but it is provided by various bilateral or multilateral investment agreements (IAs) and investment contracts (ICs), which hardly refer to human rights and even more hardly prescribe clear obligations upon investors. Furthermore, a systemic integration of human rights in the investment context through the judicial activity of international arbitral tribunals is usually impeded by procedural obstacles, particularly having regard to jurisdiction and applicable law.

The compromissory clauses codified in IAs and ICs usually limit arbitral tribunals' competence to «disputes relating to an investment»⁵⁸, consistently with Article 25 of the ICSID Convention. Thus, a violation of human rights cannot be autonomously claimed before an arbitral tribunal, but may be possibly considered only if connected with a damage suffered by an investment⁵⁹. The case law is settled in this regard⁶⁰, and the exclusion of human rights disputes from investment arbitration does not save indigenous rights. In the two intertwined cases *Bernhard von Pezold and Others v. Zimbabwe* and *Border Timbers Ltd v. Zimbabwe*, while rejecting the submission of an *amicus curiae* filed by four indigenous communities, ICSID tribunals maintained that to decide on indigenous rights they «would need to consider and decide whether the indigenous communities constitute *indigenous peoples* for the purpose of grounding any rights under international human rights law», a decision which was «clearly outside the scope of the dispute before the Tribunals»⁶¹.

⁵⁶ See n. 20.

⁵⁷ See n. 21 and 22.

⁵⁸ *Ex multis*, Article 26 Energy Charter Treaty (ECT).

⁵⁹ C. REINER, C. SCHREUER, *Human Rights and International Investment Arbitration*, in P.M. DUPUY, U. PETERSMANN, F. FRANCONI (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford, 2009, 82 ff., 83-84; E. DE BRABANDERE, *Human Rights and International Investment Law*, in M. KRAJEWSKI, R. HOFFMANN (eds.), *Research Handbook on Foreign Direct Investment*, Cheltenham, 2019, 619 ff., 627-628.

⁶⁰ *Ex multis ad hoc* Tribunal under UNCITRAL Rules, Award of 27 October 1989, *Antoine Biloune and Marine Drive Complex LTD v. Ghana Investment Centre and the Government of Ghana*, para. 61.

⁶¹ ICSID Tribunal, Procedural Order No. 2 of 26 June 2012, *Bernhard von Pezold and Others v. Zimbabwe* and *Border Timbers Limited, Border Timbers International Limited, and*

Moreover, in order to settle an investment dispute, arbitral tribunals are usually required to apply the prescriptions of the ICs or the international law norms of IAs, depending on whether the dispute is contract-based or treaty-based. However, other norms of international law may be applied when IAs and ICs so provide or, in accordance with Article 42 of the ICSID Convention, whenever the parties do not choose the applicable law. By so doing, in international investment litigation a legal opening to human rights law is granted⁶², but not without difficulties. Indeed, it is still up for debate whether, and to what extent, private entities like investors are obliged to observe human rights under general international law⁶³. While deciding the counterclaim in the *Urbaser v. Argentina* case of 2016, for instance, the ICSID Tribunal recognized upon the investor a negative obligation to respect the right to water under general international law, but at the same time it excluded the existence of a positive obligation to protect that right⁶⁴. Moreover, some domestic courts have recently begun to hold corporations accountable for human rights violations committed abroad either directly or through controlled companies⁶⁵, though a consistent and stable practice in this regard has not yet fully developed, so that ascribing corporate social responsibility to customary international law seems to be still premature⁶⁶.

Hangani Development Co. Limited v. Zimbabwe, ICSID Cases No. ARB/10/15 and ARB/10/25, para. 60.

⁶² DE BRABANDERE, op. cit., 638.

⁶³ P. ABEL, *International Investor Obligations*, Baden-Baden, 2022, 26-29.

⁶⁴ ICSID Tribunal, Award of 8 December 2016, *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, para. 1210.

⁶⁵ See UK Supreme Court, Judgment of 10 April 2019, *Lungowe v. Vedanta Resources plc*, UKSC 2017/0185; Supreme Court of Canada, Judgment of 28 February 2020, *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, Case No. 37919; UK Supreme Court, Judgment of 12 February 2021, *Okpabi and others v. Royal Dutch Shell Plc and another*, UKSC 2018/0068. For a comment on these decisions see A. LANGENFELD, *La responsabilité des sociétés mères: les pas en avant des cours suprêmes anglaise et canadienne*, in *Les Cahiers de droit*, 2021, 859 ff.

⁶⁶ For instance, a certain resistance towards corporate social responsibility has characterized US framework so far. See W. DODGE, *Corporate Liability Under the US Alien Tort Statute: A commentary on Jesner v. Arab Bank*, in *Business and Human Rights Journal*, 2019, 131 ff. Alternatively to customary international law, some authors suggest to resort to the general principles of international law under Article 38, paragraph 1, letter c), of the ICJ Statute. See L. CHIUSI, *Responsabilité des entreprises en matière de droit de l'homme: un rôle effectif du droit international de l'investissement?*, in C. TITI (ed.), *Droit de l'homme et droit international économique*, Bruxelles, 2019, 13 ff., 29.

As for the host States, they frequently invoked international obligations on human rights as a defense for the violations of foreign direct investments. Nevertheless, save from few and recent exceptions⁶⁷, the trend of arbitral tribunals is to consider irrelevant the political purposes that underlie national measures, typically when they are consistent with human rights exigencies⁶⁸. With specific regard to indigenous rights, an example is offered by the UNCITRAL cases *Glamis Gold v. USA* of 2009 and *Gallo v. Canada* of 2011⁶⁹. Indeed, in both proceedings, the host States relied on the preservation of indigenous traditional lands to defend the legitimacy of the national regulations claimed in violation of NAFTA⁷⁰. While the second case never reached the merits phase but was dismissed for lack of jurisdiction *ratione temporis*⁷¹, in *Glamis Gold v. USA* the Tribunal decided in favour of the host State excluding that Californian measures on mining regulation amounted to an expropriation or to a violation of the FET⁷², though without taking into account the arguments based on indigenous peoples' safeguard⁷³.

Finally, as observed for international trade law, there is still room for some interactions between international investment litigation and human rights through the interpretive practice⁷⁴. On the first ground, in the ICSID case-law, the notion of investment has been repeatedly interpreted as implicitly encompassing a *bona fides* requirement⁷⁵,

⁶⁷ ICSID Tribunal, Award of 8 July 2016, *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. The Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, paragraphs 302-305.

⁶⁸ V. KUBE, U. PETERSMANN, *Human Rights Law in International Investment Arbitration*, in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden-Boston, 2018, 221 ff., 238 and 253.

⁶⁹ For other few examples see C. BINDER, *Investment, Development, and Indigenous Peoples*, in S. SCHILL, C. TAMS, R. HOFMANN (eds.), *International Investment Law and Development. Bridging the Gap*, Cheltenham, 2015, 423 ff., 431-436.

⁷⁰ *Ad hoc* Tribunal under UNCITRAL Rules, United States Submission Regarding Quechan Indian Nation Application of 15 September 2005, *Glamis Gold, Ltd v. The United States of America*, 2; Permanent Court of Arbitration, Counter-Memorial of the Government of Canada of 29 June 2010, *Vito G. Gallo v. The Government of Canada*, PCA Case No. 55798, paragraphs 137-155.

⁷¹ Permanent Court of Arbitration, Award of 15 September 2011, *Vito G. Gallo v. The Government of Canada*, cit., para. 336.

⁷² *Ad hoc* Tribunal under UNCITRAL Rules, Award of 8 June 2009, *Glamis Gold, Ltd v. The United States of America*, cit., paragraphs 536 and 829.

⁷³ Ivi, para. 8.

⁷⁴ B. SIMMA, *Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, 573 ff., 584.

⁷⁵ ICSID Tribunal, Award of 2 August 2006, *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, para. 257; Award of 27 August 2008, *Plama Consor-*

with the consequence that, even in the absence of a legality clause in the IA, protection has been refused to investments inconsistent with the domestic legislation of the host State and to investors with «unclean hands»⁷⁶. Thus, the observance of human rights may acquire some relevance whenever the host State has implemented them in its national laws⁷⁷. Once again, however, this is a scenario that usually leaves out indigenous rights. On the second ground, in the ICSID case *Parkerings v. Lithuania*, international law on environment and cultural heritage turned out to be useful in interpreting and excluding the «like circumstances», necessary for the application of the most favoured nation treatment⁷⁸. By analogy, it seems plausible to reject a violation of non-discrimination provisions when a foreign investor is denied protection by the host State because of its negative impact on human rights, but such an argument has not been applied to indigenous rights so far.

4. Parallel to the WTO multilateralism crisis, a “new generation” of trade and investment agreements (TIAs) have been signed all over the world in the last decade⁷⁹. The most notable and innovative feature which characterises this “new generation” of agreements is the attention devoted to sustainable development, consistently with the Sustainable Development Goals of the 2030 UN Agenda⁸⁰. Such an innovation might offer a straight-forward solution towards the effective

tium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, para. 138; Award of 15 April 2009, *Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/45, para. 106; Award of 18 June 2010, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, paragraphs 123-124; Decision on Jurisdiction of 1 February 2016, *Ampal-American Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, para. 301.

⁷⁶ A. TANZI, *The Relevance of Foreign Investor's Good Faith*, in A. GATTINI, A. TANZI, F. FONTANELLI (eds.), *op. cit.*, 193 ff.

⁷⁷ DE BRABANDERE, *op. cit.*, 636.

⁷⁸ ICSID Tribunal, Award of 11 September 2007, *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, para. 396. See also R. PAVONI, *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor-State Case Law: A Critical Appraisal*, in P.M. DUPUY, U. PETERSMANN, F. FRANCONI (eds.), *op. cit.*, 525 ff., 543.

⁷⁹ The present article will refer to different TIAs from both the European Union and the US experience. These references are not meant to be exhaustive, but to offer illustrative examples of the main prescriptions on sustainable development obligations having regard to different geographic areas.

⁸⁰ G. ADINOLFI, *A Cross-Cutting Legal Analysis of the European Union Preferential Trade Agreements' Chapters on Sustainable Development*, in C. BEVERELLI, J. KURTZ, D. RAESS (eds.), *International Trade, Investment and the Sustainable Development Goals*, Cambridge, 2020, 15 ff.

protection of indigenous peoples. Indeed, even if the concept of sustainable development has not taken into consideration indigenous needs so far, its theoretical enlargement seems to be unescapable and mostly desirable, given the clear and strategic role indigenous communities play in the preservation of a sustainable environment.

4.1. After some sporadic appearances in the second half of the last century⁸¹, the concept of sustainable development nowadays is an undisputed protagonist of the international legal scene. While the legal significance of sustainable development is still up for debate⁸², a clear definition of the concept has been provided in 1987 by the World Commission on Environment and Development, which described the sustainable development as the combination of inter-generational and intra-generational equity⁸³. Due to this flexible definition, the idea of sustainable development has undergone a significant change over the last fifty years, in line with the advancement of time.

⁸¹ A detailed analysis of the major roles played by sustainable development in the last Century is provided by N. SCHRIJVER, *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, Leiden-Boston, 2008, 33 ff.

⁸² According to part of the doctrine, the idea of sustainable development has already attained an autonomous normative value since it is part of customary international law or, at least, it can be qualified as a general principle under Article 38, para. 1(c) of the ICJ Statute. See P. SANDS, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, 2003, 254 ff.; VOIGT, *Sustainable Development as a Principle of International Law*, Leiden-Boston, 2009; U. BEYERLIN, *Sustainable Development*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013, online, para. 19; V. BARRAL, *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, in *European Journal of International Law*, 2012, 377 ff., 388. Other authors recommend a more cautious approach and limit the current role of sustainable development to that of a legal concept. See V. LOWE, *Sustainable Development and Unsustainable Arguments*, in A. BOYLE, D. FREESTONE (eds.), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford, 1999, 19 ff., 24-25; J. VIÑUALES, *Sustainable Development*, in L. RAJAMANI, J. PEEL (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford, 2021, 285 ff., 293. The latter approach seems to better reflect the viewpoint of international judicial organs. See International Court of Justice, Judgment of 25 September 1997, *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), para. 140; Order of 13 July 2006, *Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v. Uruguay), para. 80. Furthermore see Permanent Court of Arbitration, Award of 24 May 2005, *Iron Rhine Railway* (Belgium v. The Netherlands), para. 59.

⁸³ More precisely, in the Report 'Our Common Future', the World Commission on Environment and Development stated: «Humanity has the ability to make development sustainable – to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs». See General Assembly, Resolution 42/427 of 4 August 1987, UN Doc. A/42/427, para. 27.

Originally, the sustainability of economic development was valued exclusively in relation to the protection of the environment⁸⁴. Indeed, the 1992 UN Conference on Environment and Development clarified in Principle 4 of the Rio Declaration that «in order to achieve sustainable development, environmental protection shall be an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it»⁸⁵. Afterwards, the UN Millennium Development Goals (MDGs) of 2000 set forth the enlargement of the idea of sustainable development and the inclusion of fundamental human rights within it, such as the protection of life through eradication of poverty and access to food, the promotion of universal primary education and gender equality, and eventually the elimination of fatal diseases⁸⁶. As a result, the concept became multi-dimensional and involved three different pillars: economic, environmental and social⁸⁷, as highlighted by the World Summit on Sustainable Development in 2002⁸⁸. Latterly, the new Sustainable Development Goals (SDGs), introduced by the UN 2030 Agenda of 2015, confirmed the social dimension of sustainable development, by adding to the traditional values also full employment and decent work, access to justice and inclusive infrastructures⁸⁹.

Despite this broad perspective, it appears that the current idea of sustainability leaves out a number of significant stakeholders, foremost indigenous peoples. Principle 22 of the Rio Declaration, for instance, asserted «the vital role of indigenous peoples in sustainable development»⁹⁰, and was later on confirmed in the Report of the World Summit on Sustainable Development⁹¹. However, both texts did not entail full and effective protection of indigenous communities. On the contrary, States were solely invited to admit indigenous repre-

⁸⁴ P. SANDS, *Environmental Protection in the Twenty-first Century: Sustainable Development and International Law*, in R. REVESZ, P. SANDS, R. STEWART (eds.), *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development*, Cambridge, 2000, 369 ff., 372; F. FRANCIOSI, *Sviluppo sostenibile e principi di diritto internazionale dell'ambiente*, in P. FOIS (ed.), *Il principio di sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Naples, 2007, 41 ff., 46.

⁸⁵ Rio Declaration on Environment and Development, in General Assembly Conference 151/26 of 12 August 1992, A/CONF.151/26/(Vol.1), Principle 4.

⁸⁶ General Assembly, Resolution 55/2 of 18 September 2000, A/RES/55/2.

⁸⁷ M.C. CORDONNIER SEGGER, A. KHALFAN, *Sustainable Development Law. Principles, Practices and Prospects*, Oxford, 2004, 103 ff.

⁸⁸ Johannesburg Declaration on Sustainable Development, in General Assembly Conference 199/20 of 2002, A/CONF.199/20, para. 5.

⁸⁹ General Assembly Resolution 70/1 of 21 October 2015, A/RES/70/1.

⁹⁰ Rio Declaration on Environment and Development, cit., Principle 22.

⁹¹ Johannesburg Declaration on Sustainable Development, cit., para. 25.

sentatives to forest and mineral management and to preserve indigenous traditional knowledge, particularly when considered useful for the sustainable exploitation of natural resources. Likewise, the 2030 Agenda generally includes indigenous peoples among the vulnerable categories in need for protection, as well as people with disabilities, youths, women and migrants⁹². Nevertheless, a specific mention to indigenous groups is provided only in relation to the second sustainable development goal, whose purpose is to end hunger worldwide by doubling the agricultural productivity⁹³, and within the fourth sustainable development goal, which promotes inclusive education for all⁹⁴. Instead, no reference is made to the fundamental indigenous rights, namely self-determination, the right to land and the intellectual property rights related to traditional cultural heritage⁹⁵.

A possible strategy to counter this current asymmetry would be to revise the theoretical borders of sustainable development and to include within it the protection of indigenous peoples as such. In doing so, the fundamental collective rights of indigenous communities – first of all the right to land – would become autonomous goals of sustainable development policies, no longer subordinated to their instrumental relation with environmental interests. Radical as this approach might initially seem, it is indeed consistent with the most recent evolution of the concept of sustainability, which is oriented towards the creation of a third pillar devoted to social rights. Resorting to sustainable development for a full and effective safeguard of indigenous peoples would indeed meet the anthropocentric approach recently guiding the evolution of the idea. As a result, the protection of indigenous rights would enhance the interconnection between the environmental and the social pillars, assuring to the concept of sustainable development a more comprehensive and coherent identity.

4.2. The general concept of sustainable development appears outdated particularly when considering the crucial role indigenous peoples play in the conservation of a sustainable environment. This aspect has been directly highlighted by indigenous peoples during the UN Conference Stockholm+50 of June 2022, which was a symbolic event

⁹² General Assembly, Resolution 70/1, cit., 7, para. 23.

⁹³ Ivi, 15, para. 2.3.

⁹⁴ Ivi, 17, para. 4.5.

⁹⁵ The lack of any reference to the right to land has been stressed and strongly criticized by several indigenous representatives. See www.culturalsurvival.org.

reflecting the status of the main environmental international commitments fifty years after the UN Conference on Human Environment of 1972. Indeed, while criticizing their exclusion from the design and application of sustainable development programs, indigenous representatives emphatically declared: «We know how to regenerate our soil, restore ecosystems and how to help the water cycle. We are delivering on our promise for living in harmony with nature. Now it is your turn»⁹⁶.

More precisely, indigenous peoples offer a significant contribution to the rational management of natural resources and to the preservation of biodiversity⁹⁷. According to recent scientific surveys, almost half of mineral resources are currently placed in indigenous ancestral territories⁹⁸. In addition, the lands inhabited by indigenous communities host more than the 80% of the world biodiversity, including a significant portion of the planet's major forests, like the Amazon Rainforest⁹⁹. This data may easily be explained given the spiritual ties that bind indigenous peoples to their homelands, compelling them to live in harmony with nature and its inhabitants¹⁰⁰.

The major role played by indigenous peoples in the fulfilment of sustainable development purposes has been recognized also by several legal instruments in the field of environmental law, both of soft and hard character. Therein, a certain attention to indigenous traditional

⁹⁶ Stockholm+50 Indigenous Peoples Declaration of 3 June 2022, www.stockholm50.global.

⁹⁷ Such an affirmation should not be considered absolute. In certain circumstances, indeed, indigenous customs may also conflict with the basic exigences of environmental protection, as underlined by B. RICHARDSON, *Indigenous Peoples, International Law and Sustainability*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2001, 1 ff., 4. A clear example in this regard is offered by the practice of whaling, as explained by M. FITZMAURICE, *Indigenous Peoples in Marine Areas. Whaling and Sealing*, in S. ALLEN, N. BANKES, Ø. RAVNA (eds.), *The Rights of Indigenous Peoples in Marine Areas*, Oxford, 2019, 69 ff. The present article will not take into consideration these cases, since they are exceptional.

⁹⁸ C. DOYLE, *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources*, Oxon-New York, 2014, 3.

⁹⁹ G. FOSTER, *Indigenous Participation in Resource Development: the Promise and Limitations of International Safeguards*, in D. NEWMAN (ed.), *Research Handbook on the International Law of Indigenous Rights*, Cheltenham, 2022, 202 ff., 204.

¹⁰⁰ Scholars clearly explain the main contact points between indigenous rights and the environment, and underline how the protection of the formers may benefit the latter. See G. MAGGIO, *Recognizing the Vital Role of Local Communities in International Legal Instruments for Conserving Biodiversity*, in *UCLA Journal on Environmental Law and Policy*, 1996, 179 ff., 195; J. ANAYA, *Environmentalism, Human Rights and Indigenous Peoples: A Tale of Converging and Diverging Interests*, in *Buffalo Environmental Law Journal*, 1999, 1 ff.

knowledge is prescribed since the ancestral customs contribute to effectively preserve crucial environmental interests. Contrarily, other essential indigenous rights, such as the right to land or to intellectual property over ancestral traditions and practices, are mostly disregarded.

The importance of indigenous knowledge in pursuing the protection of the environment already emerged on the occasion of the aforementioned UN Conference on Environment and Development of 1992, as proved by the Agenda 21, a plan of action adopted along with the Rio Declaration with the aim to incentivise States' cooperation to face major development and environmental challenges. In particular, Chapter 26 of the Agenda underlines the «interrelationship between the natural environment and its sustainable development and the cultural, social, economic and physical well-being of indigenous people»¹⁰¹. In the light of such a connection, it also states that «national and international efforts to implement environmentally sound and sustainable development should recognize, accommodate, promote and strengthen the role of indigenous peoples and their communities»¹⁰².

Paradigmatically, the Convention of Biological Diversity (CBD) of 1992 – another outcome of the UN Conference on Environment and Development – introduces a legal obligation upon States in Article 8(j) to preserve the indigenous traditional knowledge «relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity»¹⁰³. This is in order to prompt its application «with the approval and involvement of holders of such knowledge» and to «encourage the equitable sharing of benefits arising from the utilization of such knowledge»¹⁰⁴. Defending indigenous culture is then ensured since it is beneficial to the conservation of biological diversity. Though no reference is made to the main indigenous rights and particularly to the right to land¹⁰⁵, which may be seriously threatened by the creation of protected areas under Article 8(a) of the CBD¹⁰⁶.

¹⁰¹ United Nations Conference on Environment and Development, Agenda 21 (1992), <https://sustainabledevelopment.un.org>. See Chapter 26, para. 26.1.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Convention on Biological Diversity (1992), Article 8(j).

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ R. BARSH, *Indigenous Peoples*, in D. BODANSKY, J. BRUNNÉE, E. HEY (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, 1 ed., Oxford, 2008, 829 ff., 847-848.

¹⁰⁶ F. CITTADINO, *Indigenous Peoples and Sustainable Development within International Biodiversity Regime*, in B.F. PÉREZ, D.I. MÁRQUEZ, L.M. HERNÁNDEZ (eds.), *Rethinking Sustainable Development in Terms of Justice*, Cambridge, 2018, 88 ff., 91-92.

A similar scheme emerges in another central area of sustainable development, namely the fight against climate change. While the UN Framework Convention on Climate Change of 1992 (UNFCCC), does not mention indigenous communities, the Paris Agreement of 2015, in Article 7, paragraph 5, invites States to adopt actions «based on and guided by the best available science and, as appropriate, traditional knowledge, knowledge of indigenous peoples and local knowledge systems»¹⁰⁷. Furthermore, in its twenty-third session of 2017, the Conference of the Parties (COP) created a platform for the exchange of best practices and experiences in order to facilitate the use of indigenous cultural heritage in the fight against climate change, with a view to «strengthening, protecting and preserving» such knowledge¹⁰⁸. Once more, indigenous involvement in the creation of a sustainable environment is openly acknowledged, and the protection of indigenous culture depends on this involvement.

These considerations lead to the conclusion that an instrumental relationship currently exists between indigenous peoples and sustainable development, but it is clearly unbalanced. While the defence of indigenous main rights does not represent an autonomous interest of sustainable development policies, indigenous peoples, and in particular indigenous traditional knowledge, are perceived and legally treated as useful means for the improvement of the classical sustainable development values belonging to the environmental pillar. Then, a change of paradigm is urgently needed. To the extent that the existence of a sustainable environment depends on the contribution of indigenous peoples, their main rights and interests should be duly recognized and protected within the idea of sustainable development.

5. The “new generation” of TIAs has taken a significant step forward in the protection of non-economic values, which are now openly recognized and defended in “Trade and Sustainable Development” (TSD) chapters. By so doing, the legal integration between human rights and trade law, that some authors imagined at the beginning of the XXI century, has found a first practical realisation. At present, the major attention of TSD chapters is reserved to labour rights and environmental interests, which are undoubtedly the more classical aspects

¹⁰⁷ Paris Agreement (2015), Article 7, para. 5.

¹⁰⁸ Report of the Conference of the Parties in its twenty-third session held in Bonn from 6 to 18 November 2017, FCCC/CP/2017/11/Add.1. See in particular Decision 2/CP.23, Local Communities and Indigenous Peoples Platform, para. 6(a).

of sustainability. As for indigenous rights, a tepid opening has been promoted, although with circumscribed results. Indeed, indigenous peoples are taken into consideration mainly from a derogative perspective, while clear and precise obligations to safeguard their interest are still missing.

5.1. The TSD chapters of the “new generation” of TIAs deal with the environmental and labour fields by combining general promises with prescriptive obligations. On one side, States are commonly bound to re-affirm their commitments to effectively implement the multilateral environmental agreements they already ratified¹⁰⁹, and are requested to cooperate in this field through the exchange of information, having particular regard to forests, fisheries, biodiversity and climate change issues¹¹⁰. On the other side, TSD chapters provide more incisive obligations on the matter of labour rights, by prescribing the promotion and implementation of core labour standards and requiring States to «make continued and sustained efforts to ratify» the key ILO Conventions on fundamental rights¹¹¹. At the same time, it is always included a “non-relaxation” clause, which prohibits States from encouraging trade and investments in their territories by lowering, suspending or derogating the standards of environmental and labour protection granted by national laws¹¹². Moreover, TSD chapters

¹⁰⁹ *Ex multis*, Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Korea (EU-Korea FTA) (concluded in 2010, provisionally entered into force in 2011 and definitely in force since 2015), Article 13.5; Agreement between European Union and Japan for an Economic Partnership (EU-Japan EPA) (entered into force in 2019), Article 16.4; Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada (US-MCA) (concluded in 2018 and entered into force in 2020), Article 24.8.

¹¹⁰ *Ex multis*, Comprehensive Economic and Trade Agreement between the European Union and Canada (CETA) (concluded in 2016, provisionally in force since 2017), Articles 24.10 and 24.11; EU-MERCOSUR Trade Agreement (EU-MERCOSUR FTA) (concluded in principle in 2019), Articles 6-9 of TSD chapter. See K. HRADILOVÁ, O. SVOBODA, *Sustainable Development Chapters in EU Free Trade Agreements: Searching for Effectiveness*, in *Journal of World Trade*, 2018, 1019 ff.

¹¹¹ *Ex multis*, Free Trade Agreement between the European Union and the Socialist Republic of Vietnam (EU-Vietnam FTA) (concluded in 2019, entered into force in 2020), Article 13.4, para. 3; CETA, Article 23.3, para. 4. On the labour prescriptions in the “new generation” TIAs see J. HARRISON, *The Labour Rights Agenda in Free Trade Agreements*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2019, 705 ff.; C. CERETELLI, *La clausola sociale nei trattati di libero scambio di nuova generazione dell'Unione Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, 1013 ff., 1021-1028; G. MARCEAU, R. WALKER, A. OESCHGER, *The Evolution of Labour Provisions in Regional Trade Agreements*, in *Journal of World Trade*, 2023, 361 ff., 383-387.

¹¹² *Ex multis*, EU-Japan EPA, Article 16.2; EU-MERCOSUR FTA, Article 2 of TSD Chapter.

directly address the topic of corporate responsibility, even if only with soft commitments. In the framework of the promotion of sustainable trade and investments, in fact, States are usually bound to encourage and support national enterprises in voluntarily adopting the best practices of corporate social responsibility¹¹³.

A debated aspect of the TSD chapters, particularly in the EU agreements, is the collaborative enforcement mechanism they are usually subordinated to¹¹⁴. A violation of sustainable development obligations, in fact, does not undergo the ordinary dispute settlement system established for trade obligations and consisting in an arbitral proceedings leading to binding awards, with eventually economic sanctions in case of non-compliance. On the contrary, an infringement of TSD chapters must be submitted to a panel of experts, charged solely with the adoption of non-binding recommendations¹¹⁵.

Furthermore, recently the EU's orientation on the matter of TSD chapters' enforcement seems to be uncertain and highly conditioned by the attitude of its commercial partners. The Free Trade Agreement between the European Union and New Zealand, negotiated in June 2022 and signed on 9 July 2023, seems to have started a change of course¹¹⁶. Indeed, similarly to the US approach,¹¹⁷ the separation between the enforcement systems has been abandoned in favour of a uniform dispute settlement mechanism, based on mandatory arbitral proceedings and applicable to the whole trade agreement, TSD chapters included¹¹⁸. On the contrary, the Interim Trade Agreement between the European Union and the Republic of Chile, negotiated in

¹¹³ *Ex multis*, EU-Vietnam FTA, Article 13.10; CETA, Article 22.3; EU-MERCOSUR FTA, Article 11 of TSD Chapter. In the US framework this prescription is included in the investment chapter, see USMCA, Article 14.17.

¹¹⁴ M. BRONKERS, G. GRUNI, *Taking the Enforcement of Labour Standards in the EU's Free Trade Agreements Seriously*, in *Common Market Law Review*, 2019, 1591 ff.

¹¹⁵ *Ex multis* EU-Korea FTA, Article 13.15; CETA, Article 23.10.

¹¹⁶ For a general comment on the EU-New Zealand recent negotiations see C. CERETELLI, *EU-New Zealand FTA: Towards a New Approach in the Enforcement of Trade and Sustainable Development Obligations*, in *EJIL Talk!*, 28 September 2022; A. MENSI, *Sviluppo sostenibile e meccanismi di risoluzione delle controversie negli accordi commerciali conclusi dall'Unione europea: criticità e nuove prospettive*, in *La Comunità Internazionale*, 2023, 271 ff.

¹¹⁷ *Ex multis*, US-Panama Trade Promotion Agreement (US-Panama TPA) (entered into force in 2012), Article 16.7, para. 7; USMCA, Article 23.17, para. 12. For a brief overview on the enforcement mechanism in US TIAs see J. HARRISON, *op. cit.*, 717.

¹¹⁸ Free Trade Agreement between the European Union and New Zealand (EU-New Zealand FTA), Consolidated Text, Article 26.2.

December 2022, re-introduced the collaborative system and aligned with the more traditional tendency.¹¹⁹

Finally, through the creation of Domestic Advisory Groups (DAGs), the EU's "new generation" of TIAs has institutionalized the participation of civil society representatives in the enforcement of sustainable development obligations,¹²⁰ whereas in the US commercial agreements such an involvement is still at the parties' discretion.¹²¹ On the one hand, DAGs assist their national governments in the elaboration and execution of sustainable development policies.¹²² Even if a proper right to vote on domestic initiatives is not recognized to civil society delegates, they equally have the chance to highlight problems or exigences usually neglected by governments. On the other hand, every year the DAGs of the States party to the same TIA meet in the so-called "civil society forum" to discuss the sustainable development programs promoted by the respective national authorities.¹²³ These forums may undoubtedly represent an important stage to denounce national mistreatments and, possibly, the violations of sustainable development obligations perpetuated or tolerated by national governments.¹²⁴ It is not by chance that the first criticisms on Korean labour law, leading to the recent case on the freedom of association between EU and Korea, has been raised in 2014 by the European DAG.¹²⁵

Beside the TSD chapters, it bears noting that a very innovative approach to the protection of human rights has been recently intro-

¹¹⁹ Interim Trade Agreement between the European Union and the Republic of Chile (EU-Chile ITA), Provisional Text, Article 26.20, para. 2.

¹²⁰ *Ex multis*, EU-Korea FTA, Article 13.12, para. 5. On the functioning of DAGs see L. VAN DEN PUTTE, *Involving Civil Society in Social Clauses and the Decent Work Agenda*, in *Global Labour Journal*, 2015, 221 ff.

¹²¹ *Ex multis* Free Trade Agreement between United States and Chile (US-Chile FTA) (entered into force in 2004), Article 18.4, para. 6; US-Panama PTA, Article 16.5, para. 4. The only exception is represented by the USMCA, whose Article 23.16 provides an obligation to create a consultative committee involving civil society.

¹²² *Ex multis* CETA, Article 23.8, para. 4.

¹²³ *Ivi*, Article 22.5.

¹²⁴ B. COOREMAN, G. VAN CALSTER, *Trade and Sustainable Development Post-Lisbon*, in M. HAHN, G. VAN DER LOO (eds.), *Law and Practice of the Common Commercial Policy*, Leiden-Boston, 2020, 187 ff., 201.

¹²⁵ Report of the panel of experts in the proceedings constituted under Article 13.15 of the EU-Korea Free Trade Agreement, 20 January 2021, <https://policy.trade.ec.europa.eu>. For a general overview on the case see L. BOISSON DE CHAZOURNES, J. LEE, *The European Union-Korea Free Trade Agreement's Sustainable Development Proceedings: Reflections of a Ground-Breaking Dispute*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2022, 329 ff.

duced in the investment field by developing countries.¹²⁶ The Pan African Investment Code, as well as other IAs between African states, imposes directly upon private investors an obligation to respect internationally recognized human rights.¹²⁷ If these obligations were expanded to include indigenous rights, as already suggested by the some authors,¹²⁸ the effective protection of indigenous peoples would undoubtedly improve. Nevertheless, so far none of the IAs integrating this new trend have come into effect.

5.2. Attempts to carve out space for indigenous peoples in the “new generation” of TIAs has actually been made, but without fully satisfactory results. A first example is offered by the Comprehensive and Progressive Agreement on Trans-Pacific Partnership (CPTPP), signed in 2018, after the failure in 2016 of the Trans-Pacific Partnership (TPP) due to USA withdrawal. In the Preamble of CPTPP, indigenous peoples are mentioned besides the traditional interests connected to sustainable development, such as the safeguard of the environment and the protection of labour rights. Moreover, a significant room is made for indigenous defence in the prescriptive part of the Agreement, but only from a derogatory standpoint. Firstly, Article 29.6, provides a general exception which allow New Zealand to derogate the trade and investment obligations when «necessary to accord more favourable treatment to Maori», including the fulfillment of the Treaty of Waitangi.¹²⁹ A similar exception has made its appearance for the first time in the Agreement between New Zealand and Singapore on a

¹²⁶ N. ZUGLIANI, *Human Rights in International Investment Law: the 2016 Morocco-Nigeria Bilateral Investment Treaty*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2019, 761 ff.; B. CHOUDHURY, *Investor Obligations for Human Rights*, in *ICSID Review*, 2020, 82 ff.

¹²⁷ Pan-African Investment Code (model signed in 2016), Article 24; Reciprocal investment promotion and protection agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria (signed in 2016), Article 18; Accord entre le Gouvernement de la Republic Democratique du Congo et le Gouvernement de la Republic du Rwanda sur la promotion et la protection des investissement (signed in 2021), Article 13; Investment Protocol to the African Continental Free Trade Agreement (AfCFTA) (signed in 2023), Article 33.

¹²⁸ B. GUNN, *International Investment Agreements and Indigenous Peoples' Rights*, in J. BORROWS, R. SCHWARTZ (eds.), op. cit., 194 ff., 207.

¹²⁹ For a complete analysis of the exception see A. KAWHARU, *The Treaty of Waitangi Exception in New Zealand's Free Trade Agreements*, in J. BORROWS, R. SCHWARTZ (eds.), op. cit., 274 ff.

Closer Economic Partnership, in force since 2001.¹³⁰ Secondly, according to Article 29.8, States are allowed to adopt appropriate measures to respect, protect and preserve any traditional knowledge, that may easily be interpreted to include indigenous ancestral traditions. The importance of indigenous culture is incidentally recognized also by Article 20.13, paragraph 3, to the extent that it contributes to the conservation of biological diversity.

Likewise, just an indirect interest towards indigenous communities emerges in the Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada (USMCA), which superseded the NAFTA starting from the 1 July 2020. During the negotiations phase, Canada proposed to reserve an entire chapter to indigenous peoples, to protect their fundamental rights and promote their direct participation in the economic opportunities afforded by commercial relations.¹³¹ However, this proposal was rejected by the other partners and the final text of the USMCA limited itself to mention indigenous peoples in the Preamble, to preserve indigenous cultural heritage for biodiversity purposes¹³² and to qualify the protection of indigenous peoples as a general exception according to Article 32.5, thus allowing States to derogate trade and investment prescriptions when necessary to fulfill national obligations towards indigenous communities.¹³³ Moreover, some indirect attention is provided to main exigencies of indigenous peoples, namely the ancestral lands and the cultural heritage. Article 24.2 of the Agreement recognizes the interconnection between indigenous peoples' survival and ancestral lands and the consequent importance of involving them in the conservation of the environment, although a proper reference to indigenous rights over those territories is still absent.¹³⁴ As for the economic exploitation of indigenous cultural heritage, some support is offered to small and medium indigenous enterprises and the indigenous handicraft textiles are excluded from custom duties.¹³⁵

¹³⁰ Agreement between New Zealand and Singapore on a Closer Economic Partnership (CEP) (concluded in 2000 and entered into force in 2001), Article 74.

¹³¹ R. SCHWARTZ, *A Trade and Indigenous Peoples Chapter for International Trade Agreements*, in J. BORROWS, R. SCHWARTZ (eds.), op. cit., 248 ff., 264-265.

¹³² USMCA, Article 24.15.

¹³³ S. HALE, *Indigenous Rights and Trade: the USMCA and Contemporary Issues*, in D. NEWMAN (ed.), op. cit., 280 ff., 291.

¹³⁴ W. DAVID, *Recognizing the Rights of Indigenous Peoples in International Trade and Environment*, in J. BORROWS, R. SCHWARTZ (eds.), op. cit., 133 ff., 149.

¹³⁵ USMCA, Article 6.2. On the point also R. SCHWARTZ, *A Trade and Indigenous Peoples Chapter for International Trade Agreements*, cit., 269.

Finally, with the most recent negotiations between EU and New Zealand, it appears that some progress has been made, as shown by a whole chapter of the agreement devoted to Maori tribes. Nevertheless, the provisions set therein do not bind States to uphold Maori indigenous rights. Rather, they set upon the parties a general obligation of cooperation with the aim to facilitate Maori access to trade,¹³⁶ whilst explicitly excluding the recourse to the dispute settlement system in cases of a violation¹³⁷.

In the light of these mixed results, a more original solution seems to be necessary to assure an effective protection to indigenous peoples. The theoretical re-conceptualisation of the notion of sustainable development would be useful in this regard since it would justify the inclusion of indigenous collective rights in TDS chapters. Thus, as for the core labour principles, States might be obliged to recognize the fundamental indigenous rights and to strive to ratify the related ILO Conventions. At the same time, the participation of indigenous representatives in the DAGs might represent a helpful instrument to sensitise national governments upon their exigencies and to claim the violations suffered in domestic legal systems.

6. International law has yet to provide indigenous people with an effective protection. While ILO Conventions No. 107 and No. 169 have been ratified by a very limited number of States – among which only a select handful with conspicuous indigenous communities in their territory¹³⁸ –, the UNDRIP promoted by the UN General Assembly and the American Declaration of the OAS are acts of soft law with a circumscribed role in the codification of customary international law. In addition, the contribution of both general and regional human rights systems is inevitably limited by the individualistic approach and by the enforcement difficulties that connote them.

Even more concerning is the fact that indigenous peoples have been almost extraneous to international trade and investment law prior to the “new generation” of economic agreements concluded in the last decade. Here, a certain room for indigenous interests has been carved out, but with no fully satisfactory results. Indeed, the new trade and

¹³⁶ EU-New Zealand FTA, Chapter 20 on Maori Trade and Economic Cooperation, Article 20.5.

¹³⁷ Ivi, Article 20.7.

¹³⁸ The Convention has been ratified by some States of South America which host significant indigenous communities, such as Argentina, Brazil, Guatemala and Paraguay.

investment agreements are mostly characterized by a derogatory approach, which justifies national measures in the interest of indigenous peoples, but does not require States – and even less private corporations – to respect and fulfill indigenous main rights. A major innovation, instead, is offered by the chapters on sustainable development, which directly engage States in the safeguard of several interests connected to the idea of sustainability, namely labour and environment, through the codification of both cooperative commitments and positive obligations.

To offer a concrete answer to indigenous claims, this article proposes to re-conceptualize the idea of sustainable development with the aim to encompass the defense of indigenous peoples' main collective rights. Such a proposal is justified both on a theoretical and on a practical level. On one side, the protection of indigenous peoples is consistent with the recent evolution of sustainability, that passed from an environment-based architecture to the inclusion of a social pillar. On the other side, as previously seen, indigenous cultural heritage and traditional practices turned out to be crucial for preserving a sustainable environment. As a result, a real opportunity to include indigenous rights in the TSD chapters of the “new generation” of TIAs would arise. Then, the idea of sustainable development would contribute to fulfill – at least partially – a critical gap in international human rights law.

ABSTRACT

*Indigenous Peoples' Rights and Sustainable Development:
An International Economic Law Perspective*

The article addresses the well-known issue of indigenous collective rights' protection under international law, which has grown critical in recent years, primarily as a result of the dangerous impacts of economic globalization on environment and climate. Once outlined the unsatisfactory legal treatment that contemporary international law reserves to indigenous peoples, an attempt will be made to face this problem through the “new generation” of trade and investment agreements, which have recently been opened to the safeguard of sustainable development and to the non-economic interests related to it. Then, the relationship between indigenous peoples and sustainable development will be explored. The article will suggest to elaborate on the vague concept of sustainability in order to encompass the main indigenous collective rights, based on the strategic role that indigenous traditional

knowledge plays in the preservation of sustainable ecosystems. By so doing, international economic law might offer a new avenue for indigenous rights' protection.

FOOD LOSS AND WASTE: A NEW CHALLENGE FOR THE INTERNATIONAL LAW ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT?

LUCA ROMANO¹

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Definition of food loss and waste. – 3. Food loss and waste as a driver of unsustainable development: extent and impact. – 4. The international legal framework: a soft law approach to food loss and waste. – 5. References in hard law: international environmental and human rights law. – 6. Recourse to the general principles of international environmental law related to sustainable development. – 7. Concluding remarks.

1. In his 2023 report to the ministerial meeting of the high-level political forum on sustainable development regarding the progressive realisation of the Sustainable Development Goals, the United Nations (UN) Secretary-General reported that the proportion of food lost during farming, transport, storage, wholesale, and processing levels was estimated to be 13.2 per cent of the entire global production in 2021². In the analogous 2022 report, it was also reported that 931 million tons of food, or 17 per cent of the total food available to consumers, was wasted at the household, food service and retail levels in 2019³. The magnitude of this phenomenon, which is clearly reflected in these estimates, is seen as a symptom of the unsustainability of global food systems⁴ and the need to reform current patterns of food production and consumption.

¹ This contribution is part of a project funded under the National Recovery and Resilience Plan (NRRP), Mission 4 Component 2 Investment 1.3 - Call for tender No. 341 of 15 March 2022 of Italian Ministry of University and Research funded by the European Union – NextGenerationEU. Project code PE00000003, Concession Decree No. 1550 of 11 October 2022 adopted by the Italian Ministry of University and Research ('ON Foods – Research and innovation network on food and nutrition Sustainability, Safety and Security – Working ON Foods').

² General Assembly and Economic and Social Council, *Progress towards the Sustainable Development Goals: Towards a Rescue Plan for People and Planet. Report of the Secretary-General (Special Edition)*, UN Doc. A/78/80-E/2023/64 of 27 April 2023, 19.

³ Economic and Social Council, *Progress towards the Sustainable Development Goals. Report of the Secretary-General*, UN Doc. 1/2022/55 of 29 April 2022, para. 120.

⁴ In a report from 2018, the UN Food and Agriculture Organization (FAO) provided a definition of sustainable food systems as «food systems that deliver food security and

Against this background, the relevance of food loss and waste (FLW)⁵ as a subject of investigation has gradually increased. In recent years, several studies have been conducted on this topic, including those from a legal perspective. Many of them (with some notable exceptions)⁶ focus mainly on issues relating to FLW regulation in national or regional contexts, such as the European Union (EU)⁷. Although in several cases, admittedly, these studies do refer to the international legal framework, they generally maintain a sectoral viewpoint, such as human rights protection⁸, or offer a reduced space for analysis to international obligations⁹. An international law perspective on FLW prevention, therefore, still appears to be worthy of exploration: this article aims to contribute to a more comprehensive analysis in this regard.

To this end, the present contribution intends, first, to provide a critical analysis of the main international instruments, of a legally binding and non-binding nature, that may have a role in guiding States' behaviour towards FLW reduction. Second, the attention will be focused on the relevance of general principles related to sustainable development¹⁰ with regard to FLW reduction. In this respect, as will

nutrition for all in such a way that the economic, social and environmental bases to generate food security and nutrition for future generations are not compromised». In this report, high levels of food loss and waste are included in the list of significant challenges resulting from rapid structural transformations of food systems: FAO, *Sustainable Food Systems: Concept and Framework*, Rome, 2018, 2, available online.

⁵ For a definition of FLW, see *infra*, section 2.

⁶ See A. TELESETSKY, *Waste Not, Want Not: The Right to Food, Food Waste and the Sustainable Development Goals*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, 2014, 479.

⁷ See, *inter alia*, L.G. VAQUÉ, *Food Loss and Waste in the European Union: A New Challenge for the Food Law?*, in *European Food & Feed Law Review*, 2015, 20; N. LUCIFERO, *Food Loss and Waste in the EU Law between Sustainability of Well-Being and the Implications on Food System and on the Environment*, in *Agriculture and Agricultural Science Procedia*, 2016, 282; L. COSTANTINO, *La problematica degli sprechi nella filiera agroalimentare. Profili introduttivi*, Bari, 2018; B. GARSKE *et al.*, *Challenges of Food Waste Governance: An Assessment of European Legislation on Food Waste and Recommendations for Improvement by Economic Instruments*, in *Land*, 2020; D. RÖTTGEN, F. ALLOCCO, *Food Waste in EU Food Law*, in C. CAPORALE, I.R. PAVONE, M.P. RAGIONIERI (eds.), *International Food Law: How Food Law Can Balance Health, Environment and Animal Welfare*, Alphen aan den Rijn, 2021, 305.

⁸ See L. COSTANTINO, *La problematica degli sprechi*, cit., 26 ff., which focuses on measures to counter FLW as a component of the human right to food.

⁹ See, for instance, B. GARSKE *et al.*, *Challenges of Food Waste Governance*, cit., 1, referring to international environmental targets as an «overarching measure for governance analysis».

¹⁰ See *infra*, section 6.

be seen, the analysis will mainly focus on how these principles can contribute to filling gaps in the international legal framework on the subject.

Before addressing the analysis of international law norms, however, two preliminary considerations may be necessary. The first is that, given the breadth of the topic, it will not be possible to address the international legal framework on FLW exhaustively. The focus will therefore be on a few key aspects, while sectoral and regional dimensions, such as the regulatory system of the EU, will not be covered¹¹. The second is that, in order to better understand the complexity of this legal framework, some introductory remarks should be made on the relevance of FLW as an engine of unsustainable development, as well as on its definition, scope, and impact.

2. FLW is a global phenomenon well-known for its negative implications on food security¹² and the environment¹³. In 2020, the UN Secretary-General defined it as «an ethical outrage» in a world where «690 million people continue to go hungry and 3 billion cannot afford a healthy diet», adding that FLW also «squanders natural resources – water, soil and energy, not to mention human labour and time»¹⁴. While acknowledging that many States are taking action in this regard, he emphasised the need to intensify international efforts to reduce FLW, implicitly stating that current States' commitments are not sufficient to effectively tackle it.

In order to better understand the meaning of the UN Secretary-General's statements, that is, before making any critical remarks on the commitments made by States in relation to FLW, it may be useful

¹¹ The EU has enacted several legally binding and non-binding acts on FLW reduction. For a general overview, see the European Commission's recent Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2008/98/EC on waste, COM(2023) 420 final, 5 July 2023, 4-6. This proposal, aimed at reducing the impact of FLW on the environment, climate and food security, includes a set of binding national FLW reduction targets to be achieved by EU member States by 31 December 2030.

¹² It may be useful to recall that, according to a well-established definition adopted at the World Food Summit of 1996, food security is a situation that exists «when all people, at all times, have physical, social, and economic access to sufficient, safe, and nutritious food that meets their dietary needs and food preferences for an active and healthy life»: FAO, *Report of the World Food Summit, 13-17 November 1996*, UN Doc. WFS 96/REP, part one, appendix.

¹³ M. SHAFIEE-JOOD, X. CAI, *Reducing Food Loss and Waste to Enhance Food Security and Environmental Sustainability*, in *Environmental Science & Technology*, 2016, 8434 ff.

¹⁴ UN News, *Food Loss and Waste 'An Ethical Outrage'*, *UN Chief Says on International Day*, 29 September 2020, available online.

to address, albeit briefly, two particularly relevant aspects of FLW, namely: its definition, which will be discussed shortly; and its detrimental impact on sustainable development, which will be considered *infra*, section 3.

Although the ordinary meaning of the terms ‘food loss’ and ‘food waste’ is taken for granted, so far no common universal definitions of these concepts have emerged in scientific research¹⁵. In this regard, uncertainties remain on several aspects, including: what is considered to be food¹⁶; how to distinguish food loss from food waste, if at all¹⁷; whether or not to include inedible parts of food or pre-harvest food; how to consider food which is diverted to other uses (e.g. animal feed or biofuels)¹⁸; and whether to address only quantitative losses or also qualitative losses, for instance with regard to the nutritional values of food¹⁹. These aspects may vary according to the different objectives and perspectives adopted in each research scenario²⁰.

¹⁵ F. SCHNEIDER, *Review of Food Waste Prevention on an International Level*, in *Waste and Resource Management*, 2013, 187-188. See also FAO, *The State of Food and Agriculture 2019. Moving Forward on Food Loss and Waste Reduction*, Rome, 2019, 5.

¹⁶ A well-known definition by the *Codex Alimentarius* Commission defines food as «any substance, whether processed, semi-processed or raw, which is intended for human consumption, and includes drink, chewing gum and any substance which has been used in the manufacture, preparation or treatment of ‘food’ but does not include cosmetics or tobacco or substances used only as drugs»: *Codex Alimentarius* Commission, *26th Procedural Manual*, Rome, 2016, 23, available online. In this regard, scholars have pointed out that what is ‘intended for human consumption’ may vary according to different national cultures and dietary habits: F. SCHNEIDER, *Review of Food Waste*, cit., 188.

¹⁷ For a first category of scholars, the distinction between food loss and food waste is based on the stage of the food chain at which, physically, the loss or waste of food physically happens. A second category of authors uses a different approach to this distinction, linking it not to the stages of the food chain where a loss or waste physically occurs, but to the nature or origin of the cause of loss or waste, whether its cause is ‘voluntary’ the result of an explicit choice (waste) or not (loss). A third category uses ‘food waste’ or ‘food wastage’ as a generic term for FLW: High Level Panel of Experts on Food Security and Nutrition (HLPE), *Food losses and Waste in the Context of Sustainable Food Systems. A report by the High Level Panel of Experts on Food Security and Nutrition of the Committee on World Food Security*, Rome, 2014, 21-22, available online.

¹⁸ FAO, *Definitional Framework of Food Loss: Working paper*, Rome, 2014, 3, available online, where it is suggested that overconsumption can also be included in the definition of FLW.

¹⁹ A. DELGADO, M. SCHUSTER, M. TORERO, *Quantity and Quality Food Losses Across the Value Chain: A Comparative Analysis*, in *Food Policy*, 2021, 3 ff.

²⁰ For instance, in the context of studying the impact of FLW on food security, inedible parts of food might be excluded from its definition, considering that they were not supposed to be used for human consumption. However, this might not be the case when studying the environmental impact of landfilling food waste. See G. CHABOUD, B. DAVIRON, *Food Losses and Waste: Navigating the Inconsistencies*, in *Global Food Security*, 2017, 2.

The lack of *consensus* in the scientific literature has also led to the adoption of a variety of definitions at the intergovernmental level²¹. This is a relevant issue, because it leads to considerable difficulties in the adoption of common and internationally shared policies, starting with a co-ordinated global measurement of FLW production data²². Even within the UN system, specialised agencies or programmes, such as the FAO and the United Nations Environment Programme (UNEP), have adopted definitions of FLW that differed in these aspects²³. And the differences increase outside the UN system: for instance, within the EU framework, reference to FLW seems to fall under the general term ‘food waste’, which reflects the more general category of all food that is wasted, regardless of the step in the supply chain where the waste occurs²⁴.

In this regard, however, a recent development can be observed. UN General Assembly resolution 74/209 of 2019 (designating 29 September as the ‘International Day of Awareness of Food Loss and Waste’) contains, in its Preamble, a reference to a definition of FLW that the FAO had adopted a few months earlier²⁵, namely: «food loss is defined as the decrease in the quantity or quality of food resulting from decisions and actions by food suppliers in the chain, excluding retail, food service providers and consumers, and food waste as the decrease in the quantity or quality of food resulting from decisions and actions by retailers, food services and consumers»²⁶.

Although this resolution is not legally binding, the mere fact that FLW has come to the attention of the General Assembly, and that it has led to a resolution adopted by *consensus*, shows a convergence in the positions of the UN member States. The definition of FLW con-

²¹ Broadly speaking, on the lack of a general definition of waste in international law, see O. BARSALOU, M.H. PICARD, *International Environmental Law in an Era of Globalized Waste*, in *Chinese Journal of International Law*, 2018, 889.

²² A. DELGADO, M. SCHUSTER, M. TORERO, *Quantity and Quality Food Losses*, cit., 3.

²³ See e.g. FAO, *The State of Food and Agriculture 2019*, cit., 6, and UNEP, *Food Waste Index Report 2021*, Nairobi, 2021, 9, both available online.

²⁴ Directive (EU) 2018/851 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive 2008/98/EC on waste, Article 1(3)(c): «‘food waste’ means all food as defined in Article 2 of Regulation (EC) No 178/2002 of the European Parliament and of the Council (...) that has become waste». EU Directive 2018/851 also makes reference to additional terms to indicate similar, but not overlapping categories, such as ‘municipal waste’ and ‘bio-waste’. In this regard, see D. RÖTTGEN, F. ALLOCCO, *Food Waste in EU Food Law*, cit., 306-307, 336.

²⁵ FAO, *The State of Food and Agriculture, 2019*, cit., 70.

²⁶ UN Doc. A/RES/74/209 of 15 January 2020, Preamble, ninth recital.

tained therein could therefore become a landmark for future debates on the matter. The problem remains that the definition is overly broad, and that it does not address several unsettled aspects relating, for instance, to the destination of FLW as animal feed, or the inclusion of the inedible parts of the food.

Nevertheless, the UN General Assembly definition of FLW can be considered as a starting point for further developments and an essential point of reference at the international level. Accordingly, in the following sections, any mention to FLW will be based on it.

3. Nowadays, it would be difficult to dismiss the global significance of FLW, even if its precise scope and consequences are unclear and there still remain several uncertainties about how FLW is produced and how it could be reduced²⁷.

These uncertainties concern both the aggregate data at the global level and the estimates provided by each State. They can be explained by a number of factors, starting with the difficulties in measuring FLW production at the national level²⁸. As a result, when it comes to the assessment of FLW at the global level, the actors involved are requested to produce aggregate indices from vague and incomplete information, if any, with the result that the reliability of the overall outcome is undermined²⁹.

²⁷ G. CHABOUD, B. DAVIRON, *Food Losses and Waste*, cit., 1-7.

²⁸ Due to an uneven distribution of data collection capacity within single countries, only a restricted number of States, mainly in Europe and North America, are capable of providing accurate estimates, which are suitable for tracking a substantial part of the national levels of food wastage production. Key data gaps exist for the remaining majority, and, in some cases, States have not yet undertaken their own measurement. This makes it difficult to understand the real extent of FLW, thus hindering the international community's adoption of appropriate policies for its prevention and reduction. For further details, see: L. XUE *et al.*, *Missing Food, Missing Data? A Critical Review of Global Food Losses and Food Waste Data*, in *Environmental Science & Technology*, 2017, 6618 ff.; L. XUE, G. LIU, *Introduction to Global Food Losses and Food Waste*, in C.M. GALANAKIS (ed.), *Saving Food. Production, Supply Chain, Food Waste and Food Consumption*, London, 2019, 7.

²⁹ A first report on this subject was published by FAO in 2011, estimating that each year, one-third of all food produced for human consumption in the world is lost or wasted: FAO, *Global Food Losses and Food Waste – Extent, Causes and Prevention*, Rome, 2011, available online. However, the authors of the report emphasised the limitations of this assessment, largely due to the lack of empirical data: J. GUSTAVSSON *et al.*, *The Methodology of the FAO Study: “Global Food Losses and Food Waste – Extent, Causes and Prevention”* – FAO, 2011, Göteborg, 2013, 3, available online. To date, within the UN system, the measurement of food loss and food waste is carried out separately by UNEP and FAO. Specifically, the Food Loss Index, elaborated by the FAO and accessible through its official website, calculates the percentage of food lost at about 13 per cent of the world production. Meanwhile, the

Moreover, while the reason for FLW can be ascribed to many interconnected and interacting causes³⁰, the consequences are just as numerous and diverse. Indeed, the production of FLW has remarkable implications for each of the economic³¹, social and environmental dimensions of sustainable development.

The FLW impact on society, first of all, is best known. Globally, an estimated 691 to 783 million people suffer from hunger every day³², while 258 million face high levels of acute food insecurity³³. The causes are numerous, and generally depend more on lack of access to available food than on a lack of food. In this respect, however, FLW plays a key role, contributing to the unequal distribution of food resources not only among present generations, but also for future ones. In the context of the challenge of sustainably feeding a world population that is projected to reach almost 10 billion in 2050³⁴, minimising FLW and making the most of resources underpinning the food system are considered particularly important. Enhancing resource use efficiency and reducing FLW can help increase food supplies without raising unnecessary pressure on land, water and energy resources, helping to improve the sustainability of the entire food system³⁵.

Analysis of the environmental footprint of FLW is relatively recent³⁶. However, there is already a high level of awareness of the sig-

Food Waste Index, developed by UNEP, sets the percentage of food that is wasted at about 17 per cent of the world production: UNEP, *Food Waste Index Report 2021*, cit., 71. These estimates appear to be in line with those obtained in previous years, showing the general persistence of the problem.

³⁰ See, among others: HLPE, *Food Losses and Waste*, cit., 39-57; FAO, *The State of Food and Agriculture, 2019*, cit., 13-17.

³¹ M.M. RUTTEN, *What Economic Theory Tells Us About the Impacts of Reducing Food Losses and/or Waste: Implications for Research, Policy and Practice*, in *Agriculture & Food Security*, 2013, 3 ff.

³² FAO, IFAD, UNICEF, WFP and WHO, *The State of Food Security and Nutrition in the World 2023. Urbanization, Agrifood Systems Transformation and Healthy Diets Across the Rural-Urban Continuum*, Rome, 2023, xvi, available online.

³³ Food Security Information Network and Global Network Against Food Crises, *Global Report on Food Crises 2023*, Rome, 2023, 17, available online.

³⁴ UN Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *World Population Prospects 2022: Summary of Results*, UN Doc. DESA/POP/2022/TR/NO.3., 2022, i, available online.

³⁵ FAO, *The Future of Food and Agriculture – Alternative Pathways to 2050*, Rome, 2018, 19, available online.

³⁶ The first comprehensive study on this matter was only carried out by the FAO in 2013 and it highlighted the lack of knowledge on the subject. On that occasion, the impact of FLW was analysed from an environmental and global perspective for the first time, highlighting its nature as a «missed opportunity to improve global food security, but also to mitigate

nificant impact that FLW has on climate³⁷, water, land, and biodiversity. The magnitude of such an impact is different for each of these environmental dimensions, and it depends on a combination of several factors, such as the region of the world in which FLW occurs, the food commodity considered, and the different stages of the food supply chain involved³⁸. Nevertheless, information on the extent of the impact can be obtained from the aggregated data: the global carbon footprint of FLW accounts for about 8-10 per cent of total greenhouse gas (GHG) emissions³⁹; its water footprint accounts for 24 per cent of total freshwater resources used in food crop production⁴⁰; and the extent of the agricultural land used to produce FLW is about 28 per cent of the world's agricultural land (almost 1.4 billion hectares)⁴¹. These figures clearly highlight the detrimental effects of FLW on global environmental sustainability.

The evidence available shows that the scale and complexity of the phenomenon is such that it must be treated as a matter of priority, both because of its negative social, economic and environmental consequences⁴², and by virtue of the high capacity for improvement in the

environmental impacts and resources use from the food chain»: FAO, *Food Wastage Footprint. Impacts on Natural Resources. Summary Report*, Rome, 2013, 6, available online.

³⁷ The link between FLW and climate change is reciprocal: FLW production contributes to climate change and, conversely, climate change effects lead to an increase in FLW. The nature and implications of this connection have been extensively highlighted by the UN Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC): see, in particular, C. MBOW *et al.*, *Food Security*, in IPCC, *Climate Change and Land: An IPCC Special Report on Climate Change, Desertification, Land Degradation, Sustainable Land Management, Food Security, and Greenhouse Gas Fluxes in Terrestrial Ecosystems* (edited by P.R. SHUKLA *et al.*), 2019, 437-550, available online.

³⁸ L. XUE, G. LIU, *Introduction to Global Food Losses and Food Waste*, cit., 16 ff.

³⁹ C. MBOW *et al.*, *Food Security*, cit., 440, cited in F. CREUTZIG *et al.*, *Demand, Services and Social Aspects of Mitigation*, in IPCC, *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (edited by P.R. SHUKLA *et al.*), Cambridge-New York, 2022, 520-521, available online.

⁴⁰ M. KUMMU *et al.*, *Lost Food, Waste Resources: Global Food Supply Chain Losses and their Impacts on Freshwater, Cropland, and Fertiliser Use*, in *Science of The Total Environment*, 2012, 477-489.

⁴¹ FAO, *Food Wastage Footprint*, cit., 37.

⁴² The negative impacts of FLW reflect the beneficial potential of its reduction. In this regard, see: W. WILLETT *et al.*, *Food in the Anthropocene: The EAT-Lancet Commission on Healthy Diets from Sustainable Food Systems*, in *Lancet*, 2019, 482-483; M. KUIPER, H.D. CUI, *Using Food Loss Reduction to Reach Food Security and Environmental Objectives – A Search for Promising Leverage Points*, in *Food Policy*, 2021, 1.

policies for its management⁴³. It is clear that these aspects require a comprehensive and integrated⁴⁴ approach to FLW reduction, involving the participation of various stakeholders – from national governments to local communities and groups⁴⁵ – and the identification of specific solutions through a case-by-case assessment⁴⁶.

4. Due to the increasing awareness of global FLW production levels, there has been a significant surge in efforts to reduce it in recent years. An increasing number of States are incorporating FLW management and reduction measures into their national legal systems⁴⁷. Several governments are also taking action at the multilateral level, individually and through intergovernmental organisations, launching various regional⁴⁸ and global⁴⁹ initiatives focused on this goal. At the same time, the involvement of non-State actors has also played a crucial role: private food operators are increasingly adopting

⁴³ M. KUMMU *et al.*, *Bringing it all Together: Linking Measures to Secure Nations' Food Supply*, in *Current Opinion in Environmental Sustainability*, 2017, 98; J. VON BRAUN, M.S. SORONDO, R. STEINER, *Reduction of Food Loss and Waste: The Challenges and Conclusions for Actions*, in J. VON BRAUN *et al.* (eds.), *Science and Innovations for Food Systems Transformation*, Cham, 2023, 572 ff.

⁴⁴ For further considerations on the principle of integration and on the need to adopt an integrated approach, see *infra*, section 6.

⁴⁵ G. HAILU, B. DERBEW, *Extent, Causes and Reduction Strategies of Postharvest Losses of Fresh Fruits and Vegetables – A Review*, in *Journal of Biology, Agriculture and Healthcare*, 2015, 55.

⁴⁶ HLPE, *Food Losses and Waste*, cit., 58-88; K.L. THYBERG, D.J. TONJES, *Drivers of Food Waste and their Implications for Sustainable Policy Development*, in *Resources, Conservation and Recycling*, 2016, 119.

⁴⁷ Relevant references can be found in: FAO, *Transforming Agri-Food Systems: Legislative Interventions for Improved Nutrition and Sustainability. Preliminary Version for Public Consultation*, Rome, 2021, 66-67, available online; H.A. MUÑOZ UREÑA, *Avances Legislativos sobre Prevención y Reducción de Pérdidas y Desperdicios de Alimentos en América Latina y el Caribe*, FAO Estudio Legislativo No. 116, Rome, 2021, available online; D. CAMONI, *La lotta contro lo spreco alimentare nel diritto comparato*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2023, 11-18.

⁴⁸ Many regional alliances have been created under the auspices of FAO: see the “Regional alliance to cut food loss and waste in half by 2030” of Latin America and the Caribbean; the “Regional Strategic Framework: Reducing Food Losses and Waste” of the Near East & North Africa; and the Asia and the Pacific’s Zero Hunger Challenge, launched in April 2013 as a follow-up to the UN Secretary-General global Zero Hunger Challenge. See also D. CAMONI, *La lotta*, cit., 9-11.

⁴⁹ See, for instance, the Sustainable Food Systems Programme, part of the 10-Year Framework of Programmes on Sustainable Consumption and Production, launched in 2015 with the aim of forming multi-stakeholder partnerships and joint initiatives on themes such as: resilient, inclusive, and diverse food production systems; sustainability along all value chains; sustainable diets; and FLW reduction.

voluntary self-regulation practices aimed at reducing FLW⁵⁰, and relevant non-governmental organizations (NGOs) have been established for the same purpose⁵¹.

Therefore, international efforts to reduce FLW should not be underestimated. This is also evidenced by a number of international soft law instruments on FLW that have been adopted in recent years, mainly as part of the activities of intergovernmental bodies working in the field of food security, environmental protection and economic cooperation.

First, on a general level, it is of particular relevance that an explicit reference to FLW reduction has been included in Target 12.3 of the 2030 Agenda for Sustainable Development⁵², which calls on States to halve global per capita food waste at retail and consumer levels and to reduce food losses along production and supply chains as a means of ensuring sustainable consumption and production patterns⁵³.

Second, regarding food security, particular importance should be attached to the Policy Recommendations on Food Losses and Waste in the Context of Sustainable Food Systems⁵⁴, adopted in 2014 by the Committee on World Food Security (CFS)⁵⁵ with the aim of promoting adequate FLW prevention and reduction policies for governmental and non-State actors. More recently, a Voluntary Code of Conduct for Food Loss and Waste Reduction was developed by the FAO in 2021⁵⁶

⁵⁰ M. BLAKENEY, *Food Loss and Food Waste: Causes and Solutions*, Cheltenham, 2019, 129-132.

⁵¹ By way of example, mention can be made of the United Kingdom-registered organisation Waste and Resources Action Programme (WRAP), established in 2000 to promote waste reduction and the development of sustainable practices at national and international level.

⁵² *Transforming our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, UN Doc. A/RES/70/1 of 21 October 2015.

⁵³ *Ibid.*, 22.

⁵⁴ *Report of the 41st Session of the Committee on World Food Security (Rome, 13-18 October 2014)*, 2014, 4 ff., available online.

⁵⁵ Established in 1974 as a FAO standing committee, the CFS is a UN intergovernmental body that promotes policy convergence and the consistent implementation of policy recommendations to ensure long-term food security and nutrition in a sustainable manner. It has mentioned FLW reduction in various policy documents, including the recent Voluntary Guidelines on Food Systems and Nutrition: *Report of the 47th Session of the Committee on World Food Security (Rome, 8-11 February 2021)*, 2021, 15 ff., available online.

⁵⁶ Following a request from the FAO Committee on Agriculture in 2018, the Code of Conduct was developed by FAO through an inclusive process, subsequently endorsed by the 42nd Session of the FAO Conference on 14-18 June 2021: FAO, *Voluntary Code of Conduct for Food Loss and Waste Reduction*, Rome, 2022, available online.

to present a set of «internationally and regionally recognized (...) guiding principles and standards for responsible practices»⁵⁷ in reducing FLW generation, while promoting sustainable and inclusive food systems⁵⁸.

Third, in the area of environmental protection, two different resolutions, adopted in 2016⁵⁹ and 2019⁶⁰ as part of the work of the United Nations Environment Assembly (UNEA)⁶¹, deserve special mention for the emphasis they place on, among other things, the environmental dimension of the problem and the need for a co-operative effort to prevent and reduce it.

Finally, as regards economic co-operation, significant references to FLW have been included in policy documents adopted by the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD)⁶² and have emerged in the activities of the G20 Group of Countries⁶³.

⁵⁷ *Ibid.*, Article 1.1.1.

⁵⁸ For the purposes of this contribution, it is worth noting that the Code of Conduct considers as «[t]he overarching guiding principle (...) that actions to reduce FLW should contribute to Sustainable Development Goals. That is actions should be socially, economically and environmentally sustainable and meet present needs without compromising the ability of future generations to meet their own needs»: *ibid.*, Article 3.1.

⁵⁹ Resolution 2/9, *Prevention, Reduction and Reuse of Food Waste*, UN Doc. UNEP/EA.2/Res.9 of 27 May 2016.

⁶⁰ Resolution 4/2, *Promoting Sustainable Practices and Innovative Solutions for Curbing Food Loss and Waste*, UN Doc. EA.4/Res.2 of 15 March 2019.

⁶¹ The UNEA has been the plenary body of the UNEP since its reform of 2013: *Report of the Governing Council of the United Nations Environment Programme on its Twelfth Special Session*, UN Doc. A/RES/67/213 of 21 December 2012, para. 4(b).

⁶² For instance, as part of the work of the OECD, a package of recommendations and measurement tools was adopted in 2011 to support States' efforts to achieve economic growth while ensuring compliance with sustainable development and environmental conservation. This package, referred to as the OECD 'Green Growth Strategy', identified food waste reduction as a means to increase the available food supply and reduce pressures on resources and climate, OECD, *A Green Growth Strategy for Food and Agriculture – Preliminary Report*, Paris, 2011, 20-21, available online.

⁶³ In 2015, the G20 adopted an implementation plan to develop the so-called 'G20 Food Security and Nutrition Framework', a comprehensive non-binding document guiding the G20 member States' future action for the development of a long-term, integrated, and sustainable approach to food systems. The implementation plan included the recovery of safe and nutritious food, which would otherwise be wasted, among the social protection mechanisms designed to promote food security and nutrition; the same paragraph recalled that even where governments are not directly involved in food recovery and redistribution efforts, they may play a role in shaping a more efficient environment for food recovery and redistribution systems: G20 Development Working Group, *Implementation Plan of the G20 Food Security and Nutrition Framework*, 2015, para. 25, available online.

Similar references have also been incorporated in the action plans of major international financial institutions to address food insecurity⁶⁴.

Despite not being legally binding, these instruments play a key role in defining measures to be taken to reduce FLW at the national and international level. They include recommendations that, in a similar and mutually consistent manner, call on States, intergovernmental organisations and private stakeholders to effectively address the direct and indirect causes of FLW, including: establishing research and development programmes to identify innovations for reducing FLW; raising awareness and providing education to stimulate behaviour change; stimulating investment and establishing an appropriate institutional framework; setting legally binding national targets to reduce FLW; establishing food donation schemes; and promoting clear and harmonized requirements for food expiry date labelling.

On the one hand, analysis of these documents reveals the growing attention being given to this problem, which is increasingly recognised as a complex issue of global concern. These references, indeed, can be seen as a manifestation of States' awareness of the need to undertake interconnected actions at international, regional and local levels to prevent and reduce FLW, according to an integrated and comprehensive approach and through the promotion of global co-operation.

On the other hand, however, this awareness has not been complemented by the acceptance of legally binding obligations at the multilateral level, through which it would be possible to define a 'robust' international strategy to combat FLW generation along the food chain through the adoption of individual and collective actions by States⁶⁵. This would seem to suggest that there is a clear willingness on the part of States to recognise the negative consequences arising from the generation of FLW and the need to address them. However, this willingness seems to be lacking when faced with the demand to adopt legally binding obligations in this regard: indeed, States prefer a soft law ap-

⁶⁴ See e.g. the International Financial Institution (IFI) Action Plan to Address Food Insecurity of 18 May 2022, 17 and 20, available online. This Action Plan was prepared collectively by some of the major IFIs at global level, including the African Development Bank, the Asian Development Bank, the European Bank for Reconstruction and Development, the Inter-American Development Bank, the International Fund for Agricultural Development, the International Monetary Fund, and the World Bank Group.

⁶⁵ More generally, on the unsatisfactory regulation of waste as a primary environmental concern at the international level, see O. BARSALOU, M.H. PICARD, *International Environmental Law*, cit., 888.

proach, through the adoption, for instance, of general guidelines or technical recommendations.

As a result, several difficulties remain. First, to date, no multilateral treaty specifically focused on FLW has been adopted. Second, it is difficult to argue that an international customary rule on FLW reduction has already emerged: on the one hand, States' initiatives in this regard appear to be too divergent to reflect a uniform and coherent practice⁶⁶; on the other hand, it does not seem possible to maintain that States consider FLW reduction requirements to be a legal duty. This implies that both the objective and the subjective elements of a customary rule as «evidence of a general practice that is accepted as law»⁶⁷ would not be fulfilled.

In the international legal order, therefore, no legally binding norms specifically targeting FLW seem to have developed. In this context, the question arises as to whether this issue may fall within the scope of rules pertaining to broader legal fields, as will be seen in the following section.

5. Although it is possible to assume that FLW may fall within the material scope of certain legally binding instruments, when considering it as part of more general topics such as food and waste, it would be difficult to argue that this complex issue is addressed in a sufficiently direct and comprehensive manner.

By way of example, only a few references to FLW can be found in multilateral environmental agreements (MEAs) concerning waste management⁶⁸. These references are problematic in at least two respects. For one, the main legally binding instruments on the subject distinguish waste according to different categories, largely based on the distinction between 'hazardous wastes', upon which most attention

⁶⁶ Reference can be made, for instance, to the recent 'Food is Never Waste' Coalition, created in the framework of the UN Food Systems Pre-Summit 2021, which so far includes only five participating States, along with other institutional partners: United States; Brazil; Indonesia; Italy; and Ecuador.

⁶⁷ Statute of the International Court of Justice, Article 38.1(b).

⁶⁸ Mention can be made of the International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (London, 2 November 1973), entered into force on 2 October 1983, and its subsequent amendments, which regulates the conditions for the discharge of «food waste» into the sea, among other categories of waste.

is paid, and ‘non-hazardous wastes’⁶⁹. This second group may include organic waste from industrial, agricultural and domestic activities, from which a reference to FLW can be derived. However, a fragmented and incidental approach to them prevails, and a system of rules designed to govern their management as a whole is lacking: for instance, it is mainly on the issue of transboundary movement of hazardous wastes that it was possible to adopt an international treaty at the global level, the Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal (Basel, 22 March 1989)⁷⁰, which covers FLW only partially in its scope⁷¹.

For two, although reducing waste generation at source is an important goal of modern management strategies⁷², existing treaty obligations deal mainly with the environmentally sound management and disposal phase of waste and have so far scarcely addressed waste prevention and reduction strategies⁷³.

References to FLW can also be found in provisions affecting food production, particularly agriculture, for environmental protection purposes. This is the case for MEAs concerning biodiversity protection and climate change. With regard to the latter, reference can be made to Article 4 of the UN Framework Convention on Climate Change (New York, 9 May 1992)⁷⁴, which refers to agriculture (and waste management) as one of the relevant sectors requiring promotion and cooperation in the development, application and diffusion, including transfer, of technologies, practices and processes that control, reduce or prevent anthropogenic GHG emissions⁷⁵. Although not explicitly

⁶⁹ For an in-depth analysis, see M. GROSZ, *Sustainable Waste Trade under WTO Law: Chances and Risks of the Legal Frameworks’ Regulation of Transboundary Movements of Wastes*, Leiden-Boston, 2011, 19 ff.

⁷⁰ Entered into force on 5 May 1992, text available online.

⁷¹ Annex II of the Convention, to which Article 1.2 refers when introducing the concept of «other wastes», indeed includes household waste in this category, whose regulation is assimilated with that of hazardous waste for the purposes of the Convention. However, the portion of FLW not originating from the domestic environment is excluded from the scope of this Convention, provided that it does not exhibit hazardous characteristics.

⁷² R. RAYFUSE, *Principles of International Environmental Law Applicable to Waste Management*, in K.K. PEIRY, A.R. ZIEGLER, J. BAUMGARTNER (eds.), *Waste Management and the Green Economy: Law and Policy*, Cheltenham-Northampton, 2016, 21 ff.

⁷³ O. BARSALOU, M.H. PICARD, *International Environmental Law*, cit., 887 ff.; P. SANDS, J. PEEL, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge, IV ed., 2018, 613 ff.

⁷⁴ Entered into force on 21 March 1994, text available online.

⁷⁵ UN Framework Convention on Climate Change, Article 4(c).

stated, it is reasonable to consider FLW reduction as an effective practice through which to reduce GHG emissions in agriculture⁷⁶.

These references are relevant, as they allow for the inclusion of FLW reduction among the measures required to implement international obligations to tackle climate change. The fact remains, however, that such provisions are vague in their content, and do not provide specific guidance for States' conduct. It is therefore not surprising that a relatively small number of countries have so far taken FLW reduction-related measures into account in defining their national climate pledges⁷⁷. A similar reasoning can also be made in relation to biodiversity protection, where halving food waste has been included as a means to reduce the global consumption footprint by 2030 as part of Target 16 of the so-called Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework⁷⁸, adopted in 2022 by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity (Rio De Janeiro, 5 June 1992)⁷⁹.

With regard to the area of international human rights law, finally, it has been suggested that the minimization of FLW should be treated as an aspect of the right to food⁸⁰. Several legally binding instruments enshrine this right⁸¹, which is directly linked to the concept of food security. As is well known, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)⁸² is one of the most relevant for its definition. In particular, Article 11 of the ICESCR recognises the «right of everyone to an adequate standard of living for himself and

⁷⁶ More explicit references to the climate benefits of reducing FLW have been made at the Conferences of the Parties to the Climate Conventions, *Report of the Conference of the Parties on its Twenty-Seventh Session, Held in Sharm el-Sheikh from 6 to 20 November 2022: Addendum. Part two: Action Taken by the Conference of the Parties at its Twenty-Seventh Session*, UN Doc. FCCC/CP/2022/10/Add.1 of 17 March 2023, 18.

⁷⁷ UNEP, *Food Waste Index Report 2021*, cit., 20.

⁷⁸ Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity Decision 15/4, *Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework*, UN Doc. CBD/COP/DEC/15/4 of 19 December 2022, 11.

⁷⁹ Entered into force on 29 December 1993, text available online.

⁸⁰ For a comprehensive overview of this right, see, *ex multis*, C. DI TURI, *Il diritto all'alimentazione nell'ordinamento giuridico internazionale: norme, prassi, tutela*, Naples, 2021.

⁸¹ See e.g. *Universal Declaration of Human Rights*, UN Doc. A/RES/217(III) of 10 December 1948, Article 25: «Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food (...)». For further considerations, see K. TOMASEVSKI, *The Right to Food. Guide Through Applicable International Law*, Dordrecht, 1987.

⁸² New York, 16 December 1966; entered into force on 23 March 1976, text available online.

his family, including adequate food», and it details the measures Parties shall take «individually and through international co-operation» in recognition of the «fundamental right of everyone to be free from hunger». These include measures needed «to improve methods of production, conservation and distribution of food (...) in such a way as to achieve the most efficient development and utilization of natural resources». A connection between this provision and the need to reduce FLW can be inferred, although it is not explicit.

Notably, General Comment No. 12, adopted by the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights on 12 May 1999, made a valuable contribution to the interpretation of the legal content of the right to food by indicating that, like any other human right, it includes an obligation for States parties to the ICESCR «to respect, protect, and fulfil access» to adequate food⁸³. With regard to the obligation to fulfil, in particular, States are expected to «proactively engage in activities intended to strengthen people's access to and utilization of resources and means to ensure their livelihood, including food security»⁸⁴.

Some scholars have suggested that this language, when viewed in the context of ongoing FLW, implies a defined obligation for States parties to actively protect food sources from being wasted and ensure that their populations make optimal use of existing food resources⁸⁵. Prompts in this direction have also come from the UN Special Rapporteurs on the Right to Food, who have repeatedly emphasised the importance of reducing FLW in order to reduce pressure on natural resources⁸⁶, and even proposed adequate measures to do so⁸⁷.

⁸³ General Comment No. 12, *The Right to Adequate Food (Art. 11)*, UN Doc. E/C.12/1999/5 of 12 May 1999, para. 15.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ A. TELESETSKY, *Waste Not, Want Not*, cit., 484; L. COSTANTINO, *La problematica degli sprechi*, cit., 27-28, 38. See also FAO, *Food Loss and Waste and the Right to Adequate Food: Making the Connection*, Rome, 2018, 17 ff., available online.

⁸⁶ *Report of the Special Rapporteur on the Right to Food, Olivier de Schutter. Final Report: The Transformative Potential of the Right to Food*, UN Doc. A/HRC/25/57 of 24 January 2014, para. 21; H. ELVER, *Developments of the Right to Food in the 21st Century: Reflections of the United Nations Special Rapporteur on the Right to Food*, in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 2016, 18 and 43; *Critical Perspective on Food Systems, Food Crises and the Future of the Right to Food. Report of the Special Rapporteur on the Right to Food*, UN Doc. A/HRC/43/44 of 21 January 2020, para. 6.

⁸⁷ *Report of the Special Rapporteur on the Right to Food, Olivier de Schutter*, cit., para. 22: «(...) improving storage and marketing facilities, especially in developing countries; helping farmers to organize themselves in ways that avoid systematic net overproduction, for

Here again, it can be concluded that it would not be correct to describe the regulation of FLW under international law as a situation where there is a complete legal *vacuum*. At the same time, however, the weaknesses of the current framework are also clear. In this case, too, the existing provisions are generic and rather vague in their content and do not provide specific guidance on how States should address FLW reduction. Moreover, the above-mentioned norms tend to consider FLW reduction as a means to achieve different objectives, such as environmental and human rights protection, without a comprehensive approach to the issue. As a result, possible tensions between different interests protected by international law could remain unresolved⁸⁸.

In conclusion, a comprehensive legal framework on FLW, providing States with clear, detailed and legally binding obligations for its prevention and reduction, is still lacking. It should also be noted, however, that the principles of general environmental law, which aim at achieving sustainable development through an integration of environment and development, can play an important role in this regard, by strengthening the legal rules that may be relevant in the management of FLW and improving the overall coherence within the international legal order. For this reason, special attention will be paid to these principles in the following section.

6. Despite the debate surrounding its legal nature⁸⁹ there seems to be a broad *consensus* that sustainable development, in the definition provided by the World Commission on Environment and Develop-

example by compensating the losses of some with the surplus production of others; improving access to credit for farmers to reduce the need for premature harvesting in order to satisfy food needs or to obtain cash; avoiding reliance on high 'appearance quality standards' which lead to fresh produce being rejected if it does not present the required qualities of shape, size or colour; and developing direct farmer-to consumer marketing».

⁸⁸ In this regard, mention can also be made of the possible conflicts between food safety regulations, adopted globally to avoid health risks related to food and nutrition, and those aimed at reducing greenhouse gas emissions. While the latter generally require a reduction in FLW, the former may indirectly contribute to an increase in it. For a mention of how food safety law can be a cause of food waste, see H. BREMMERS, B. VAN DER MEULEN, *The Problem of Food Waste: A Legal-Economic Analysis*, in G. STEIER, K.K. PATEL (eds.), *International Food Law and Policy*, Cham, 2016, 561 ff.

⁸⁹ For a summary of the debate on the legal status of sustainable development, see *inter alia*: E. TECHERA *et al.* (eds.), *Routledge Handbook of International Environmental Law*, London-New York, II ed., 2021, 39-41.

ment⁹⁰, has acquired its own independent relevance under international law, and is now established as an international legal concept⁹¹. In this sense, as argued by authoritative scholars, sustainable development stands, rather than as a definite rule of general international law, as a standard of reference in the creation and application of norms and principles of international law concerning the conservation and protection of the environment⁹².

As is well known, the instrument that secured near-universal endorsement for the defining role of sustainable development in the evolution of international law and policy on environmental protection is the 1992 Rio Declaration on Environment and Development (Rio Declaration)⁹³. Although not defining sustainable development as an autonomous principle, and despite not being legally binding in nature, the Rio Declaration does include a number of legal principles that help to clarify its content and contribute to its achievement. As will be seen shortly, many of these principles, originated in the field of environmental protection and related to sustainable development⁹⁴, have a significant role to play in the context of FLW.

In view of the detrimental impact of FLW on the global environment, both in terms of GHG emissions and the waste of natural resources, it seems useful to recall in the first instance, the principle of prevention of environmental harm (Rio Declaration, Principle 2). This is particularly relevant in two respects.

⁹⁰ *Report of the World Commission on Environment and Development. Our Common Future*, UN Doc. A/42/427, 4 August 1987, p. 54, para. 1: «[s]ustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs».

⁹¹ P. SANDS, J. PEEL, *Principles*, cit., 218: «[t]here can be little doubt that the concept of 'sustainable development' has entered the *corpus* of international customary law, requiring different streams of international law to be treated in an integrated manner».

⁹² F. FRANCONI, *Sviluppo sostenibile e principi di diritto internazionale dell'ambiente*, in P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007, 59.

⁹³ Text available in the *Report of the United Nations Conference on Environment and Development. Rio de Janeiro, 3-14 June 1992*, UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) of 1st January 1993, 3 ff. See A. BOYLE, D. FREESTONE (eds.), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges*, Oxford-New York, 1999, 5.

⁹⁴ Social development was only recognised as the third pillar of sustainable development in 1997: General Assembly Resolution S/19-2, *Programme for the Further Implementation of Agenda 21*, UN Doc. A/RES/S-19/2 of 19 September 1997.

First, it is well known that in its original conception, this principle, which emerged as a reflection of the no-harm principle⁹⁵, imposes a responsibility on States to ensure that activities under their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or to areas beyond the limits of national jurisdiction. Although the relevance of such contexts is far from marginal⁹⁶, it should be emphasised that there is an increasing extension of the scope of this principle to the national territory, motivated by the international community's common interest in avoiding the potential global consequences of domestic environmental degradation⁹⁷. In this sense, authoritative scholars have argued that a general obligation is emerging for States to protect their own environment from degradation⁹⁸, if it is not already crystallised⁹⁹.

Second, with regard to its content, it should be noted that prevention is not only an obligation to restrain the degradation of the environment, but also a positive obligation requiring States to take proactive measures for its protection¹⁰⁰. In this respect, it should also be stressed that the duty of prevention is a due diligence obligation¹⁰¹, i.e. an obligation of conduct, not of result¹⁰². Noteworthy, the International Court of Justice (ICJ), delivering its judgement in the *Pulp Mills on the River Uruguay* case, recognised due diligence to be at the «ori-

⁹⁵ Albeit with an emphasis on a new perspective of environmental protection «in general», less tied to the transboundary dimension of environment: P.M. DUPUY, J. VIÑUALES, *International Environmental Law*, Cambridge, II ed., 2018, 66.

⁹⁶ Account should be taken, for instance, of the application of this obligation in the high seas, abundant in natural resources destined for food purposes.

⁹⁷ E. MORGERA, K. KULOVESI (eds.), *Research Handbook on International Law and Natural Resources*, Cheltenham-Northampton, 2016, 16-17; See also M. GERVASI, *Prevention of Environmental Harm under General International Law: An Alternative Reconstruction*, Napoli, 2021, 399, which highlighted the «self-standing relevance of prevention of environmental harm as a principle founded on a community interest, viz., protection of the environment per se».

⁹⁸ P. SANDS, J. PEEL, *Principles*, cit., 212.

⁹⁹ L.A. DUVIC-PAOLI, J. VIÑUALES, *Principle 2: Prevention*, in J. VIÑUALES (ed.), *The Rio Declaration on Environment and Development: A Commentary*, Oxford, 2015, 119.

¹⁰⁰ L.A. DUVIC-PAOLI, *Principle of Prevention*, in L. KRÄMER, E. ORLANDO (eds.), *Principles of Environmental Law*, Cheltenham-Northampton, 2018, 167.

¹⁰¹ On the characterization of prevention as a due diligence duty, see, *ex multis*: R. PISILLO MAZZESCHI, "Due diligence" e responsabilità internazionale degli Stati, Milano, 1989, 352 ff.; L.A. DUVIC-PAOLI, *The Prevention Principle in International Environmental Law*, Cambridge, 2018, 200 ff.; S. BESSON, *Due Diligence in International Law*, Leiden-Boston, 2023, 166 ff.

¹⁰² A. DUVIC-PAOLI, J. VIÑUALES, *Principle 2: Prevention*, cit., 118.

gins» of the principle of prevention¹⁰³, further emphasising that ‘an obligation to act with due diligence’ entails «not only the adoption of appropriate rules and measures, but also a certain level of vigilance in their enforcement and the exercise of administrative control applicable to public and private operators, such as the monitoring of activities undertaken by such operators (...)»¹⁰⁴. Allegedly, these considerations can be applied in the context of food supply chain management.

There is, however, another general principle which underlines an increasing focus on environmental protection within the national jurisdiction of States: the sustainable use of natural resources. This principle requires States to use natural resources, including those under their jurisdiction¹⁰⁵, in a manner that does not cause their decline to the detriment of future generations¹⁰⁶, thus adopting the intergenerational perspective which is at the root of sustainable development (Rio Declaration, Principle 3). Although not explicitly stated, it seems reasonable to argue that this principle includes the need to take appropriate measures to reduce FLW: in this sense, it is appropriate to consider FLW as an unnecessary waste of resources that, if avoided, would have meant less pressure on them, thus making their decline less likely in the long term. Indeed, this approach, extended to the broader context of waste, was also adopted by the International Law Association (ILA) in the formulation of the New Delhi Declaration on Principles of International Law Relating to Sustainable Development (New Delhi Declaration)¹⁰⁷, according to which «all relevant actors (including States, industrial concerns and other components of civil society) are

¹⁰³ Judgment of 20 April 2010, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, ICJ Reports 2010, 14, para. 101.

¹⁰⁴ *Ibid.*, para. 197. In this regard, see P. SANDS, J. PEEL, *Principles*, cit., 211.

¹⁰⁵ E. MORGERA, K. KULOVESI (eds.), *Research Handbook*, cit., 18: «[a]s a principle of resource management, sustainable use has thus generalized into an international environmental standard capable of constraining the State’s sovereignty to exploit resources located within its own territory». In this regard, the principle of sustainable use represents a limit to the general principle of State sovereignty over its territory, arising from a commonality of interests in protecting the environment and the well-being of the people living there.

¹⁰⁶ R. MUNRO, J. LAMMERS, *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations Adopted by the Experts Group on Environmental Law of the World Commission on Environment and Development*, 1986, 9, available online.

¹⁰⁷ ILA Resolution 3/2002, *New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development*, 6 April 2002.

under a duty to avoid wasteful resources and promote waste minimization policies»¹⁰⁸.

In this regard, it should also be added that in accordance with the principle of sustainable production and consumption (Rio Declaration, Principle 8), States are called upon to increase resource efficiency and to adopt a ‘life-cycle perspective’ of products along their entire supply chain¹⁰⁹. Noteworthy, the adoption of a holistic approach¹¹⁰ and a cross-industry perspective is called for, taking into account the complex and intricate system of production and consumption that characterises national economies as a whole¹¹¹.

Turning back to the prevention of environmental damage, a further element contributes significantly to guiding the behaviour of States: the adoption of a precautionary approach (Rio Declaration, Principle 15). The significance of adopting this approach becomes particularly evident in light of the many uncertainties still surrounding FLW production at national and global level¹¹²: it implies that when there are threats of serious or irreversible damage to the environment – and, as argued in the ILA’s New Delhi Declaration, to human health, natural resources, and ecosystems¹¹³ – a lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing measures to prevent such damage. Although the threshold of ‘serious or irreversible’ harm is high, and requires case-by-case examination, there is a plausible connection between FLW production and the potentially negative environmental and social impact of activities along the food supply chain. The prospect that such an impact entails significant damage, even in the absence of unequivocal proof, requires States to take pre-

¹⁰⁸ *Ibid.*, para. 1.2.

¹⁰⁹ C. VOIGT, *Principle 8: Sustainable Patterns of Production and Consumption and Demographic Policies*, in J. VIÑUALES (ed.), *The Rio Declaration*, cit., 246.

¹¹⁰ According to M. FÜHR, J. SCHENTEN, *Sustainable Production and Consumption (SPC)*, in L. KRÄMER, E. ORLANDO (eds.), *Principles*, cit., 131, the adoption of a holistic approach to life cycle thinking in the context of sustainable development implies «taking into account not only all environmental aspects, but also social and economic negative impacts and benefits, to facilitate [sustainable production and consumption] decision-making».

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² A. BOYLE, C. REDGWELL, *Birnie, Boyle & Redgwell’s International Law and the Environment*, Oxford-New York, IV ed., 2021, 174: «Rio principle 15 requires only that uncertainties regarding, for example, the capacity of (...) living resources to sustain exploitation, or the impact of proposed activities, or any other relevant factor, should be acknowledged and taken into account when determining what the risks of harm may be and what controls are needed».

¹¹³ ILA Resolution 3/2002, para. 4.

ventive measures and, at the very least, refrain from inertia. In this context, conducting environmental impact assessments (Rio Declaration, Principle 17) and involving the public in decision-making processes (Rio Declaration, Principle 10) assume a central role in identifying potential risks and the measures needed to address them.

More generally, along with the above-mentioned principles, a prominent role as regards FLW should be also attributed to the principle of integration (Rio Declaration, Principle 4), which is considered to be the 'backbone'¹¹⁴ of sustainable development and, at the same time, the most 'practicable'¹¹⁵ legal principle in this area of law.

According to this principle, integration must be pursued across several dimensions¹¹⁶, all of which have an impact in relation to FLW. First, States are called upon to ensure the respect of this principle in their institutional mechanisms, meaning that national bodies are required to integrate environmental, economic and social factors into their decision-making processes¹¹⁷. A systemic approach should also be adopted, meaning that different agencies, at all levels (national and international, public and private), are required to co-operate for the attainment of such integration, while also allowing public participation in the decision-making process, especially in relation to those potentially affected by the relevant decisions¹¹⁸. In the context of FLW, integration requires States to consider the impact of FLW on environmental degradation and food insecurity when formulating their development policies, particularly those related to sustainable agriculture, food production and consumption. This need is also reflected in some of the main international instruments in the field of sustainable development, such as the Agenda 21, adopted at the Rio Conference in

¹¹⁴ Economic and Social Council, *Rio Declaration on Environment and Development: Application and Implementation. Report of the Secretary-General*, UN Doc. E/CN.17/1997/8 of 10 February 1997, para. 31.

¹¹⁵ D. FRENCH, *International Law and Policy of Sustainable Development*, Manchester, 2005, 57.

¹¹⁶ For a general overview, see ILA, *International Law on Sustainable Development*, Report of the Toronto Conference of 2006, available online (hereinafter: ILA Conference Report).

¹¹⁷ ILA Conference Report, 8.

¹¹⁸ V. BARRAL, P.M. DUPUY, *Principle 4: Sustainable Development through Integration*, in J.E. VIÑUALES (ed.), *The Rio Declaration*, cit., 165-166.

1992¹¹⁹, and the 2012 UN Sustainable Development Conference¹²⁰ outcome document ‘The Future We Want’¹²¹.

At the same time, an integrated approach is to be applied at the legal level, both in relation to new and existing norms. With regard to the former, it requires that the adoption of new treaties and rules (either at the international and national level) should reflect a proper integration among different economic, social and environmental interests¹²². With respect to the latter, meanwhile, its relevance has been emphasized as a useful tool for co-ordinating existing norms¹²³ and as a criterion of interpretation to be taken into account in the implementation of international treaties and domestic legal rules¹²⁴. This approach promotes coherence between divergent norms from different areas of international law. From this perspective, integration can help to bridge the gaps in the international legal framework on FLW, promoting the development of new norms, and the interpretation and application of existing ones, in order to take into account the different interests protected by international law, with the result that a comprehensive approach to this issue is fostered. To this end, such an approach should also be rooted in the recognition of the central role that the protection of human rights plays in the achievement of sustainable development¹²⁵, promoting the reduction of FLW not only in relation to the human dimension of nutrition, but also with respect to the

¹¹⁹ Chapter 14 of the Agenda 21 concerned increasing food production in a sustainable manner in order to strengthen global food security. Uncertainty about the ability of food resources and available technologies to feed the expected increase in global population required the implementation of sustainable policies, addressing the various elements of sustainable development in several agriculture-related programme areas. Even though there was no specific programme area addressing food loss and waste, specific actions related to its reduction were given reference in relation to farm production improvement and sustainable plant nutrition objectives: *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*, cit., 204.

¹²⁰ Held in Rio de Janeiro from the 20 to 22 June 2012.

¹²¹ In which the «need to significantly reduce post-harvest and other food losses and waste throughout the food supply chain» was explicitly recognised as a key area for increasing sustainable agricultural production and productivity globally: *Report of the United Nations Conference on Sustainable Development, Rio de Janeiro, 20-22 June 2012*, UN Doc. A/CONF.216/16 of 13 August 2012, 22.

¹²² *Ibid.*, 166.

¹²³ Á.J. RODRIGO HERNÁNDEZ, *El Principio de Integración de los Aspectos Económicos, Sociales y Medioambientales del Desarrollo Sostenible*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, 2012, 138.

¹²⁴ V. BARRAL, P.M. DUPUY, *Principle 4*, cit., 166.

¹²⁵ ILA Resolution 3/2002, Preamble, fourteenth recital.

broader context of the transformation of food systems as a means to ensure the enjoyment of the right to a clean, healthy and sustainable environment¹²⁶.

Admittedly, the legal status of the aforementioned principles is not unequivocal. However, their ability to influence the behaviour of States should not be underestimated, especially with regard to issues such as FLW, which are not comprehensively covered by *ad hoc* binding rules of international law. Whilst some of these principles, in particular, seem to be fully established as binding rules of customary rule, others, although not yet affirmed as customary rules *stricto sensu*, hold a no-less relevant function at the interpretative level: they are capable of guiding States both as a source of inspiration for the negotiation of new treaties and the development of new customary norms, and as a means of interpreting existing ones¹²⁷. It is also worth emphasising that this serves a specific purpose: at a general level, each of these principles help to develop a coherent perspective through which States are called upon to frame their approach to FLW management, namely that of sustainable development¹²⁸.

To achieve this objective, States are expected to abide by such principles. Not only on an individual basis, but also by co-operating in good faith and ‘in a spirit of global partnership’ (Rio Declaration, Principle 27).

7. Admittedly, the issue of FLW reduction is increasingly present on the international political agenda. Indeed, its relevance is reflected in the considerable attention that has recently been paid to it, through the adoption of significant, albeit non-binding, instruments, at the intergovernmental level. These instruments can be seen as a sign of States’ awareness that there exists a need to take systemic actions to

¹²⁶ General Assembly, *Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment*, UN Doc. A/76/179 of 19 July 2021, para. 94(c). The reference to a ‘right to a clean, healthy and sustainable environment’ reflects the recent recognition of this right within the UN system: General Assembly, *The Human Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment*, UN Doc. A/RES/76/300 of 28 July 2022.

¹²⁷ On the interpretative function of sustainable development, see V. BARRAL, *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*, in *European Journal of International Law*, 2012, 393 ff.

¹²⁸ See F. FRANCONI, *Sviluppo sostenibile*, cit., 53, which upheld the role of principles as a source of values and guidelines for the fulfilment of certain social interests of the international community.

prevent and reduce FLW, according to a comprehensive approach and through the promotion of global co-operation.

Nevertheless, the current international regulation on FLW does not fully reflect this awareness. Indeed, no multilateral treaty specifically focused on this issue has been adopted so far and no customary rules have emerged in this regard yet; at the same time, existing international norms address FLW in a rather fragmented way.

Accordingly, it appears reasonable to affirm that an integrated and comprehensive approach to FLW is lacking, while the available data on FLW global production clearly show that the current approach is not adequate to effectively address the complex and multifaceted issue of FLW reduction.

Against this background, the role played by the principles of international environmental law related to sustainable development may be particularly relevant. Within the context of sustainable development, FLW reduction is viewed within a broader framework encompassing sustainable food production and consumption practices as well as sustainable agriculture. This requires the implementation of strategies and policies that are consistent with human rights obligations, including the right to adequate food, while also ensuring the protection of the environment and the conservation of natural resources.

Recourse to these principles serves this purpose by facilitating the co-ordination and integration of the (few and fragmented) existing international norms pertaining to FLW. This can prove to be a significant tool in the hands of national and international actors – including decision-makers, national institutions and judges – who are called upon to interpret and apply these norms.

In essence, these principles provide a comprehensive framework for the adoption of an integrated approach to environmental conservation, social equity, and economic development. By incorporating them into efforts to reduce FLW, States can be guided to adopt more coordinated, coherent and effective behaviours in addressing this global challenge.

ABSTRACT

Food Loss and Waste: A New Challenge for the International Law on Sustainable Development?

This contribution examines the issue of food loss and waste (FLW) from the perspective of international law, emphasising the need for a comprehensive approach to the problem in view of its negative impact on the economic, social, and environmental dimensions of sustainable development. In particular, the contribution provides an overview of existing international legal instruments related to FLW reduction, highlighting the inadequate and fragmented nature of the current legal framework. While FLW gains attention in international politics, existing instruments fall short of a comprehensive approach. Integrating general principles related to sustainable development into FLW reduction efforts can guide co-ordinated and effective actions by States and relevant actors to address this global challenge.

NOTE E COMMENTI

RECENT DEVELOPMENTS IN ICJ'S JURISPRUDENCE ON THE IDENTIFICATION OF CUSTOMARY LAW

MARIACHIARA GIOVINAZZO

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Facts; 3. The assessment of *opinio iuris*; 4. The assessment of practice; 5. The method used by the Court: was the induction possible?; 6. Conclusions.

1. Article 38, para. 1, of the Statute of the International Court of Justice states that: «The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply [...] international custom, as evidence of a general practice accepted as law».

In absence of a specific rule, the mentioned article has been used to identify sources of international law. It contributes, on the one hand, to enhance the role of customary law in international law and, on the other hand, to specify the constitutive elements of international custom (practice and *opinio iuris*).

Despite the well-known importance given to custom in international law, its identification remains complex. In fact, the process surrounding the birth of a rule of customary law, as well as the methodology used by international courts and tribunals in order to ascertain the formation and the existence of such rule, have always attracted scholars, posing several theoretical problems difficult to solve¹.

Doctrine and jurisprudence tried to “fill the gap” but the importance of the issue was confirmed when the International Law Commission (ILC) was commissioned to study the topic on the “Formation and evidence of customary international law”, choosing Michael Wood as Special Rapporteur. After a year, commissioners decided to change the title of the topic focusing on the “Identification of customary international law”. Finally, the ILC presented

¹ How many repetitions are needed in order to make a custom? How types of conducts can be considered as “practice”? Do all States of international community should be involved or some of them (the most affected) should be considered sufficient? How can the *opinio iuris* be ascertain? Does the violation of a custom indicate that it has been outdated?

its 16 conclusions in 2018. As made clear by the commentary «the draft conclusions concern the methodology of identifying rules of customary international law, and their content, are to be determined»².

On 13 July 2023, the International Court of Justice (ICJ) delivered its judgment about “Question of the delimitation of the continental shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan coast”³. The decision is interesting because the Court had to assess the existence of a custom and, doing that, it challenged its previous jurisprudence, the ILC’s conclusions and prevailing doctrine, with the consequence to open a new debate on the topic.

2. Before explaining in detail the most relevant legal aspects of the judgment, it is necessary to retrace the facts at the origin of the dispute.

In 2013 Nicaragua filed an application instituting a proceeding before the ICJ against Colombia for a controversy concerning the delimitation of maritime boundaries between them. In particular, Nicaragua argued the right to an extension of its continental shelf beyond 200 nautical miles, according to Article 76 of UNCLOS. In accordance with the latter article, it did a submission before the Commission on the Limits of the Continental Shelf (CLCS). The claim was objected by Colombia which observed that such extension would have determined an unjustified intrusion into its 200 nautical miles.

On 4th October 2022, the Court issued an order stating that a decision on two questions of law was required in order to reach a solution for the case, in particular: under customary international law, may a State’s entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of its territorial sea is measured extend within 200 nautical miles from the baselines of another State? What are the criteria under customary international law for the determination of the limit of the continental shelf beyond 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of the territorial sea is measured and, in this regard, do paragraphs 2 to 6 of Article 76 of the United Nations Convention on the Law of the Sea reflect customary international law⁴?

In the judgment delivered on 13 July 2023, the Court answered only to the first question, considering the second redundant. Judges found that «un-

² International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law with Commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2018, vol. II, part two, 122.

³ International Court of Justice, *Question of the delimitation of the continental shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan coast (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment of 13th July 2023.

⁴ International Court of Justice, *Question of the delimitation of the continental shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan coast (Nicaragua v. Colombia)*, Order of 4th October 2022.

der customary international law, a State's entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles from the baselines from which the breadth of its territorial sea is measured may not extend within 200 nautical miles from the baselines of another State»⁵.

In the following paragraphs we will discuss about how the Court arrived at this conclusion, in particular we will focus on the method and the reasoning used by judges in order to derive the existence of a custom by an analysis of the paragraph 77 of the judgment⁶. To this end, a premise is needed. The topic of custom in international law is particularly complex. It poses theoretical and empirical problems of great complexity on which the literature is extremely wide. Therefore, this paper does not aspire to represent a detailed study on the matter but, rather, to encourage the reflection on some of aspects of international custom, having as a starting point a judgment which opens again the debate on the topic.

3. The assessment of *opinio iuris* is, probably, the most interesting part of the decision. In this regard, the Court made two different statements which will be analysed in this paragraph.

In the first of them, the Court declared that «the practice of States before the CLCS is indicative of *opinio iuris*, even if such practice may have been motivated in part by considerations other than a sense of legal obligation»⁷.

There is no doubt that such position is particularly unexpected and it is really difficult to comprehend how judges failed to grasp its implications on the concept of *opinio iuris*. In order to understand what the impact of this reasoning may be, it is necessary to make some general considerations on the subjective element of custom.

Article 38, para.1(b), of the ICJ Statute defines the international custom «as evidence of a general practice accepted as law». Even though, over the years, some doctrines tried to attribute a predominant role alternatively to practice or to *opinio iuris*, the traditional thesis, which is actually the prevailing one, places both requirements on the same level. The International Court of Justice has constantly reiterated in its jurisprudence that a custom, as such, implies the necessary presence of both the objective and the subjective element. Moreover, the so-called “two-elements” approach was confirmed in the ILC's Draft conclusions on identification of customary international law⁸.

⁵ International Court of Justice, *Question of the delimitation*, Judgment of 13 July 2023, cit., 31.

⁶ *Ibidem*, 29.

⁷ *Ibidem*.

⁸ International Law Commission, *Draft Conclusions*, cit., 125.

With regard to the notion of *opinio iuris*, it notoriously refers to a sense of legal obligation accompanying State's behaviour; both doctrine and jurisprudence converge on this point. The ICJ, in the *North Sea Continental Shelf* case, affirmed that «The need for such a belief [of obligation] is implicit in the very notion of the *opinio iuris sive necessitatis*»⁹. Such definition was supported by the ILC, whose conclusion 9 on customary law underlines that «the requirement, as constituent element of customary international law, that the general practice be accepted as law (*opinio iuris*) means that the practice in question must be undertaken with a sense of legal right or obligation»¹⁰.

In fact, States may well act in a certain way for extra-juridical reasons but, in those cases, we are dealing with a mere usage or habit¹¹. An authoritative part of doctrine emphasized the distinction between *opinio necessitatis* and *opinio iuris*. The first one is the stage where States' practice may be regarded as imposed by social, economic or political needs. If such practice does not encounter strong and consistent opposition from other States but it is gradually accepted, a customary rule crystallizes. At this later stage, it may be held that the practice is dictated by international law (*opinio iuris*). It is only at the end of this process (in which the exactly moment of the transformation is difficult to pinpoint) that a customary rule may be said to exist¹².

Consequently, it is correct to affirm that the *opinio iuris* is the element allowing a behaviour to acquire the nature of customary law¹³. This implies that in absence of *opinio iuris*, interpreted as the conviction that a certain behaviour is legally binding, it is not possible to deduce that a custom exists.

For this reason, the ICJ denied the existence of customary rule in all cases where it did not consider the *opinio iuris* to be sufficiently traceable¹⁴.

⁹ International Court of Justice *North Sea Continental Shelf*, Judgment of 20th February 1969, I.C.J. Reports 1969, 45. In a similar vein the PCIJ expressed in the *Lotus* case where it affirmed that «the rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law», Permanent Court of International Justice, *The case of the S.S. "Lotus"*, Judgment of 7th September 1927, Judgment series A, No.10, 1927, 18. The concept was reiterated by the ICJ in other occasions. It has been confirmed also in *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, 122; *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 132.

¹⁰ ILC, *Draft conclusions*, cit., 128.

¹¹ H.W.A. THIRLWAY, *International Customary Law and Codification*, Leiden, 1972, 48, 53-56; K. WOLFKE, *Custom in Present International Law*, Dordrecht-Boston, 1993, 40-41; M.E. VILLIGER, *Customary International Law and Treaties*, The Hague-London-Boston, 1997, 48; M. MENDELSON, *The Formation of Customary International Law*, in *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 1998, vol. CCLXXII, 245-246; See also: ILC, *Draft conclusion*, cit., 126; B. CONFORTI, M. IOVANE, *Diritto internazionale*, Napoli, 2021, 12th edition, 42-43.

¹² CASSESE, *International Law*, Oxford, 2003, 2nd edition, 157-158.

¹³ G. SCHWARZENBERGER, *The Inductive Approach to International Law*, in *Harvard Law Review*, 1947, vol. LX, 550.

¹⁴ International Court of Justice, *Colombian-Peruvian asylum case*, Judgment of 20th November 1950, I.C.J. Report 1950, 277; International Court of Justice, *Legality of the Threat or*

Having in mind such considerations, on the one hand, the meaning of *opinio iuris* and, on the other hand, the need to demonstrate it, the Court's statement is open to criticism.

First of all, the problem concerns the denial of the notion of *opinio iuris* which, by definition, is connoted by a sense of respect for a legal obligation. The breaking point is evident if we compare the words of the Court with the commentary to the ILC's Draft conclusions on customary law: the first affirmed that «the practice (...) is indicative of *opinio iuris* even if (...) motivated in part by considerations other than a sense of a legal obligation»; the latter declared that «It is crucial to establish, in each case, that States have acted in a certain way because they felt or believed themselves legally compelled or entitled to do so by reason of a rule of customary international law»¹⁵. It is clear that judges recognized that the requirement of *opinio iuris* is met even if the reasons leading States to act in a certain way are, in part, extra-judicial. The consequence is the loss of the intrinsic meaning of the notion of *opinio iuris*.

A second problematic aspect, which is a consequence of the first, is that such approach also creates problems of compatibility with Article 38 of the Statute of the ICJ which requires judges to decide by the application of custom but only if the general practice is accepted as law.

What if the Court decides a case using a customary law but in absence of the subjective element defined as acceptance as law? What if the Court opens to the option according to which the requirement of *opinio iuris* is met even if States acted in a certain way for extra-legal considerations? Is it possible to support the idea that it decided by applying custom or, maybe, the decision was taken considering a mere usage or habit?

As already explained, the *opinio iuris* is the element transforming a practice into a custom¹⁶, but if the Court decides a case admitting that considerations other than a sense of legal obligation suffices, the risk is to transform a habit into a norm, confusing what is legally binding and what is not.

As anticipated, there is a second part of the decision referring to the subjective element of custom, in particular judges affirmed that «In addition, given its extent over a long period of time, this State practice may be seen as an expression of *opinio iuris*, which is a constitutive element of customary

Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion of 8th July 1996, I.C.J. Reports 1996, 254; International Court of Justice, *Case Concerning Military and Paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment of 27th June 1986, I.C.J. Reports 1986, 108-109.

¹⁵ ILC, *Draft Conclusions*, cit., 138.

¹⁶ As underlined by Dinstein, *opinio iuris* «underpins the transition of State practice from the normal to the normative». Y. DINSTEIN, *The Interaction between Customary International Law and Treaties*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2007, 294,

international law»¹⁷. This statement opens a very debated issue regarding whether a certain State's behaviour may represent the evidence of the existence of both *opinio iuris* and practice.

It is not the aim of the present contribution to enter into the origin of the debate and in the relative implications, but this case represents a further occasion to explain why, despite some authors assume that a widespread and uniform practice may amount to a presumption of *opinio iuris*, the thesis according to which the two elements should be considered separately is more convincing¹⁸.

As noted by the ICJ in the *North Sea Continental Shelf* case «The frequency, or even habitual character of the acts is not enough [to prove the *opinio iuris*]. There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but are motivated only by considerations of courtesy, convenience, or tradition, and not by any sense of legal duty»¹⁹. In general terms, the *opinio iuris* should not be ascertained on the basis of practice because the latter cannot explain the reasons for which States act in a certain way and, therefore, whether they do so because they feel to be compelled.

Such position was confirmed by the conclusion 3, para. 2, of the ILC's work on customary law which states that «Each of the two constitutive elements is to be separately ascertained. This requires an assessment of evidence for each element».

For these reasons, the proposed solution is not convincing. First of all, the fact that there is a conduct and that it is reiterated for a long period of time does not imply that it is carried out for a sense of a legal obligation. A practice, even when consistent over the time, cannot prove, on its own, why States act in a certain way²⁰. This conclusion is especially true in this specif-

¹⁷ The ICJ had already expressed in similar terms in the Gulf of Maine case, where it affirmed that «the *opinion juris* of States can be tested by induction based on the analysis of a sufficiently extensive and convincing practice». International Court of Justice, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Judgment of 12th October 1984, I.C.J. Reports 1984, 299.

¹⁸ In this sense Y. DINSTEIN, *op. cit.*, 297; P. DUMBERRY, *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law*, Cambridge, 2016, 313.

¹⁹ International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf*, *cit.*, 45. In that occasion the Court recalled the *Lotus* case, where the PCIJ stated that «Even if the rarity of the judicial decisions to be found [...] were sufficient to prove [...] the circumstance alleged [...], it would merely show that States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings, and not that they recognized themselves as being obliged to do so», Permanent Court of International Justice, *The case of the S.S. "Lotus"*, *cit.*, 28.

²⁰ As noted by M. MENDELSON, *The formation*, *cit.*, 206-207 «What must, however, be avoided is counting the same act as an instance of both the subjective and the objective element. If one adheres to the 'mainstream' view that it is necessary for both elements to be present, and in particular for the subjective element to be accompanied by 'real' practice, this must necessarily preclude treating a statement as both an act and a manifestation of belief (or

ic case, where the practice consists in an omission and not into a positive behaviour. In such cases the assessment of the acceptance as law is more difficult because the omission is generally not justified by States, so it is not easy the distinction of what is done for a sense of prohibition or for extra-judicial reasons. Omission, more than positive behaviour, may be symptom of disinterest, lack of convenience, political reasons, etc.

In other words, judges based the assessment of *opinio iuris* presuming that States' abstention was carried out with a sense of legal obligation which should have emerged, mainly, from submissions before the CLCS. Apart from the weakness of the reasoning according to which the *opinio iuris* can be deduced by the practice of abstention, all submissions made by States in accordance with Article 76 before the CLCS do not provide any evidence of the fact that their abstention was based on the conviction of the existence of a prohibition. This data is so real that the same Court admitted that the practice in question «may have been motivated in part by considerations other than a sense of legal obligation», as explained before. Even considering the practice of the few costal States that are non-parties of UNCLOS it is not possible to trace the reason of their omission.

Secondly, the assumption according to which a States' practice is an expression of *opinio iuris*, even if extended for a long period of time, produces the effect to nullify the relevance of the subjective element, implicitly admitting that practice suffices for proving the existence of a custom.

It is true that, sometime, as underlined by the commentary to the Draft conclusions on customary law, «the same material may be used to ascertain practice and acceptance as law»²¹, nevertheless, to this end, it should not only constitute a material conduct, but it also should be capable of demonstrating the conviction that the State acted in compliance with a legal obligation. This is not the case of the submissions made before the CLCS because they do not explain the reason of States' abstention. Such argument is also the basis for which the ILC also made clear that «the existence of one element may not be deduced merely from the existence of the other»²² which is, practically, what the Court did in this decision.

Here, the risk is to unbalance the equal relationship that should govern the relation between *opinio iuris* and practice in favour of the latter, leading to derive the existence of a custom on the sole basis of the practice.

4. In the part of the judgment focusing on practice, the Court noted that the vast majority of States (both Parties and non-parties of UNCLOS) refrained from claiming an extended continental shelf encroaching on mari-

will)); see also M. BYERS, *Custom, Power and the Power of Rules: International Relations and Customary International Law*, Cambridge, 1999, 136-141.

²¹ ILC, *Draft Conclusions*, cit., 129.

²² *Ibidem*.

time areas within 200 nautical miles of other States. Judges concluded that «taken as a whole, the practice of States may be considered sufficiently widespread and uniform for the purpose of the identification of customary international law»²³.

Despite, *prima facie*, the reasoning seems persuasive, after a better scrutiny, such conclusion does not appear satisfying. The Court's analysis is superficial. In fact, with regard to States parties of UNCLOS, judges only considered their submissions before the CLCS omitting to investigate other forms of practice. They were satisfied by the negative practice reported by Columbia without proceeding with their own analysis of the available practice²⁴.

For the abovementioned reasons, a further study of practice, considering the behaviour of States as a whole, is needed in order to assess whether the practice may be considered general.

As indicated by Article 38 of the ICJ Statute, the practice must be general. In the jurisprudence of the ICJ, the generality is interpreted as a symptom widespread and representative practice: it does not need the participation of all States as a whole but, nevertheless, the involvement of States «whose interests are specially affected» is required²⁵.

The ILC confirmed such statement affirming that «The relevant practice must be general, meaning that it must be sufficiently widespread and representative, as well as consistent»²⁶. It also clarified that generality does not mean that the practice in question must be followed by States universally, nevertheless the assessment of generality needs the participation of the so-called «specially affected States», that are States which are particularly involved in the relevant activity or are the most likely to be concerned with the alleged rule²⁷.

In this specific case the so called “most affected” States are those having certain geomorphic and geographical requirements, in particular a natural prolongation of the continental shelf beyond the 200 nautical miles intruding into another State's 200 nautical miles.

As noted by Columbia, the CLCS received 93 submissions (from 73 States): among them 38 cannot be considered because they do not reach the 200 nautical miles of another States; between the remaining 55 submissions

²³ International Court of Justice, *Question of the delimitation*, Judgment of 13 July 2023, cit., 29.

²⁴ In the *Lotus* case, the Permanent Court of International Justice clearly clarified that, in order to ascertain the existence of a custom, the Court cannot limit itself to the arguments reported by Parties, but it must research all precedents, teachings and facts available capable to reveal the existence of a customary rule. Permanent Court of International Justice, *The case of the S.S. "Lotus"*, cit., 31.

²⁵ International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf*, cit., 43.

²⁶ ILC, *Draft Conclusions*, cit., 135.

²⁷ *Ibidem*, 136.

(from 43 States), 51 (corresponding to 39 States) do not claim an extension of the continental shelf within 200 nautical miles from the coast of other States; so, only 4 States made the claim encroaching upon the entitlement within 200 nautical miles of another State (China, Republic of Korea, Somalia and Nicaragua)²⁸.

Despite the data reported by Columbia are real, some considerations should be done. First of all, in the four relevant cases of China, Republic of Korea, Somalia and Nicaragua none of the opposing States have never raised an objection referring to the existence of an international custom forbidding the claim in question (of course, with the only exception of Columbia).

Secondly, the Court failed to take into account the situation of others 51 submissions from 39 States which did not claim an extended continental shelf falling into 200 nautical miles of another State. In fact, among these submissions, almost ten are the result of boundary agreements between two or more States, where the extension of the continental shelves in overlapping areas was resolved through treaties²⁹, so they cannot be relevant in order to infer a practice. At the opposite, they may confirm the absence of a custom because States felt the necessity to regulate the respective rights and duties in overlapping maritime areas through treaties. In this regard, it is important to note that the treaty between the Federated States of Micronesia and the Republic of Palau at Article 2, para. 3, establishes that «no Party shall claim an extended continental shelf that intrudes into the Exclusive Economic Zone, as delimited by Annex I, of the other Party»³⁰, clearly showing that for both States no custom existed in this regard.

As concerns the remaining States, judges did a sort of “selection” of practice considering exclusively submissions made before the CLCS and

²⁸ Verbatim record 2202/26, Public sitting held on Tuesday 6 December 2022, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Donoghue, presiding, in the case concerning *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, 33-34.

²⁹ Joint submission by France, Ireland, Spain and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland in the area of the Celtic Sea and the Bay of Biscay; Joint submission by the Republic of Mauritius and the Republic of Seychelles in the region of the Mascarene Plateau; Joint submission by the Federated States of Micronesia, Papua New Guinea and Solomon Islands concerning the Ontong Java Plateau; Joint submission by France and South Africa in the area of the Crozet Archipelago and the Prince Edward Islands; Joint submission by Malaysia and Viet Nam in the southern part of the South China Sea; Joint submission by United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland in respect of the Falkland Islands, and of South Georgia and the South Sandwich Islands; Joint Submission by Tuvalu, France and New Zealand (Tokelau) in respect of the area of the Robbie Ridge; Joint Submission by Cabo Verde, The Gambia, Guinea, Guinea-Bissau, Mauritania, Senegal and Sierra Leone in respect of areas in the Atlantic Ocean adjacent to the coast of West Africa; Joint Submission of the Republic of Benin and the Togolese Republic; Joint Submission by Costa Rica and Ecuador in the Panama Basin.

³⁰ Treaty between the Federated States of Micronesia and the Republic of Palau concerning maritime boundaries and cooperation on related matters.

omitting to evaluate the practice of the same States in other occasions and situations.

Referring to the different forms of State practice which may be considered, the ILC stated that they «include but are not limited to: diplomatic acts and correspondence; conduct in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference; conduct in connection with treaties; executive conduct, including operational conduct ‘on the ground’; legislative and administrative acts; and decisions of national courts»³¹.

Therefore, it cannot be shareable the Court’s decision to consider only submissions before the CLCS in order to infer the existence of a custom, leaving aside the other forms of practice expressing in the opposite direction.

This is the case of some States which made several declarations claiming an extension of their continental shelves despite the overlapping with other States’s 200 nautical miles: Canada and Russia in an overlapping area in the Artic Ocean; Cameroon in respect of the Gulf of Guinea in an area overlapping with the Equatorial Guinea; France in respect of Saint-Pierre-et-Miquelon in an area overlapping with Canada; Tanzania in respect of the Indian Ocean in an area overlapping with Kenya; and Argentina in respect of the South Atlantic Ocean in an area overlapping with Chile.

The commentary at the ILC’s Draft conclusions on customary law expressly underlines that also claims before national or international courts or tribunals amount to practice³². In this sense, the Court lacked to consider several disputes before international courts and tribunals, where some States claimed an entitlement over a continental shelf beyond 200 nautical miles encroaching with another State’s 200 nautical miles. In this regard, it is possible to cite: the arbitration between Barbados and Trinidad and Tobago³³; some cases before ITLOS *Bangladesh v. Myanmar*³⁴, *Ghana v. Cote d’Ivoire*³⁵; *Mauritius v. Maldives*³⁶; the conciliation between Timor-Leste

³¹ ILC, *Draft Conclusions*, cit., 133.

³² ILC, *Draft Articles*, 134.

³³ In this case Trinidad and Tobago claimed an extension of its continental shelf beyond 200 nautical miles determining an overlapping with the EEZ of Barbados; at the opposite, Barbados replied that it should have violated the sovereign its rights over the area. Arbitral tribunal constituted pursuant to article 287, and in accordance with annex VII, of the UNCLOS, *Award of the arbitral tribunal concerning the maritime boundary between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago*, decision of 11th April 2006.

³⁴ In the specific case both Parties made claims to the continental shelf beyond 200 nautical miles in an area overlapping and each Party denies the other’s entitlement to the continental shelf beyond 200 nautical miles. International Tribunal for the Law of the Sea, *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment of 14th March 2012, ITLOS Reports 2012, 4.

³⁵ International Tribunal for the Law of the Sea, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d’Ivoire)*, Judgment of 23th September 2017, ITLOS Reports 2017, 4.

and Australia³⁷; the arbitration between Bangladesh and India³⁸; the ICJ's judgment in *Somalia v. Kenya*³⁹.

With a look at the practice just mentioned, is it still possible to say that the practice is general?

It can be argued that, in order to be general, a practice does not necessarily have to require all States to conform to it and that some contrary behaviours can be tolerated. Nevertheless, the behaviour of approximately 18 States (on a total of 43 considered as "specially affected" in this case) moving in the opposite direction of the Court's conclusion may hardly contribute to define «widespread and uniform» the practice in question.

Another interesting aspect related to practice in the present judgment is that the Court had to evaluate if an abstention (the fact that the vast majority of States parties and non-parties of the UNCLOS have not claim a continental shelf within 200 nautical miles of the baselines of another State) may be interpreted as expression of a prohibition under customary law.

Judges answered affirmatively to this question, but a further reflection is necessary in order to understand whether and which under conditions an omission may amount to practice.

In general term, it is widely accepted that the evidence of a practice is easier to ascertain when States involve in positive behaviour (so material acts); at the opposite, when States act into omissive way, the assessment of

³⁶ The Maldives claimed an extension of its continental shelf beyond 200 nautical miles intruding within 200 nautical miles from the baselines of the Chagos Archipelago (Mauritius). Mauritius argued that the Maldives cannot extend its continental shelf into its exclusive economic zone because it had undertaken a specific commitment not to do so. International Tribunal for the Law of the Sea, *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives)*, Judgment of 28th April 2023.

³⁷ Australia argued its right to an extension of its continental shelf f beyond 200 nautical miles up to the edge of the Timor Trough, falling into the 200 nautical miles of Timor-Leste. Permanent Court of Arbitration, *In the Matter of the Marine Boundary between Timor-Leste and Australia (Timor Sea conciliation)*, Award of 9th May 2018, PCA Case no. 2016-10.

³⁸ The arbitral tribunal delimited maritime boundaries between two States claiming an extension of their continental shelf. The tribunal created a so called "grey-area" beyond 200 M of Bangladesh's coast but within 200 M of the coast of India. Permanent Court of Arbitration, *In the matter of the Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between The People's Republic of Bangladesh and the Republic of India*, Award of 7th July 2014.

³⁹ Somalia asked the Court to determine the maritime boundaries with Kenya by recognizing an extension of its continental shelf beyond the 200 nautical miles in an area of overlapping between them. The ICJ affirmed that « Depending on the extent of Kenya's entitlement to a continental shelf beyond 200 nautical miles as it may be established in the future on the basis of the Commission's recommendation, the delimitation line might give rise to an area of limited size located beyond 200 nautical miles from the coast of Kenya and within 200 nautical miles from the coast of Somalia, but on the Kenyan side of the delimitation line ("grey area")». International Court of Justice, *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, Judgment of 12th October 2021, I.C.J. Reports 2021, 277.

the existence of a practice is more complex because inaction may have different meaning: lack of interest, tacit agreement, etc.

In the *Lotus* case, the Permanent Court of International Justice recognized that abstention can be considered as a practice but only when «such abstentions were based on their being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom»⁴⁰ and it was confirmed by the subsequent jurisprudence⁴¹.

In other words, the Court confirmed that inaction should be interpreted in order to verify whether the abstention is accompanied by the conviction to respect a legal duty: only when these two requirements are met, the existence of an international custom can be confirmed. Many scholars embrace this conclusion⁴²: the simple abstention cannot prove the existence of a prohibition in absence of the acceptance as law, it is only from the latter that it will be possible to deduce that abstention is held as a duty and not simply for lack of interest⁴³. The consequence is that inaction may represent a form of practice but in such case a strongest prove of the *opinio iuris* is fundamental. As underlined by Dinstein «The requirement of an unambiguous communal *opinio iuris* is particularly striking where general State practice consists of acts of omission [...]. One must not rush to the conclusion that a mode of conduct is prohibited by customary international law only because States do not indulge in that activity»⁴⁴.

The ILC also confirmed that «Practice [...] may, under certain circumstances, include inaction», this practically means that «The State in question needs to be conscious of refraining from acting in a given situation, and it cannot simply be assumed that abstention from acting is deliberate»⁴⁵.

⁴⁰ Permanent Court of International Justice, *The Case of the S.S. Lotus*, cit., 28.

⁴¹ International Court of Justice, *Nottebohm Case (second phase)*, Judgment of April 6th, 1955, I.C.J. Reports 1955, 4; International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 27th June 1986, I.C.J. Reports 1986, 99; International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8th July 1996, I.C.J. Reports 1996, 254.

⁴² G.I. TUNKIN, *Remarks on the Juridical Nature of Customary Norms of International Law*, in *California Law Review*, 1961, 421; M. AKEHURTS, *Custom as a Source of International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1975, 10; M. MENDELSON, *State Acts and Omissions as Explicit or Implicit Claims*, in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement: Mélanges Michel Virally*, Paris, 1991, 373; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2018, 130; FOCARELLI, *Diritto internazionale*, Milano, 2021, 129.

⁴³ Another part of the doctrine considers, on the contrary, that abstention cannot create customary rules, in this sense G. GIANNI, *La Coutume en Droit International*, Paris, 1931, 126; K. STRUPP, *Règles générales du droit de la paix*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1934, vol. LXVII, 307; A. D'AMATO, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca-N.Y., 1971, 61-63, 88-89.

⁴⁴ Y. DINSTEIN, *op.cit.*, 298.

⁴⁵ ILC, *Draft Conclusions*, 133.

In the present case it is not surprising that judges considered an omission for inferring a practice. The perplexity concerns the fact that the Court has not fulfilled the condition needed in order to demonstrate the existence of a custom arising from an act of abstention by States, namely an evident *opinio iuris*.

In this judgement the Court failed to prove sufficiently the *opinio iuris* for the reasons already explained in the previous paragraph.

The reasoning which based the prove of *opinio iuris* in the acceptance of motives different from a sense of legal obligation, as well as on the extension for a long period of time of the practice, is extremely weak. This is even more accentuated if we consider that the *opinio iuris*, in this case, should have proved the existence of a prohibition. As expressed by the same Court in the *Gulf of Maine* case «the absence of an obligation to do something must not be confused with an obligation not to do it»⁴⁶.

Therefore, in the present decision, the problem is not the fact that the Court derived a custom from a negative behaviour but, rather, that the abstention was not counterbalanced by a strong prove of the *opinio iuris*.

5. Finally, the method used by the Court for deriving the existence of the custom deserves a reflection. The decision acknowledged that «this State practice may be seen as an expression of *opinio iuris* [...] this element may be demonstrated by induction based on the analysis of a sufficiently extensive and convincing practice»

Traditionally the ICJ used two methods in order to infer the existence of a custom: the induction and the deduction. The induction infers the existence of a customary law from an empirical observation of States practice and *opinio iuris*. The deduction, at the opposite, infers the existence of a custom from an existing and generally accepted rule or principle.

In this specific case, the Court used the induction. The problem is related to the convenience of using the inductive method given the particular aspects of this case, where the practice consists into an abstention and may hardly be considered widespread and consistent, and the *opinio iuris* is not sufficiently proved.

Some authors correctly noted that there are some cases in which the application of inductive method is not possible. Between them, we find the case of conflicting or diverging practice and the case in which the *opinio iuris* cannot be established, especially if accompanied by a negative practice. In such situations the use of deductive method is to be preferred⁴⁷. The rea-

⁴⁶ International Court of Justice, *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America)*, Judgment of 12th October 1984, I.C.J. Reports 1984, 321.

⁴⁷ S. TALMON, *Determining Customary International Law: the ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion*, in *European Journal of International Law*, 2015, 422; A.I. BAKA, *The Logic of Absence in Customary International Law: an Open System Ap-*

son is logic. Acts of abstentions combined with an unclear *opinio iuris* are not phenomena which can be observed empirically in order to infer a specific rule from general instances. This is true also for the case of non-uniform practice, where it is not possible to observe a series of univocal acts repeated over time from which the existence of a rule can be inferred. As noted by a part of doctrine «whereas the absence of State practice and/or *opinio iuris* ‘discourages’ the effective application of the inductive method of reasoning as a tool for the ascertainment of customary international law, the new category of the so-called deductive customary international law allows for State silence to be interpreted on the basis of rules that are deduced from general principles such as the sovereign equality of States etc.»⁴⁸.

Therefore, someone might wonder whether the Court could have arrived at the same result through the use of deduction and weather, in that case, its reasoning could have been more convincing. Judges could have used, for example, the principle of sovereignty for deducing the existence of a prohibition related to the extension of the continental shelf when intruding into the 200 nautical miles of another States. This choice would not have been surprising, since the Court had already used this method in other cases inferring the existence of a custom from a general principle⁴⁹.

It is true that in the *Gulf of Maine* case, the ICJ affirmed that «presence in the *opinio iuris* of States can be tested by induction based on the analysis of a sufficiently extensive and convincing practice, and not by deduction from preconceived ideas», but it also premised that «customary international law [...] comprises a limited set of norms for ensuring the co-existence and vital co-operation of the members of the international community». According to Tomuschat «the passages quoted confirm that to collect empirical evidence of the practice concerned can be dispensed with whenever a rule of conduct can be deduced from the constitutional premises of the existing international legal order»⁵⁰.

On the opportunity of using the deductive method the doctrine is not univocal. Some authors believe that the deductive method is useful in order to infer the existence of a practice from unwritten values governing interna-

proach, in P. MERKOURIS, J. KAMMERHOFER, N. ARAJÄRVI (eds.), *The Theory, Practice, and Interpretation of Customary International Law*, Cambridge, 2022, 71.

⁴⁸ A.I. BAKA, *op. cit.*, 72.

⁴⁹ Judges inferred the rule of State immunity from the principle of sovereign equality between States, see International Court of Justice, *Jurisdictional Immunities of the State*, cit., 123; the Court deduced the obligation of a coastal State in times of peace to warn the existence of a minefield in its territorial sea from principles such as considerations of humanity, the freedom of maritime communications and the obligation not to allow the uses of the territory for acts contrary to the rights of other States, International Court of Justice, *Corfu Channel (United Kingdom v Albania)*, Judgment of 9th April 1949, ICJ Reports 1949, 22.

⁵⁰ C. TOMUSCHAT, *Obligations Arising for States without or against Their Will*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1993, vol. CCXLI, 299.

tional community⁵¹, others strongly oppose to this idea considering such method a sort of «judicial legislation»⁵².

The ILC expressed clearly that the two-element approach does not preclude the use of deduction as an aid «In particular when considering possible rule of customary international law that operate against the backdrop of rules framed in more general terms that themselves derive from and reflect a general practice accepted as law, or when concluding that possible rules of international law from part of an ‘indivisible regime’»⁵³.

Therefore, maybe, the use of deductive method could have better fitted to the present case.

6. Summarizing what already expressed in previous paragraphs, this decision surely represents an important occasion for a reflection on an extremely theoretical issue. The present judgment faces several aspects of customary law: the notion of *opinio iuris* and its assessment; the notion of “generality” and the forms of practice; the methodology for inferring a custom.

It seems that the Court did a sort of reverse procedure to prove the existence of the customary rule: instead of starting from practice and *opinio iuris* in order to deduce the custom, it started from the rule modelling the practice and the *opinio iuris* in the most congenial way to support its thesis.

With regard to the subjective element, the judgment seriously undermines the role of the *opinio iuris*, denying the requirement of the acceptance as law (in contrast with the same notion of *opinio iuris sive necessitatis*) and allowing an assessment based on an extension for a long period of time of the practice. The risk is twofold. From one hand, it represents a precedent that the subsequent jurisprudence may recall in order to justify the existence of a customary rule in absence of the acceptance as law; on the other hand, the assessment based mainly on practice risks to cause the loss of autonomy of the *opinio iuris*.

As concern the objective element, the outcome is a distorted use of practice which is evident both for the selection of acts and behaviours to consider (leaving aside a wide practice expressing in the opposite way) and for the interpretation of a negative behaviour as a prohibition but in absence of a convincing prove of *opinio iuris*. Even in this case there are two risks: the first is that the Court may decide to operate a “selection” of practice for inferring a custom, the second is that whatsoever abstention may be interpreted as a rule of customary law forbidding certain conduct.

With regard to the inductive method, having in mind the criticalities related to practice and *opinio iuris*, its use is not appropriate. As underlined in

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² G. SCHWARZENBERGER, *op. cit.*, 539-570; J.P. KELLY, *The Twilight of Customary International Law*, in *Virginia Journal of International Law*, 2000, 526.

⁵³ ILC, *Draft Conclusions*, cit., 126.

the dissenting opinion of judge Tomka, the method used by judges is more similar to a simple assertion of the customary rule⁵⁴. It is not a certainty, but perhaps the use of the deductive method starting from the principle of sovereignty could have favoured a more linear reasoning by the Court.

Finally, the present judgment fails to convince of the existence of an international custom which prohibits the extension of the continental beyond the 200 nautical miles when intruding into another State's 200 nautical miles. As expressed by Tomka «The Judgment is not based on the application of international law but on a rule that the Court simply 'invented'. The Judgment does not provide any serious analysis of State practice nor the required *opinio iuris*»⁵⁵.

ABSTRACT

Recent Developments in ICJ's Jurisprudence on the Identification of Customary Law

Customary law is one of the main sources of international law, but its identification remains complex. Over the years, doctrine and jurisprudence have tried to solve problems concerning the assessment of its constitutive elements, the process of its birth, the methodology for the deduction of its existence.

A recent ICJ's judgment, in a dispute between Nicaragua and Colombia, reopened a debate on these issues.

As concerns *opinio iuris*, the Court stated that it can be inferred from a constant and uniform practice and that it is met even if States's behaviour was justified by extra-juridical reasons.

With regard to practice, the Court only considered a part of it, omitting to take into account States' behaviour in a variety of situations and occasion and, moreover, failing to prove States's abstention was carried out with a sense of legal obligation.

For these reasons, the judgment challenged many aspects regarding the assessment of practice and *opinio iuris*, as well as the methodology to deduce the existence of a custom, contrasting with its previous jurisprudence and the main doctrine on the matter.

⁵⁴ Dissenting opinion of judge Tomka, 1. For a detailed explanation of the assertion used by the ICJ for inferring a customary rule, see S. TALMON, cit., 434-440.

⁵⁵ *Ibidem*.

DIRITTI SOVRANI, INTERESSI COMUNI E PATRIMONIO DELL'UMANITÀ: ALCUNE OSSERVAZIONI SULLE MODALITÀ DI ACCESSO E RIPARTIZIONE DEI BENEFICI DERIVANTI DALL'UTILIZZAZIONE DELLE RISORSE GENETICHE

NICCOLÒ LANZONI

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Relazione concettuale tra il principio del PCU e l'ARB – 3. Relazione concettuale tra il principio della SPRN e l'ARB – 4. Rilievi sulle modalità di accesso adeguato alle risorse genetiche – 5. Rilievi sulle modalità di ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche – 6. Osservazioni conclusive sull'applicazione del principio della ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche nell'ambito dell'Accordo BBNJ e del PN.

1. Il diritto internazionale riconosce che un accesso adeguato alle risorse genetiche e una ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione (“ARB”) possono contribuire alla conservazione della diversità biologica e all'uso sostenibile delle sue componenti¹.

Circostanze variabili quali la natura speciale di certe tipologie di risorse genetiche e/o il luogo in cui esse sono situate possono tuttavia influire sulla qualificazione giuridica delle risorse genetiche, nonché su quali siano i principi di diritto internazionale rilevanti nella definizione delle modalità concrete di ARB. Tra questi principi spiccano il principio del patrimonio comune dell'umanità (“PCU”) e quello della sovranità permanente sulle risorse naturali (“SPRN”).

Il presente contributo si propone di evidenziare come la definizione delle modalità di ARB previste dall'*Accordo sulla diversità biologica marina al di fuori della giurisdizioni nazionali (Biodiversity Beyond National Jurisdiction, “Accordo BBNJ”)*² e dal *Protocollo di Nagoya (“PN”)*³ sia stata influenzata, rispettivamente, dai principi del PCU e della SPRN. Esso esamina inoltre se e in che misura tali modalità, con particolare riferimento a quelle attinenti alla ripartizione giusta ed equa dei benefici, appaiano davvero fun-

¹ Cfr., per esempio, l'art. 1 della *Convenzione sulla diversità biologica*, adottata il 5 giugno 1992, entrata in vigore il 29 dicembre 1993, *United Nations Treaty Series*, vol. 1760, 79.

² Adottato il 19 giugno 2023, non ancora entrato in vigore, UN Doc. A/CONF.232/2023/4 del 19 giugno 2023.

³ Adottato il 19 ottobre 2010, entrato in vigore il 12 ottobre 2014, *United Nations Treaty Series*, vol. 3008, 3.

zionali alla conservazione della diversità biologica e all'uso sostenibile delle sue componenti, nonché a soddisfare più generali esigenze di giustizia distributiva.

Il contributo si divide in tre parti: la prima chiarifica la relazione concettuale intercorrente tra i principi del PCU e della SPRN e l'ARB; la seconda parte analizza, in chiave anche comparata, in che misura considerazioni concernenti i principi del PCU e della SPRN abbiano influenzato la definizione delle modalità di ARB previste dall'Accordo BBNJ e dal PN, quali siano queste modalità e se esse appaiano funzionali alla conservazione della diversità biologica e all'uso sostenibile delle sue componenti; la terza parte offre alcune osservazioni conclusive sull'applicazione del principio della ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche nell'ambito dell'Accordo BBNJ e del PN.

2. Il concetto di PCU è controverso⁴. Nell'assenza di una definizione condivisa, esso è stato descritto come una "dottrina", un "regime" o un "principio"⁵. In generale, il PCU è una delle più note manifestazioni dell'esistenza di interessi comuni nella Comunità internazionale⁶ e «vuole enfatizzare l'importanza per tutti e l'insostituibilità delle risorse alle quali si riferisce»⁷.

In termini più strettamente giuridici, esso implica che, poiché la titolarità di tali risorse appartiene all'umanità nel suo insieme, nessuno Stato può avanzare pretese o esercitare sovranità o diritti sovrani sulle stesse. Più in generale, nessun soggetto, pubblico o privato, può appropriarsene⁸. La Comunità internazionale, alla stregua di un "fiduciario"⁹, ha di converso l'obbligo di cooperare e, più concretamente, di adottare tutte le misure necessarie – inclusa, secondo alcuni autori, la creazione di istituzioni internazionali *ad hoc* con funzioni di gestione e controllo¹⁰ – affinché il PCU venga utilizzato per

⁴ *Ex multis*, F. LENZERINI, *Patrimonio comune dell'umanità [dir. int.]*, in *Treccani Diritto online*, 2019, P. TAYLOR, *Common Heritage of Mankind and Common Concern of Humanity*, in E. ORLANDO, L. KRÄMER (eds.), *Principles of Environmental Law*, Cheltenham-Northampton, 2018, 303 ss. e R. WOLFRUM, *Common Heritage of Mankind*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, ed. online, 2008.

⁵ K. BASLAR, *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, L'Aia, 1998, 2-6.

⁶ B. SIMMA, *From Bilateralism to Community Interests in International Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1994, 240-241.

⁷ U. LEANZA, I. CARACCILO, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui. Parti speciali*, 3^a ed., Torino, 2020, 335. "Risorse" è qui inteso *lato sensu*.

⁸ F. LENZERINI, *op. cit.*, 5.

⁹ A. C. KISS, *La notion de patrimoine commun de l'humanité*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1985, 128-133.

¹⁰ Per esempio, F. LENZERINI, *op. cit.*, 5, P. TAYLOR, *op. cit.*, 312 e K. BASLAR, *op. cit.*, 92. Gli obblighi discendenti dall'applicazione del principio del PCU debbono rispettarsi anche in mancanza di una simile istituzione, F. FRANCONI, *Genetic Resources, Biotechnology and*

scopi esclusivamente pacifici e nell'interesse dell'umanità, in un'ottica anche intra e intergenerazionale¹¹. In questo senso, il concetto di PCU è intrinsecamente legato a esigenze di giustizia distributiva concernenti un'effettiva condivisione dei vantaggi derivanti dall'utilizzo delle risorse che ne formano parte tra tutta la Comunità internazionale/ umanità, con particolare attenzione ai bisogni degli Stati in via di sviluppo¹². Esso è inoltre funzionale, quanto meno potenzialmente¹³, a garantire una maggiore protezione e il miglioramento dell'ambiente globale tramite una regolazione delle modalità di sfruttamento di queste risorse¹⁴.

Questo regime normativo ha trovato concreta realizzazione (solamente)¹⁵ nella disciplina dell'«Area»¹⁶ e dell'esplorazione e sfruttamento delle sue risorse¹⁷. La *Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare* («CNUDM») specifica tuttavia che, in questo contesto, per «risorse» si intendono quelle minerali, compresi i noduli polimetallici¹⁸. Questa specificazione ha aperto un lungo dibattito circa la qualificazione giuridica, nonché il regime applicabile, alle attività di esplorazione e sfruttamento delle altre risorse situate nell'Area, con particolare riferimento alle «risorse genetiche marine»¹⁹.

Alcuni Stati sviluppati sostenevano che queste risorse fossero sottoposte al regime applicabile all'«alto mare»²⁰. Ciò equivaleva a qualificare le

Human Rights: The International Legal Framework, in ID. (ed.), *Biotechnologies and International Human Rights*, Oxford, 2007, 14.

¹¹ F. LENZERINI, *op. cit.*, 4-5, P. TAYLOR, *op. cit.*, 308-310 e K. BASLAR, *op. cit.*, 85-111.

¹² C. TITI, *The Function of Equity in International Law*, Oxford, 79-80.

¹³ Com'è stato osservato, «we should not suppose that transferring resources from a common property regime to a common heritage regime will necessarily improve the environment», A. BOYLE, C. REDGWELL, *Birnie, Boyle & Redgwell's International Law and the Environment*, 4^a ed., Oxford, 2021, 136.

¹⁴ Cfr. art. 145 della CNUDM. Cfr. anche P. TAYLOR, *op. cit.*, 308-309 e K. BASLAR, *op. cit.*, 277-284.

¹⁵ F. LENZERINI, *op. cit.*, 8. Sull'applicazione del principio del PCU allo spazio esterno, la luna i corpi celesti e le loro risorse e l'Antartide cfr. P. TAYLOR, *op. cit.*, 306-307, R. WOLFRUM, *op. cit.*, 3-4 e, più approfonditamente, K. BASLAR, *op. cit.*, 159-201, 243-274.

¹⁶ Vale a dire «il fondo del mare, il fondo degli oceani e il relativo sottosuolo, al di là dei limiti della giurisdizione nazionale», art. 1, par. 1, della *Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, adottata il 10 ottobre 1982, entrata in vigore il 16 novembre 1994, *United Nations Treaty Series*, vol. 1833, 3.

¹⁷ Art. 136 della CNUDM.

¹⁸ Art. 133, lett. a), della CNUDM.

¹⁹ Vale a dire «qualsiasi materiale di origine marina vegetale, animale, microbica o di altro tipo contenente unità funzionali di ereditarietà di valore effettivo o potenziale», art. 1, par. 8, dell'Accordo BBNJ.

²⁰ Vale a dire «tutte le aree marine non incluse nella zona economica esclusiva, nel mare territoriale o nelle acque interne di uno Stato, o nelle acque arcipelagiche di uno Stato-arcipelago», art. 86 della CNUDM.

stesse alla stregua di *res communes omnium*²¹, legittimandone il libero sfruttamento da parte di quei pochi Stati e imprese dotati dei mezzi tecnologici ed economici necessari per farlo²².

Gli altri Stati, specie quelli in via di sviluppo, sostenevano invece che, ai sensi del diritto internazionale consuetudinario, le risorse genetiche marine situate al di fuori delle giurisdizioni nazionali formassero parte del PCU e che le attività di esplorazione e sfruttamento dovessero quindi essere regolate in conformità a questo principio²³. Autorevole dottrina aveva peraltro già evidenziato come l'attività di bioprospezione potesse ritenersi inclusa in quella della ricerca scientifica marina la quale, ai sensi dell'art. 143, par. 1, della CNUDM, deve essere condotta nell'Area «per scopi esclusivamente pacifici e nell'interesse dell'intero genere umano»²⁴.

L'Accordo BBNJ prevede che le «attività relative alle risorse genetiche marine» situate al di fuori delle giurisdizioni nazionali, inclusa la loro «utilizzazione»²⁵, debbano svolgersi per scopi esclusivamente pacifici, nell'interesse di tutti gli Stati e a beneficio dell'umanità, con particolare attenzione ai bisogni degli Stati in via di sviluppo²⁶. Si stabilisce che nessuno Stato può avanzare pretese, esercitare sovranità o diritti sovrani sulle risorse genetiche marine situate al di fuori delle giurisdizioni nazionali e che la loro raccolta *in situ* non può costituire la base giuridica per appropriarsene²⁷. Inoltre, viene istituito un meccanismo di ARB²⁸. Esso, come anche emerge dall'art. 9, lett. a), è volto a contribuire al raggiungimento dell'«obiettivo generale» dell'Accordo, vale a dire la conservazione della diversità biologica

²¹ Vale a dire beni che non sono sottoposti a diritti sovrani e possono essere sfruttati liberamente dagli Stati, purché l'esercizio di tale libertà non pregiudichi quella degli altri di fare lo stesso, F. LENZERINI, *op. cit.*, 10-11.

²² Per un'illustrazione e una discussione sulle posizioni di questi Stati, cfr. T. SCOVAZZI, *The Rights to Genetic Resources beyond National Jurisdiction: Challenges for the Ongoing Negotiations at the United Nations*, in C. BANET, *The Law of the Seabed: Access, Uses, and Protection of Seabed Resources*, Leida-Boston, 2020, 217-225.

²³ *Ibidem*. Per una discussione su questo conflitto di opinioni nel corso delle negoziazioni dell'Accordo BBNJ, cfr. N. SAMATA, *The Common Heritage of Humankind Principle and Marine Genetic Resources: A Critical Assessment of the BBNJ Process*, in *Australian Yearbook of International Law*, 2023, 111-114.

²⁴ T. SCOVAZZI, *The Seabed beyond the Limits of National Jurisdiction: General and Institutional Aspects*, in E. J. MOLENAAR, A. G. OUDE ELFERINK (eds.), *The International Legal Regime of Areas beyond National Jurisdiction: Current and Future Developments*, Leida-Boston, 2010, 55-60.

²⁵ Su questa differenza, cfr. *infra*, n. 5.

²⁶ Art. 11, paragrafi 6 e 7, dell'Accordo BBNJ.

²⁷ Art. 11, paragrafi 4 e 5, dell'Accordo BBNJ.

²⁸ Soprattutto nella Parte II. Qui, tuttavia, il PCU non è mai menzionato espressamente.

marina e l'uso sostenibile delle sue componenti²⁹. Allo stesso tempo, come si dirà, tale meccanismo soddisfa anche esigenze di giustizia distributiva³⁰.

Vale la pena sottolineare che l'Accordo non qualifica le risorse genetiche marine situate al di fuori delle giurisdizioni nazionali come facenti parte del PCU. Esso richiama tale principio, ma «come stabilito nella CNUDM»³¹. Inoltre, l'Accordo si applica anche all'alto mare³². In assenza di una disposizione espressa, appare difficile sostenere che le risorse genetiche situate in una *res communis omnium* possano qualificarsi come PCU³³.

Si può pertanto concludere che l'Accordo BBNJ non qualifica le risorse genetiche marine al di fuori delle giurisdizioni nazionali come parte del PCU, ma sottopone le attività relative alle stesse a un regime normativo conforme o, quanto meno, ispirato a quello del PCU³⁴. In questo senso, come anche evidenziato da alcuni Stati parti³⁵, la previsione di un meccanismo di ARB finisce per costituire, di fatto, un'applicazione concreta del principio del PCU.

3. In origine, il principio della SPRN implicava una libertà pressoché assoluta per gli Stati di gestire le proprie risorse naturali in conformità ai propri interessi nazionali, con il solo obbligo di agire a beneficio della propria popolazione³⁶ e senza arrecare danni ai propri vicini³⁷. A partire dagli anni '70, la Comunità internazionale ha tuttavia cominciato a sviluppare un complesso di norme di diversa origine e carattere prescrittivo, incluso un generale dovere di cooperazione, volte a garantire una maggiore protezione e il miglioramento dell'ambiente globale, anche in un'ottica intergenerazionale³⁸. Ciò ha di conseguenza comportato la graduale imposizione di nuovi e

²⁹ Art. 2 dell'Accordo BBNJ.

³⁰ L'art. 7, lett. d), dell'Accordo BBNJ evidenzia lo stretto rapporto tra il principio di equità e l'ARB.

³¹ Art. 7, lett. b), dell'Accordo BBNJ.

³² Articoli 1, par. 2, e 3 dell'Accordo BBNJ. Gli obiettivi della conservazione della diversità biologica marina e dell'uso sostenibile delle sue componenti implicano del resto un trattamento integrato dei fondali marini e il relativo sottosuolo e le soprastanti colonna d'acqua e superficie, A. BOYLE, C. REDGWELL, *op. cit.*, 548-549.

³³ Cfr. anche art. 7, lett. c), dell'Accordo BBNJ.

³⁴ N. SAMATA, *op. cit.*, 121, il quale parla di un regime *sui generis*.

³⁵ Brasile, Eritrea, Pakistan, Tailandia e Sudafrica, cfr. A/CONF.232/2023/INF.5 del 3 agosto 2023, 26, 46, 75, 95, 100.

³⁶ Assemblea generale delle Nazioni Unite, risoluzione 1803 (XVII) del 14 dicembre 1962, par. 1. Questo principio ha oggi carattere consuetudinario, cfr. Corte internazionale di giustizia, sentenza del 19 dicembre 2005, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, par. 244.

³⁷ In conformità al principio del *sic utere tuo ut neminem laedas*, Tribunale arbitrale, lodo del 11 marzo 1941, *Trail smelter case (United States/Canada)*, 1965.

³⁸ Cfr. *Dichiarazione di Stoccolma*, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 del 16 giugno 1972, 3.

più stringenti limiti alla libertà degli Stati di sfruttare le proprie risorse naturali³⁹.

Ai presenti fini, è importante sottolineare che anche le risorse genetiche sono sottoposte alla SPRN. Nell'*Impegno internazionale sulle risorse fitogenetiche*, la Conferenza dell'Organizzazione per l'alimentazione e l'agricoltura affermò che le risorse fitogenetiche, una tipologia di risorse genetiche, formano parte del PCU⁴⁰. Successivamente, essa ridimensionò tuttavia questa affermazione, specificando che «il concetto di patrimonio dell'umanità (...) è soggetto alla sovranità degli Stati sulle loro risorse fitogenetiche»⁴¹. L'art. 3 della *Convenzione sulla diversità biologica* ("CDB") – che riproduce il principio 21 della *Dichiarazione di Stoccolma*⁴² – conferma che «gli Stati hanno il diritto sovrano di sfruttare le loro proprie risorse applicando la propria politica ambientale»⁴³.

Questo diritto non è peraltro assoluto. In particolare, ai sensi della CDB/ PN e del diritto internazionale consuetudinario⁴⁴, esso non potrà essere esercitato in contrasto con gli obiettivi della conservazione della diversità biologica e dell'uso sostenibile delle sue componenti, tanto più che essi rappresentano «un interesse comune dell'umanità»⁴⁵. Nel perseguimento di questi obiettivi, la CDB/PN stabiliscono obblighi in tema di ARB per gli Stati parti. Tuttavia, tra l'ARB e la SPRN intercorre una relazione concettuale che

³⁹ Cfr., in generale, M. GESTRI, *Sovereignty of States over Their Natural Resources*, in E. ORLANDO, L. KRÄMER (eds.), *op. cit.*, 79 ss.

⁴⁰ Conferenza dell'Organizzazione per l'alimentazione e l'agricoltura, allegato alla risoluzione 8 del 23 novembre 1983, art. 1. Al di là del linguaggio, l'*Impegno internazionale* parrebbe qualificare le risorse fitogenetiche più come *res communes omnium* che come facenti parti del PCU, R. PAVONI, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2004, 42.

⁴¹ Risoluzione 3 del 27 novembre 1991, preambolo. Cfr. anche l'art. 10, par. 1, del *Trattato internazionale sulle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura*, adottato il 3 novembre 2001, entrato in vigore il 29 giugno 2004, *United Nations Treaty Series*, vol. 2400, 303.

⁴² Il principio 2 della *Dichiarazione di Rio* aggiunge le «developmental policies», UN Doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) del 14 giugno 1992, 3.

⁴³ Cfr. anche articoli 15, par. 1, della CDB e 6, par. 1, del PN. Il riferimento ai «diritti sovrani», piuttosto che al principio della SPRN, è riconducibile alle perplessità sollevate da alcuni Stati contraenti circa l'opportunità di applicare quest'ultimo a un concetto non territorialmente delimitabile come quello della diversità biologica, cfr. UN Doc. UNEP/Bio.Div/WG.2/1/3 del 24 settembre 1990, 23. Tale scelta è coerente con l'ambito di applicazione della CDB, il quale, ai sensi dell'art. 4, lett. a), si estende al «territorio soggetto alla (...) giurisdizione nazionale» degli Stati parti, include quindi la zona economica esclusiva e la piattaforma continentale sulle quali lo Stato costiero esercita (soltanto) diritti sovrani, cfr. articoli 56, par. 1, lett. a), e 77, par. 1, della CNUDM.

⁴⁴ Sul carattere consuetudinario di questi obiettivi/principi, cfr. *infra*, nota 74.

⁴⁵ Preambolo, inciso terzo, della CDB. Questa espressione, le cui implicazioni giuridiche sono controverse, segnala una *opinio juris* circa l'esistenza di un dovere rafforzato di cooperazione e una responsabilità comune degli Stati nel perseguimento di questi obiettivi, cfr. P. TAYLOR, *op. cit.*, 314 ss.

prescinde dalla partecipazione degli Stati a questi (o altri) strumenti giuridici. A questo riguardo, valgono le seguenti considerazioni.

Il fatto che le risorse genetiche siano soggette al principio della SPRN e, pertanto, sebbene generalmente associate alla categoria dei c.d. “beni comuni”⁴⁶, non possano qualificarsi alla stregua di *res communes omnium*, implica che un accesso “adeguato” non debba necessariamente intendersi come “libero”. Gli Stati hanno quindi il diritto sovrano di regolare le modalità di accesso alle proprie risorse genetiche, purché tali modalità non comportino restrizioni contrarie al perseguimento degli obiettivi della conservazione della diversità biologica e dell’uso sostenibile delle sue componenti. In questo senso, la libertà per gli Stati di sfruttare le proprie risorse genetiche non può concepirsi come ricomprensiva un indiscriminato *jus excludendi alios*⁴⁷.

Quanto al “principio generale” della ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dall’utilizzazione delle risorse genetiche⁴⁸, esso viene qui in rilievo proprio perché tali risorse sono sottoposte al principio della SPRN e, di conseguenza, “appartengono” al «Paese fornitore»⁴⁹. In questo contesto, il principio in parola, prima ancora che funzionale alla conservazione della diversità biologica e all’uso sostenibile delle sue componenti, traduce la convinzione che, in conformità a considerazioni equitative, gli utilizzatori stranieri debbano ripartire i benefici derivanti dall’utilizzazione delle risorse genetiche con i Paesi fornitori, soprattutto quando questi siano privi dei mezzi tecnologici ed economici per farlo⁵⁰.

4. Il diritto internazionale non fornisce una definizione di “accesso alle risorse genetiche”. In generale, con questa espressione si fa riferimento alle modalità di ottenimento, *in situ* o *ex situ*, diretto o indiretto, delle risorse genetiche situate in un’altra giurisdizione o al di fuori delle giurisdizioni nazio-

⁴⁶ Per una discussione, cfr. B. SCHMIETOW, *Conceptualizing the Commons: Genetic Resources Management, Property Claims, and Global Innovation Ethics*, in *St. Antony’s International Review*, 2012, 71-74.

⁴⁷ F. FRANCONI, *Forward*, in E. MORGERA, E. TSIUMANI, M. BUCK, *Unraveling the Nagoya Protocol: A Commentary on the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing to the Convention on Biological Diversity*, Leida-Boston, 2014, xiii.

⁴⁸ Nel senso che la ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dall’utilizzazione delle risorse genetiche costituisca un principio generale di diritto internazionale, cfr. E. MORGERA, *Fair and Equitable Benefit-sharing*, in E. ORLANDO, L. KRÄMER (eds.), *op. cit.*, 333.

⁴⁹ Vale a dire il «Paese che fornisce risorse genetiche estratte da fonti *in situ*». Esso può coincidere con il «Paese di origine», vale a dire «il Paese che possiede tali risorse genetiche *in situ*», art. 2, paragrafi 11 e 12, della CDB. Il termine “appartengono” è virgolettato per evidenziare che con esso non si intende fare riferimento al riconoscimento del diritto di proprietà o di altri diritti reali sulle risorse genetiche in capo al Paese fornitore.

⁵⁰ Non è un caso che tale principio, seppur in una formulazione diversa, venga menzionato nella risoluzione 1803 (XVII) del 1962, par. 3.

nali, al fine di svolgere (principalmente) attività di ricerca e/o sviluppo su di esse⁵¹.

Un accesso adeguato permette la circolazione e l'utilizzazione diffusa delle risorse genetiche. Ciò favorisce l'attività di ricerca e lo sviluppo di nuove conoscenze e tecnologie che possono contribuire alla conservazione della diversità biologica e all'uso sostenibile delle sue componenti⁵². Inoltre, in considerazione della distribuzione disomogenea delle risorse genetiche sul pianeta, l'accesso adeguato soddisfa esigenze equitative⁵³.

Vale la pena sottolineare che le risorse genetiche sono qui intese nella loro dimensione "fisica" o "materiale". L'ARB dei dati ricavabili da esse, normalmente sotto forma di "informazioni digitali sequenziate" (*digital sequence information*, "DSI"), è un tema che esula dall'ambito del presente contributo⁵⁴. Basti osservare che l'ARB delle DSI è disciplinato dall'Accordo BBNJ per quel che riguarda le risorse genetiche marine situate al di fuori delle giurisdizioni nazionali e da un meccanismo multilaterale *ad hoc*, istituito dalla quindicesima Conferenza delle parti della CDB, per quel che riguarda le risorse genetiche situate nelle giurisdizioni nazionali⁵⁵.

Per quel che concerne l'accesso *in situ* alle risorse genetiche marine situate al di fuori delle giurisdizioni nazionali, l'Accordo BBNJ si limita a stabilire che gli Stati parti adottano le misure necessarie per garantire che alcune informazioni, tra cui l'oggetto della ricerca e le risorse da selezionare⁵⁶, siano notificate sei mesi prima o, in ogni caso, il prima possibile al «Centro di scambi» (*Clearing-House*), vale a dire una piattaforma in *open-access* gestita dal Segretariato⁵⁷.

L'Accordo richiede inoltre che gli Stati parti adottino le misure necessarie affinché le risorse genetiche marine soggette a «utilizzazione» sotto la

⁵¹ Cfr. art. 1, par.1, della decisione 391 del 2 luglio 1996 della Commissione della Comunità andina. Cfr. anche E. MORGERA, E. TSIUMANI, M. BUCK, *Article 6. Access to Genetic Resources*, in ID., *op. cit.*, 140.

⁵² E. MORGERA, E. TSIUMANI, M. BUCK, *Introduction*, in ID., *op. cit.*, 10.

⁵³ Cfr. Corte internazionale di giustizia, sentenza del 25 luglio 1974, *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, opinione separata del giudice Dillard, 71: «questions of establishing a system or régime of equitable allocation of resources engage elements of distributive justice», corsivo originale.

⁵⁴ Sulla querelle relativa all'applicabilità della CDB/PN alle DSI cfr. N. LANZONI, *L'accesso e ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle digital sequence information: oltre il Protocollo di Nagoya, problemi e prospettive*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2022, 947 ss.

⁵⁵ Doc. CBD/COP/DEC/15/9 del 19 dicembre 2022.

⁵⁶ Art. 12, par. 2, lettere a) e b), dell'Accordo BBNJ.

⁵⁷ Art. 12, paragrafi 1 e 2, dell'Accordo BBNJ. Il Centro di scambi è istituito ai sensi dell'art. 51. Al momento della notifica, il Centro di scambi genera un numero identificativo univoco per l'attività notificata. Tale numero, insieme a ulteriori informazioni, andrà notificato al Centro di scambi il prima possibile o, comunque, non oltre un anno dalla raccolta delle risorse genetiche marine, cfr. art. 12, paragrafi 3 e 5, dell'Accordo BBNJ.

loro giurisdizione siano rese accessibili, a condizioni ragionevoli⁵⁸, entro tre anni dall'inizio della stessa o, comunque, non appena possibile⁵⁹.

In conformità al principio del PCU, l'acquisizione *in situ* delle risorse genetiche marine non può costituire la base giuridica per avanzare diritti su di esse⁶⁰. Inoltre, poiché «le attività relative alle risorse genetiche marine (...) sono svolte a beneficio dell'umanità»⁶¹, l'Accordo si sforza di garantire che l'accesso avvenga nella maniera più trasparente e con la massima pubblicità possibile. Esso richiede per esempio che, ai sensi della normativa dello Stato parte, chi conduce tali attività fornisca informazioni su dove sono o saranno conservate le risorse raccolte⁶² e illustri, qualora disponibili, i risultati dell'attività svolta⁶³. L'art. 12, par. 8, impone ulteriori obblighi di *disclosure* in capo all'utilizzatore⁶⁴.

Per quel che concerne le «risorse genetiche» situate nelle giurisdizioni nazionali⁶⁵, il PN riconosce il diritto sovrano degli Stati parti di regolare l'accesso⁶⁶. Esso stabilisce che la normativa degli Stati parti «deve» subordinare l'accesso (*in situ* ed *ex situ*) alle proprie risorse genetiche all'ottenimento del c.d. «consenso informato preventivo» (*Prior Informed Consent*, «PIC»)⁶⁷, vale a dire una «decisione scritta, chiara e trasparente»⁶⁸ rilasciata da un'autorità competente, normalmente pubblica⁶⁹, del Paese fornitore. Il procedimento di rilascio del PIC deve conformarsi ad alcuni requisiti minimi⁷⁰ e, in particolare, deve avvenire in maniera equa, non arbitraria,

⁵⁸ Art. 14, par. 4, dell'Accordo BBNJ.

⁵⁹ Art. 14, par. 3, dell'Accordo BBNJ. Questa disposizione, inserita nell'articolo che disciplina la ripartizione giusta ed equa dei benefici, suggerisce che l'Accordo intenda l'accesso *ex situ* alle risorse marine genetiche sottoposte a utilizzazione come una forma di ripartizione dei benefici (non monetari), cfr. anche art. 14, par. 2, lett. a).

⁶⁰ Art. 11, par. 5, dell'Accordo BBNJ. Cfr. anche l'art. 241 della CNUDM.

⁶¹ Art. 11, par. 6, dell'Accordo BBNJ.

⁶² Art. 12, par. 5, lett. b), dell'Accordo BBNJ.

⁶³ Art. 12, par. 5, lett. c), dell'Accordo BBNJ.

⁶⁴ Quali, per esempio, una volta commercializzati, informazioni, se disponibili, sulle vendite dei prodotti sviluppati (lett. e)).

⁶⁵ Vale a dire «il materiale di origine vegetale, animale, microbica o di altra origine, contenente unità funzionali dell'eredità che abbia un valore effettivo o potenziale», art. 2, paragrafi 9 e 10, della CDB. Il PN si applica anche ai «derivati» – vale a dire i «composti biochimici esistenti in natura che risultano dall'espressione genetica o dal metabolismo di risorse genetiche o biologiche, anche qualora non contenga unità funzionali dell'eredità» – qualora l'utilizzazione delle risorse genetiche coinvolga l'applicazione della biotecnologia, art. 2, lettere c) ed e), del PN.

⁶⁶ Art. 6, par. 1. Cfr. anche art. 15 della CDB.

⁶⁷ Art. 6, par. 1, del PN.

⁶⁸ Art. 6, par. 3, lett. d), del PN. A seconda dei casi, questa decisione potrebbe autorizzare il rilascio del PIC o coincidere con il PIC.

⁶⁹ Il PIC potrebbe anche essere rilasciato sotto forma di atto privato qualora tale potere sia riconosciuto in capo a un attore non statale, cfr. E. MORGERA, E. TSIOMANI, M. BUCK, *Introduction*, cit., 15.

⁷⁰ Art. 6, par. 3, del PN.

«secondo i principi di efficacia dei costi ed entro un periodo di tempo ragionevole»⁷¹.

Ai sensi dell'art. 6, par. 1, del PN gli Stati parti rimangono peraltro liberi di «decidere altrimenti»⁷², vale a dire di regolare l'accesso alle proprie risorse genetiche senza subordinarlo al rilascio del PIC⁷³.

Vale la pena sottolineare che, più in generale, è controverso se gli Stati possano astenersi dal regolare l'accesso alle proprie risorse genetiche.

In linea di principio, ciò pare implicito nell'esercizio della SPRN, con il limite per lo Stato di adottare le misure necessarie affinché un accesso "libero" non favorisca attività di biopirateria, pregiudicando così la conservazione della diversità biologica e l'uso sostenibile delle sue componenti⁷⁴.

Per gli Stati parti della CDB/PN, la questione è più complessa. Il riferimento di cui all'art. 6, par. 1, del PN potrebbe interpretarsi anche nel senso che gli Stati parti rimangono liberi di *non* regolare l'accesso alle proprie risorse genetiche⁷⁵. D'altra parte, il PN pare dare per presupposto che gli Stati parti eserciteranno il loro diritto sovrano di farlo, in conformità a una modalità incentrata sul rilascio del PIC o meno⁷⁶.

Infine, il PN impone agli Stati parti obblighi rafforzati qualora le «comunità autoctone e locali» ("CAL")⁷⁷ detengano il diritto, riconosciuto dalla normativa nazionale, di concedere l'accesso alle risorse genetiche⁷⁸. In particolare, gli Stati parti hanno l'obbligo di adottare le misure necessarie affinché l'accesso alle risorse genetiche sulle quali le CAL detengono tale diritto sia subordinato al rilascio di un PIC ottenuto con l'approvazione e il coinvolgimento delle stesse⁷⁹. Il medesimo obbligo si applica in relazione al-

⁷¹ Art. 6, par. 3, lettere b) e d), dell'Accordo BBNJ.

⁷² Cfr. art. 6, par. 1, del PN.

⁷³ Cfr. art. 6, par. 1, del PN. In questo caso, un'interpretazione contestuale dei paragrafi 1 e 3 dell'art. 6 suggerisce che la normativa nazionale dovrebbe specificare che il rilascio del PIC non è necessario, E. MORGERA, E. TSIUMANI, M. BUCK, *Article 6*, cit., 141-142.

⁷⁴ La prassi internazionale indica che la conservazione della diversità biologica e l'uso sostenibile delle sue componenti, anche in quanto «interessi comuni dell'umanità», costituiscono obiettivi/principi di carattere consuetudinario, cfr. M. GESTRI, *op. cit.*, 89 e A. BOYLE, C. REDGWELL, *op. cit.*, 140.

⁷⁵ Cfr. anche art. 15, par. 5, della CDB.

⁷⁶ Cfr. articoli 6 e 15 del PN.

⁷⁷ Vale a dire i popoli che discendono «dalle popolazioni che abitavano il Paese all'epoca della conquista, della colonizzazione o dell'istituzione delle attuali frontiere dello Stato, e che (...) conservano *in toto* o in parte le proprie istituzioni sociali, economiche, culturali e politiche», art. 1, par. 1, lett. b), della *Convenzione 169* dell'Organizzazione internazionale del lavoro, adottata il 27 giugno 1989, entrata in vigore il 5 settembre 1991, *International Legal Materials*, 1989, vol. 28, 1382 ss.

⁷⁸ Tale diritto non si intende "creato", ma meramente riconosciuto dallo Stato parte, in consultazione con tutte le CAL potenzialmente interessate e tenendo conto delle loro leggi consuetudinarie, E. MORGERA, E. TSIUMANI, M. BUCK, *Article 6*, cit., 147.

⁷⁹ Art. 6, par. 2, del PN. Tale PIC "comunitario" può aggiungersi al PIC "statale".

l'accesso alle «conoscenze tradizionali» («CT»)⁸⁰ associate a tali risorse⁸¹, anche qualora la normativa nazionale non riconosca espressamente che le CAL detengono diritti su queste CT⁸².

Il fatto che, in questi casi, gli Stati parti, per quanto liberi di regolare il procedimento, non possano prevedere modalità di accesso che prescindano dal rilascio di un PIC ottenuto con l'approvazione e coinvolgimento delle CAL si giustifica principalmente in ragione dei diritti riconosciuti a queste ultime in conformità al diritto internazionale⁸³. Esso potrebbe anche interpretarsi come un primo passo nell'affermazione implicita dell'esistenza di una sorta di diritto di proprietà delle CAL sulle «loro» risorse genetiche sanzionato a livello internazionale e il cui esercizio interferisce con quello della SPRN del Paese fornitore⁸⁴.

5. L'Accordo BBNJ prevede che gli Stati parti adottino le misure necessarie affinché i benefici derivanti dalle attività relative alle risorse genetiche marine situate al di fuori delle giurisdizioni nazionali, inclusi i benefici monetari derivanti dalla loro utilizzazione, siano ripartiti in maniera giusta ed equa e siano impiegati per la conservazione della diversità biologica marina e l'uso sostenibile delle sue componenti⁸⁵.

Vale la pena sottolineare che questa seconda specificazione pare dovuta al fatto che l'esistenza di un obbligo di ripartizione dei benefici non è, di per sé, *direttamente* funzionale al perseguimento di tali obiettivi. Il nesso tra questi ultimi e la ripartizione dei benefici presuppone infatti che le risorse genetiche siano situate in una giurisdizione nazionale altrui: l'idea è che assicurare una ripartizione giusta ed equa dei benefici (soprattutto monetari) con i Paesi fornitori rappresenti un incentivo (soprattutto economico) affin-

⁸⁰ Vale a dire «le conoscenze, le innovazioni e le pratiche delle [CAL] che impersonano modi di vita tradizionali, importanti per la conservazione e l'utilizzazione durevole della diversità biologica», art. 8, lett. j), della CDB.

⁸¹ Formalmente, il PIC per accedere alle CT associate alle risorse genetiche detenute dalle CAL è diverso da quello richiesto per accedere alle risorse stesse. Qualora l'utilizzatore richieda l'accesso a queste ultime e alle CT associate è plausibile che i due PIC vengano rilasciati in un unico documento o, quanto meno, all'esito di un unico procedimento.

⁸² Art. 7 del PN. Questa differenza si desume, in contrasto con l'art. 6, par. 2, dalla mancanza di un esplicito riferimento in tal senso e si spiega considerando che le CT sono parte integrante dell'identità e dello stile di vita tradizionale delle CAL e che, dunque, gli Stati parti non esercitano sovranità sulle stesse, E. MORGERA, E. TSIUMANI, M. BUCK, *Article 7. Access to Traditional Knowledge Associated with Genetic Resources*, in ID., *op. cit.*, 172. Il medesimo obbligo si applica, *mutatis mutandis*, in relazione all'acquisizione delle CT associate alle risorse genetiche marine situate al di fuori delle giurisdizioni nazionali, art. 13 dell'Accordo BBNJ.

⁸³ E. MORGERA, E. TSIUMANI, M. BUCK, *Article 6*, cit., 148.

⁸⁴ Per una discussione, cfr. F. CITTADINO, *Incorporating Indigenous Rights in the International Regime on Biodiversity Protection*, Leida-Boston, 2019, 89-92.

⁸⁵ Art. 14, paragrafi 1, 5 e 11, dell'Accordo BBNJ.

ché essi conservino e usino in maniera sostenibile le proprie risorse genetiche⁸⁶.

Nello specifico, l'Accordo introduce un regime differenziato sulla ripartizione dei benefici.

La ripartizione dei benefici monetari derivanti dall'«utilizzazione»⁸⁷ delle risorse genetiche marine avviene tramite un meccanismo multilaterale. Le modalità specifiche sono concordate dalla Conferenza delle parti («Cdp») a cadenza biennale, tenendo in considerazione le raccomandazioni del Comitato per l'ARB⁸⁸, e possono includere pagamenti a titolo di *milestone* e/o pagamenti relativi alla commercializzazione dei prodotti sviluppati attraverso l'utilizzazione delle risorse acquisite, compresa una percentuale dei ricavi delle vendite dei prodotti⁸⁹. Questi pagamenti vengono versati a un fondo speciale comune⁹⁰, amministrato dalla Cdp⁹¹, ai fini, *inter alia*, di finanziare progetti, attività e programmi relazionati con la conservazione della diversità biologica marina e l'uso sostenibile delle sue componenti e di supportare gli Stati in via di sviluppo nell'implementazione dell'Accordo⁹².

Sebbene l'Accordo non definisca che cosa si intenda per «ripartizione giusta ed equa», il suddetto meccanismo conferisce sostanza a questa espressione: in pratica, sarà giusta ed equa la ripartizione dei benefici monetari come decisa dalla Cdp. Esso è conforme a un regime normativo ispirato al principio del PCU in cui, come detto, un'istituzione internazionale *ad hoc* si preoccupa di garantire che i vantaggi derivanti dall'utilizzo del PCU siano condivisi equamente tra tutta la Comunità internazionale/umanità, con particolare attenzione ai bisogni degli Stati in via di sviluppo⁹³.

⁸⁶ E. MORGERA, E. TSIOMANI, M. BUCK, *Introduction*, cit., 10-11. Cfr. anche *infra*, n. 6. La ripartizione di benefici non monetari, come la condivisione dei risultati di ricerca e sviluppo e di buone pratiche e/o una collaborazione nel settore dell'istruzione e della formazione con il Paese fornitore, è egualmente funzionale al perseguimento di questi obiettivi.

⁸⁷ Vale a dire «l'attività di ricerca e sviluppo sulla composizione genetica e/o biochimica delle risorse genetiche marine, anche attraverso l'applicazione delle biotecnologie», art. 1, par. 14, dell'Accordo BBNJ.

⁸⁸ Il Comitato per l'ARB è composto da quindici membri in possesso di qualifiche adeguate in settori correlati e svolge una funzione consultiva e di controllo sulla corretta implementazione dell'Accordo, cfr. articoli 15, paragrafi 2 e 3, e 16, par. 2, dell'Accordo BBNJ.

⁸⁹ Art. 14, paragrafi 7 e 10, dell'Accordo BBNJ.

⁹⁰ Articoli 14, par. 7, e 52, par. 4, lett. b), n. ii), dell'Accordo BBNJ. Fintanto che la Cdp non stabilisca le modalità di ripartizione dei benefici monetari derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche marine, gli «Stati parti sviluppati» verseranno al fondo speciale comune un contributo annuale equivalente al cinquanta per cento del contributo di ciascuna parte al bilancio adottato dalla Cdp, art. 14, par. 6, dell'Accordo BBNJ.

⁹¹ «Sotto l'autorità, se del caso, e la guida» della Cdp, art. 14, par. 9, dell'Accordo BBNJ.

⁹² Art. 52, par. 6, lettere a) e b), dell'Accordo BBNJ.

⁹³ Cfr. *supra*, n. 2.

Per i benefici, monetari e non, derivanti dalle «attività relative alle risorse genetiche marine»⁹⁴, sono invece gli Stati parti a stabilire le modalità di ripartizione giusta ed equa e a definire come esse contribuiscano alla conservazione della diversità biologica marina e all'uso sostenibile delle sue componenti⁹⁵.

Si tratta di una soluzione discutibile, poiché una determinazione unilaterale delle modalità di ripartizione giusta ed equa dei benefici – un potere più strettamente relazionato con le risorse genetiche sottoposte al principio della SPRN – potrebbe dare luogo a un'applicazione frammentata dell'Accordo, nonché a pratiche di *forum shopping*, nella misura in cui il soggetto che svolge le attività potrebbe trovare maggiormente “giusto ed equo” ripartire i benefici in conformità a quanto stabilito dalla normativa di uno Stato parte piuttosto che di un altro.

Inoltre, la libertà per gli Stati parti di definire come la ripartizione di questi benefici contribuisca alla conservazione della diversa biologica e all'uso sostenibile delle sue componenti situati al di fuori delle loro giurisdizioni nazionali non appare particolarmente funzionale al perseguimento di questi obiettivi. È auspicabile che il Comitato per l'ARB fornisca chiarificazioni a tale riguardo.

Per quel che concerne le risorse genetiche situate nelle giurisdizioni nazionali, la CDB/PN stabiliscono che la ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione debba avvenire con il Paese fornitore e in base a «termini mutualmente concordati» (*Mutually Agreed Terms*, “MATs”), vale a dire delle “condizioni di natura contrattuale”⁹⁶ stipulate tra l'“utilizzatore”⁹⁷ e il “fornitore”⁹⁸ delle risorse genetiche.

⁹⁴ L'Accordo non definisce questa espressione. Esso specifica (art. 11, par. 1) che tali attività possono essere svolte da tutti gli Stati parti, indipendentemente dalla loro ubicazione geografica, e da persone fisiche o giuridiche sottoposte alla loro giurisdizione. In generale, si tratta di una categoria residuale e più ampia dell'«utilizzazione» e, salvo quando specificato altrimenti, ricomprendente anche quest'ultima. È auspicabile che il Comitato per l'ARB fornisca chiarificazioni a questo riguardo.

⁹⁵ Art. 14, paragrafi 1 e 11, dell'Accordo BBNJ.

⁹⁶ L'espressione è volutamente ampia, poiché la forma dei MATs, così come la loro relazione con il PIC (anche rispetto all'ordine di ottenimento/stipulazione), può variare sensibilmente da uno Stato parte all'altro.

⁹⁷ L'“utilizzatore” è colui che richiede l'accesso al fine di “utilizzare” le risorse genetiche, vale a dire di svolgere «attività di ricerca e sviluppo sulla composizione genetica e/o biochimica delle [stesse], anche attraverso l'applicazione della biotecnologia», art. 2, lett. c), del PN. L'utilizzatore può essere un soggetto di diritto pubblico (come un organo o un ente di un altro Stato parte) o un soggetto di diritto privato (come un'impresa farmaceutica) residente in un altro Stato parte.

⁹⁸ Il PN non definisce chiaramente questo termine. Normalmente, esso coinciderà con un organo o un ente del Paese fornitore. Peraltro, nulla suggerisce che il fornitore non possa essere anche un soggetto di diritto privato. Ciò potrebbe accadere qualora esso, ai sensi della normativa nazionale, detenga dei diritti sulle risorse genetiche che l'utilizzatore intende acquisire. Ai sensi dell'art. 5, par. 3, gli Stati parti hanno comunque l'obbligo di adottare le misure

In ossequio al principio della SPRN, l'accesso alle risorse genetiche non può ritenersi necessariamente subordinato alla stipulazione dei MATs⁹⁹. Ciò senza pregiudizio per l'obbligo degli Stati parti di adottare le misure necessarie al fine di garantire, mediante la (successiva) stipulazione dei MATs, una ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione¹⁰⁰.

Come l'Accordo BBNJ, il PN non chiarisce che cosa si intenda per "ripartizione giusta ed equa" dei benefici. Esso prende in considerazione il principio di equità in una dimensione prettamente procedurale¹⁰¹. Per esempio, il preambolo riconosce «l'importanza di promuovere l'equità e la correttezza nella negoziazione»¹⁰² dei MATs e l'art. 6, par. 3, lett. g), stabilisce che la normativa del Paese fornitore, qualora subordini l'accesso alle proprie risorse genetiche al rilascio del PIC¹⁰³, introduca «regole e procedure chiare per la richiesta e la definizione» dei MATs. L'art. 19, par. 1, invita inoltre gli Stati parti a predisporre clausole contrattuali tipo volte ad agevolare la stipulazione dei MATs.

Tuttavia, a differenza dell'Accordo, quanto meno in relazione alla ripartizione dei benefici monetari derivanti dall'utilizzazione, il PN lascia le parti dei MATs sostanzialmente libere di decidere, in una logica puramente transattiva, le modalità di ripartizione dei benefici. Il meccanismo è quindi bilaterale. Ciò è particolarmente evidente se si considera che il PN si limita a richiedere agli Stati parti di *incoraggiare* – e non di *obbligare* – le parti dei MATs a indirizzare i benefici così ripartiti (o, quanto meno, una parte di essi) alla conservazione della diversità biologica e all'uso sostenibile delle sue componenti¹⁰⁴.

Il PN prevede infine che gli Stati parti adottino le misure necessarie affinché i benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche detenute dalle CAL siano ripartiti in maniera giusta ed equa con queste ultime tramite

necessarie affinché, anche in tale ipotesi, i MATs assicurino una ripartizione dei benefici con il Paese fornitore.

⁹⁹ C. CHIAROLLA, *Genetic Resources*, in E. MORGERA, K. KULOVESI (eds.), *Research Handbook on International Law and Natural Resources*, Cheltenham-Northampton, 2016, 226.

¹⁰⁰ Cfr. art. 5, paragrafi 1 e 3, del PN.

¹⁰¹ Cfr. H. GROSSE RUSE-KAHN, *The Private International Law for Access and Benefit-Sharing Contracts*, in C. CORREA, X. SEUBA (eds.), *Intellectual Property and Development: Understanding the Interfaces*, Berlino, 2019, 321-323.

¹⁰² Nono inciso.

¹⁰³ Questa specificazione non esclude che lo Stato parte subordini l'accesso alle proprie risorse genetiche alla sola stipulazione dei MATs. Peraltro, a seconda della normativa nazionale, la stipulazione dei MATs potrebbe contenere il PIC o essere considerata essa stessa equivalente al rilascio di un PIC.

¹⁰⁴ Art. 9 del PN. Gli Stati parti non possono però adottare misure che si traducano in un ostacolo o disincentivo a questo fine, E. MORGERA, E. TSIUMANI, M. BUCK, *Article 9. Contribution to Conservation and Sustainable Use*, in ID., *op. cit.*, 192.

la stipulazione di MATs¹⁰⁵. Qualora l'utilizzazione coinvolga le CT associate a queste risorse¹⁰⁶, l'art. 12, par. 3, stabilisce che gli Stati parti debbano inoltre adoperarsi per sostenere le CAL nella predisposizione di strumenti, quali protocolli, prescrizioni minime e clausole tipo, volti ad assicurare una ripartizione giusta ed equa dei relativi benefici. Com'è stato osservato, questa disposizione pare segnalare una qualche responsabilità per gli Stati parti di assicurare il rispetto di esigenze di equità *sostanziale* nella stipulazione dei MATs sull'utilizzazione delle CT¹⁰⁷.

6. In conclusione, è possibile svolgere alcune considerazioni, in chiave anche comparata, sull'applicazione del principio della ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche nell'ambito dell'Accordo BBNJ e del PN.

La prima considerazione concerne il rapporto che questo principio intrattiene con gli obiettivi della conservazione della diversità biologica e dell'uso sostenibile delle sue componenti. Come detto, la previsione di un meccanismo di ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche è, di per sé, *direttamente* funzionale al perseguimento di questi obiettivi qualora queste risorse siano situate in una giurisdizione nazionale altrui¹⁰⁸. Ciò spiega perché, a differenza dell'Accordo, il PN richieda agli Stati parti (soltanto) di incoraggiare le parti dei MATs a destinare i relativi benefici o parte di essi alla contribuzione *ulteriore e indiretta* dei medesimi obiettivi. Si può qui aggiungere che rimane controverso se e fino a che punto la logica sottesa a questo meccanismo funzioni in pratica¹⁰⁹. La prima (e finora unica) valutazione dell'efficacia dello stesso, realizzata dalla Cdp ai sensi dell'art. 31 del PN, si è rivelata inconcludente¹¹⁰.

La seconda considerazione concerne la relazione concettuale con il principio di equità. La ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche è intrinsecamente funzionale al soddisfacimento di esigenze di giustizia distributiva. Tuttavia, sono le modalità concrete di ripartizione dei benefici a determinare nell'interesse di chi tali esigenze risultano soddisfatte.

Il meccanismo multilaterale istituito dall'Accordo, come detto, è volto a garantire che, in conformità al principio del PCU, la ripartizione dei benefici monetari derivanti dall'utilizzazione contribuisca a finanziare la conserva-

¹⁰⁵ Art. 5, par. 2, del PN.

¹⁰⁶ Art. 5, par. 5, del PN. Cfr. anche art. 13 dell'Accordo BBNJ.

¹⁰⁷ E. MORGERA, E. TSIUOMANI, M. BUCK, *Article 12. Traditional Knowledge Associated with Genetic Resources*, in ID., *op. cit.*, 225.

¹⁰⁸ Cfr. *supra*, n. 5.

¹⁰⁹ E. MORGERA, E. TSIUOMANI, M. BUCK, *Introduction*, cit., 10-14. Cfr. anche A. SIRAKAYA, *Is the Nagoya Protocol Designed to Conserve Biodiversity?*, in *Plants, People, Planet*, 2021, 69 ss.

¹¹⁰ Doc. CBD/SBI/2/3 del 28 maggio 2018, par. 57.

zione della diversità biologica marina e l'uso sostenibile delle sue componenti, nonché a supportare gli Stati in via di sviluppo nell'implementazione dell'Accordo¹¹¹. In questo senso, la ripartizione dei benefici avviene nei confronti della Comunità internazionale/umanità.

In contrasto, il meccanismo bilaterale previsto dal PN è volto a garantire che, in conformità al principio della SPRN, la ripartizione dei benefici avvenga nei confronti del Paese fornitore delle risorse genetiche. In quanto *direttamente* funzionale al perseguimento della conservazione della diversità biologica e dell'uso sostenibile delle sue componenti, si potrebbe peraltro sostenere che l'esistenza stessa di questo meccanismo – assumendone l'efficacia, per così dire, “automatica” – contribuirebbe, di per sé, al soddisfacimento di più generali esigenze di equità intra e intergenerazionale¹¹².

La terza considerazione è che anche le risorse genetiche situate nelle giurisdizioni nazionali possono essere sottoposte a meccanismi multilaterali che assicurino che la ripartizione dei benefici derivanti dalla loro utilizzazione avvenga nei confronti della Comunità internazionale/umanità¹¹³. In questo senso, il meccanismo bilaterale previsto dal PN è il frutto di una politica legislativa volta a conferire prevalenza alla SPRN – e, dunque, agli interessi dei Paesi fornitori – rispetto al fatto che le risorse genetiche, seppur non formando parte del PCU, sono intrinsecamente relazionate con (e andrebbero gestite in conformità a) gli «interessi comuni dell'umanità».

Persorgono comunque dei dubbi circa l'idoneità di un meccanismo bilaterale incentrato sulla libera definizione dei MATs in una logica puramente transattiva a garantire una ripartizione dei benefici con il Paese fornitore che sia davvero “giusta ed equa”, specie a fronte di uno squilibrio contrattuale tra le parti.

¹¹¹ Per quel che concerne la ripartizione dei benefici derivanti dalle più generiche attività relative alle risorse genetiche marine, cfr. *supra*, n. 5.

¹¹² La relazione tra il perseguimento di questi obiettivi e le esigenze di equità intra e intergenerazionale è evidenziata dalla CDB nel preambolo, inciso ventitreesimo, e nella definizione stessa di «uso sostenibile» delle componenti della diversità biologica, art. 2, par. 16.

¹¹³ Il *Trattato internazionale sulle risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura*, per esempio, istituisce un meccanismo multilaterale, gestito e controllato da un «Organo direttivo» composto da tutti gli Stati parti, volto a garantire che i benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse fitogenetiche elencate in uno specifico Allegato (e purché siano gestite e amministrare dagli Stati parti e facciano parte del demanio pubblico), siano ripartiti in maniera giusta ed equa tra la Comunità internazionale e convergano, direttamente o indirettamente, soprattutto verso gli agricoltori che conservano e usano in maniera sostenibile tali risorse.

ABSTRACT

*Sovereign Rights, Common Interests and World Heritage:
Some Observations on the Access to Genetic Resources and the Sharing
of Benefits Arising from Their Utilisation*

This contribution explores the intersection of international law, biodiversity conservation and adequate access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilisation (ABS). Two pivotal principles, the world heritage of humankind and permanent sovereignty over natural resources, emerge as influential in shaping ABS mechanisms under the *Agreement on Marine Biological Diversity Beyond National Jurisdiction* and the *Nagoya Protocol*, respectively. The paper critically assesses, also from a comparative point of view, whether these mechanisms, particularly in relation to the fair and equitable sharing of benefits, effectively advance biodiversity conservation, sustainable resource use, and broader principles of distributive justice.

OSSERVAZIONI CRITICHE SULLA SENTENZA 159/2023 DELLA CORTE COSTITUZIONALE SUL FONDO RISTORI PER LE VITTIME ITALIANE DEI CRIMINI NAZISTI

CESARE AUGUSTO PLACANICA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La questione della rilevanza della questione di costituzionalità. – 3. La *ratio* dell'adozione del Fondo ristori; il rispetto della prassi diplomatica interstatale. – 4. La natura del beneficio di cui al Fondo ristori; il rigetto della questione di legittimità costituzionale. – 5. Conclusioni.

1. Il 21 luglio 2023 è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana la sentenza n. 159/2023 della Corte costituzionale avente ad oggetto il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 43, co. 3, del decreto legge 30 aprile 2022 n. 36, recante “Ulteriori misure urgenti per l’attuazione del piano di ripresa e resilienza (PNRR)” convertito, con modificazioni, nella legge 29 giugno 2022 n. 79, promosso dal Tribunale ordinario di Roma, sezione quarta civile, ufficio esecuzioni immobiliari, nel procedimento *M.T.G. e altri c. Repubblica federale di Germania e altri*, con ordinanza del 1° dicembre 2022.

Nel punto 1 del “considerato in diritto” della sentenza si premette che la questione di costituzionalità era stata promossa in una procedura esecutiva nei confronti della Repubblica federale di Germania, in cui, in forza di sentenza passata in giudicato, si erano pignorati beni di tale Stato situati sul territorio italiano, dagli eredi di A.G. per il trattamento disumano subito da quest’ultimo, durante il Secondo conflitto mondiale, dalle forze militari tedesche. Nel procedimento era intervenuto un altro creditore (D.C.) in virtù di un titolo esecutivo giudiziale in qualità di erede per il risarcimento dei danni subiti da G.C., per la cattura e la deportazione e l’internamento in un campo di concentramento. Sempre al medesimo punto 1 si dice che il giudice dell’esecuzione immobiliare del Tribunale di Roma, aveva evidenziato in sede di ordinanza di rimessione alla Corte, che nell’espropriazione immobiliare in data 22 maggio 2022 era intervenuta anche la Regione greca Sterea Ellada, sulla scorta della pronuncia di condanna della Repubblica federale di Germania resa il 30 ottobre 1997 dal Tribunale greco di Livadia, per il risarcimento degli eredi delle vittime della strage compiuta il 10 giugno 1944 dalle forze armate tedesche a Distomo, pronuncia munita di *exequatur* dalla Corte d’appello di Firenze (con decisione confermata dalla Corte di Cassazione).

Il Tribunale rimettente rappresentava che la disposizione censurata era rubricata “Istituzione del Fondo per il ristoro dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra e contro l’umanità per la lesione di diritti inviolabili della persona, compiuti sul territorio italiano o comunque in danno di cittadini italiani dalle forze del Terzo Reich nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l’8 maggio 1945” e prevedeva a fronte dell’istituzione del detto Fondo che le procedure esecutive, fondate su titoli aventi ad oggetto la liquidazione dei relativi danni, non potessero essere iniziate e proseguite e i giudizi di esecuzione eventualmente promossi dovessero essere estinti. Il giudice dell’esecuzione immobiliare, dice la sentenza della Corte costituzionale (punto 1), aveva evidenziato – con specifico riguardo al profilo della rilevanza – che i creditori precedenti avessero agito in forza di una sentenza passata in giudicato nei confronti della Repubblica federale di Germania per danni riconducibili a quelli per cui era stato istituito il Fondo, ossia per i danni alla persona subiti dai propri congiunti per il trattamento disumano durante il Secondo conflitto mondiale dalle forze del Terzo Reich. In forza di ciò si doveva dichiarare l’estinzione della procedura esecutiva immobiliare.

In punto della non manifesta infondatezza il giudice *a quo* dubitava sulla compatibilità della disposizione censurata con gli articoli 2 e 24 Cost. in quanto la stessa avrebbe compromesso il diritto alla tutela giurisdizionale, nella quale è ricompresa anche la fase esecutiva; questo non solo negando *sine die* ai soggetti individuati al co. 1 dell’art. 43 del d.l. 36/2022 la possibilità di promuovere il giudizio di esecuzione forzata, ma estinguendo anche quelli già in corso, con conseguente cancellazione del pignoramento con pregiudizio delle ragioni creditorie. La sentenza costituzionale, a proposito dell’ordinanza di rimessione, aggiunge che il Tribunale di Roma aveva ritenuto che l’art. 43 censurato avrebbe violato altresì gli articoli 3 e 111 Cost., con riferimento ai principi dell’eguaglianza sovrana tra gli Stati e di parità delle parti del processo. Inoltre, secondo il rimettente, il sacrificio immediatamente imposto con l’estinzione della procedura esecutiva ai creditori della Repubblica federale tedesca per i danni individuati nel comma 1 della disposizione censurata, non avrebbe trovato adeguata compensazione nel Fondo contemplato dal co. 3 del menzionato art. 43, stante anche la mancata emanazione della normativa regolamentare destinata a disciplinare le forme di accesso allo stesso, l’entità, totale o parziale del ristoro e le relative modalità di erogazione. Il rimettente evidenziava, infine, che la norma avrebbe violato l’art. 3 Cost. nella parte in cui precludeva la possibilità di promuovere procedure esecutive solo ai cittadini italiani, lasciando impregiudicata la facoltà di altri soggetti come la Regione greca intervenuta nella procedura, di agire esecutivamente dinanzi ai giudici italiani nei confronti della Repubblica federale di Germania per danni derivanti dai crimini commessi durante il Secondo conflitto mondiale.

La Corte costituzionale dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale. Il presente scritto si propone di illustrare gli aspetti e le

questioni salienti della sentenza, specie in relazione al dibattito dottrinale e giurisprudenziale pregresso.

2. Al punto 2 della sentenza in commento si dice che il Presidente del Consiglio dei ministri aveva eccepito l'inammissibilità delle questioni poiché il giudice *a quo* non aveva indicato nell'ordinanza di rimessione i beni dello Stato estero sottoposti a pignoramento, il che avrebbe impedito di valutare se si trattava di beni che, in quanto destinati a funzioni pubblicistiche dello Stato, rientravano tra quelli non pignorabili in applicazione della norma di diritto internazionale consuetudinario dell'immunità cosiddetta "ristretta" degli Stati dall'esecuzione forzata; norma sulla quale non avrebbero inciso i principi espressi nella sentenza n. 238 del 2014 della Corte e riferibili alla fase di cognizione.

La dottrina¹ aveva già sottolineato che, al di là del disposto dell'art. 43 co. 3, del d.l. 36/2022, alla definizione della controversia, da cui originava il ricorso alla Consulta si frapponeva un impedimento esiziale rappresentato dalla consuetudine internazionale sull'immunità degli Stati dall'esecuzione forzata per i beni aventi una destinazione pubblicistica; infatti, nell'ordinanza di rimessione non si faceva cenno di questo profilo. Dopo la sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale si era affermata la piena giurisdizione del giudice italiano "nella cognizione" delle cause civili di risarcimento dei danni aventi ad oggetto atti di uno Stato estero, che consistevano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti fondamentali della persona. Nonostante questa sentenza, sarebbe stato difficile ottenere il ristoro per i danni subiti da questa categoria di vittime; pertanto, ciò incideva sulla rilevanza della questione, che costituisce presupposto indefettibile per il giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi.

Ai creditori della Germania si presentava, per poter eseguire le sentenze di condanna, l'ostacolo rappresentato dalla cosiddetta immunità "ristretta", il cui precetto era stato confermato dalla Corte internazionale di giustizia, recepito dalla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004 (articoli 19 e 21) e che lo Stato italiano aveva ratificato con la l. 5/2013. Affermava² l'autrice citata: «sullo sfondo del nuovo giudizio di legittimità costituzionale instaurato sull'art. 43 d.l. nr. 36/22 rimane, quindi aperto anche l'ulteriore interrogativo sulla capacità della barriera dei "controlimiti" innalzata dal giudice delle leggi nel 2014, di operare anche con riguardo al processo di esecuzione in funzione della stretta interdipendenza, che la stessa Consulta

¹ P. TORRETTA, *I risarcimenti per i crimini di guerra del Terzo Reich fra Giustizia e Ragion di Stato. La parola di nuovo alla Corte Costituzionale*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Colpe di Stato II Crimini nazisti e immunità degli Stati di nuovo davanti alla Consulta, Atti del Seminario, Ferrara 12 Maggio 2023*, 2023, 16 ss., reperibile *on line*.

² *Ivi*, 17-18.

ha individuato tra giurisdizione di cognizione ed esecutiva ai fini del conseguimento del diritto alla giustizia». Interpretando l'ordinanza di rimessione, questa dottrina, come si vedrà smentita volutamente dalla sentenza che si commenta, riteneva in via ipotetica che il Tribunale di Roma avesse attribuito alla sentenza della Corte costituzionale n. 238/14 la forza di impedire implicitamente l'ingresso nell'ordinamento italiano della norma simmetrica a quella della giurisdizione di cognizione degli Stati, cioè quella della immunità in fase esecutiva. Quindi come si poteva ritenere rilevante la questione di legittimità proposta, se da un lato in forza della norma impugnata si era determinata la cancellazione *tout court* del diritto a procedere *in executivis*, dall'altro si riteneva risolta, in senso preclusivo dell'ingresso della norma sull'immunità degli Stati, la questione concreta oggetto del giudizio di merito³.

La Corte costituzionale è invece di diverso avviso; al punto 3 della sentenza così dispone: «l'eccezione, pur muovendo da un corretto presupposto interpretativo, non è però fondata». Aggiunge: «come è stato chiarito da tempo nella giurisprudenza di questa Corte (sentenza n. 329 del 1992), e in seguito puntualizzato in quella di legittimità (*ex plurimis*, Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 1 luglio 1997, n. 5888) l'immunità dei beni dello Stato estero dall'esecuzione forzata viene in rilievo quale limite alla pignorabilità, ma non incide, invece, sulla giurisdizione, che sussiste in sede di esecuzione con il limite rinveniente dal canone dell'immunità ristretta degli Stati. Tale immunità – nel contenuto da tempo risalente, per norma consuetudinaria di diritto internazionale, ne comporta la qualificazione come “ristretta” – opererebbe, di norma, con riguardo sia ai giudizi di cognizione, sia alle procedure esecutive, nella portata definita dalla Corte internazionale di giustizia dell'Aja nella sentenza 3 febbraio 2012».

Nel predetto punto 3.1 la Corte svolge una lunga digressione sulla portata e sugli effetti della sentenza 238 del 2014, con quello che rappresenta chiaramente un *obiter dictum* affermandosi che «la richiamata norma consuetudinaria internazionale sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri per atti *iure imperii* non opera – nel senso che non vi è l'adeguamento automatico di cui all'art. 10 primo comma, Cost. – quando ciò comporterebbe la violazione del diritto al giudice di chi sia stato vittima di crimini contro l'umanità e di gravi violazioni dei diritti fondamentali della persona».

Ma innovando e interpretando la pregressa giurisprudenza, la Corte costituzionale così afferma (punto 3.2): «la dottrina dell'immunità degli Stati non scherma affatto la giurisdizione del giudice in sede esecutiva, ma incide sui beni dello Stato suscettibili di espropriazione forzata. Se questi sono riferibili ad una funzione in senso lato pubblicistica, ossia ad attività *iure*

³ Illustra la Convenzione di New York del 2014: R. O'KEEFE, *The State interests protected by immunity from execution*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, 616 ss.

imperii vi è l'immunità (quella cosiddetta ristretta) e quindi essi non sono pignorabili nel contesto di una procedura di espropriazione forzata. Se, invece, si tratta di beni, che attengono all'attività *iure gestionis* dello Stato essi sono pignorabili normalmente. In questi termini, la norma consuetudinaria di diritto internazionale, come riconosciuta dalla Corte internazionale di giustizia nella citata sentenza del 3 febbraio 2012, ha ingresso nel nostro ordinamento *ex art. 10*, primo comma Cost. senza che a ciò sia di ostacolo alcun controlimite, né in particolare quello ritenuto dalla sentenza n. 238 del 2014 quanto al giudizio di cognizione».

La novità è rappresentata dalla circostanza che la Corte ribadisce la piena operatività del principio dell'immunità ristretta con riguardo al processo esecutivo, essendo rilevante la consuetudine internazionale che è logicamente presupposta anzi non escludibile, anche in funzione di quanto si andrà ad affermare di seguito sulla natura dei diritti riconosciuti nel Fondo "ristori" e sui motivi che hanno determinato lo Stato italiano a realizzare lo stesso. Dice la Corte (punto 3.3.): «ciò che peraltro verrà in rilievo *infra* (al punto 16) nel sindacato di bilanciamento tra la tutela *in executivis* del creditore procedente e l'obbligo dello Stato italiano di rispettare gli accordi internazionali».

L'eccezione di inammissibilità per irrilevanza viene dunque rigettata poiché se è vero che nel giudizio principale si controverteva in ordine all'assoggettabilità, o meno a espropriazione forzata del compendio pignorato, la cui destinazione pubblicistica era assunta dalla Repubblica federale di Germania, purtuttavia «al fine dell'applicabilità della norma censurata, tale circostanza non rileva nel senso che quest'ultima prevede l'estinzione *ex lege* di tutti i processi esecutivi aventi ad oggetto l'esecuzione forzata di pronunce esecutive, recanti la condanna della Repubblica federale di Germania al risarcimento dei danni subiti dalle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità per la lesione di diritti inviolabili della persona, compiuti nel territorio italiano o comunque in danno di cittadini italiani dalle forze del Terzo Reich nel periodo tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945, senza distinzione alcuna in ordine alla destinazione, pubblicistica o non, dei beni pignorati. Tanto basta per riconoscere la rilevanza delle sollevate questioni di legittimità costituzionale». La Consulta offre un approccio laterale al problema della rilevanza della consuetudine internazionale sull'immunità degli Stati. La decisione si incentra sulla natura e la *ratio* del Fondo ristori, che costituirebbe un istituto di "diritto particolare" seppur espressivo di una prassi interstatale dalla lunga portata temporale.

Una pronuncia di rilevanza, che fa giustizia della questione, implicata dalle modalità con le quali è stata sollevata la costituzionalità della norma, che è anche una chiara presa di posizione sul tema dell'ingresso nell'ordinamento della consuetudine internazionale sull'immunità degli Stati e funzionale alla successiva ricostruzione della *ratio legis* del Fondo "ristori". La decisione sul punto preliminare rappresenta anche un chiaro

antecedente logico della volontà della Corte di giungere ad una pronuncia sul merito, sia pure di rigetto⁴.

3. La sentenza, al punto 4 del “considerato in diritto”, ricostruisce e dà conto della prassi legislativa intervenuta all’indomani della Seconda guerra mondiale in Italia per la riparazione dei danni di guerra (decreto luogotenenziale 31 agosto 1945, n. 532, perfezionato dalla legge 20 ottobre 1981, n. 593). In quest’ultima normativa si prevedeva che la liquidazione di danni di guerra era da intendersi in senso forfettario e si introduceva all’art. 2 un termine ultimo (31 maggio 1982) per apprestare un ristoro alle vittime dei crimini di guerra nazisti.

Al punto 6 della decisione si dice: «ben presto, nel nuovo clima europeo ispirato a ideali di pace, concordia e comunanza di valori fondamentali, è maturata un’iniziativa congiunta volta a dare una risposta condivisa, e non già solo unilaterale a questa esigenza. Si tratta di due contestuali (e connessi) Accordi tra la Repubblica Italiana e la Repubblica federale di Germania con scambi di Note, conclusi a Bonn il 2 giugno 1961 (...) la finalità dell’accordo ratificato con legge n. 406 del 1963 era quella di chiudere, con il riconoscimento di indennizzi all’epoca ritenuti adeguati, la tragica vicenda dei danni patiti, in particolare, dai deportati nei campi di concentramento (...) tale accordo del 1961 espressamente prevedeva una clausola liberatoria. Infatti, l’art. 3 stabiliva che con il pagamento di cui al precedente art. 1 venivano regolate in modo definitivo tutte le questioni tra la Repubblica italiana e la Repubblica federale di Germania».

Al successivo punto 7 si afferma che gli indennizzi previsti costituivano «non già un mero interesse legittimo alla concessione dell’indennizzo, ma un vero e proprio diritto soggettivo (Corte di cassazione, sezione unite civili, sentenza 2 marzo 1987, n. 2188), pur non al risarcimento del danno, bensì al ristoro del gravissimo, spesso tragico, pregiudizio subito a causa di quelli che il diritto internazionale consuetudinario considerava *delicta iure imperii*, ricadenti nell’immunità degli Stati (come in seguito affermato dalla Corte internazionale di giustizia con sentenza 3 febbraio 2012)».

Al punto 9 si ricostruisce la c.d. “eccezione umanitaria”, venuta ad evidenza con la sentenza *Ferrini* (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 11 marzo 2004 n. 5044) che, «operando un netto *revirement* rispetto alla giurisprudenza precedente, afferma che per gli atti posti in essere nel corso di operazioni belliche costituenti crimini internazionali in violazione di diritti fondamentali della persona vi è una deroga al principio dell’immunità, pur ristretta, degli Stati». Si dà altresì atto che questo nuovo orientamento della Corte di cassazione è stato smentito dalla Corte

⁴ Per la ricostruzione del diritto consuetudinario e convenzionale rilevante in tema di immunità dalla giurisdizione esecutiva vedi: N. RONZITTI, *Giurisdizione esecutiva su beni di Stati esteri*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, 596 ss.

internazionale di giustizia e che «la citata sentenza del 3 febbraio 2012 ha dichiarato la Repubblica italiana inadempiente rispetto all'obbligo di rispettare l'immunità riconosciuta alla Repubblica federale di Germania dal diritto internazionale avendo riconosciuto pretese risarcitorie nei confronti della Germania e consentito l'iscrizione di ipoteca giudiziale su beni della Germania in Italia (villa Vigoni)».

Sempre al punto 9 si dice che «la medesima Corte (dell'Aja, n.d.r.) ha ritenuto che le (pur legittime) richieste di risarcimento avanzate dalle vittime dei crimini di guerra, essendo impedito in qualunque sede giudiziale dall'immunità così riconosciuta, avrebbero potuto essere, piuttosto, oggetto di negoziazioni tra i due Stati coinvolti, finalizzate alla risoluzione pacifica della questione».

Sempre al medesimo punto 9 si ricorda la sentenza 238/2014, in cui la Consulta aveva ribadito «di dover controllare la compatibilità degli effetti della previsione interna derivata da quella consuetudinaria, come intesa dalla Corte, con l'ordinamento costituzionale». Concludendo che gli effetti della disposizione consuetudinaria nell'ordinamento interno si ponevano in contrasto con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, ovvero il diritto al giudice (art. 24 Cost.) e la tutela dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost.), costituenti tutti "controlimiti". Dopo questa sentenza della Consulta la giurisprudenza di legittimità e di merito si erano adeguate e avevano di nuovo mutato orientamento ridando vigore all'eccezione umanitaria.

Al punto 10 della sentenza si continua con l'affermazione che il problema era costituito, in questo nuovo contesto giurisprudenziale, per il legislatore italiano, nello stabilire quale fosse l'efficacia dell'Accordo di Bonn del 1961 poiché rispetto a quest'ultimo, il termine decadenziale per far valere le pretese indennitarie era da ritenere superato. Infatti, successivamente alla sentenza della Consulta n. 238 del 2014, si erano avute varie sentenze di condanna della Germania da parte di giudici di merito e di legittimità, con pronunce passate in giudicato o comunque esecutive. Pertanto «tali iniziative giudiziarie hanno indotto il legislatore italiano ad intervenire, in vista dell'obiettivo del mantenimento di buoni rapporti internazionali, ispirati a principi di pace e giustizia, anche in considerazione del vincolo costituzionale (art. 117, primo comma Cost.) del rispetto dei trattati, quale certamente è l'Accordo di Bonn del 1961» (punto 10), anche perché la Repubblica federale di Germania con ricorso del 29 aprile 2022, aveva nuovamente adito la Corte internazionale di giustizia lamentando, in particolare, il disconoscimento (o meglio il rischio di disconoscimento) dell'immunità ristretta degli Stati nella fase del processo esecutivo.

Al punto 11 della decisione si ribadisce: «a questo punto il legislatore ha adottato una disposizione speciale e radicale – l'art. 43 censurato – diretta a dare continuità all'accordo di Bonn del 1961 sì da chiudere in modo definitivo ogni questione».

La dottrina che si era formata in vista del pronunciamento della Corte costituzionale⁵, arguiva che lo Stato italiano riconosceva l'esistenza di una norma consuetudinaria che affermava l'immunità dalla giurisdizione per lo Stato estero che fosse stato chiamato in causa per l'operato dei suoi militari in tempo di guerra, trattandosi di attività di governo, per le quali era giusto applicare la regola immunitaria e far ricorso al negoziato per compensare il diniego di accesso alla giustizia. La norma "ristori" si poneva, per questa dottrina, in tale prospettiva, poiché sottolineava la continuità con l'Accordo di Bonn del 1961 e lo evocava a più scopi. Soprattutto per esplicitare il tentativo di risolvere il contenzioso in atto con la Repubblica federale di Germania e realizzare, al pari di quello del 1961, un accordo definitivo delle controversie tra i privati e la Germania.

La comune finalità induceva, dice il prof. Salerno, ad apprezzare la "natura speciale" della norma "ristori" il cui contenuto andava allineato all'Accordo del 1961 e alla garanzia costituzionale che lo sorreggeva. Dunque, nella prospettiva internazionalistica «gli Stati che costituiscono norme di tutela dei diritti umani intendono in ogni caso preservare il nucleo essenziale del privilegio immunitario e cercano nella soluzione equitativa la composizione di questa apparente contraddizione»⁶.

4. La dottrina citata aveva preconizzato la possibile soluzione della questione di costituzionalità che discendeva dalla natura "forfettaria" dell'indennizzo di cui al Fondo "ristori"⁷. Si era sottolineato che il riferimento all'Accordo del 1961 legittimava il criterio utilizzato dalla norma ristori per l'attribuzione degli indennizzi e cioè «la somma che la Germania aveva convenuto di mettere a disposizione dell'Italia nell'Accordo del 1961 aveva infatti valenza forfettaria ma senza alcuna soddisfazione materiale delle vittime che non erano neppure menzionate». Si sottolineava altresì che il nostro sistema costituzionale è aperto al diritto internazionale e la garanzia dell'art. 117, co. 1, operando rispetto all'Accordo del 1961, giustificava la valutazione del metodo forfettario impiegato dalla norma. Questo in adesione con l'art. 10, co. 1, Cost. che prende in considerazione le regole del diritto internazionale generale che guidano la valutazione del giudice nella determinazione equitativa e forfettaria dell'indennizzo dovuto agli Stati per i danni arrecati alle vittime civili in conseguenza di accertate violazioni del diritto internazionale. La Corte costituzionale, diceva la dottrina, non avrebbe potuto ignorare che il provvedimento normativo della Repubblica italiana, oggetto del sindacato di legittimità costituzionale, esprimeva un orientamento

⁵ F. SALERNO, *Il necessario bilanciamento di valori di fronte alla quaestio legitimitatis della norma ristori a favore delle vittime dei crimini commessi dalla Germania*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *op. cit.*, 46-47.

⁶ *Ivi*, 49.

⁷ *Ivi*, 47.

diffuso nella prassi internazionale in quanto idoneo a rimuovere le controversie tra gli Stati. Si aggiungeva «quindi, pur essendo in presenza di una *deminutio* del diritto spettante ai privati, si deve prendere atto che, quando il caso portato all'attenzione della Corte evoca – direttamente o indirettamente – più principi, non vi può essere un principio (o un diritto) “tiranno” sugli altri, ma l'esito del giudizio costituzionale dipende dal loro necessario coordinamento»⁸.

Altra autrice⁹ aggiungeva una considerazione ulteriore, in punto questione di costituzionalità, cioè che si poteva «sostenere che la Corte avrebbe potuto ricorrere *proprio* alla 238/14 per fondare una decisione volta a salvaguardare l'art. 43, valorizzando l'esistenza *in questo caso* del rimedio: i giudici costituzionali, attraverso una interpretazione autentica della sentenza n. 238 – che chiarisca come in quel caso il bilanciamento fosse risolto a favore della tutela giurisdizionale *per l'assenza di rimedi alternativi* – potrebbero affermare che nel giudizio relativo all'art. 43 il bilanciamento debba avere esito diverso».

Vi è però chi dubita che il Fondo predisposto dal Governo italiano fornisca *una protezione equivalente o un rimedio alternativo* che il mancato riconoscimento dell'immunità, potrebbe consentire alle vittime. Ciò perché l'art. 43 del decreto-legge n.36 prevede l'accesso alla previdenza per una limitata categoria di persone e dunque esso potrebbe al più considerarsi un rimedio idoneo a risolvere la questione contingente determinata dai provvedimenti esecutivi sui beni della Germania.¹⁰

Nella sentenza in commento si dichiara che le questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento agli articoli 2 e 24 Cost. non sono fondate. Al punto 13 specifica: «questa Corte ha più volte affermato che la garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti assicurata dall'art. 24 Cost. comprende anche la fase dell'esecuzione forzata (...); e ciò è tanto più vero quando leso è un diritto fondamentale (art. 2 Cost.). Per altro verso, costituisce un principio dell'ordinamento giuridico il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali e quindi dai trattati (sentenza n. 102 del 2020), le cui disposizioni (...) – sono finanche elevate a parametri interposti della legittimità costituzionale della normativa interna (art. 117, primo comma, Cost.). La disposizione censurata opera un non irragionevole bilanciamento tra questi principi, tutti di rango costituzionale».

Al punto 15, in valutazione del rapporto tra la norma censurata e i giudizi di merito promossi, si dice, facendosi riferimento alla sentenza della Corte n. 103 del 1995: «allorché la legge sopravvenuta abbia soddisfatto,

⁸ Ivi, 51.

⁹ G. BERRINO, *Il giudizio di costituzionalità dell'art. 43 D.L. 36/2022 tra “vecchi” e “nuovi” bilanciamenti*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *op. cit.*, 55-57.

¹⁰ R. NIGRO, *Rimedi alternativi all'immunità degli Stati esteri*, in *Rivista di diritto Internazionale*, 2023, 643 ss.

anche se non integralmente, le ragioni fatte valere nei giudizi dei quali imponeva l'estinzione, si è esclusa l'illegittimità costituzionale di tale ultima previsione, proprio perché questa sarebbe coerente con il riconoscimento *ex lege* del diritto fatto valere giudizialmente». E si precisa che per «escludersi la menomazione del diritto di azione è necessario e sufficiente che l'ambito delle situazioni giuridiche di cui sono titolari gli interessati risulti comunque arricchito a seguito della normativa che dà luogo all'estinzione dei giudizi»(v. *ultra*).

Al punto 16 della sentenza in commento la Consulta aggiunge: «nella fattispecie in esame, a fronte dell'arresto della procedura esecutiva in corso vi è la tutela approntata dal Fondo "ristori" con un meccanismo di traslazione dell'onere economico recato dall'obbligazione risarcitoria accertata con sentenza passata in giudicato, sì da conciliare, nel bilanciamento complessivo dei principi costituzionali in gioco, la tutela giurisdizionale della vittima dei suddetti crimini di guerra e il rispetto degli specifici accordi internazionali in materia (l'Accordo di Bonn del 1961)».

Al punto 17, per significare che nessuna violazione di norme costituzionali si è realizzata, si definisce la natura del beneficio affermandosi «l'accesso al Fondo "ristori" è, quindi, configurato come un diritto soggettivo, rinveniente il suo fondamento nel titolo esecutivo già formatosi di condanna della Repubblica federale di Germania, senza che vengano in rilievo i limiti dell'immunità ristretta (...) può allora dirsi verificata la condizione prevista dalla giurisprudenza di questa Corte (in particolare dalla sentenza n. 103 del 1995): l'estinzione *ex lege* dei giudizi in sede esecutiva, ai quali comunque si applicherebbe l'immunità ristretta degli Stati quanto ai beni pignorabili, è compensata dalla tutela riconosciuta nei confronti del Fondo...».

La dottrina pervenuta in commento alla nuova sentenza della Corte di legittimità, sottolinea che nella sentenza 238/2014 era stato affermato che l'incompatibilità con la Costituzione riguardava un assetto normativo della formula immunitaria, che implicasse *il sacrificio totale* nella tutela dei diritti inviolabili delle persone vittime di crimini contro l'umanità, nell'ambito dell'ordinamento interno. Per cui nella misura in cui il Fondo "ristori" costituisca una forma significativa di soddisfazione per la vittima (anche se non dovesse contemplare il risarcimento integrale) non può parlarsi di un sacrificio "totale" delle aspettative di giustizia materiale, perché quest'ultima espressione implica la totale assenza di formule riparatorie.¹¹

Al punto 18 la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale in relazione agli articoli 3 e 111 Cost., per l'assoluta peculiarità della fattispecie che vede la necessità di bilanciamento tra l'obbligo di rispetto dell'Accordo di Bonn del 1961 e la tutela giurisdizionale delle

¹¹ F. SALERNO, *Il contenzioso italo tedesco dopo la sentenza 159/2023 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, 2079.

vittime dei suddetti crimini di guerra, che ha costituito ragione giustificatrice sufficiente per una disciplina differenziata ed eccezionale.

Infine, al punto 19 la Corte si riferisce alle procedure esecutive su titoli basati su sentenze straniere recanti la condanna della Germania, dichiarando non fondata la questione in relazione all'art. 3 Cost. Si argomenta che il testo iniziale del citato art. 43 è stato modificato in sede di conversione, per cui non è più avallabile la denunciata disparità di trattamento tra le procedure esecutive instaurate sulla base di titoli formati in Italia e le procedure su titoli costituiti all'estero. Infatti «è stato quindi chiarito, in termini inequivocabili, che anche per le esecuzioni rette da siffatti titoli è prevista l'estinzione *ex lege* del processo esecutivo, sicché l'ipotizzato (dal giudice rimettente) trattamento di miglior favore, allegato quale, *tertium comparationis*, in realtà non sussiste, con conseguente infondatezza della relativa censura di illegittimità costituzionale».

5. La sentenza in commento fa ricorso alla tecnica di bilanciare interessi diversi, quelli sottesi alla eccezione umanitaria e quelli relativi alla salvaguardia dei rapporti tra gli Stati. Essa ritiene rilevante la prassi interstatale relativa alla definizione e risarcimento dei danni di guerra, che ricostruisce con dovizia di particolari, per quanto riguarda la normativa italiana, ritenendo prevalente l'interesse alla correttezza delle relazioni tra Italia e Germania.

Inoltre, la regola dell'immunità nella forma ristretta è data per scontata come operante nel nostro ordinamento, in relazione ai procedimenti di esecuzione forzata; questo ha comportato il rigetto della irrilevanza della questione di costituzionalità.

Un altro aspetto degno di nota è l'affermazione della natura di "diritto soggettivo" della legittimazione dell'accesso al Fondo "ristori", che giustifica secondo la Corte il rigetto della questione di legittimità costituzionale e rappresenta l'esito del bilanciamento; il giudice costituzionale dà formalmente per scontata la validità dell'eccezione umanitaria nei processi esecutivi, ma concretamente nega qualunque rilevanza alla stessa rispetto alla giurisdizione esecutiva¹².

L'adeguatezza del Fondo "ristori" a soddisfare i crediti delle vittime è dubbia proprio per la sua natura forfettaria. La Corte costituzionale offre però una interpretazione costituzionalmente orientata ritenendo che la formula del "ristoro" esprima un diritto soggettivo (come si è detto) analogo al diritto creditorio maturato dal privato nei confronti della Germania, così da poter costituire "la sostanziale realizzazione dei diritti oggetto delle procedure estinte"¹³.

¹² Ivi, 2076

¹³ Ivi, 2078

Paradossalmente la Corte costituzionale evita accuratamente di porsi in una relazione dinamica con la Corte internazionale di giustizia, che aveva limitato il valore della eccezione umanitaria; anzi questo *dictum*, dato per scontato, viene aggirato.

Con questa sentenza, la regola immunitaria esce rafforzata in accordo con l'ordinamento internazionale, in cui essa si forma e interagisce nei rapporti tra Stati per il risarcimento dei crimini e dei danni di guerra. La sentenza valorizza l'interesse alla correttezza dei rapporti tra Stati. In definitiva è prevalsa una visione fortemente Stato-centrica al problema, che era stata posta in dubbio, in Italia, dalla sentenza *Ferrini* della Corte di cassazione e dalla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale.

ABSTRACT

Critical Remarks on the Constitutional Court Judgment No. 159/2023 on the 'Ristori' Fund for the Italian Victims of Nazi Crimes

The article deals with the issue of compensation for the victims of crimes against humanity committed by the Armed forces of the Third Reich in Italy during the Second World War. The question was the subject of a recent sentence of the Italian constitutional Court to which the Tribunal of Rome had turned to request the verification of constitutionality of the art. 43 of the Refreshments Fund introduced to achieve the partial satisfaction of the damages suffered by Italian citizens for these serious crimes. Therefore, with this work we comment on the judgment of the constitutional Court n. 159/2023 which established that the question relating to the constitutional illegitimacy of the "Fondo Ristori" was not well-founded. The right to the judge, provided for by the Italian Constitution, says the sentence that is being commented on, is not violated by "Ristori", which constitutes a valid alternative to the executive procedures established against Germany.

RASSEGNE

ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

NAZIONI UNITE

Consiglio di sicurezza
(gennaio – giugno 2023)

1. *Considerazioni introduttive.* – Con riguardo al semestre in oggetto, si ritiene opportuno segnalare due risoluzioni adottate a una settimana di distanza e con la stessa maggioranza e relative rispettivamente agli sviluppi della situazione in Sudan (la risoluzione 2676 dell'8 marzo) e in Sudan del Sud (2677 del 15 marzo) e due risoluzioni adottate invece all'unanimità, concernenti l'una la condanna *dell'hate speech* (risoluzione 2686 del 14 giugno) e l'altra il ritiro della Missione MINUSMA dal Mali a causa del venir meno del consenso dello Stato territoriale (risoluzione 2690 del 30 giugno). Inoltre, si reputa interessante aggiungere una breve analisi del progetto di risoluzione presentato dalla Russia e non adottato, avente come scopo quello di avviare un'indagine indipendente nell'ambito dell'ONU in relazione agli atti di sabotaggio occorsi nel settembre 2022 ai gasdotti russi Nord stream 1 e Nord Stream 2 nel Mar Baltico (S/2023/212).

2. *La risoluzione sul Sudan.* – La perdurante fragilità della situazione sudanese è oggetto della risoluzione 2676 dell'8 marzo 2023, frutto di un progetto presentato dagli Stati Uniti e adottata con 13 voti a favore e l'astensione di Russia e Cina¹. Nel preambolo il Consiglio di sicurezza ricorda gli importanti, ma non sufficienti, passi già compiuti e i diversi soggetti a vario titolo coinvolti nella gestione della crisi. In particolare, da un lato richiama l'importanza della firma degli Accordi di Pace di Juba, stipulati il 3 ottobre 2020 tra il Governo transitorio del Sudan e i cinque maggiori gruppi armati attivi nel Paese² e si felicita per quella del successivo Accordo-quadro politico sul Sudan del 5 dicembre 2022, considerandola misura essenziale in vista della formazione di un governo diretto da civili e per il meccanismo trilaterale della Missione integrata delle Nazioni Unite per l'assistenza alla transizione del Sudan (UNITAMS), dell'Unione africana (AU) e dell'Autorità intergovernativa per lo sviluppo (IGAD), dall'altro esprime preoccupazione per i rapporti del Gruppo di

¹ Si ricorda che in questo semestre del biennio 2023-2024, oltre ai cinque membri permanenti, siedono in seno al Consiglio di sicurezza Albania, Brasile, Ecuador, Emirati Arabi Uniti, Gabon, Ghana, Giappone, Malta, Mozambico e Svizzera.

² L'Accordo in parola si compone di una serie di protocolli che fanno riferimento, tra l'altro, alla condivisione del potere, alla ripartizione dei proventi derivanti dalle risorse naturali e alla sicurezza tra il governo e i movimenti armati operanti nell'area.

esperti³, secondo i quali soggetti armati parteciperebbero a campagne di reclutamento aggressive; di conseguenza sottolinea la necessità che il Governo sudanese faccia valere la responsabilità degli autori di abusi, violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario e incoraggia lo stesso Governo ad adottare misure supplementari per accelerare il più possibile la piena attuazione degli Accordi di Juba, quali l'istituzione della Commissione regionale di disarmo, smobilitazione e reintegrazione per il Darfur (DDR) con uffici nei cinque Stati del Darfur, un maggiore supporto al Comitato permanente per il cessate-il-fuoco e l'attivazione di un Comitato specializzato tecnico congiunto.

Alla luce di queste premesse e constatando che «the situation in Sudan continues to constitute a threat to international peace and security in the region», agendo «under Chapter VII of the Charter», il Consiglio di sicurezza ha rinnovato le misure sanzionatorie imposte dai paragrafi 7 ed 8 della risoluzione 1556 del 2004, così come modificate e ulteriormente specificate in successive risoluzioni, per 18 mesi, cioè fino al 12 settembre 2024, prevedendo di assumere una decisione circa il loro eventuale ulteriore rinnovo entro la stessa data. Secondo le parole del delegato russo è stata principalmente proprio la proroga delle sanzioni a 18 mesi e non a un anno, «as is customary in the Security Council» a determinare l'astensione del proprio Stato, in considerazione anche del fatto che sette membri del Consiglio abbiano chiesto ulteriori consultazioni prima del voto e che non ci sia stato consenso circa i criteri su cui basare la revisione delle misure sanzionatorie in questione⁴.

L'Organo dell'ONU ha altresì confermato il mandato del menzionato Gruppo di esperti, così come risultante dalle precedenti risoluzioni sul punto, prorogandolo di 12 mesi fino al 12 marzo 2024, impegnandosi ad assumere ogni decisione riguardante l'auspicabile estensione del mandato entro il 12 febbraio dello stesso anno e pregando tale organismo di sottoporre al cosiddetto Comitato per il Sudan, istituito con la risoluzione 1591 (2005), un primo rapporto sulle proprie attività non oltre il 12 agosto 2023, nonché un rapporto periodico trimestrale che dia conto delle azioni svolte e del rispetto, da parte di tutti gli Stati, delle misure e procedure previste in precedenti risoluzioni che subordinano la vendita e fornitura di armi e materiali non vietati per il Sudan alla esibizione di apposita documentazione concernente il loro utilizzo finale⁵. Inoltre, il Consiglio di sicurezza domanda al Gruppo di esperti di presentargli, di concerto con il Comitato, un rapporto finale entro il 13 gennaio 2024, con relative conclusioni e raccomandazioni.

Conformemente a quanto disposto in precedenti risoluzioni e in attuazione degli Accordi di Juba, al Governo del Sudan il Consiglio di sicurezza chiede di sotto-

³ Il Gruppo di esperti è stato originariamente istituito con la risoluzione 1591 (2005) e il suo mandato successivamente prorogato con le risoluzioni 1779 (2007), 1841 (2008), 1945 (2010), 2035 (2012) 2138 (2014), 2200 (2015), 2265 (2016), 2340 (2017), 2400 (2018), 2455 (2019), 2508 (2020), 2562 (2021) e 2620 (2022).

⁴ Cfr. UN Doc. S/PV.9278. Dal canto suo, il delegato cinese ha motivato la propria astensione ritenendo ormai obsolete le sanzioni in questione, il mantenimento delle quali, a suo avviso, oltre a risultare insostenibile nel contesto delle realtà politiche e di sicurezza del Paese, «also limits the Government's security capacity, thereby negatively impacting its ability to maintain stability in Darfur, protect civilians and combat crimes there».

⁵ Cfr. il par. 10 della risoluzione 1945 (2010) specificamente richiamato.

porre all'esame del Comitato e, ove necessario, alla sua previa approvazione, le domande di movimenti di materiali e forniture militari nella regione del Darfur⁶.

Infine il Consiglio esprime l'intenzione di procedere, entro il 12 febbraio 2024, a una revisione delle misure rinnovate nel par. 1, che potrebbe tra l'altro esplicitarsi in una loro modifica, sospensione o progressiva abolizione alla luce dei progressi raggiunti dal Governo del Sudan con specifico riguardo alle disposizioni di sicurezza in Darfur e all'esecuzione del piano d'azione nazionale per la protezione dei civili, criteri indicati, *inter alia*, nel rapporto del 31 luglio 2021 del Segretario generale sull'esame della situazione in Darfur e sui criteri di valutazione delle misure concernenti tale regione. A tale scopo chiede da un lato al Segretario generale di effettuare, in stretto coordinamento con il Gruppo di esperti ed entro il 1° dicembre 2023, una valutazione dei progressi raggiunti in relazione agli obiettivi chiave precedentemente menzionati e dall'altro pone al Governo del Sudan analoga richiesta di informare entro la stessa data il Comitato circa il raggiungimento dei medesimi scopi.

3. *La risoluzione sulla Repubblica del Sudan del Sud e la proroga del mandato della UNMISS.* – Analogamente a quella della settimana precedente sul Sudan, la risoluzione 2677 (2023) del 15 marzo 2023 relativa alla situazione in Sud Sudan e alla proroga del mandato della missione ONU in tale regione (UNMISS) nasce da un progetto degli USA, è stata adottata con 13 voti favorevoli, nessuno contrario e l'astensione di Russia e Cina e, in ragione della constatazione che la situazione in Sud Sudan continui a rappresentare una minaccia per la pace e la sicurezza internazionale nell'area in questione, conduce il Consiglio di sicurezza ad agire in base al capitolo VII della Carta ONU.

L'atto, che si apre con il richiamo ai principî di non ingerenza, buon vicinato e cooperazione regionale e con la manifestazione di sostegno all'Accordo rivitalizzato sulla risoluzione del conflitto nella Repubblica del Sudan del Sud⁷, ma anche con il riscontro di un significativo ritardo nell'attuazione del suddetto Accordo (che ha reso necessaria una nuova proroga di due anni degli accordi politici transitori) e con la viva preoccupazione per il persistente intensificarsi di tutte le forme di violenza che prolungano la crisi sul piano politico, economico, umanitario e della sicurezza in molte parti del Paese, si presenta particolarmente articolato. Difatti, dopo un lungo *considerando* che richiama vari rapporti del Segretario generale e le pertinenti risoluzioni del Consiglio di sicurezza e si focalizza sulle gravi problematiche ancora in atto e sulle necessità più urgenti, la parte dispositiva della risoluzione si snoda attraverso cinque punti chiave relativi a: *i)* il mandato della UNMISS; *ii)* il processo di pace in Sud Sudan; *iii)* le operazioni UNMISS; *iv)* il sostegno delle Nazioni Unite e della Comunità internazionale; *v)* i rapporti.

Prima di riportare i contenuti essenziali di ciascun punto, si ritiene utile dare conto di alcune prese di posizione sulla risoluzione in parola, estremamente densa e

⁶ Sono in particolare richiamati i paragrafi 3(a)(v) e 7 della risoluzione 1591 (2005), il par. 8 della risoluzione 1945 (2010) e il par. 4 della risoluzione 2035 (2012).

⁷ L'Accordo di pace "rivitalizzato" è stato firmato il 12 settembre 2018 per porre fine al conflitto iniziato nel 2013 tra i gruppi rivali guidati da Salva Kiir Mayardit e Riek Machar, che ha causato circa 400.000 morti e milioni di sfollati. Nonostante i due leader condividano il potere in un governo di unità nazionale insediato nel febbraio 2020, nella regione persistono violenze generalizzate e le elezioni previste al termine del periodo transitorio sono state più volte rinviate.

dettagliata. Se il delegato del Ghana, parlando anche a nome degli altri due Stati membri africani del Consiglio di sicurezza Gabon e Mozambico, ci tiene ad evidenziare che «we strongly believe that UNMISS continues to be a stabilizing factor in the brotherly country of South Sudan and remains critical in addressing the multifaceted socioeconomic, political and security challenges in South Sudan» e che il testo della risoluzione riflette il punto di vista africano, la delegata russa motiva la propria astensione «for very broad freedom of action for peacekeepers without the necessary coordination with the country's Government», per l'abuso da parte dei facilitatori informali degli Stati Uniti del loro *status* «to promote national interests» e per la necessità di «a fairer distribution of such responsibilities among the members of the Security Council». Ancora più articolata è la presa di posizione del delegato cinese a motivo della propria astensione: pur mostrando apprezzamento per il gravoso lavoro svolto dalla UNMISS sin dalla sua istituzione nel 2011 e ricordando i numerosi caschi blu cinesi che hanno perso la vita nello svolgimento del loro compito, ritiene che la risoluzione 2677 (2023) contenga degli elementi parziali e che «the mandate entrusted to UNMISS fails to fully take into account the situation on the ground and is mixed with the political self-interest of some countries». In particolare, la Cina lamenta il fatto che nonostante il Sudan del Sud sia il più giovane Stato membro dell'ONU e necessiterebbe di ricevere da parte della Comunità internazionale «the necessary patience and encouragement», la risoluzione «is harshly worded and unbalanced in content». In secondo luogo, la risoluzione, fissando senza il consenso del Sud Sudan delle condizioni su aspetti come elezioni, finanze e gestione delle risorse che attengono gli affari interni di ciascuno Stato, non rispetterebbe il principio della non-ingerenza e «clearly exceeds normal and reasonable limits». In terzo luogo, essendo il Sudan del Sud uno dei Paesi più colpiti dai disastri climatici, la Cina avrebbe voluto un maggiore impegno della Comunità internazionale e soprattutto dei Paesi industrializzati (in ciò seguita anche dal Brasile) «to improve South Sudan's ability to adapt and reduce its vulnerability to the impacts of climate change». In quarto luogo, la risoluzione, ad avviso del delegato cinese, sembrerebbe non tener conto che «the country concerned has the primary responsibility to protect civilians» e che la missione di *peacekeeping* non dovrebbe sostituirsi al Governo del Paese, ma solo «to help it to strengthen its capacity-building and support it in fulfilling its responsibility to protect civilians»: i troppo ampi poteri d'azione riconosciuti all'UNMISS in questo campo anche a prescindere dal consenso del Governo sud sudanese trasformerebbe «the United Nations peacekeeping force into a multinational force»⁸.

i) Il mandato della UNMISS, iniziato nel 2011, è prorogato per altri 12 mesi (fino al 15 marzo 2024) e comporta l'autorizzazione ad usare «all necessary means» per la realizzazione dei suoi obiettivi con assoluta priorità per la protezione dei civili. A tale scopo si richiede un approccio globale e integrato, un'interazione regolare con i civili e una stretta cooperazione con organizzazioni umanitarie, di difesa dei diritti umani e di sviluppo nelle aree ad alto rischio di conflitto, soprattutto qualora il Governo sud sudanese non sia in grado di garantire la sicurezza. Nel contesto di azioni finalizzate alla sicurezza pubblica e alla vigilanza continua su possibili situazioni di rischio, il mandato della missione prevede specifiche misure di protezione

⁸ V. UN Doc. S/PV.9281.

per donne e bambini, inclusi il regolare intervento dei consiglieri per la protezione dell'infanzia, delle donne e per le questioni di genere, tanto civili che militari, la condivisione delle "best practices" con gli attori locali e l'accesso facilitato alle organizzazioni che forniscono servizi di vario genere (medico, legale, psicosociale, socioeconomico ecc.) e assistenza ai sopravvissuti. Altri obiettivi prioritari relativi alla protezione dei civili sono quello di creare un ambiente favorevole per il ritorno, la ricollocazione o l'integrazione in comunità ospiti in condizioni di sicurezza, dignità e volontarietà per gli sfollati interni e i rifugiati, quello di combattere l'impunità e di promuovere l'applicazione del principio di responsabilità, conformemente alla politica di "due diligence" dell'ONU in materia di diritti umani e quello di monitorare l'impatto ambientale delle proprie operazioni e di gestirle in conformità alle pertinenti risoluzioni dell'Assemblea generale e alle altre disposizioni ONU in materia. Oltre che condotte miranti alla protezione dei civili, il mandato nell'UNMISS include specifiche azioni per il raggiungimento di altri fondamentali obiettivi, quali la creazione delle condizioni necessarie per l'effettuazione degli aiuti umanitari⁹, il supporto all'attuazione dell'accordo rivitalizzato¹⁰, il monitoraggio, le verifiche e la predisposizione di rapporti pubblici, immediati e regolari sulle violazioni del diritto umanitario e le violazioni e gli abusi dei diritti umani, inclusi quelli che possano essere qualificati quali crimini di guerra o crimini contro l'umanità, nonché su fenomeni di incitazione alla violenza in cooperazione con il Consigliere speciale dell'ONU per la prevenzione del genocidio. Per la realizzazione degli obiettivi citati, il contingente effettivo globale dell'UNMISS è mantenuto entro un massimo di 17.000 militari e 2.101 poliziotti, di cui 88 consiglieri per la giustizia e specialisti in questioni penitenziarie, ferma restando la facoltà del Consiglio di sicurezza di rivedere tali numeri in base all'andamento della situazione.

ii) In relazione al processo di pace in Sud Sudan, il Consiglio di sicurezza chiede a tutte le parti coinvolte nel mai sedato conflitto di cessare immediatamente il fuoco, in conformità a quanto previsto nei precedenti accordi sul punto e ribadisce la responsabilità principale delle autorità nazionali in merito alla protezione dei civili nella regione; evidenzia inoltre gli aspetti più rilevanti tra quelli non ancora attuati dell'accordo rivitalizzato: oltre alla mancata messa in opera di misure di ordine economico-finanziario e di contrasto alla corruzione, essenziali per la transizione politica e per rispondere alle necessità della popolazione, ribadisce l'importanza di giungere ad elezioni libere e regolari e all'adozione di una Costituzione permanente e chiede al Governo sud sudanese e a tutte le parti coinvolte di assicurare un clima propizio per un dialogo politico aperto nel quale siano garantiti a tutti, inclusi i partiti di opposizione e i membri della stampa diritti essenziali quali la libertà di espressione ed opinione, quella di riunione pacifica, un accesso equo ai media, la sicurezza di tutte le parti politiche, la libertà di circolazione di tutti i candidati, così come la presenza di testimoni, osservatori elettorali nazionali ed internazionali, giornalisti,

⁹ Particolare importanza assumono a tale scopo la sicurezza e la libertà di movimento del personale ONU ed associato, anche attraverso la neutralizzazione di congegni esplosivi e la messa in sicurezza delle installazioni e del materiale necessario alla fornitura degli aiuti.

¹⁰ La risoluzione assegna all'UNMISS un fondamentale ruolo di assistenza a tutte le parti coinvolte nel processo di pace e di particolare supporto per il governo, anche attraverso specifica assistenza tecnica e supporto logistico per facilitare il ciclo elettorale nel quale sia garantita la piena, equa e sicura partecipazione delle donne.

difensori dei diritti umani e attori della società civile tra i quali le donne. Inoltre, il Consiglio di sicurezza chiede alle parti coinvolte e in primo luogo al Governo del Sudan del Sud di agire per adottare specifiche misure prioritarie entro la fine del mandato UNMISS in corso. Trattasi di indicazioni molto puntuali, tra le quali possiamo ricordare quella di verificare i precedenti di tutti i membri delle forze di sicurezza per garantire la protezione dei civili e la sicurezza dei siti nei quali sono stati riassegnati; di non fare ostruzionismo all'UNMISS nell'esecuzione del suo mandato sul monitoraggio relativo al rispetto dei diritti umani e del diritto umanitario; di concludere al più presto un *memorandum* d'intesa con l'Unione africana diretto alla creazione di un Tribunale misto per il Sud Sudan, procedere effettivamente alla sua istituzione, dare vita alla Commissione verità, giustizia, riconciliazione e pacificazione, così come all'Autorità per l'indennizzo e la riparazione e prevedere meccanismi che permettano alla società civile, alle vittime e ai testimoni di partecipare in piena sicurezza e senza timore di ritorsioni. Al richiamo di consolidate norme di diritto internazionale umanitario¹¹ e alla richiesta delle menzionate misure prioritarie, se ne aggiungono altre dirette a ottenere il rispetto di obblighi già assunti dal Governo del Paese ed eventualmente dalle altre parti coinvolte, quali quelli ricollegabili all'Accordo sullo *status* delle forze armate (SOFA) in base al quale, tra l'altro, il Governo deve immediatamente cessare di ostacolare l'operato della Missione e impedire ad altri di porre in essere azioni ostili e deve garantire una partecipazione ad ogni livello delle donne di almeno il 35% derivante dall'Accordo rivitalizzato, mentre l'UNMISS non ha bisogno di previa autorizzazione nel porre in essere le azioni necessarie a raggiungere gli obiettivi del proprio mandato. Una categorica prescrizione di dare piena attuazione ai piani d'azione adottati congiuntamente o unilateralmente per prevenire la violenza sessuale legata ai conflitti è quella diretta espressamente verso le Forze sud sudanesi di difesa del popolo, l'Armata popolare di liberazione del Sudan e il Fronte di salute nazionale.

È imposto genericamente a tutte le parti del conflitto armato nella regione di applicare le misure prescritte nelle Conclusioni sui minori e il conflitto armato in Sudan adottate il 5 marzo 2021 dal relativo Gruppo di lavoro del Consiglio di sicurezza e di rispettare il Piano d'azione del gennaio 2020 diretto a far cessare e prevenire tutte le violazioni gravi nei confronti dei minori; invece uno specifico invito al Governo sud-sudanese è finalizzato all'applicazione del Protocollo facoltativo alla Convenzione sui diritti del fanciullo e a rafforzare il quadro giuridico per difendere i diritti dei minori nell'area interessata.

Infine, nel ribadire l'inviolabilità del personale UNMISS e l'utilità di misure contemplate in precedenti risoluzioni nei confronti di coloro che minano la pace, la sicurezza e la stabilità nel Sud Sudan, si richiama in particolare l'embargo di armi, disposto nella risoluzione 2428 (2018) e si chiede a tutti gli Stati membri di continuare a rispettarlo¹².

iii) Nei paragrafi relativi alle operazioni UNMISS, il Consiglio di sicurezza rievoca sia i caratteri tipici delle *peace-keeping operations* comprendenti il consenso

¹¹ In particolare, al par. 12 della risoluzione si ricorda l'obbligo di rispettare e proteggere il personale medico e umanitario impegnato in attività sanitarie, così come i relativi mezzi di trasporto, gli ospedali e le strumentazioni mediche e di consentire l'accesso ai soccorsi a chiunque ne abbia bisogno.

¹² Nel par. 18 si richiamano anche le risoluzioni 2206 (2015), 2290 (2016), 2353 (2017), 2471 (2019), 2521 (2020), 2577 (2021) e 2633 (2022).

delle parti, l'imparzialità, il non uso della forza salvo per ragioni di legittima difesa e il rispetto del mandato, sia la peculiarità del mandato di ciascuna operazione legata ai bisogni della situazione nella specifica regione; chiede inoltre al Segretario generale di porre in essere le numerose misure di sua competenza relative al mandato UNMISS e contemplate nella risoluzione 2625 (2022) dell'anno precedente.

iv) Il Consiglio di sicurezza coinvolge nella gestione della crisi del Sud Sudan e nell'esplicazione del mandato dell'UNMISS vari soggetti, tra cui il Rappresentante speciale del Segretario generale chiamato a dirigere le operazioni della missione, a coordinare tutte le attività ONU nel Paese e a prestare i propri buoni uffici nell'assistere tutte le parti interessate. Inoltre, affida a enti quali l'IGAD (Autorità intergovernativa per lo sviluppo), l'Unione africana e il suo Consiglio di pace e sicurezza e ai singoli Paesi della regione compiti di vigilanza, consultazione e risoluzione dei problemi attraverso il dialogo e il costante interessamento. Un compito molto rilevante per favorire la pacificazione della regione è quello – attribuito al Segretario generale – di continuare a prestare assistenza tecnica alla Commissione dell'Unione africana e al Governo sud sudanese in vista dell'istituzione di un Tribunale misto per il Sud Sudan, mentre specifiche prescrizioni in linea con precedenti risoluzioni sono rivolte agli Stati membri che forniscono contingenti militari e di polizia alla UNMISS, con particolare riguardo all'eliminazione degli ostacoli alla partecipazione delle donne a tali contingenti, alla predisposizione di un ambiente di lavoro sicuro, favorevole e attento alle questioni di genere, alla prevenzione di abusi o sfruttamenti sessuali¹³, nonché, più in generale, all'esigenza che siano rispettate tutte le regole previste per non compromettere l'efficacia delle operazioni stesse. Infine l'intera Comunità internazionale è chiamata, tenendo conto delle questioni di genere, a rispondere efficacemente ai gravi bisogni umanitari della popolazione del Sud Sudan, il cui Governo è dal canto suo chiamato a dedicare appositi fondi del proprio *budget* nazionale al soddisfacimento delle necessità primarie.

v) La consistenza delle misure previste, la difficoltà già emersa in passato per la loro concreta attuazione e la molteplicità dei soggetti coinvolti richiedono un sistema di monitoraggio avanzato, basato su rapporti frequenti e dedicati ai differenti aspetti della situazione. Pertanto una costante verifica su eventuali violazioni del SOFA o sull'ostruzionismo nei confronti della UNMISS è affidata a un rapporto mensile del Segretario generale, al quale è stato altresì richiesto di fornire entro il 15 ottobre 2023 un apposito studio in cui siano tra l'altro analizzati i fattori politici, economici e di sicurezza che comportano un ritardo nell'applicazione dell'accordo rivitalizzato, siano indicate una strategia di transizione integrata dell'ONU basata sull'autonomia del Sud Sudan e le lacune essenziali per edificare una pace durevole e siano presentate delle raccomandazioni su come l'UNMISS possa adattarsi alla luce delle conclusioni del rapporto. Infine, il Segretario generale deve sottoporre al Consiglio di sicurezza entro 90 giorni dall'adozione della risoluzione e successivamente ogni 90 giorni un rapporto scritto dettagliato contenente analisi e valutazioni strategiche integrate basate su dati fattuali e dei consigli relativi a specifici aspetti indicati.

¹³ Cfr. par. 26.

4. *La risoluzione relativa all'hate speech.* – Tra quelle prese in considerazione, la risoluzione 2686 (2023) del 14 giugno 2023, che assume rilievo “legislativo”, è stata adottata all’unanimità nell’ambito dell’ordine del giorno dedicato al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale e intitolato “I valori della fratellanza umana per la promozione e la perpetuazione della pace”, Essa mostra il pieno consenso di tutti gli Stati membri del Consiglio di sicurezza sulla necessità di agire collettivamente per contrastare un fenomeno denso di pericolose implicazioni, come purtroppo reso evidente da avvenimenti sia del passato che più recenti. Il testo è stato presentato dagli Emirati Arabi Uniti – che presiedono il Consiglio di sicurezza nel mese in oggetto – e dal Regno Unito¹⁴ e rappresenta il minimo comune denominatore delle varie prospettive emerse nel dibattito al quale hanno partecipato anche Ahmed Al-Tayeb, grande imam d’Al-Azhar e Presidente del Consiglio musulmano degli anziani, l’arcivescovo Paul Richard Gallagher, Segretario per i rapporti con gli Stati e le organizzazioni internazionali della Santa Sede, e Latifa Ibn Ziaten, fondatrice e Presidente dell’Associazione IMAD per la giovinezza e la pace¹⁵.

La risoluzione si apre riaffermando, tra gli altri, lo scopo delle Nazioni Unite «in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion» e l’obbligo degli Stati di garantire i diritti umani nel proprio territorio a tutti gli individui sottoposti alla propria giurisdizione, così come previsto nelle pertinenti norme di diritto internazionale, con particolare riguardo al diritto alla libertà di espressione riconosciuto nell’art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti umani. Dopo un richiamo alla Giornata internazionale della fratellanza proclamata dalla risoluzione 75/200 (2020) dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite, si dà atto con «deep concern» dei vari fenomeni di discriminazione, intolleranza ed estremismo manifestatisi attraverso *hate speech* e forme di violenza basate su razza, sesso, origine etnica, religione e credo, così come quelli nei confronti di appartenenti, ma non solo, a comunità religiose, motivati, in particolari casi da islamofobia, antisemitismo, cristianofobia e altre forme di intolleranza che possono emergere prima, durante e dopo un conflitto armato e si riconoscono gli sforzi del sistema ONU nel contrastare a livello nazionale e globale l’*hate speech*.

Profonda preoccupazione è mostrata da un lato per gli ostacoli ancora esistenti alla partecipazione piena, eguale, reale e sicura delle donne nella prevenzione e risoluzione dei conflitti e nella vita pubblica post-bellica, dall’altro per gli episodi di violenza tra comunità che si manifestano per effetto di discorsi d’odio, cattiva informazione e disinformazione, anche attraverso i social media, mentre si riconosce

¹⁴ V. UN Doc. S/2023/427.

¹⁵ In particolare, nonostante alcuni degli Stati membri intervenuti abbiano posto l’accento sulla necessità di non discriminare e non rivolgere campagne d’odio e di criminalizzazione verso la comunità LGBTQ+, nessun esplicito riferimento a tale questione è contenuto nel testo della risoluzione. Più in generale, la risoluzione è priva di richiami espressi a specifici movimenti e/o a situazioni territoriali a cui pure alcuni dei soggetti intervenuti hanno dedicato attenzione: si pensi al riferimento del Segretario generale alla significativa minaccia per la sicurezza interna di alcuni Paesi costituita da movimenti suprematisti e neonazisti; all’annosa questione palestinese di cui parla con toni espliciti l’imam Ahmed Al-Tayeb, ricordando le immense sofferenze del popolo palestinese; alle campagne d’odio e gravi violazioni dei diritti umani nei confronti di particolari minoranze e gruppi sociali quali gli Yazidi in Iraq, i Rohingya in Myanmar, i Baha’is nello Yemen, le donne in Afghanistan, così come alle crescenti tensioni in Mali, Repubblica Centrafricana e Repubblica Democratica del Congo, su cui cfr. UN Doc. S/PV.9346.

l'importanza dell'educazione e del ruolo della società civile in tutte le sue componenti, con particolare riguardo alle personalità culturali e ai capi religiosi, nel promuovere tolleranza e coesistenza pacifica a supporto degli sforzi diretti a consolidare e perpetuare la pace, così come il fondamentale ruolo del patrimonio culturale.

La risoluzione, per affrontare i menzionati pericolosi fenomeni che favoriscono la nascita, l'intensificarsi e la frequenza di conflitti e compromettono le iniziative dirette a contrastare le cause profonde dei conflitti stessi, a prevenirli e risolverli, così come gli sforzi di riconciliazione, ricostruzione e consolidamento della pace, rivolge agli Stati molteplici richieste tra le quali, anzitutto, quella di condannare pubblicamente, unitamente alle organizzazioni internazionali e regionali, la violenza, i discorsi di odio e l'estremismo basati su razza, sesso, origine etnica, religione o lingua in conformità al diritto internazionale applicabile, incluso il diritto alla libertà di espressione. Agli Stati è altresì chiesto di coltivare, ove appropriato e possibile, il dialogo interreligioso e interculturale, di adempiere al proprio obbligo di rispettare, promuovere e proteggere i diritti umani e le libertà fondamentali di ciascun individuo, di garantire l'accesso equo alla giustizia e di preservare l'integrità delle istituzioni garanti dello Stato di diritto, così come di offrire a tutti coloro che operano in favore della pace e della sicurezza un ambiente sicuro.

Nella consapevolezza dell'importante ruolo della *leadership* femminile nel prevenire e risolvere i conflitti e nell'evitare la diffusione dell'intolleranza e gli incitamenti all'odio, specifici obblighi statali si ricollegano al Programma per le donne, pace e sicurezza, definito nella risoluzione del Consiglio di sicurezza 1325 (2000) e alle risoluzioni connesse: in particolare quello di promuovere la piena, eguale ed effettiva partecipazione e il ruolo motore delle donne nei processi decisionali a tutti i livelli, di rinforzare la coesione sociale e la resilienza delle comunità così come l'autonomia economica delle donne e l'uguaglianza di genere. Anche rispetto all'obbligo statale di supportare un insegnamento di qualità per la pace, è posto l'accento sulla necessità di promuovere un sistema educativo basato non solo su un ambiente sostenibile, ma anche sull'uguaglianza di genere, oltre che su quella di contribuire a prevenire la violenza sessuale e di genere e di inculcare i principi di tolleranza, rispetto per gli altri, diversità culturale e libertà di religione o di credo.

Più in generale, è richiesto agli Stati di impegnare la società civile in tutte le sue componenti (comunità locali, settori privati, attori non-statali), nello sviluppare strategie atte a combattere intolleranza ed estremismi, potenziando il ruolo di donne, giovani, famiglie, leader religiosi, culturali ed educativi, capi di comunità, autorità e tutti i gruppi in essa operanti e ponendo in essere azioni a vario livello per prevenire la diffusione dell'intolleranza e dell'incitamento all'odio. È parimenti riconosciuto un ruolo attivo di tutti gli *stakeholders* nel condividere buone pratiche atte a promuovere tolleranza e coesistenza pacifica.

Obblighi peculiari sono inoltre rivolti a specifici soggetti operanti nell'ambito delle Nazioni Unite: alle missioni di *peacekeeping* e a quelle politiche speciali è affidato il compito di monitorare fenomeni di *hate speech*, razzismo ed estremismo e di farvi riferimento nei rapporti che trasmettono regolarmente al Consiglio di sicurezza; i rappresentanti speciali e gli inviati speciali del Segretario generale sono incoraggiati a spendere i propri buoni uffici per supportare iniziative pacifiche locali e, all'occorrenza, coinvolgere le comunità locali nella mediazione degli accordi di pace e nei meccanismi per la loro attuazione; la Commissione per la costruzione della pace (PBC) è sollecitata a continuare a esercitare il proprio ruolo per convocare gli or-

gani ONU, gli Stati membri, le autorità nazionali, gli *stakeholders* ad ogni livello e le istituzioni finanziarie internazionali per assicurare un approccio integrato, coerente e rispettoso delle questioni di genere nel costruire e sostenere la pace promuovendo la tolleranza e contrastando i discorsi di odio¹⁶; a tutte le competenti agenzie ONU è richiesto di intensificare le proprie attività focalizzate sull'educazione alla pace in modo da accrescere nei giovani la consapevolezza su valori fondamentali quali pace, tolleranza, apertura verso gli altri e rispetto reciproco; infine è richiesto al Segretario generale di prendere in considerazione e integrare nei rapporti pertinenti gli insegnamenti e le migliori pratiche sulla partecipazione di gruppi, istituzioni, capi religiosi, incluse le donne e di comunità locali alla mediazione e all'attuazione di accordi di pace e a iniziative dirette a prevenire e risolvere conflitti; di riferire oralmente in un incontro pubblico relativo all'Agenda "Mantenimento della pace e della sicurezza internazionale" entro il 14 giugno 2024 al Consiglio di sicurezza sui progressi fatti nell'attuazione della risoluzione in questione nei contesti di situazioni di transizione verso la pace di cui è investito, utilizzando tutte le informazioni rese disponibili dal sistema ONU e di informare tempestivamente il Consiglio di sicurezza, che dal canto suo si impegna a dedicarvi piena attenzione, di eventuali minacce alla pace e alla sicurezza a tale riguardo.

5. *La risoluzione riguardante la situazione in Mali e il ritiro dell'operazione MINUSMA.* – Il 30 giugno 2023, l'ultima seduta del Consiglio di sicurezza del semestre in oggetto ha visto l'adozione all'unanimità della risoluzione 2690 (2023) il cui testo è stato proposto dalla delegazione francese. In virtù della volontà espressa dal rappresentante del Governo maliano di transizione il 16 giugno 2023 nel corso delle 9350^a seduta del Consiglio di sicurezza e confermata dalla successiva missiva del 21 giugno del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale del Mali inviata al Presidente dell'Organo¹⁷, lo Stato africano ha infatti chiesto l'immediata cessazione del mandato ormai decennale della Missione delle Nazioni Unite multidimensionale integrata per la stabilizzazione in Mali (MINUSMA). Dal canto suo il Consiglio di sicurezza, preso atto del venir meno del consenso dello Stato territoriale al dispiegamento della stessa e pur continuando a considerare la situazione in Mali una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale, ha adottato tempestivamente un atto contenente disposizioni pratiche e un preciso cronoprogramma per il ritiro ordinato e sicuro della missione¹⁸.

Disposta dunque la cessazione del mandato nella stessa data del 30 giugno 2023, il Consiglio di sicurezza ha rivolto alla MINUSMA la richiesta di cessare immediatamente il 1° luglio successivo le proprie operazioni e di iniziare il trasferi-

¹⁶ La Peacebuilding Commission è un organo intergovernativo consultivo che supporta gli sforzi di pace nelle zone colpite da conflitti. È composta da 31 Stati membri eletti dall'Assemblea generale, dal Consiglio di sicurezza e dal Comitato economico e sociale. Gli Stati maggiori finanziatori e che forniscono i contingenti più numerosi al sistema delle Nazioni Unite vi partecipano ugualmente come membri.

¹⁷ Il Ministro degli Esteri maliano ha giustificato la richiesta di cessazione del mandato in ragione della crisi di fiducia venutasi a creare nei confronti della Missione ONU da parte sia della popolazione del Mali, sia del Governo transitorio dello stesso Paese. V. UN Doc. S/2023/463.

¹⁸ L'istituzione della MINUSMA risale alla risoluzione del Consiglio di sicurezza 2100 (2013) del 25 aprile 2013 e il suo mandato è stato via via rinnovato con varie risoluzioni, l'ultima delle quali è la 2640 (2022) del 29 giugno 2022, che lo aveva prorogato fino al 30 giugno 2023.

mento dei compiti, la riduzione e il ritiro ordinato e sicuro del proprio personale in modo da completare tale processo entro il 31 dicembre 2023, agendo in stretta consultazione con il Governo di transizione del Mali e in coordinamento con i Paesi fornitori dei contingenti o delle forze di polizia e ha pregato nel contempo il Segretario generale di tenerlo costantemente informato sullo svolgimento del processo in questione. Al Segretario generale è rivolto altresì l'invito a collaborare con il Governo maliano di transizione nell'elaborazione di un piano di trasferimento dei compiti svolti dalla Missione ONU, tenendo conto del possibile contributo del Team dei Paesi delle Nazioni Unite (UNCT), dell'Ufficio delle Nazioni Unite per l'Africa occidentale e il Sahel (UNOWAS) di altre parti rilevanti e a presentare il piano predisposto allo stesso Consiglio di sicurezza entro il 15 agosto 2023. Contestualmente, è richiesto al Governo di transizione del Mali di collaborare pienamente con le Nazioni Unite nelle diverse fasi del ritiro della Missione e di rispettare totalmente le disposizioni del SOFA fino alla partenza dal Mali dell'ultimo elemento della MINUSMA. Il citato cronoprogramma prevede una prima fase di riduzione degli effetti, avente termine il 30 settembre 2023, durante la quale, ferma la responsabilità principale delle autorità maliane e in consultazione con esse, la MINUSMA è autorizzata a rispondere alle minacce imminenti di violenza contro i civili e a contribuire al conferimento dell'assistenza umanitaria sotto la direzione dei civili. Dal 30 settembre al 31 dicembre, data del ritiro definitivo della Missione, questa è invece autorizzata a svolgere solo specifiche funzioni elencate nel par. 6 della risoluzione, dirette essenzialmente a garantire la sicurezza del suo personale militare e civile e a fronteggiare eventuali situazioni di pericolo o di emergenze mediche. Smantellata la Missione da un punto di vista operativo, la risoluzione prevede che a partire dal 1° gennaio 2024 abbia inizio la liquidazione, nel corso della quale sarà mantenuta un'unità di guardia formata da componenti pregressi della Missione, allo scopo di proteggere il personale, le installazioni e i beni della stessa. Infine, il Consiglio di sicurezza chiede alla MINUSMA di prevedere con l'UNCT e l'UNOWAS, ove appropriato, delle disposizioni finanziarie che permettano all'ONU di supervisionare, dopo il suo ritiro, le residue attività programmatiche già iniziate dalla Missione e di vigilare affinché il trasferimento delle sue basi di operazioni e dei suoi mezzi sia effettuato nel totale rispetto delle prassi generali e dei regolamenti finanziari dell'ONU e dichiara di rimanere attivamente interessato della questione.

Nel dibattito seguito all'adozione della risoluzione, il delegato maliano, invitato a intervenire, risponde positivamente alle principali perplessità manifestate da altri delegati statali che, pur votando a favore, hanno ritenuto troppo precipitoso il ritiro e per certi versi inadeguate le sue condizioni. In particolare, il rappresentante del Governo transitorio del Mali ribadisce la propria responsabilità principale nel proteggere la popolazione civile e i suoi beni su tutto il territorio nazionale e garantisce il massimo impegno, sia nello svolgimento di questo compito, sia nel rispetto dell'Accordo per la pace e la riconciliazione in Mali, firmato ad Algeri nel 2015¹⁹.

6. *Il progetto di risoluzione sul sabotaggio del gasdotto Nord Stream.* – Il progetto di risoluzione formulato il 27 marzo dalla Federazione russa, alla quale si sono

¹⁹ Cfr. UN Doc. S/PV.9365.

associati altri sette Stati, tra cui un solo altro membro del Consiglio di sicurezza²⁰, ha raccolto i voti favorevoli di Brasile, Cina e Russia, nessun voto contrario e 12 astensioni e non è pertanto stato adottato. Il breve testo, inserito nell'ordine del giorno "Mantenimento della pace e della sicurezza internazionale", esprime una ferma condanna del sabotaggio, posto in essere nel settembre 2022 nei confronti dei gasdotti russi Stream 1 e Stream 2 nel Mar Baltico²¹, che ha provocato tre falle alle condotte e perdita di gas in mare, con conseguenti pericoli per l'ambiente e per la navigazione e con perdite economiche a lungo termine per vari Paesi e manifesta «the importance of conducting an efficient, impartial, transparent, inclusive and thorough international investigation» sull'accaduto. A tale scopo, nella bozza di risoluzione è formulata la richiesta al Segretario generale di istituire una Commissione internazionale d'inchiesta indipendente, selezionando personalmente per la sua composizione esperti imparziali e rispettati a livello internazionale, i quali sarebbero stati dotati di uno staff adeguato e parimenti costituito da soggetti imparziali e d'esperienza. Il Segretario generale avrebbe dovuto entro 30 giorni presentare al Consiglio di sicurezza le raccomandazioni relative alle modalità specifiche per l'istituzione della Commissione, mentre gli Stati membri dell'ONU avrebbero dovuto collaborare pienamente e condividere le informazioni con la Commissione, «including those conducting their relevant national investigations». È in quest'ultimo inciso la spiegazione dell'astensione di 12 membri su 15 del Consiglio di sicurezza: nell'immediatezza del sabotaggio sono state avviate tre diverse inchieste nazionali indipendenti da parte di Svezia, Danimarca e Germania, Stati particolarmente pregiudicati dall'evento doloso per il loro affaccio sul Mar Baltico. Come emerge dal dibattito sviluppatosi in seno al Consiglio, ferma restando la disponibilità di tutti gli Stati membri a dare vita in futuro, ove necessario, a una Commissione d'inchiesta internazionale sulla vicenda, la dichiarata proposta della Russia di fare luce sul sabotaggio attraverso tale strumento è stata letta dalla maggior parte di questi come un tentativo squisitamente politico di impedire lo svolgimento e pregiudicare la conclusione delle inchieste nazionali già in corso, invero già dotate di quei caratteri di imparzialità, trasparenza e competenza invocati dal delegato russo. Inoltre, non è mancato chi ha trovato pretestuosa e inappropriata la ferma condanna della Russia degli atti di sabotaggio in ragione del danneggiamento di infrastrutture civili come i gasdotti, alla luce dei bombardamenti e delle massicce distruzioni di interi villaggi e città perpetrati da oltre un anno dalla stessa Russia nei confronti dell'Ucraina²². Da ciò la conseguente astensione di 12 membri su 15. Il Brasile, unico Stato non proponente ad essersi espresso in favore del progetto di risoluzione, ha invece motivato il proprio voto in considerazione dei 6 mesi già trascorsi dall'inizio delle inchieste nazionali sulla questione senza apprezzabili risultati e «as recognition of the importance of additional and more comprehensive efforts on the part of the United Nations».

EMILIA MARIA MAGRONE

²⁰ Gli Stati in questione, oltre alla Cina, sono la Bielorussia, la Repubblica democratica popolare di Corea, l'Eritrea, il Nicaragua, la Repubblica araba di Siria e la Repubblica Bolivariana del Venezuela.

²¹ Forti esplosioni provocate con ogni probabilità da detonazioni dolose, sono state registrate attorno all'isola danese di Bornholm.

²² V. UN Doc. S/PV.9295 con particolare riguardo agli interventi di Regno Unito, Albania e Stati Uniti.

RECENSIONI

ANGELA DI STASI, RAFFAELE CADIN, ANNA IERMANO, VALENTINA ZAMBRANO (a cura di), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, pp. 908.

1. Recensire un volume di 900 pagine con 28 contributi non è certamente agevole, non soltanto per l'ampiezza del testo ma anche per il numero dei contributi con argomenti diversi per quanto connessi da un unico filo conduttore che è quello della violenza di genere nel contesto internazionale ed europeo, come si legge nello stesso titolo. In particolare, il largo numero di contributi, di ciascuno dei quali dovrebbe riferirsi, non consente di farlo nei limiti di una tradizionale recensione. Ciò obbliga a scrivere del volume in generale senza ignorare i diversi temi trattati, ed impone altresì di non menzionare gli autori dei contributi dal momento che, da una parte sarebbe impossibile farlo per tutti, dall'altra, la menzione di alcuni soltanto, creerebbe una discriminazione inaccettabile (l'elenco completo degli autori secondo l'ordine di apparizione dei loro contributi nel volume è il seguente: A. Di Stasi, S. Angioi, R. Cadin, N. Colacino, S. De Vido, G. Giacomini, L. Manca, A. Oriolo, A. Polli, L. Prosperi, C. Scipioni, V. Tevere, S. Tonolo, D. Monego, S. Zakeri, V. Zambrano, E. Bergamini, A.R. Calabrò, R. Friedery, M. Fuellerton, A. Iermano, A.G. Lana, C. Morini, G.M. Ruotolo, T. Russo, A. Sangiorgi, F. Schiaffo, G. Sciancalepore, C. Cosentino, A. Sessa, L. Tria).

Il volume trae origine da un progetto sulle migrazioni internazionali, la sovranità dello Stato ed i diritti umani che si è svolto per alcuni anni nell'ambito del Progetto PRIN 2017 sotto la guida della Prof.ssa Angela Di Stasi, per poi avere un "seguito" tematico sulla violenza di genere nei confronti delle donne migranti grazie alla stretta collaborazione tra l'Università di Salerno e la Sapienza Università di Roma. Al termine della ricerca, allargando lo spazio ad altre sedi universitarie e non, è stato pubblicato il volume in oggetto che coinvolge autori di altre Università quali Foggia, Padova, Pavia, Verona, Sassari e Udine nonché dall'Olanda, dagli Stati Uniti, dalla Svizzera e dall'Ungheria. Il tutto completato anche con scritti di avvocati e magistrati. Il risultato è quello di un volume che presenta la tematica in oggetto in tutte le sue sfaccettature, prevalentemente giuridiche beninteso, ma non solo.

Come si legge nella prefazione, il volume è diviso in due parti, la prima, nella quale rientrano essenzialmente le pratiche di violenza contro le donne di origini tribali, religiose e culturali e la seconda nella quale si tratta, prevalentemente, delle conseguenze delle violazioni, della discriminazione di genere, nonché nella giurisprudenza relativa. Le fonti normative sono quelle classiche delle convenzioni internazionali, sia di carattere universale (Patti ONU del 1966, Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazioni razziali del 1965, Convenzione per l'eliminazione della discriminazione contro le donne del 1979, Statuto della Corte penale internazionale del 1998, nonché la Convenzione sui rifugiati del 1951); sia di carattere regionale, quale la specifica Convenzione di Istanbul dell'11 maggio

2011, nel contesto europeo, ed i testi con analoghe finalità, esistenti in Africa e America latina.

2. Le radici della violenza di genere vengono individuate, già all'inizio del volume, nelle situazioni etnico-culturali, derivanti spesso da pratiche locali; quindi, molto differenziate da una regione all'altra, anche se si riscontrano in una molteplicità di aree geografiche nelle quali si assiste ad un disallineamento fra norme internazionali e regionali, nonché ad una mancanza di un effettivo diritto internazionale che regoli la materia in modo vincolante. Ciò conduce frequentemente ad una discriminazione nei confronti delle donne, specie quando queste si trovano in una doppia condizione di vulnerabilità in quanto donne-migranti.

Si genera così una discriminazione intersezionale per l'interconnessione fra motivi di razza, classe sociale, sesso, etnia, orientamento sessuale, status ed altro.

A livello europeo questa intersezionalità è stata anche riconosciuta in una Dichiarazione del Parlamento europeo (201/2243 (INI) del 6 luglio 2022 nonché nel piano di azione contro il razzismo per il periodo 2020-2025 del 3 settembre 2020 attualmente in essere. Si sviluppa così un'ampia e diffusa violenza di genere che comprende anche la violenza domestica. In tale contesto, e nei limiti degli ordinamenti nazionali, sembrano emergere la legge spagnola e le diverse iniziative italiane, dalla legge di ratifica della Convenzione di Istanbul (legge 77 del 2013) alle più recenti normative quale il così detto "codice rosso" ed altro.

3. Fra i vari aspetti dei conflitti culturali vengono approfonditi il tema della vittimizzazione delle donne migranti ed il binomio, frequentemente evocato, migrazione e criminalità, con specifico riferimento agli immigrati di seconda generazione. In un'analisi storica della situazione in Italia si ricordano le diverse tappe dell'evoluzione culturale ed in particolare l'abrogazione dell'art. 587 c.p., che prevedeva il cosiddetto "delitto d'onore".

Lo scontro delle culture di fronte all'esigenza primaria del rispetto dei diritti umani impone la necessità di un bilanciamento tra esigenze, a volte opposte e, quando si tratta di far prevalere i diritti fondamentali a fronte di pretese esigenze culturali-locali, detta prevalenza assume valore di contro limite del rispetto della normativa internazionale.

Le diverse forme di violenza nei confronti delle donne sono puntualmente descritte, a cominciare dalla sterilizzazione forzata, spesso praticata nei confronti di minoranze rom e indigene, che rappresenta un crimine contro l'umanità, evocato dall'art. 7 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale e che a volte assume anche la forma di crimine di guerra. Ampiamente dibattuto è l'annoso problema delle mutilazioni genitali femminili esaminato, in particolare, nei confronti delle donne migranti e perpetrato spesso anche nei Paesi di accoglienza. Il tema è analizzato, muovendo dalle risoluzioni del Comitato istituito dalla Convenzione del 1979 e dalla numerosa giurisprudenza europea (CEDU), non scevra da qualche critica, e dalla stessa giurisprudenza italiana.

Sempre nello stesso contesto della violenza nei confronti delle donne è rilevante l'esame della tratta di esseri umani con finalità di sfruttamento sessuale che, dalle statistiche recenti, riguarda essenzialmente le donne provenienti dalla Nigeria, dall'Est europeo e dalla Costa d'Avorio. Il problema ha subito una evoluzione utilizzando anche il web, quale strumento a base della tratta delle donne. Infine, anche i

matrimoni forzati che, in una recente statistica, riguarderebbero 22 milioni di donne nel mondo e che ha da ultimo fatto scalpore anche in Italia, a seguito dell'uccisione di una ragazza pachistana. Il problema sussiste ancor oggi, nonostante la Convenzione di Istanbul, il ruolo del Comitato della Convenzione del 1979 e, per quanto riguarda il nostro Paese, la modifica dell'art. 558 bis, con la legge 19 luglio 2019, e l'orientamento della nostra Corte di Cassazione verso l'affermazione di una protezione sussidiaria. Il dato sopra riferito è riscontrabile in un ampio contributo che analizza tutte le diverse forme dei risultati statistici che riguardano la violenza di genere e che contribuisce a far conoscere ai lettori, giuristi in genere, le concrete dimensioni del fenomeno in tutte le sue sfaccettature.

La stessa tratta di esseri umani può assumere a volte la finalità della riduzione in schiavitù, come ha concluso la Commissione indipendente per la Libia, il 3 marzo scorso, e come è stato ampiamente argomentato; di particolare interesse le sentenze della nostra magistratura che hanno condannato gli imputati, tra l'altro, per riduzione in schiavitù. Un aspetto rilevante in tale contesto è l'individuazione della responsabilità per le violazioni compiute, in particolare nei campi profughi e le esigenze di perseguire i responsabili.

Altra analisi, che si situa nel contesto della violenza nei confronti delle donne migranti, è il sorgere, assai frequente, di un rilevante trauma emotivo di cui l'autore del contributo suggerisce che venga riconosciuto come uno dei presupposti validi per la concessione dell'asilo. Ed è proprio in questo contesto che il contributo di un magistrato esperto della materia, sottolinea la delicatezza delle valutazioni del giudice che spesso opera in un contesto eurocentrico e che dovrebbe essere affiancato da altre specialità ed essenzialmente da esperti culturali per meglio valutare le singole situazioni che deve affrontare.

Sempre nel contesto del contrasto tra regole culturali e/o religiose del Paese di origine e norme del paese di accoglienza, si pone il problema del velo islamico e delle sue forme estreme (*burqa*), considerato "*powerful external symbol*" in diverse pronunce di giurisdizioni nazionali ed europee nei confronti di normative interne che lo vietano, a volte in maniera totale, a volte soltanto nei luoghi di lavoro. Problema che, nel difficile rapporto tra diritti umani e discriminazioni, ha fatto registrare anche un diverso atteggiamento della Corte di Strasburgo, sempre più favorevole all'applicazione del diritto interno, da una parte, e del Comitato ONU, dall'altra, più propenso ad individuare atti di discriminazione.

4. Un aspetto certamente singolare, anche se assai di moda in questi anni, è il tema della violenza climatica, che viene esaminato a fondo attraverso un caso di fronte al Comitato ONU che ha riguardato le isole Kiribati e la Nuova Zelanda, evidenziando un rapporto fra cambiamenti climatici e violenza contro le donne. Lo stesso tema, come si legge in altro contributo, riguarda il trasferimento forzato di intere popolazioni per pretese esigenze climatiche, del quale sono spesso responsabili organizzazioni internazionali per la predetta delocalizzazione e per l'impatto che questa genera nei confronti delle donne.

5. Di fronte alla portata universale del problema il volume non poteva omettere l'esame di alcune situazioni concrete in determinati Paesi. In tal senso l'analisi sulla situazione dell'Afghanistan sotto il regime dei Talebani che, dopo la ripresa di Kabul e gli accordi di Doha, discrimina le donne in maniera sistematica sotto diversi

profili, da quelli più semplici relativi all'abbigliamento, al divieto di frequentare scuole, di lavorare per le Ong o per l'ONU che si conclude con una critica dell'atteggiamento del Consiglio di sicurezza al riguardo. Sulla stessa scia è ampiamente descritta la violenta repressione della rivoluzione femminile in Iran. L'analisi si sposta poi sul continente europeo ed in particolare sulla crisi russo-ucraina, evidenziando i rischi connessi per le donne migranti ed il comportamento delle forze armate russe nell'invasione dell'Ucraina. Un'ultima analisi del continente riguarda la Germania, nel cui contesto si analizzano diverse forme di discriminazione ed in particolare le violenze nei confronti delle donne che, pur avendo origini socioculturali ben diverse, si manifestano, come già si è affermato, anche nei Paesi di accoglienza ed in Germania, nel caso di specie.

Ulteriore attenzione al continente europeo riguarda la giurisprudenza della Corte di Strasburgo di cui si svolge un'analisi critica su tre casi nei confronti dell'Italia, da parte del legale che conosce bene la situazione, e che, a fronte di reiterate denunce inascoltate, evoca correttamente l'obbligo di proteggere a carico dello Stato. Altra analisi, sempre nei confronti del nostro Paese, è condotta in relazione alle donne migranti ed alle numerose discriminazioni subite, analizzate sotto le diverse forme di violenza di genere ed alla giurisprudenza della stessa Corte al riguardo, sottolineandosi la vulnerabilità delle vittime, che richiede una protezione speciale ed augurandosi un approccio protettivo più efficace.

Completa il quadro riferito all'Europa, ed in particolare all'Unione europea, un contributo che illustra almeno un aspetto positivo, cioè il progetto di direttiva dell'Unione europea sulla violenza domestica (direttiva 8 marzo 2022, la precedente decisione del Consiglio 2017/865 ed il parere della Corte di giustizia 1/2019).

6. Solo apparentemente *a latere* alla materia sopra descritta, quando in realtà ne costituisce un doveroso completamento, si presenta un contributo sulla registrazione degli atti di nascita e sul rilascio dei documenti individuali, fondamentali per diversi aspetti della protezione dei migranti, ricordando, altresì, la recente risoluzione del Consiglio dei diritti umani del 3 aprile 2023 che sollecita gli Stati a registrare i nuovi dati senza alcuna discriminazione alla nascita e sottolineando come l'assenza di registrazione non permette di conoscere i nuovi dati e facilita la scomparsa di individui, agevolando altre forme di reati, specie nei confronti dei bambini. Considerato come la risoluzione del Consiglio sopra citata evoca la registrazione di tutti gli individui senza alcuna discriminazione alla nascita, non può sfuggire, al lettore italiano, il problema tipicamente nazionale, della controversia registrazione dei figli di coppie, cosiddette "arcobaleno", che potrebbe anche coinvolgere l'intervento della nostra Corte costituzionale.

In sintesi, il volume recensito, per il rilevante numero di pagine e per l'ampiezza dei temi trattati, si presenta quasi come una utilissima "enciclopedia" sulla violenza di genere, specie nei confronti delle donne migranti, a fronte della protezione internazionale dei diritti umani.

Claudio Zanghi

COLLABORATORI DEL PRESENTE FASCICOLO

Per la sezione *Articoli e Saggi*:

PAOLO BARGIACCHI – Professore ordinario di Diritto internazionale – Università degli Studi di Enna “Kore”.

MATTEO FORNARI – Professore associato di Diritto internazionale – Università degli Studi di Milano Bicocca.

CARLOTTA CERETELLI – Assegnista di ricerca in Diritto internazionale – Università degli Studi di Padova.

LUCA ROMANO – Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche – Università degli Studi di Parma.

DIEGO ZANNONI – Ricercatore di Diritto internazionale – Università degli Studi di Padova.

Per la sezione *Note e Commenti*:

MARIACHIARA GIOVINAZZO – Dottoranda in Diritto internazionale e Diritto dell’Unione Europea – Università degli Studi di Roma ‘Sapienza’.

NICCOLÒ LANZONI – Assegnista di ricerca di Diritto internazionale – Università degli Studi di Bologna.

CESARE AUGUSTO PLACANICA – Avvocato cassazionista.

Per la sezione *Rassegne*:

EMILIA MARIA MAGRONE – Ricercatrice di Diritto internazionale – Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

Per la sezione *Recensioni*:

CLAUDIO ZANGHÌ – già Professore ordinario di Diritto internazionale – Università degli Studi di Roma ‘Sapienza’.

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXVIII

2023

RIVISTA TRIMESTRALE
DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

INDICE SOMMARIO

RICORDO DEL PRESIDENTE FRANCO FRATTINI5

ARTICOLI E SAGGI

MARIA CHIARA VITUCCI – Le ciberoperazioni e il diritto internazionale, con alcune considerazioni sul conflitto ibrido russo-ucraino	7
MICHELE NINO – The Freedom of Expression and Hate Speech in Cyberspace	33
MARTINA DI LOLLO – Alla ricerca di una crescita economica inclusiva: il ruolo delle IFI nell’attuazione delle politiche <i>gender sensitive</i>	59
ANNITA LARISSA SCIACOVELLI – International Law Aspects of Information Warfare in the Digital Age	197
DONATO GRECO – Considerazioni critiche sull’obbligo di condurre una valutazione di impatto ambientale nel diritto internazionale	221
UGO VILLANI – Possibili vie di pace per la guerra in Ucraina	399
PAOLO BARGIACCHI – Alcune riflessioni sulla legittima difesa nel diritto internazionale (I parte)	435
SARA DE VIDO – Approcci giuridici femministi al diritto internazionale: verso un diritto eco-femminista e post-umano?	453
CLAUDIA CINELLI – The Evolving Regulatory Framework for Space Resource Utilization	483
PAOLO BARGIACCHI – Alcune riflessioni sulla legittima difesa nel diritto internazionale (II parte)	601
MATTEO FORNARI – Questioni di diritto internazionale umanitario nella “operazione militare speciale” della Federazione Russa in Ucraina	627
DIEGO ZANNONI – The Slow Atrophy of the Principle of the Peaceful Use of Outer Space	657
CARLOTTA CERETELLI – Indigenous Peoples’ Rights and Sustainable Development: An International Economic Law Perspective	687
LUCA ROMANO – Food Loss and Waste: A New Challenge for the International Law on Sustainable Development?	717

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

VINCENZO LORUBBIO – Prevenzione della tortura in Europa: la complessa triangolazione istituzionale tra CPT, SPT e NPMS. <i>Cui prodest?</i>	119
---	-----

EDUARDO SAVARESE – Indipendenza dei giudici e procedimenti disciplinari tra diritti umani e <i>rule of law</i>	295
ANNA FAZZINI – L'applicabilità extraterritoriale degli obblighi positivi in materia di diritti umani: il rimpatrio dei familiari dei <i>foreign fighters</i> francesi	323
FRANCESCO SEATZU – Les requêtes individuelles à caractère abusif devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme: réflexions critiques après l'arrêt <i>Zambrano c. France</i>	547

OSSERVATORIO EUROPEO

CLAUDIA MORINI – Alcune riflessioni sulla non neutralità dei bilanci: <i>focus</i> su Unione europea e <i>gender budgeting</i>	93
FEDERICO CASOLARI – L'Unione europea e la gestione dei disastri: considerazioni di natura sistemica a partire dalla reazione sovranazionale alla pandemia di Covid-19	249
ANDREA MENSI – Sviluppo sostenibile e meccanismi di risoluzione delle controversie negli accordi commerciali conclusi dall'Unione europea: criticità e nuove prospettive	271

NOTE E COMMENTI

CRISTINA EVANGHELIA PAPADIMITRIU – Le comunità energetiche rinnovabili: le protagoniste della transizione ecologica	47
MIRKO SOSSAI – Il ruolo del diritto internazionale nel Comunicato finale del Vertice NATO di Vilnius	511
JEAN PAUL PIERINI – La recente riforma delle intercettazioni per fini di <i>intelligence</i> , il diritto UE e la giurisprudenza della Corte EDU	529
MARIACHIARA GIOVINAZZO – Recent Developments in ICJ's Jurisprudence on the Identification of Customary Law	743
NICCOLÒ LANZONI – Diritti sovrani, interessi comuni e patrimonio dell'umanità: alcune osservazioni sulle modalità di accesso e ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche	759
CESARE AUGUSTO PLACANICA – Osservazioni critiche sulla sentenza 159/2023 della Corte Costituzionale sul Fondo Ristori per le vittime italiane dei crimini nazisti	777

NOTE DI LETTURA

MASSIMO IOVANE sul volume di GIORGIO SACERDOTI, <i>Diritto ed ebraismo. Italia, Europa, Israele. Sessant'anni di interventi e battaglie civili</i> (Bologna, Il Mulino, 2021, pp. 563)	557
--	-----

RASSEGNE

ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Nazioni Unite

Assemblea generale (75ª sessione), p. 143

QUESTIONI GIURIDICHE

1. Premessa, p. 143; 2. Rapporto della Commissione delle Nazioni Unite sul diritto del commercio internazionale (UNCITRAL), p. 143; 3. Programma di assistenza dell'ONU per l'insegnamento, lo studio, la diffusione e il più ampio apprezzamento del diritto internazionale, p. 146; 4. Protezione delle persone in caso di disastri, p. 148; 5. Altri temi in discussione, p. 151.

Giulia Ciliberto

Assemblea generale (77ª sessione), p. 371

QUESTIONI POLITICHE E DECOLONIZZAZIONE

1. Premessa, p. 371; 2. Situazione in Afghanistan, p. 371; 3. Situazione in Medio Oriente: la questione della Palestina, p. 373; 4. Necessità di porre termine all'embargo degli Stati Uniti contro Cuba, p. 377; 5. Tutela dei diritti delle donne, p. 378; 6. Decolonizzazione, p. 380.

Maria Vittoria Zecca

Consiglio di sicurezza (gennaio-giugno 2022), p. 165

1. Considerazioni introduttive, p. 165; 2. Il rinnovo dei mandati delle *peace-keeping operations*, di missioni di osservazione e di altri meccanismi, p. 165; 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. 166; 4. Convocazione di una sessione speciale di emergenza dell'Assemblea generale riguardo la situazione in Ucraina, p. 167; 5. Meccanismo internazionale residuale per i tribunali penali, p. 168; 6. La sicurezza marittima nel Golfo di Guinea, p. 168; 7. Fissazione della data per l'elezione del nuovo membro della Corte internazionale di giustizia, p. 169; 8. La situazione in Somalia: il Consiglio di sicurezza approva la riconfigurazione dell'AMISOM in *African Union Transition Mission in Somalia* (ATMIS) proposta dall'Unione africana, p. 169.

Luigi D'Ettorre

Consiglio di sicurezza (luglio-dicembre 2022), p. 385

1. Considerazioni introduttive, p. 385; 2. La situazione in Medio Oriente, p. 385; 3. La situazione riguardante il Sahara Occidentale, p. 386; 4. Il Myanmar, p. 388; 5. Questioni generali sulle sanzioni, p. 390.

Emilia Maria Magrone

Consiglio di sicurezza (gennaio-giugno 2023), p. 789

1. Considerazioni introduttive, p. 789; 2. La risoluzione sul Sudan, p. 789; 3. La risoluzione sulla Repubblica del Sudan del Sud e la proroga del mandato della UNMISS, p. 791; 4. La risoluzione relativa all'*hate speech*, p. 796; 5. La risoluzione riguardante la situazione in Mali e il ritiro dell'operazione MINUSMA, p. 798; 6. Il progetto di risoluzione sul sabotaggio del gasdotto Nord Stream, p. 799.

Emilia Maria Magrone

Istituti Specializzati delle Nazioni Unite e altre organizzazioni e istituzioni internazionali

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP)
L'attività dell'UNEP nel periodo 2018-2022, p. 171

Mario Gervasi

ORGANIZZAZIONI REGIONALI NELL'AFRICA SUB-SAHARIANA
L'attività nel 2018-2023, p. 565

Elisa Tino

RECENSIONI

FASC. 1

MARIBEL GONZÁLEZ PASCUAL, AIDA TORRES PÉREZ (eds.), *Social Rights and the European Monetary Union. Challenges Ahead*, Cheltenham, Edward Elgar, 2022, pp. 238 (*Giulia Ciliberto*), p. 187.

FASC. 4

ANGELA DI STASI, RAFFAELE CADIN, ANNA IERMANO, VALENTINA ZAMBRANO (a cura di), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, pp. 908 (*Claudio Zanghi*), p. 801.

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXVIII

2023

QUARTERLY JOURNAL
OF THE ITALIAN SOCIETY FOR INTERNATIONAL ORGANIZATION

GENERAL SUMMARY

IN MEMORY OF PRESIDENT FRANCO FRATTINI5

ARTICLES AND ESSAYS

MARIA CHIARA VITUCCI – Cyber Operations and International Law with Observations on the Russian-Ukrainian Hybrid War	7
MICHELE NINO – The Freedom of Expression and Hate Speech in Cyberspace	33
MARTINA DI LOLLO – Seeking Inclusive Economic Growth: The Role of the International Financial Institutions in the Implementation of Gender-Sensitive Policies	59
ANNITA LARISSA SCIACOVELLI – International Law Aspects of Information Warfare in the Digital Age	197
DONATO GRECO – Critical Remarks on the Obligation to Carry Out an Environmental Impact Assessment in International Law	221
UGO VILLANI – Possible Roads of Peace for the War in Ukraine	399
PAOLO BARGIACCHI – Some Considerations on Self-Defence in International Law (Part I)	435
SARA DE VIDO – Feminist Approaches to International Law: Towards an Ecofeminist and Post-Human Law?	453
CLAUDIA CINELLI – The Evolving Regulatory Framework for Space Resource Utilization	483
PAOLO BARGIACCHI – Some Considerations on Self-Defence in International Law (Part II)	601
MATTEO FORNARI – International Humanitarian Law Issues in the “Special Military Operation” of the Russian Federation in Ukraine	627
DIEGO ZANNONI – The Slow Atrophy of the Principle of the Peaceful Use of Outer Space	657
CARLOTTA CERETELLI – Indigenous Peoples’ Rights and Sustainable Development: An International Economic Law Perspective	687
LUCA ROMANO – Food Loss and Waste: A New Challenge for the International Law on Sustainable Development?	717

HUMAN RIGHTS OBSERVATORY

VINCENZO LORUBBIO – Preventing Torture in Europe: The Tricky Triangulation Between CPT, SPT and NPMs. <i>Cui prodest?</i>	119
EDUARDO SAVARESE – The Independence of Judges and Disciplinary Proceedings Between Human Rights and Rule of Law	295

ANNA FAZZINI – The Extraterritorial Applicability of Positive Human Rights Obligations: The Repatriation of Family Members of French Foreign Fighters	323
FRANCESCO SEATZU – Individual Abusive Applications Before the European Court of Human Rights: Some Critical Reflections after the <i>Zambrano v. France</i> Judgment	547

EUROPEAN OBSERVATORY

CLAUDIA MORINI – Some Reflections on the Non-Neutrality of Budgets: A Focus on the European Union and Gender Budgeting	93
FEDERICO CASOLARI – The European Union and Disaster Management: A Critical Appraisal of the Supranational Response to COVID-19 Pandemic	249
ANDREA MENSI – Sustainable Development and Dispute Settlement Mechanisms in EU Free Trade Agreements: Criticalities and New Trends	271

NOTES AND COMMENTS

CRISTINA EVANGHELIA PAPADIMITRIU – Renewable Energy Communities: The Protagonists of Ecological Transition	347
MIRKO SOSSAI – The Role of International Law in the NATO’s Vilnius Summit Final Communiqué	511
JEAN PAUL PIERINI – The Recent Reform of the Interceptions by the Intelligence, the EU Legal Framework and the Jurisprudence of the EctHR	529
MARIACHIARA GIOVINAZZO – Recent Developments in ICJ’s Jurisprudence on the Identification of Customary Law	743
NICCOLÒ LANZONI – Sovereign Rights, Common Interests and World Heritage: Some Observations on the Access to Genetic Resources and the Sharing of Benefits Arising from Their Utilisation	759
CESARE AUGUSTO PLACANICA – Critical Remarks on the Constitutional Court Judgment No. 159/2023 on the ‘Ristori’ Fund for the Italian Victims of Nazi Crimes	777

READING NOTES

MASSIMO IOVANE on the book by GIORGIO SACERDOTI, <i>Diritto ed ebraismo. Italia, Europa, Israele. Sessant’anni di interventi e battaglie civili</i> (Bologna, Il Mulino, 2021, pp. 563)	557
---	-----

SURVEYS

ACTIVITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

United Nations

General Assembly (75th session), p. 143

LEGAL ISSUES

1. Preliminary remarks, p. 143; 2. Report of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), p. 143; 3. UN Programme of Assistance in the Teaching, Study, Dissemination and Wider Appreciation of International Law, p. 146; 4. Protection of persons in the event of disasters, p. 148; 5. Other subjects, p. 151.

Giulia Ciliberto

General Assembly (77th session), p. 371

POLITICAL ISSUES AND DECOLONIZATION

1. Preliminary remarks, p. 371; 2. The situation in Afghanistan, p. 371; 3. The situation in the Middle East: The Palestinian issue, p. 373; 4. The necessity of ending the US embargo against Cuba, p. 377; 5. Protection of women's rights, p. 378; 6. Decolonization, p. 380.

Maria Vittoria Zecca

Security Council (January-June 2022), p. 165

1. Preliminary remarks, p. 165; 2. The renewal of the mandates of peacekeeping operations, of observatory missions and other mechanisms, p. 165; 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. 166; 4. Calling an emergency special session of the General Assembly regarding the situation in Ukraine, p. 167; 5. International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, p. 168; 6. Maritime security in the Gulf of Guinea, p. 168; 7. Date of election of a new member of the International Court of Justice, p. 169; 8. The situation in Somalia: The Security Council approves the reconfiguration of AMISOM into the African Union Transition Mission in Somalia (ATMIS), proposed by the African Union, p. 169.

Luigi D'Ettorre

Security Council (July-December 2022), p. 385

1. Preliminary Remarks, p. 385; 2. The situation in the Middle East, p. 385; 3. The situation in Western Sahara, p. 386; 4. Myanmar, p. 388; 5. General issues about sanctions, p. 390.

Emilia Maria Magrone

Security Council (January-June 2023), p. 789

1. Preliminary remarks, p. 789 2. The Resolution on Sudan, p. 789; 3. The Resolution on the Republic of South Sudan and the extension of the mandate of UNMISS, p. 791; 4. The Resolution about hate speech, p. 796; 5. The Resolution about the situation in Mali and the decision to terminate MINUSMA's mandate, p. 798; 6. The draft resolution on sabotage against the Nord Stream gas pipeline, p. 799.

Emilia Maria Magrone

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

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME (UNEP)
The activities of UNEP in 2018-2022, p. 171

Mario Gervasi

REGIONAL ORGANIZATIONS IN SUB-SAHARAN AFRICA
The activities in 2018-2023, p. 565

Elisa Tino

REVIEW OF BOOKS

ISSUE 1-23

MARIBEL GONZÁLEZ PASCUAL, AIDA TORRES PÉREZ (eds.), *Social Rights and the European Monetary Union. Challenges Ahead*, Cheltenham, Edward Elgar, 2022, pp. 238 (*Giulia Ciliberto*), p. 187.

ISSUE 4-23

ANGELA DI STASI, RAFFAELE CADIN, ANNA IERMANO, VALENTINA ZAMBRANO (a cura di), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, pp. 908 (*Claudio Zanghi*), p. 801.