

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXIX

2024

N. 3

RIVISTA TRIMESTRALE
DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

INDICE

ARTICOLI E SAGGI

FRANCESCA ROMANIN JACUR – L'evoluzione del diritto internazionale dell'ambiente tra prassi successiva e interpretazione giudiziale degli accordi.....	383
ANDREA MENSI – The Identification of International Non-Binding Agreements Through the Lens of Subjective and Objective Indicators: Fiction or Reality?.....	413
LUCA MARTELLI – I “paradisi ambientali”: prima che economico, un fenomeno giuridico di diritto internazionale.....	445
MARIO PASQUALE AMOROSO – Convergence and Divergence Between International Humanitarian Law and the Law of Neutrality in Inter-State Military Assistance: Lessons from Recent State Practice in the Russia-Ukraine Conflict.....	469
ROSA STELLA DE FAZIO – Alcune considerazioni sul Trattato a tutela della biosostenibilità marina.....	499

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

ANTONINO ALÌ – Encryption Backdoors on Trial: The <i>Telegram</i> Case Before the European Court of Human Rights.....	525
GRAZIA ELEONORA VITA – Cambiamento climatico e diritti umani. Note alla sentenza della Corte europea dei diritti umani <i>Verein KlimaSeniorinnen e altri c. Svizzera</i>	541

OSSERVATORIO EUROPEO

FABIOLA MASSA – La tutela brevettuale del farmaco nell'ordinamento multilivello tra passato e futuro.....	557
---	-----

RASSEGNE

Istituti Specializzati delle Nazioni Unite e altre organizzazioni e istituzioni internazionali

ORGANIZZAZIONI REGIONALI IN AMERICA LATINA E NEI CARAIBI
L'attività nel 2020-2024 (prima parte), p. 579

Piero Pennetta, Elisa Tino

RECENSIONI

E. LATOSZEK, A. KLOS (edited by), *Global Public Goods and Sustainable Development in the Practice of International Organizations: Responding to Challenges of Today's World*, Brill, Boston, 2023, pp. XXVI-386 (*Susanna Cafaro*), p. 595

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXIX

2024

N. 3

QUARTERLY JOURNAL
OF THE ITALIAN SOCIETY FOR INTERNATIONAL ORGANIZATION

SUMMARY

ARTICLES AND ESSAYS

- FRANCESCA ROMANIN JACUR – The Evolution of International Environmental Law Between Subsequent Practice and Judicial Interpretation of Treaties.....383
- ANDREA MENSI – The Identification of International Non-Binding Agreements Through the Lens of Subjective and Objective Indicators: Fiction or Reality?.....413
- LUCA MARTELLI – “Pollution Havens”: Primarily an Issue of International Law Rather Than an Economic Phenomenon.....445
- MARIO PASQUALE AMOROSO – Convergence and Divergence Between International Humanitarian Law and the Law of Neutrality in Inter-State Military Assistance: Lessons from Recent State Practice in the Russia-Ukraine Conflict.....469
- ROSA STELLA DE FAZIO – Critical Remarks on the BBNJ Treaty.....499

HUMAN RIGHTS OBSERVATORY

- ANTONINO ALI – Encryption Backdoors on Trial: The *Telegram* Case Before the European Court of Human Rights.....525
- GRAZIA ELEONORA VITA – Climate Change and Human Rights. Notes to ECtHR Judgement *Verein KlimaSeniorinnen and others v. Switzerland*.....541

EUROPEAN OBSERVATORY

- FABIOLA MASSA – Patent Protection of Medicines in the Multilevel Legal System Between Past and Future.....557

SURVEYS

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

REGIONAL ORGANIZATIONS IN LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN

The activities in 2020-2024 (Part I), p. 579.

Piero Pennetta, Elisa Tino

REVIEW OF BOOKS

E. LATOSZEK, A. KLOS (edited by), *Global Public Goods and Sustainable Development in the Practice of International Organizations: Responding to Challenges of Today's World*, Brill, Boston, 2023, pp. XXVI-386 (*Susanna Cafaro*), p. 595.

ARTICOLI E SAGGI

L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE DELL'AMBIENTE TRA PRASSI SUCCESSIVA E INTERPRETAZIONE GIUDIZIALE DEGLI ACCORDI

FRANCESCA ROMANIN JACUR

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le Conferenze delle Parti come *motore* dell'evoluzione dei trattati ambientali. – 2.1. La natura dinamica dei trattati ambientali. – 2.2. La natura giuridica delle decisioni della CoP come prassi o accordi successivi ai sensi della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. – 3. L'interpretazione del diritto internazionale dell'ambiente da parte dei tribunali internazionali. – 3.1. Il contenzioso climatico. – 3.2. Il potenziale contributo dei tribunali arbitrali sugli investimenti allo sviluppo del diritto internazionale dell'ambiente. – 4. Conclusioni

1. La cooperazione internazionale in materia ambientale avviene principalmente attraverso i numerosissimi trattati multilaterali (*Multilateral Environmental Agreements* – MEAs), che affrontano le diverse sfide ambientali. Per consolidare l'attuazione dei trattati occorre che questi siano in grado di aggiornarsi e fornire risposte adeguate ai problemi ambientali che il trattato mira a risolvere anche alla luce di nuovi sviluppi politici, scientifici e tecnologici. In questo contesto, il presente contributo riflette sullo sviluppo del diritto internazionale dell'ambiente nel contesto di questi trattati e sulla loro natura di *living treaties*. La prassi mostra come le decisioni delle Conferenze delle Parti (CoP) per aggiornare i trattati evitano le lungaggini e i blocchi delle procedure formali di emendamento. Ma qual è la natura giuridica di queste decisioni? Possono considerarsi come prassi o accordi successivi nell'interpretazione del trattato ai sensi della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati? Una seconda serie di riflessioni riguarda come giudici internazionali e nazionali si pongono nei confronti dei trattati ambientali e di questi sviluppi normativi. Come considerano i giudici nazionali e internazionali le norme pattizie dei trattati ambientali e gli sviluppi normativi successivi alla loro adozione? Può la prassi successiva contribuire a specificare gli standard di diligenza non solo in materia ambientale, ma anche di tutela dei diritti dell'uomo?

2. Come si accennava, la cooperazione internazionale in materia ambientale, vista l'impossibilità di creare un'organizzazione ambientale globale, avviene principalmente attraverso numerosissimi MEAs, che affrontano caso per caso le diverse sfide ambientali: dall'inquinamento atmosferico e marino alla tutela delle specie di fauna e flora a rischio di estinzione, dal movimento di rifiuti e sostanze pericolose alla protezione dello strato di ozono, dalla desertificazione al cambiamento climatico, per fare alcuni esempi. Dal Summit di Rio de Janeiro nel 1992 (*United Nations Conference on Environment and Development*, UNCED) e fino a intorno gli anni Duemila vi è una forte proliferazione di trattati multilaterali. Negli anni a seguire, dal Summit di Johannesburg (2002) in poi, vi è un rallentamento nell'adozione di nuovi accordi e il focus si sposta sulla necessità di far funzionare i trattati esistenti e di rafforzare i meccanismi di cooperazione tra trattati ambientali, e di meglio coordinarli con accordi di tipo economico, quali la tutela del commercio e degli investimenti stranieri, e con le convenzioni a tutela dei diritti umani, per fornire una risposta integrata e coerente alle sfide della sostenibilità¹. Dopo un importante ricorso all'adozione di nuovi accordi e protocolli fino ai primi Anni Duemila, che aveva come principale obiettivo l'adozione di nuovi trattati per *espandere* la normativa ambientale, nelle ultime due decadi si è assistito a un crescente uso delle decisioni delle Conferenze delle Parti per dare attuazione ai trattati esistenti e dunque per *approfondirne* la portata. Le CoP e la loro attività normativa sono dunque il *motore* dello sviluppo normativo degli accordi ambientali e contribuiscano a migliorarne l'attuazione e a far progredire il diritto internazionale dell'ambiente.

Gli accordi multilaterali in materia ambientale sono spesso convenzioni quadro, in cui le parti si accordano su principi e obblighi generali e stabiliscono una struttura istituzionale e procedure decisionali come base per la loro futura cooperazione, stabilendo le fondamenta del processo per l'ulteriore sviluppo di obblighi sostanziali². In generale le strutture istituzionali dei MEAs assumono forme diverse e non sono riconducibili a un modello unico, anche se hanno caratteristiche

¹ J.E. VIÑUALES, *The Rise and Fall of Sustainable Development*, in *Review of European Community & International Environmental Law*, 2013, 3-13.

² Sulle convenzioni quadro, si veda A. KISS, *Les traités-cadre, une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement*, in *Annuaire français de droit international*, 1993, 792. O. SCHACHTER, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, 1991, 75: «The treaty arrangements are often referred to as *régimes*, thereby stressing their institutional character and their continuing regulatory function».

comuni. Ciascun trattato ambientale istituisce la rispettiva CoP, l'organo plenario che ne governa il funzionamento e l'effettiva attuazione. Le CoP non sono un organo permanente, ma si riuniscono periodicamente, generalmente ogni uno o due anni. Le riunioni delle CoP si svolgono in diversi Paesi a rotazione, a seconda dello Stato che detiene la presidenza. Le CoP sono supportate da un Segretariato per gli aspetti amministrativi e da altri organi sussidiari che insieme formano l'apparato istituzionale del trattato. I trattati ambientali che istituiscono le CoP e ne individuano le funzioni non fanno alcun riferimento esplicito né all'intenzione di creare un'organizzazione internazionale, né al riconoscimento di una loro personalità giuridica autonoma. Si ritiene che tale prassi rifletta la volontà degli Stati di lasciare la questione in sospeso, non definita: la loro natura giuridica e la potenziale equiparazione a organizzazioni internazionali resta dunque una questione aperta che intrattiene gli studiosi da diversi decenni³.

Gli Stati parti affidano alle rispettive CoP diverse funzioni, alcune espressamente previste dal trattato per garantirne il buon funzionamento, quali ad esempio il compito di sviluppare e rafforzare progressivamente gli impegni iniziali, e monitorarne l'attuazione. Oltre all'assegnazione di funzioni esplicite, i MEAs possono prevedere – anche in modo generico – che la propria CoP possa adottare decisioni che si rendano necessarie per garantirne l'efficiente attuazione⁴. Sul piano istituzionale, ad esempio, le CoP intervengono creando organi sussi-

³ La dottrina è divisa: alcuni autori considerano le CoP come conferenze diplomatiche; altri le considerano *informal international organizations*, e altri ancora riconoscono loro addirittura funzioni *legislative*. Sulla natura giuridica delle CoP, si veda J. WERKSMAN, *The Conference of Parties to Environmental Treaties*, in WERKSMAN (ed.), *Greening International Institutions*, London, 1996, 55; A. WIERSEMA, *Conference of the Parties to Multilateral Environmental Agreements: The New International Law-Makers?*, in *ASIL Proceedings of the Annual Meeting*, marzo 2009, 74; R. CHURCHILL, G. ULFSTEIN, *Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Treaties: A Little Noticed Phenomenon in International Law*, in *American Journal of International Law*, 2000, 623; F. ROMANIN JACUR, *Les Conférences des Parties des conventions internationales de protection de l'environnement en droit international général*, in S. MALJEAN-DUBOIS, L. RAJAMANI (eds.), *The Implementation of International Environmental Law*, Leiden, 2011, 251; INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *15^e Commission*, Report on 'Statute and Functions of the Conference of the Parties to a Treaty', Rapporteurs: G. BASTID-BURDEAU, M. FITZMAURICE, Sessione di Angeri, 2023, 240, a 241: «A common trend (...) is that the powers of COP are expanding, and do at present include law-making». (reperibile *online* www.idi-iil.org) (di seguito Rapporto IDI).

⁴ Si veda, ad esempio, Convenzione di Aarhus, art. 10; Convenzione di Basilea, art. 15; Convenzione di Vienna sull'Ozono, art. 6; Protocollo di Montreal, art. 11; Convenzione sulla Diversità Biologica (CBD), art. 23; Convenzione di Rotterdam sul consenso preventivo informato (PIC), art. 18; Convenzione di Stoccolma sugli inquinanti organici persistenti, art. 19; Convenzione sulla lotta alla desertificazione, art. 22.

diari, quali ad esempio i comitati di *compliance*, e sul piano normativo, adottando decisioni che specificano, integrano e interpretano le disposizioni pattizie.

Le decisioni delle CoP possono essere di natura *legislativa*, amministrativa, attuativa e quasi giudiziale. Nell'esercizio di queste ultime competenze, le CoP adottano atti che variano notevolmente nel loro contenuto e nella loro natura giuridica: da decisioni di tipo raccomandatorio (*soft law*), a protocolli ed emendamenti giuridicamente vincolanti in quanto previsti dall'accordo istitutivo, ad altre decisioni riguardanti l'attuazione del trattato, la cui base giuridica è solo implicitamente riconducibile al trattato. Se le decisioni prese dalla CoP sono riconducibili agli Stati parti, come per l'adozione di protocolli ed emendamenti, che devono essere ratificati dagli Stati per entrare in vigore, l'esercizio di tale funzione normativa non può dirsi autonoma. Invece, quando le CoP adottano decisioni che hanno effetto immediato, anche se spesso non sono giuridicamente vincolanti, può dirsi che esse esercitano una competenza autonoma, soprattutto quando siano adottate a maggioranza o per consensus⁵.

Considerando poi l'ambito di applicazione e i destinatari a cui gli atti sono rivolti vi sono decisioni che riguardano aspetti istituzionali e sono destinate ad operare essenzialmente all'interno del trattato⁶ e decisioni di natura *esterna*, quali gli accordi di sede con lo Stato – o l'organizzazione internazionale – che ospita il Segretariato o altri organi sussidiari⁷.

Vi sono poi casi in cui il trattato espressamente identifica le modalità per l'adozione di decisioni affinché siano giuridicamente vincolanti⁸, o altrimenti clausole di attribuzione di competenze generiche

⁵ L'unica grande eccezione per l'adozione di decisioni direttamente vincolanti a maggioranza per tutti gli Stati senza necessità di espressa ratifica (dopo sei mesi dalla loro adozione) e senza possibilità di *opting out*, è l'art. 2, par. 9. del Protocollo di Montreal. Si veda J. BRUNNÉE, *Coping with Consent: Law-Making Under Multilateral Environmental Agreements*, in *Leiden Journal of International Law*, 2002, 1.

⁶ Ad esempio, le decisioni che creano comitati di *compliance* e ne determinano il funzionamento, adottando i regolamenti di procedura e il *budget*.

⁷ Ancora per quanto riguarda le relazioni esterne, le CoP concludono accordi, generalmente *Memorandum of understanding*, con organismi finanziari, come la Banca Mondiale. Le c.d. Convenzioni di Rio e altri accordi fanno riferimento al *Global Environment Facility* (GEF) come strumento di attuazione dei propri obblighi finanziari. Il GEF finanzia progetti in materia di biodiversità, cambiamento climatico, riduzione dello strato di ozono, inquinanti organici persistenti, e degrado del territorio attuando le linee guida ricevute dalle CoP dei rispettivi accordi.

⁸ È questo il caso dell'art. 18 del Protocollo di Kyoto sulla creazione del sistema di *compliance*.

per attività necessarie al funzionamento del trattato⁹ e infine le competenze implicite.

Pur non essendo formalmente delle organizzazioni internazionali, le CoP svolgono nella prassi funzioni molto simili. In una prospettiva funzionale quindi, sebbene al momento della loro creazione esse non siano organizzazioni internazionali, la loro natura giuridica – e con essa il godimento della personalità giuridica internazionale – può evolvere nel tempo, se – e a seconda di come – esercitano le proprie competenze, originariamente ancora implicite o *embrionali*. In questa prospettiva le CoP possono essere considerate istituzioni dinamiche¹⁰.

2.1. Per quanto riguarda l'evoluzione nel tempo dei MEAs, mossi dall'esigenza di affrontare in modo efficace le sfide ambientali, è possibile riscontrare l'adozione di differenti modelli normativi. Il regime per la protezione dell'ozono, costituito dalla Convenzione di Vienna e dal Protocollo di Montreal, rappresenta un modello di successo che – anche grazie a congiunture favorevoli di natura economica e tecnologica – è riuscito ad evolversi nel tempo e ha affrontato con successo il problema del buco nell'ozono. I trattati in questione si sono evoluti secondo un modello fortemente ancorato a processi normativi tradizionali, attraverso l'adozione periodica di emendamenti formali. L'attuazione di questi obblighi previsti da strumenti normativi di carattere obbligatorio è rafforzata dal controllo periodico e piuttosto severo sul loro rispetto da parte del sistema di *compliance* previsto dal Protocollo di Montreal¹¹.

Un altro esempio di trattato che si è sviluppato con successo è la Convenzione di Washington sul commercio internazionale delle specie di fauna e flora selvatiche minacciate di estinzione (CITES). Qui la prassi, sempre tramite decisioni degli organi istituiti dal trattato, ha

⁹ Esempi in tal senso sono gli articoli 6, 12 e 17 del Protocollo di Kyoto, che dispongono i criteri generali per la creazione dei meccanismi di flessibilità.

¹⁰ Per un approfondimento, v. F. ROMANIN JACUR, *The Dynamics of Multilateral Environmental Agreements. Institutional Architectures and Law-making Processes*, Napoli, 2013, 240.

¹¹ Sul Protocollo di Montreal e, in particolare, sul relativo meccanismo di *compliance*, si rimanda a G. BANKOBEZA, *Ozone Protection. The International Legal Regime*, Utrecht, 2005; P.-M. DUPUY, *Protection internationale de la couche d'ozone et spécificité relative des régimes spéciaux de contrôle de l'application du Droit International*, in A. WEBER (Hrsg.), *Währung und Wirtschaft. Das Geld im Recht. Festschrift für Prof. Hugo J. Hahn zum 70. Geburtstag*, Baden Baden, 1996, 539; M. KOSKENNIEMI, *Breach of treaty or non compliance? Reflections on the enforcement of the Montreal Protocol*, in *Yearbook of International Environmental Law*, 1992, 125.

sviluppato un sistema di controllo dell'attuazione estremamente efficace, basato sull'emanazione di contromisure commerciali adottate su raccomandazione della CoP nei confronti di Stati inadempienti. Tali misure possono comportare la sospensione dello Stato dal commercio internazionale di alcune specie di fauna o flora coperte dalla Convenzione per un certo periodo e sono attuate collettivamente dagli Stati parti attraverso proprie misure nazionali che limitano – o addirittura vietano – il commercio di specie protette provenienti dallo Stato inadempiente¹². Questo sistema ha mostrato di essere particolarmente efficace, al punto che anche la mera minaccia della sanzione è spesso bastata come incentivo al rispetto degli impegni assunti.

Interessante è l'evoluzione normativa nel quadro della Convenzione sulla diversità biologica (CBD) che si è sviluppata alternando decisioni della CoP all'adozione di Protocolli. La CBD è una convenzione multilaterale (conta 193 Stati parti) i cui tre scopi principali sono promuovere la conservazione della biodiversità, l'uso sostenibile dei suoi componenti e la giusta ed equa condivisione dei benefici derivanti dall'uso delle risorse genetiche tra fornitori e utilizzatori¹³. La CoP della CBD ha progressivamente sviluppato i principi della sovranità degli Stati sulle risorse naturali, dell'equità, dell'accesso e della condivisione dei benefici e delle conoscenze tradizionali associate alle risorse biologiche. A partire dai primi anni 2000, la CoP e altri organi del trattato si sono concentrati sull'attuazione adottando diverse decisioni non vincolanti in materia di accesso e condivisione dei benefici (le c.d. *Bonn Guidelines*¹⁴). La nozione di equa ripartizione dei benefici è stata progressivamente sviluppata dalla CoP in una serie di decisioni ed è stata successivamente resa operativa in termini giuridicamente vincolanti dal Protocollo di Nagoya. Il Protocollo crea un pionieristico quadro giuridico multilivello che regola l'accesso alle risorse genetiche e alle conoscenze tradizionali delle comunità indigene e locali, seguendo il principio del consenso preventivo informato (PIC),

¹² Queste misure si fondano su una doppia base giuridica: le raccomandazioni di non *compliance* della CoP in combinato disposto con l'art. 14 della Convenzione CITES, che autorizza le parti ad adottare misure nazionali più rigorose in materia di commercio di specie minacciate di estinzione. S. BINIAZ, *Remarks about the CITES Compliance Regime*, in U. BEYERLIN, P.T. STOLL, R. WOLFRUM (eds.), *Ensuring Compliance with Multilateral Environmental Agreements*, Leiden, 2006, 89.

¹³ Convenzione sulla Diversità Biologica, art. 1.

¹⁴ Sixth Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity, *Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization* (Decision VI/24, Doc. UNEP/CBD/COP6/20 (2002).

e garantisce un'adeguata condivisione dei benefici derivanti dal loro utilizzo secondo il principio dell'accordo reciproco sulle condizioni (MAT)¹⁵. Questo quadro normativo include norme internazionali pattizie, norme di diritto interno (ad esempio, diritto dei contratti), e possono rilevare anche requisiti stabiliti dalle decisioni della CoP, in particolare quando questi siano richiamati dal diritto applicabile o incorporati nei contratti¹⁶. Il corretto funzionamento di questo sistema multilivello, attuato anche attraverso autorità nazionali e locali, con la partecipazione delle comunità locali, opera sotto la supervisione degli organi del Protocollo e la sua effettiva attuazione è periodicamente verificata dalla CoP e dal meccanismo di *compliance*¹⁷.

Il regime sui cambiamenti climatici rappresenta certamente l'esempio più significativo del dinamismo, della flessibilità e della relativa informalità con cui si è data attuazione ai trattati: il Protocollo di Kyoto, prima, e più recentemente, l'Accordo di Parigi. Il regime sul cambiamento climatico rappresenta infatti un *laboratorio sperimentale* di governance ambientale. Già il Protocollo di Kyoto è un trattato la cui CoP ha emanato *pacchetti* di decisioni attuative anche in via provvisoria prima (e nel dubbio!) che il Protocollo entrasse in vigore. Tali decisioni, i cosiddetti *Accordi di Marrakech*, regolano il funzionamento dei meccanismi di flessibilità e del sistema di *compliance* i cui tratti generali sono solo abbozzati dal Protocollo di Kyoto. Si tratta di aspetti centrali di detto strumento che hanno dato vita ad un mercato internazionale di scambio di quote di emissioni di CO², affiancato da un sistema di controllo sull'effettiva riduzione delle emissioni dichiarate¹⁸. Questa spinta in avanti dell'attuazione appare innovativa e ri-

¹⁵ Protocollo di Nagoya, articoli 6 e 6, par. 3, lett. g).

¹⁶ Il Protocollo di Nagoya mira a rafforzare la certezza del diritto nell'accesso e nell'utilizzo delle risorse genetiche e delle conoscenze tradizionali associate e a rafforzare la fiducia reciproca tra i fornitori e gli utilizzatori, siano essi Stati o attori non statali. Tali disposizioni si rivolgono dunque direttamente agli Stati che dovrebbero adottare una legislazione appropriata in materia, ma riguardano anche soggetti privati che sono coinvolti in operazioni contrattuali su ABS. Per un approfondimento, si veda E. CHEGE KAMAU (ed.), *Global Transformations in the Use of Biodiversity for Research and Development*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice (IUSGENT 95), Cham, Switzerland, 2022.

¹⁷ *Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing*, 29 ottobre 2010, aperto alla firma il 2 febbraio 2011, è entrato in vigore con 54 ratifiche il 12 ottobre 2014. Per uno studio sul Protocollo si veda E. MORGERA, M. BUCK, E. TSIUMANI (eds), *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing in Perspective. Implications for International Law and Implementation Challenges*, Leiden-Boston, 2013.

¹⁸ J. DE CENDRA DE LARRAGAN, *The Kyoto Protocol, with a special focus on the flexible mechanisms*, in M. FAURE (ed.), *Elgar Encyclopedia of Environmental Law*, Cheltenham, 2016, 227.

spondente alla necessità di agire quanto più celermente possibile di fronte all'urgenza della lotta al cambiamento climatico e in tal senso è da accogliere con favore. D'altra parte, occorre anche rilevare come questo apparato di norme e la loro messa in atto da parte di Stati e altri attori, tra cui soggetti privati, ha poggato su una base giuridica piuttosto debole e incerta, appunto decisioni non vincolanti di una CoP di un trattato (la UNFCCC) adottate in via provvisoria al posto dell'organo plenario del futuro Protocollo, non ancora entrato in vigore. Se si cerca una qualificazione giuridica a questa prassi, tra gli strumenti previsti dal diritto dei trattati, il concetto di applicazione provvisoria sembra quello che meglio definisce il fenomeno in esame¹⁹. Tuttavia, il ricorso ad esso non è del tutto soddisfacente. Lo strumento dell'applicazione provvisoria è destinato ad affrontare diverse situazioni, tipiche di una fase transitoria tra l'adozione o la ratifica e l'entrata in vigore di un trattato, mentre nel caso del Protocollo di Kyoto le misure attuate non sono affatto provvisorie ma, al contrario, stabiliscono elementi essenziali della futura cooperazione²⁰.

L'Accordo di Parigi presenta anch'esso novità sia con riferimento alla *governance*, sia da un punto di vista normativo. Esso può qualificarsi come un modello *bottom-up*, nel senso che gli obblighi pattizi non sono determinati a livello internazionale dall'Accordo e imposti agli Stati parti, come nel modello *top-down* del Protocollo di Kyoto, che stabilisce obblighi quantificati e vincolanti, accompagnati da un forte controllo internazionale sulla loro attuazione da parte del comitato di *compliance*²¹. L'Accordo di Parigi si caratterizza infatti per stabi-

¹⁹ *Vienna Convention on the Law of Treaties*, art. 25 'Provisional application': «1. A treaty or a part of a treaty is applied provisionally pending its entry into force if: (a) the treaty itself so provides; or (b) the negotiating States and negotiating organizations or, as the case may be, the negotiating organizations have in some other manner so agreed. 2. Unless the treaty otherwise provides or the negotiating States and negotiating organizations or, as the case may be, the negotiating organizations have otherwise agreed, the provisional application of a treaty or a part of a treaty with respect to a State or an international organization shall be terminated if that State or that organization notifies the States and organizations with regard to which the treaty is being applied provisionally of its intention not to become a party to the treaty».

²⁰ La Commissione di diritto internazionale ha completato i propri lavori durati quasi un decennio sull'applicazione provvisoria nel 2021, si veda INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft guidelines and draft annex constituting the Guide to Provisional Application of Treaties, with commentaries thereto (2021)*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2021, vol. II, Part Two. In dottrina, si rinvia a E. TINO, *L'applicazione provvisoria dei trattati internazionali*, Napoli, 2022.

²¹ La transizione dal *modello Kyoto* da verso il *modello Parigi* è avvenuta proprio grazie all'azione delle CoP che nel corso di ben due decenni sono riuscite a ricreare un consenso multilaterale e condiviso su una strategia per la lotta al cambiamento climatico.

lire relativamente pochi elementi a livello internazionale: l'obiettivo quantificato di mantenere l'innalzamento della temperatura globale al di sotto di 2 gradi C, e possibilmente 1,5 gradi, per la fine del secolo²²; una serie di obblighi procedurali di trasparenza, di comunicazione degli impegni assunti, e di diligenza nel garantire un livello di attuazione progressivamente crescente e ambizioso²³. Per il resto l'individuazione di quali siano i rispettivi impegni di mitigazione delle emissioni di gas serra, i cosiddetti *Nationally Determined Contributions* o NDCs, è lasciata alla discrezionalità degli Stati parti che li assumono volontariamente in base alle proprie condizioni nazionali. Il contenuto e il livello di mitigazione di gas serra che si raggiungeranno, costituiscono quindi la somma globale degli impegni singolarmente assunti dagli Stati e sono fortemente dipendenti da come gli Stati parti interpretano e danno attuazione concreta ai principi e criteri stabiliti, in primo luogo, nell'Accordo di Parigi, e chiariti e specificati secondo le indicazioni delle CoP con successive decisioni, c.d. *Paris Rulebook*²⁴. Alla flessibilità e discrezionalità concessa agli Stati parti per incoraggiarne la partecipazione all'Accordo e il rispetto del principio delle responsabilità comuni ma differenziate, fa da contraltare una serie di obblighi procedurali che qualificano e specificano le modalità, il livello di impegno, la trasparenza, che gli Stati devono rispettare nell'attuazione dei propri impegni di mitigazione, come previsto *inter alia* dall'art. 4, par. 13, dell'Accordo di Parigi²⁵. Il mandato ad adottare queste decisioni si trova sia nell'Accordo di Parigi che nella Decisione 1/CP21, senza tuttavia specificare se queste integrazioni abbiano un carattere autonomo, o piuttosto siano da considerarsi come strumenti interpretativi dell'Accordo in quanto prassi o accordo successivo tra le Parti, o ancora atti di indirizzo politico, privi di valore giuridico.

²² Accordo di Parigi, art. 2.

²³ Ivi, art. 4.

²⁴ Report of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Paris Agreement on the third part of its first session, held in Katowice from 2 to 15 December 2018, *Decision 3/CMA.1*, UN Doc. FCCC/PA/CMA/2018/3/Add.1. Per un approfondimento, v. L. RAJAMANI, D. BODANSKY, *The Paris Rulebook: Balancing International Prescriptiveness with National Discretion*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2019, 1023.

²⁵ Nella prospettiva di assicurare un crescente impegno e una maggiore ambizione nella risposta al cambiamento climatico, gli impegni assunti andranno periodicamente aggiustati *al rialzo* e rivisti da parte di esperti indipendenti, che ne dovranno garantire la comparabilità e l'effettivo livello di ambizione.

2.2. Per riconoscere natura giuridicamente vincolante alle decisioni delle CoP, queste devono basarsi sul consenso degli Stati parti²⁶. Tale collegamento assume diverse forme, caratterizzate da un più forte legame quando il consenso sia esplicito e precisamente individui la funzione da svolgere, per assumere forme più labili quando tale consenso sia generico o implicito. Si tratta dunque di un consenso prestato dagli Stati in una modalità *dinamica*, mantenendo dunque un collegamento con l'accordo originario. Alcuni esempi possono chiarire le diverse fattispecie. Un esempio (l'unico!) di consenso esplicito e specifico che autorizza l'adozione a maggioranza di decisioni giuridicamente vincolanti da parte di una CoP è l'art. 2, par. 9, del Protocollo di Montreal, mentre un consenso esplicito e specifico con riferimento all'oggetto, ma con un certo margine di discrezionalità lasciato alla CoP è l'art. 15, par. 7, della Convenzione di Basilea²⁷. Sulla base di questo articolo è stata adottata una decisione estremamente controversa che vieta il trasporto di rifiuti pericolosi dai Paesi dell'OCSE a quelli in via di sviluppo (a partire dal 1° gennaio 1998²⁸). Alcuni Stati dopo la sua adozione ne hanno rinnegato il carattere vincolante, chiedendo si procedesse a una modifica formale della Convenzione: un emendamento formale alla Convenzione, che riporta letteralmente il testo della decisione, è stato quindi adottato nella successiva riunione della CoP ed è entrato in vigore nel 2019, più di venti anni dopo! Questo lungo *impasse* è spesso citato come un esempio lampante di come le decisioni permettano di accelerare e rendere più efficaci gli sviluppi normativi rispetto al ricorso a procedure di modifica formali del trattato²⁹. A parere di chi scrive, il mandato affidato alla CoP da questa disposizione, pur condizionato, in quanto lascia una certa discrezionalità

²⁶ Sull'evoluzione del consenso da una concezione formale e statica a una concezione dinamica, si veda J. BRUNNÉE, *COPing with Consent: Law-Making Under Multilateral Environmental Agreements*, in *Leiden Journal of International Law*, 2002, 1; E. HEY, *Teaching International Law. State-Consent as Consent to a Process of Normative Development and Ensuing Problems*, The Hague, 2003. Secondo L. GRUSZCZYSNKI, *Tobacco and International Trade: Recent Activities of the FCTC Conference of the Parties*, in *Journal of World Trade Law*, 2015, 665, oltre al consenso è necessario, affinché la decisione possa considerarsi vincolante, che vi sia un'esplicita previsione in tal senso nel trattato.

²⁷ *Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal*, Basilea, 22 marzo 1989.

²⁸ Conference of the Parties to the Basel Convention, *Decision II/12, Report of the Second Meeting of the Conference of the Parties to the Basel Convention*, doc. UNEP/CHW.2/30 (25 March 1994), 19.

²⁹ Tale decisione inizialmente adottata per *consensus*, fu successivamente *ridimensionata* da alcuni Stati che sostenevano che non potesse avere valore vincolante e che fosse necessario adottare un emendamento alla Convenzione.

alla CoP (*if deemed necessary*) è sufficientemente prescrittivo (*shall undertake*) e preciso (*consider the adoption of a complete or partial ban*) da costituire una solida base per riconoscere una natura vincolante alla decisione³⁰. Peraltro, per sua stessa natura, il divieto prescritto sarebbe difficilmente configurabile, se non come giuridicamente vincolante. Queste considerazioni sostanziali sono ulteriormente rafforzate se, come in questo caso, la decisione è adottata poggiando su un largo consenso.

La natura ibrida e il valore giuridico quantomeno incerto delle decisioni che sono adottate dalle CoP sono spesso usate in modo strategico nel corso di negoziati, per far avanzare l'agenda e talvolta per superare ostacoli o *impasse* che in mancanza di un consenso o di soluzioni di compromesso attuabili rischierebbero di far naufragare il loro buon esito. Un recentissimo esempio in tal senso è la decisione della CoP 28 dell'Accordo di Parigi sulla transizione verso l'eliminazione dei combustibili fossili, in cui la CoP: «calls on Parties to contribute to the following global efforts, in a nationally determined manner, taking into account the Paris Agreement and their different national circumstances, pathways and approaches: (a) Tripling renewable energy capacity globally and doubling the global average annual rate of energy efficiency improvements by 2030; (...) (d) Transitioning away from fossil fuels in energy systems, in a just, orderly and equitable manner, accelerating action in this critical decade, so as to achieve net zero by 2050 in keeping with the science; (...) (h) Phasing out inefficient fossil fuel subsidies that do not address energy poverty or just transitions, as soon as possible»³¹. Secondo alcuni osservatori tale decisione decreta la transizione verso l'eliminazione dei combustibili fossili mentre, secondo altri, è solo un debole riconoscimento della necessità di limitare il ricorso a queste fonti energetiche³². Tale decisione rappresenta evidentemente un meraviglioso esempio di

³⁰ La decisione ha la sua base giuridica nell'art. 15, par. 7, della Convenzione, che stabilisce: «The Conference of the Parties shall undertake (...) an evaluation of its effectiveness and, if deemed necessary, to consider the adoption of a complete or partial ban of transboundary movements of hazardous wastes and other wastes in light of the latest scientific, environmental, technical and economic information».

³¹ Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Paris Agreement, Fifth session, *First global stocktake*, Doc. FCCC/PA/CMA/2023/L.17 (Revised Advanced Version), 13 dicembre 2023, para. 28.

³² Secondo il World Resources Institute, questa decisione «marks the beginning of the end of the fossil fuel era» (WRI, *Unpacking COP28: Key Outcomes from the Dubai Climate Talks, and What Comes Next*, www.wri.org); meno ottimista, Robert Stavins nel suo blog, *A Different Perspective on What Happened at COP-28* (reperibile online).

compromesso auspicabilmente costruttivo, ma certamente anche ambiguo, di gestire un nodo della discordia da decenni al centro dei negoziati climatici.

In generale, le decisioni prese dall'organo plenario, la CoP, o altri *treaty bodies*, non sono giuridicamente vincolanti, come d'altronde la maggior parte delle risoluzioni adottate da organizzazioni internazionali, ma, quando rispettino alcuni requisiti, possono considerarsi come elementi di prassi degli Stati e così contribuire alla formazione di norme consuetudinarie, come ad esempio i principi di diritto internazionale dell'ambiente, quali il principio di valutazione di impatto ambientale in contesto transfrontaliero o delle responsabilità comuni ma differenziate³³. Queste decisioni sono rivolte a chiarire, specificare, integrare e talvolta addirittura a dare un contenuto a disposizioni del trattato, rappresentando un'espressione della prassi o di un accordo successivi all'originario accordo pattizio. Esse identificano il significato e il contenuto potenziali – ma non sempre preesistenti³⁴ – dei termini contenuti nel trattato. Il contenuto di un obbligo può essere dunque anche significativamente ampliato dall'intervento interpretativo della CoP, fermo restando il limite di non modificare l'originario significato contenuto nell'accordo³⁵.

Queste decisioni possono considerarsi come accordi (art. 31, par. 3, lett. a) e/o prassi successiva (art. 31, par. 3, lett. b) in relazione all'interpretazione dei trattati ai sensi della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (CVDT), o ai sensi dell'art. 32. La differenza tra queste disposizioni è che la prassi successiva ai sensi dell'art. 32 è un mezzo supplementare di interpretazione, al quale si può far riferimento o ricorso per chiarire il significato o il contenuto di una disposizione di un accordo. Diversamente, l'art. 31, par. 3, lett. a)-b) dispone un

³³ Sulla relazione tra norme consuetudinarie e norme pattizie, si veda P.-M. DUPUY, *Formation of customary international law and general principles*, in D. BODANSKY ET AL. (eds), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, 2008, 449-466.

³⁴ La possibilità anche di questa interpretazione è rilevata da P. MINNEROP, *The Legal Effect of the Paris Rulebook under the Doctrine of Treaty Interpretation*, in P. CAMERON, X. MU, V. RÖBEN (eds.), *The Global Energy Transition: Law, Policy and Economics for Energy in the 21st Century*, 2020, 101-134, a 105.

³⁵ G. NOLTE, *Subsequent Agreements and Subsequent Practice of States Outside of Judicial and Quasi-Judicial Proceedings*, in G. NOLTE (ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, 2013, 365: «COPs (...) can be seen as the continuing common venue of the parties of a treaty where authoritative interpretations in terms of the VCLT can take place».

obbligo giuridico di tenere in considerazione «together with the context», l'accordo o la prassi successiva³⁶.

Questo orientamento è stato autorevolmente sostenuto dalla Commissione di diritto internazionale, che rileva come: «Subsequent agreements and subsequent practice under article 31, paragraph 3, contribute, in their interaction with other means of interpretation, to the clarification of the meaning of a treaty. This may result in narrowing, widening, or otherwise determining the range of possible interpretations, including any scope for the exercise of discretion which the treaty accords to the parties»³⁷. Nel caso dell'Accordo di Parigi e della Decisione 1/CP.21, la situazione è diversa in quanto l'adozione della decisione *interpretativa* dell'Accordo è stata contestuale all'adozione del trattato ed è quindi parte del contesto a cui fare riferimento per accertare il significato ordinario dei termini del trattato ai sensi dell'art. 31, par. 2, lett. a)-b).

In presenza di alcuni requisiti, le decisioni delle CoP sono dunque *atti di interpretazione autentica* ed evolutiva del trattato da parte del suo organo plenario. In quest'ottica, si enfatizza la natura dinamica del trattato e la necessità che sia interpretato alla luce della situazione attuale³⁸. In primo luogo, si ritiene necessario che la decisione sia adottata all'unanimità o almeno per *consensus*, a meno che non sia espressamente previsto diversamente dal trattato stesso³⁹. In secondo luogo, la sua base giuridica – quantomeno implicita – deve essere riconducibile al trattato. Considerando la grande varietà di tipologie di decisioni che le CoP possono adottare, questi diversi elementi e *indicatori* della natura ed effetti giuridici di ciascuna decisione, andranno valutati caso per caso alla luce anche delle intenzioni delle Parti ri-

³⁶ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries 2018*, Adopted by the International Law Commission at its seventieth session, in 2018, , in *Yearbook of the International Law Commission*, 2018, vol. II, Part Two (di seguito ILC, *Draft conclusions on subsequent agreements*).

³⁷ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft conclusions on subsequent agreements, Conclusion 7*, 35.

³⁸ M. FITZMAURICE, *Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties, Part I*, in *Hague Yearbook of International Law*, 2008, 101, e *Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties, Part II*, *ivi*, 2009, 3; D. MOECKLI, N.D. WHITE, *Treaties as "Living Instruments"*, in M.J. BOWMAN, D. KRITSIOTIS (eds.), *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern law of Treaties*, Cambridge, 2018, 136.

³⁹ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Draft conclusions on subsequent agreements, Draft Conclusion 11(3)*.

guardo alla decisione nel suo insieme, del grado di precisione e chiarezza dei termini, nonché della loro applicazione⁴⁰.

Anche la Corte internazionale di giustizia nel caso *Whaling in the Antarctic* ha confermato che decisioni non vincolanti di una CoP possono costituire un accordo successivo riguardante l'interpretazione di un trattato, se adottate all'unanimità o per *consensus*⁴¹.

Si assiste ad un'evoluzione del modo in cui il carattere *informale* di molti degli sviluppi normativi appena descritti è percepito dalla dottrina internazionalistica e anche dagli Stati e altri attori internazionali. Se fino a una decina di anni fa, le CoP erano viste con sospetto, in tempi più recenti sono accolte più di buon grado, sia – dal lato della prassi – in considerazione della loro capacità di adattarsi alle esigenze di flessibilità normativa richieste da molte delle attuali sfide ambientali, ma anche – da un punto di vista teorico – grazie all'intervento della Commissione di diritto internazionale e di autorevole dottrina, che ne ha inquadrato e legittimato le funzioni normative, qualificandole come prassi o accordi successivi riguardanti l'interpretazione del trattato⁴².

3. Nel diritto internazionale le pronunce di corti e tribunali internazionali non sono una fonte di diritto in quanto tali ma, ai sensi dell'art. 38, par. 1, lett. d) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, rappresentano mezzi supplementari per determinare il diritto. Ciò non di meno, le pronunce di organismi giurisdizionali e quasi-giurisdizionali hanno di fatto un'estrema rilevanza nell'accertare l'esistenza e il contenuto di principi giuridici e di norme consuetudinarie e pattizie. In particolare, per quanto riguarda le norme pattizie, soprattutto quando si tratti di norme che prevedono obblighi generici, come ad esempio le norme di *due diligence* previste dall'Accordo di Parigi in materia di cambiamenti climatici ma anche dalle convenzioni per la tutela dei diritti dell'uomo – le corti possono determinare i contenuti specifici e gli standard di diligenza richiesti da queste norme.

La Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici prevede che gli Stati possono adire la Corte internazionale di giustizia o un tribunale arbitrale per dirimere controversie relative

⁴⁰ In questo senso, *ivi*, par. 23.

⁴¹ Corte internazionale di giustizia, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, Judgment, in *I.C.J. Reports*, 2014, 226, a 257, par. 83.

⁴² G. NOLTE, *The International Law Commission and Community Interests*, G. NOLTE, E. BENVENISTI (eds.), *Community Interests Across International Law*, Oxford, 2018, 103, a 108. Aderisce a questa prospettiva e fornisce ulteriori esempi sulla prassi interpretative delle CoP il *Rapporto IDI*, cit.

all'attuazione o all'interpretazione della Convenzione⁴³. Simili clausole si ritrovano nella grande maggioranza degli accordi multilaterali ambientali; tuttavia, è importante rilevare come gli Stati molto raramente abbiano fatto ricorso a questi sistemi di soluzione delle controversie⁴⁴. Se questa tipologia di contenzioso interstate non si è ancora sviluppato, recentemente sono andati moltiplicandosi i ricorsi aventi una dimensione ambientale, sia di carattere consultivo sia di carattere contenzioso. Si nota dunque una certa inversione di tendenza in epoca recente, con corti e tribunali internazionali chiamati a interpretare questioni relative all'ambiente e a considerare norme di trattati ambientali. Un'ampia parte di questi procedimenti riguardano il cambiamento climatico, ad esempio, attualmente vi sono tre domande di pareri consultivi rivolti a corti internazionali vertenti – pur se con diverse prospettive – su quali siano gli obblighi degli Stati, ai sensi del diritto internazionale, di mitigare gli impatti derivanti dai cambiamenti climatici, nei confronti non solo degli Stati ma anche di individui e delle generazioni future e quali siano le conseguenze giuridiche dei danni derivanti dal cambiamento climatico⁴⁵. Le richieste di parere consultivo si basano su norme consuetudinarie, quali il principio di prevenzione, il dovere di diligenza e l'obbligo di tutelare l'ambiente, e sui principali accordi in materia di diritti umani e tutela dell'ambiente⁴⁶. Al momento in cui si scrive, l'unico parere rilasciato è quello da parte dell'ITLOS, che offre interessanti spunti di riflessione in merito all'approccio interpretativo e al modo in cui i trattati ambientali possono essere considerati da tribunali istituiti da altri accordi. Il Parere

⁴³ UNFCCC, art. 14. Tale clausola per la soluzione delle controversie tra Stati viene richiamata sia dal Protocollo di Kyoto (art. 19) che dall'Accordo di Parigi (art. 24).

⁴⁴ Si veda T. TREVES, *The Settlement of Disputes and Non-Compliance Procedures*, in T. TREVES ET AL. (eds.), *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, 2009, The Hague, 499.

⁴⁵ Corte internazionale di giustizia, *Request for advisory opinion transmitted to the Court pursuant to General Assembly Resolution 77/276 of 29 March 2023*, «Obligations of States in Respect of Climate Change» (reperibile *online* www.icj-cij.org).

⁴⁶ Il quesito rivolto al Tribunale internazionale per il diritto del mare (ITLOS) è più specificamente centrato sugli obblighi di prevenzione dell'inquinamento marino derivante dagli impatti causati dai cambiamenti climatici. ITLOS, *Request for an Advisory Opinion of 12 December 2022, Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law*, case n. 31 (reperibile *online* www.itlos.org). Alla Corte interamericana dei diritti dell'uomo, su richiesta del Cile e della Colombia, sono state rivolte una serie articolata di domande e chiarimenti, riguardanti obblighi di mitigazione, adattamento e risarcimento per danni dovuti ai cambiamenti climatici. *Request for an advisory opinion on the Climate Emergency and Human Rights submitted to the Inter-American Court of Human Rights by the Republic of Colombia and the Republic of Chile*, 9 January 2023 (reperibile *online* www.corteidh.or.cr).

consultivo – emesso il 24 maggio 2024 – fa ampio ricorso agli accordi climatici per stabilire quali siano le misure *necessarie* di mitigazione delle emissioni clima-alteranti che sono riconosciute come una fonte di inquinamento marino⁴⁷. Il Tribunale riconosce come gli accordi climatici e più precisamente *relevant international rules and standards*⁴⁸, insieme ai Report dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)* – l'organo scientifico che informa il processo decisionale degli accordi sul cambiamento climatico – siano i principali strumenti cui fare riferimento per determinare quali siano le misure di mitigazione necessarie⁴⁹. Interessante rilevare che gli strumenti normativi e quelli scientifici devono essere considerati in modo complementare per evitare che a questi ultimi – che non sono adottati dai legittimi organi politici – sia riconosciuto un valore giuridicamente vincolante. Si sottolinea infatti come gli strumenti normativi che riflettono il consenso degli Stati debbano essere considerati per determinarne gli obblighi⁵⁰.

Il Tribunale fa riferimento agli accordi climatici, e in particolare anche alle decisioni della CoP, per determinare quale sia l'obiettivo globale di riduzione delle emissioni nel lungo periodo e la relativa tempistica per raggiungerlo. In relazione a questi aspetti, il Tribunale riconosce che, anche se l'obiettivo identificato dall'Accordo di Parigi è di mantenere l'innalzamento globale della temperatura entro 2 gradi C per la fine del secolo e solo degli sforzi sono richiesti per rimanere entro 1.5 gradi C, le successive decisioni della CoP rendono prioritario perseguire l'obiettivo di 1,5 gradi C⁵¹. ITLOS riconosce così che vi è un successivo accordo in tal senso tra le Parti all'Accordo di Parigi, ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. a) della Convenzione di Vienna.

Il Tribunale rileva inoltre come vi siano posizioni discordanti tra gli Stati sul ruolo da riconoscere alle norme dei trattati climatici: alcu-

⁴⁷ ITLOS, Advisory Opinion nr. 31, 24 maggio 2024, par. 205 ss.

⁴⁸ Ivi, par. 214. Oltre alla UNFCCC e all'Accordo di Parigi, il Tribunale considera rilevanti l'Annesso VI alla Convenzione MARPOL, come modificato nel 2021; l'Annesso 16 della Convenzione di Chicago e il Protocollo di Montreal, con l'emendamento di Kigali.

⁴⁹ Ivi, par. 211 ss.

⁵⁰ *Ibidem*: «It was argued in this regard that the view that necessary measures must be aimed at limiting average temperature rise to 1.5°C above pre-industrial levels would be to elevate scientific information to the status of a legal obligation under the Convention, without accounting for the other factors (...). ITLOS sul punto considera che «this does not mean that the science alone should determine the content of necessary measures. In the Tribunal's view, as indicated above, there are other relevant factors that should be considered and weighed together with the best available science».

⁵¹ Ivi, par. 216.

ni ritengono che essi siano da considerarsi come *lex specialis* rispetto alla Convenzione UNCLOS, con la conseguenza che UNCLOS non potrebbe essere interpretata in modo da essere più ambiziosa di quanto previsto dagli accordi climatici⁵². Altri partecipanti al procedimento – e il Tribunale accoglie questa posizione – ritengono invece che gli accordi climatici stabiliscano standard minimi che possono essere derogati *in meius*⁵³. In particolare, il Tribunale correttamente chiarisce che i due trattati hanno un'esistenza autonoma e complementare⁵⁴.

Per quanto riguarda la giurisdizione contenziosa, uno dei casi più studiati sulla relazione tra trattati ambientali e norme in materia di commercio internazionale è il caso *Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products*, che come noto riguardava un divieto all'importazione di gamberetti e altri prodotti ittici, giustificato in base alla finalità di proteggere tartarughe marine dalla cattura incidentale collegata con la pesca dei gamberetti⁵⁵. In questo caso, l'Organo d'appello dell'OMC (par. 158) fa riferimento all'art. 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna, applicandolo alle disposizioni e annessi di trattati ambientali, tra cui la Convenzione di Berna e la CITES, per interpretare concetti espressi da disposizioni del GATT.

Anche la Corte internazionale di giustizia ha considerato e fatto ricorso sia agli organi istituiti da accordi ambientali sia ai loro strumenti normativi nei casi – poi riuniti – *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v. Nicaragua) e *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (Nicaragua v. Costa Rica)⁵⁶. La Corte ha richiesto al Segretariato della Con-

⁵² Ivi, par. 220.

⁵³ Ivi, par. 221.

⁵⁴ Ivi, par. 222.

⁵⁵ WTO *United States: Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products, Report of the Appellate Body* (12 Oct 1998) WT/DS58/AB/R, in *International Legal Materials*, 1999, 118. Per un'analisi del caso, nella prospettiva di un'interpretazione sistemica, si veda C. MCLACHLAN, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, 279-320, a 302.

⁵⁶ Corte internazionale di giustizia, Order of 8 March 2011, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica v. Nicaragua). La Corte è chiamata a decidere se il Costa Rica avesse diritto a ricevere un risarcimento per la perdita di beni e servizi ambientali subita a causa dello scavo di canali sul suo territorio da parte del Nicaragua. Il Costa Rica ha chiesto alla Corte di ordinare misure cautelari per prevenire danni ambientali a sue aree protette. *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River* (Nicaragua v. Costa Rica), Application instituting proceedings, 22 dicembre 2011, 30, par. 48. Il Nicaragua lamenta la violazione delle disposizioni delle convenzioni sulla biodiversità e di Ramsar. La Corte ha riunito questi procedimenti nel 2013 (Corte internazionale di giustizia, *Certain Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area* (Costa Rica V. Nicaragua), Joinder of Proceedings, Order, 17 aprile 2013).

venzione di Ramsar di svolgere funzioni di *facilitatore* come attore *super partes*, al quale demanda il ruolo di sorvegliare le attività delle Parti nell'area controversa. Inoltre, la Corte si basa sulla relazione del Segretariato della Convenzione di Ramsar per valutare i danni ambientali causati dal Nicaragua alle zone umide protette, usandolo come strumento probatorio, e riconoscendo quindi l'autorevolezza dell'apparato normativo del trattato⁵⁷. In questo caso, dunque, la Corte riconosce e fa riferimento sia agli strumenti normativi adottati nel quadro giuridico del trattato ambientale, sia concretamente affida un ruolo formale ad un organo della sua struttura istituzionale. Sempre la Corte internazionale di giustizia, come si è visto, nel caso *Whaling in the Antarctic* ha confermato che decisioni non vincolanti di una CoP rappresentano un accordo successivo riguardante l'interpretazione di un trattato, se adottate all'unanimità o per *consensus*.

Anche il Tribunale arbitrale istituito ai sensi dell'Annesso VII della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS) nel caso *South China Sea* ha adottato un approccio di mutua considerazione intersistemica, interpretando la UNCLOS alla luce della CITES⁵⁸. In particolare, il Tribunale dopo aver riconosciuto come la CITES sia un accordo a partecipazione universale, di cui sono Parti anche i due Stati parti alla controversia, che riflette il diritto internazionale comunemente accettato in materia di tutela di specie in via di estinzione, ritiene che tali norme diano contenuto agli standard di tutela ambientale indicati dagli articoli 192 e 194, par. 5, UNCLOS. Il Tribunale in particolare si spinge a riconoscere che l'obbligo generale previsto dall'art. 192 di «proteggere e preservare l'ambiente marino» comprenda uno specifico obbligo di agire con diligenza nel prevenire la pesca di specie protette⁵⁹. In questo caso, si considera che il Tribunale interpreti la UNCLOS ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, combinandolo con il riconoscimento che le norme CITES, e le interpretazioni della CoP, costituiscono accordi e/o prassi che specificano i contenuti degli obbli-

⁵⁷ Il giudice G. GUILLAUME, nella sua dichiarazione, considera il ruolo del Segretariato di Ramsar come un *garante* dell'attuazione delle attività da parte del Costa Rica. (*Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Provisional Measures, Order of 8 March 2011, in *ICJ Reports*, 2011, 6; *Declaration of Judge ad hoc Guillaume*, 54, par. 18).

⁵⁸ Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, Lodo del 12 luglio 2016, *South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v The People's Republic of China)*, PCA Case No 2013-19.

⁵⁹ Ivi, par. 956.

ghi previsti dalla UNCLOS, pur senza fare espresso riferimento alla Convenzione di Vienna.

3.1. In considerazione della profonda interdipendenza tra l'uomo e la natura, il cambiamento climatico causa notevoli impatti negativi sul godimento dei diritti umani fondamentali⁶⁰. Le molteplici e profonde interconnessioni tra diritti umani e cambiamento climatico sono state tradizionalmente tenute al di fuori del quadro intergovernativo del regime del cambiamento climatico⁶¹. La crescente preoccupazione per la mancanza di progressi significativi nei negoziati multilaterali in materia di cambiamento climatico ha dato origine a una *virata giudiziaria* della società civile che si è mobilitata portando numerosi casi relativi agli impatti del cambiamento climatico davanti ad organi giurisdizionali e quasi giurisdizionali per la salvaguardia dei diritti umani, nonché dinanzi ai tribunali nazionali e dell'Unione europea⁶².

L'assunto di fondo che anima molte di queste cause è che gli Stati non stanno facendo abbastanza per ridurre in modo effettivo le emissioni di gas serra⁶³. Questa insufficiente iniziativa costituisce una violazione dei diritti umani – innanzitutto dei propri cittadini, ma non solo – tutelati dalle convenzioni o dal diritto costituzionale, a seconda

⁶⁰ Gli impatti disastrosi dei fenomeni di cambiamento climatico, come cicloni, uragani, incendi si sono manifestati in varie aree del mondo e hanno provocato incredibili sofferenze a individui e comunità. Questi eventi devastanti minacciano e spesso ostacolano irrimediabilmente il diritto ad un ambiente sano, il diritto alla vita, al cibo, all'acqua. Queste interazioni sono state riconosciute dall'United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights: «(ii) climate change has a wide range of implications for the effective enjoyment of human rights, including the rights to life, health, food, water, housing and self-determination, and (iii) environmental degradation, desertification and global climate change are exacerbating destitution and desperation, causing a negative impact on the realization of the right to food, in particular in developing countries». (HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights*, January 15, 2009, UN Doc. A/HRC/10/61, par. 56).

⁶¹ Solo recentemente il preambolo dell'Accordo di Parigi riconosce che gli Stati parti «should, when taking action to address climate change, respect, promote and consider their respective obligations on human rights» (Accordo di Parigi, preambolo).

⁶² Cfr. *Armando Ferrão Carvalho and Others v. The European Parliament and the Council*. (reperibile online www.peoplesclimatecase.caneurope.org).

⁶³ Cfr. i casi *Hoge Raad der Nederlanden* (HR) (Supreme Court of the Netherlands), *Urgenda v the Netherlands*, 20 December 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006; *Neubauer c. Germania*, Bundesverfassungsgericht, 24 March 2021, 1 BvR 2656/18. Altre sentenze degne di nota sono quelle della *Corte Suprema della Repubblica d'Irlanda*, del 2020 (*Friends of the Irish Environment v. The Government of Ireland, et al.*) e del *Tribunale Amministrativo di Parigi*, del 2021, (*Conseil D'etat, contentieux N° 427301, Commune De Grande-Synthe et autre c. France*, Décision du 1^{er} juillet 2021).

dei casi. Gli attori lamentano infatti che gli Stati non rispettano gli obblighi di diligenza che imporrebbero loro azioni ben più significative e ambiziose di riduzione delle emissioni. Secondo questa impostazione, gli obiettivi sanciti dal regime sul cambiamento climatico e dall'IPCC sono gli standard di riferimento da rispettare. Come già visto precedentemente, dunque, le norme e gli standard ambientali adottati nell'ambito dei processi normativi dei trattati ambientali possono (e dovrebbero!) essere usati per definire il contenuto sostanziale del generico obbligo di diligenza previsto dalle norme sulla tutela dei diritti umani. Oltre a prevedere obblighi procedurali, l'Accordo di Parigi dispone standard qualitativi per determinare il livello di diligenza che gli Stati devono adottare nel perseguire gli obblighi di mitigazione, quali *highest possible ambition and progression*⁶⁴.

Così, ad esempio, lo standard di diligenza che uno Stato deve rispettare ai sensi dei propri obblighi in materia di tutela dei diritti umani per limitare gli effetti del cambiamento climatico, dovrebbe essere individuato considerando se gli impegni climatici nazionali (tra cui gli NDCs) riflettano effettivamente l'ambizione e la progressione richiesti dall'art. 4, par. 3, dell'Accordo di Parigi, interpretato alla luce delle decisioni della CoP (il c.d. *Paris Rulebook*)⁶⁵.

Uno dei primi casi di contenzioso climatico è il caso *Urgenda v. The Netherlands*⁶⁶. La Corte Suprema dei Paesi Bassi ha stabilito che, ai sensi degli artt. 2 e 8 della CEDU, i Paesi Bassi hanno l'obbligo positivo di adottare misure per la prevenzione dei cambiamenti climatici e di ridurre le proprie emissioni di gas serra di almeno il 25% entro la fine del 2020, rispetto ai livelli del 1990⁶⁷. Questa decisione solleva molte domande relative alla valutazione dell'ambizione degli Stati nelle loro politiche climatiche: quali criteri dovrebbero essere utilizzati per determinare se le misure di mitigazione sono sufficientemente am-

⁶⁴ Accordo di Parigi, art. 4, par. 3 e par. 11. L. RAJAMANI, *Ambition and differentiation in the 2015 Paris Agreement: interpretative possibilities and underlying politics*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2016, 493-514; C. VOIGT, *The power of the Paris Agreement in international climate litigation*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2023, 237-249.

⁶⁵ Oltre all'obbligo di diligenza, esiste l'obbligo per gli Stati di agire secondo buona fede e giustamente L. RAJAMANI, *Due diligence in international climate change law*, in H. KRIEGER, A. PETERS, L. KREUZER (eds), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, 2020, 162, a 179, sottolinea come: «This expectation is bolstered by the Katowice rules [decisioni della CoP] identifying the information necessary to track the progress made by parties in implementing and achieving their NDCs.».

⁶⁶ *The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation*, causa n.19/00135.

⁶⁷ Hoge Raad, Sentenza del 20 dicembre 2019 (<https://climatecasechart.com>).

biziose? Secondo la Corte, gli Stati devono fare ciò che è “necessario” per combattere il cambiamento climatico secondo l’equità intergenerazionale e il principio di precauzione. Ma d’altra parte, in base a quale criterio o standard determinare ciò che è necessario? Il ragionamento della Corte si basa sul “combinato disposto” delle norme in materia di cambiamenti climatici e dei rapporti dell’IPCC, usati per interpretare gli obblighi di diligenza in materia di diritti umani di proteggere il diritto alla vita ai sensi della CEDU. In primo luogo, la Corte, basandosi su un approccio precauzionale, ritiene che i rischi causati dai cambiamenti climatici siano sufficientemente reali e immediati da rientrare nell’ambito di applicazione degli articoli 2 e 8 CEDU⁶⁸. Una volta stabilito tale collegamento, la Corte passa a determinare il livello di dovuta diligenza stabilendo un obiettivo quantitativo di riduzione delle emissioni. Considerata la gravità e l’urgenza della minaccia, per determinare quali siano in pratica le azioni necessarie, la Corte si basa su principi e norme generalmente accettate sia a livello internazionale che europeo e calcola l’obiettivo individuale applicabile ai Paesi Bassi, derivandolo dall’obiettivo collettivo globale dei Paesi sviluppati: considerando che i Paesi Bassi hanno una delle più alte emissioni *pro capite* di gas serra al mondo, la Corte ritiene che si applichi l’obiettivo collettivo del 25% dei Paesi sviluppati⁶⁹. La Corte determina il target specifico del proprio Paese, basandosi sulle tre dimensioni del principio delle responsabilità comuni ma differenziate: responsabilità, capacità e vulnerabilità speciali. Di conseguenza, il ragionamento della Corte tiene conto, rispettivamente, dell’effettivo contributo al cambiamento climatico dei Paesi Bassi in quanto uno dei maggiori emettitori *pro capite* di gas a effetto serra, del loro *status* di Paese sviluppato e, presumibilmente, della loro particolare situazione di Stato il cui territorio si

⁶⁸ Il fatto che tali rischi si manifestino solo nel giro di pochi decenni non preclude che gli articoli 2 e 8 CEDU offrano protezione contro tale minaccia (§5.6.2): «The obligation to take suitable measures also applies when it comes to environmental hazards that threaten large groups or the population as a whole, even if the hazards will only materialise over the long term. While Articles 2 and 8 ECHR are not permitted to result in an impossible or disproportionate burden being imposed on a state, those provisions do oblige the state to take measures that are actually suitable to avert the imminent hazard as much as reasonably possible».

⁶⁹ Per una critica al percorso argomentativo seguito dalla Corte su questo punto, si veda F. PASSARINI, *CEDU e cambiamento climatico, nella decisione della Corte Suprema dei Paesi Bassi nel caso Urgenda*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2020, 777, a 782, che ritiene: «Non sembra peraltro che, da queste disposizioni e dalle dichiarazioni fatte dagli Stati nelle Conferenze delle parti (COP), anch’esse richiamate dalla sentenza, si possa ricavare l’esistenza di una regola di diritto internazionale consuetudinario che impone a ciascuno Stato di adottare misure adeguate alla prevenzione del cambiamento climatico».

trova al livello del mare⁷⁰. Nel caso *Urgenda* la Corte Suprema, facendo uso di ampi poteri discrezionali, applica gli obblighi di diligenza degli Stati in materia di diritti umani, interpretandoli alla luce delle disposizioni e principi dell'Accordo di Parigi e si spinge anche oltre, determinando l'obiettivo individuale derivandolo dall'obiettivo collettivo dei Paesi più avanzati. La Corte, non essendo vincolata dai compromessi politici tipici dei negoziati internazionali, può essere esigente nei confronti del proprio Stato in termini di ambizione e di standard di dovuta diligenza richiesti nelle azioni di mitigazione dei cambiamenti climatici. Questo atteggiamento riprende il suggerimento della Corte internazionale di giustizia nel contesto dello sviluppo sostenibile secondo cui «new norms and standards ... set forth in a great number of instruments ... have to be taken into consideration and such standards given proper weight (...)»⁷¹.

Sulla scia del caso *Urgenda*, in Francia, il Tribunale Amministrativo di Parigi ha riconosciuto una responsabilità omissiva dello Stato francese per non avere rispettato gli impegni di mitigazione⁷², e in Germania, il *Bundesverfassungsgericht*, nel caso *Neubauer*, ha dichiarato parzialmente incostituzionale una legge federale sul clima, in quanto insufficiente a raggiungere l'obiettivo della riduzione delle emissioni di gas serra e la neutralità climatica entro i termini stabiliti dall'IPCC⁷³.

Nel caso *Neubauer*, la Corte nel determinare il contenuto degli obblighi di diligenza in una dimensione intertemporale, ha chiarito che per stabilire quali azioni siano "necessarie", occorre considerare anche gli effetti futuri di tali azioni. Per esempio, la normativa tedesca che copriva le emissioni solo fino al 2030 è stata ritenuta incostituzionale, perché non prevede le misure che saranno necessarie nel periodo 2030-2050 e rischia così di posticipare i maggiori oneri di misure climatiche sulle generazioni future, in tal modo discriminandole rispetto a quelle attuali nell'esercizio delle loro libertà fondamentali. A tal proposito la Corte ha chiarito che il principio di proporzionalità deve applicarsi in modo preventivo e precauzionale, senza attendere di arri-

⁷⁰ Hoge Raad, Sentenza del 20 dicembre 2019, §7.3.4.

⁷¹ Corte internazionale di giustizia, *Gabčíkovo Nagymaros Project (Hungaria v. Slovacchia)*, Judgment, in *ICJ Reports*, 1997, 7, par. 140.

⁷² Tribunal administratif de Paris, sentenza del 3 febbraio 2021, nr. 1904967 1904968, 1904972, 1904976/4-1, *Affaire du siècle*, reperibile online <http://paris.tribunal-administratif.fr>.

⁷³ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24 März 2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 1-270, reperibile online www.bundesverfassungsgericht.de (di seguito, sentenza *Neubauer*).

vare al verificarsi di situazioni estreme e conseguentemente il legislatore deve agire in maniera preventiva anticipando con misure precauzionali le riduzioni che prevedibilmente dovranno essere adottate dopo il 2030 in modo da rispettare i diritti umani⁷⁴. Altri casi climatici sono stati portati davanti ai giudici in Irlanda, Belgio, in Norvegia e in Italia⁷⁵.

Un altro recente sviluppo giurisprudenziale in materia viene dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, che si è recentemente pronunciata sui tre casi 'climatici': *Verein Klimaseniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*⁷⁶, *Carême v. France*⁷⁷, e *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Other States*⁷⁸. La Grande Camera si è pronunciata il 9 aprile 2024, ritenendo che solo il primo caso potesse passare alla fase di merito⁷⁹. La Grande Camera, di diciassette giudici, è chiamata eccezionalmente a pronunciarsi su richiesta di una Camera, laddove il caso da decidere «solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o se la soluzione (della questione) rischia di dare luogo ad un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte⁸⁰».

⁷⁴ Cfr. sentenza *Neubauer*, par. 194, e sul principio di proporzionalità C. VOIGT, *The power of the Paris Agreement in international climate litigation, Review of European, in Comparative & International Environmental Law*, 2023, 237.

⁷⁵ Corte Suprema d'Irlanda, *Friends of the Irish Environment CLG v. The Government of Ireland & Ors*, causa n. 205/19, sentenza del 31 luglio 2020 (reperibile *online* www.courts.ie); Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, Section Civile-2015/4585/A, 17 giugno 2021, *WZV Klimaatzaak v. The Belgian State*; Supreme Court of Norway, *Plan B Earth and Others v. The Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy*; 22 dicembre 2020, HR-2020-2472-P, (case no. 20-051052SIV-HRET). Sul caso italiano "Giudizio Universale" si veda il sito <https://giudiziouniversale.eu>. Tutte le decisioni citate in questa nota sono reperibili *online* [www. http://climatecasechart.com](http://climatecasechart.com).

⁷⁶ Application n. 53600/20.

⁷⁷ Application n. 7189/21.

⁷⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Case of Duarte Agostinho and Others Against Portugal and 32 Others*, Application no. 39371/20, sentenza del 9 aprile 2024 (reperibile *online* <https://climatecasechart.com>). Il 9 aprile 2024 la Corte europea ha dichiarato inammissibile la domanda nel caso *Duarte* per quanto riguarda la competenza extraterritoriale, non riscontrando motivi per ampliare la domanda giurisdizionale come richiesto dai ricorrenti. La competenza territoriale è stata quindi stabilita solo nei confronti del Portogallo e la denuncia è stata dichiarata inammissibile nei confronti degli altri Stati convenuti. Tuttavia, poiché i ricorrenti non avevano esaurito i mezzi di ricorso interni in Portogallo, anche la denuncia contro il Portogallo è stata ritenuta irricevibile.

⁷⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Case of Verein Klimaseniorinnen Schweiz And Others v. Switzerland*, Application no. 53600/20, sentenza del 9 aprile 2024, (reperibile *online* <https://hudoc.echr.coe.int>) (di seguito, Sentenza *Verein Klimaseniorinnen*). In argomento, v. G.E. VITA, *Cambiamento climatico e diritti umani. Note alla sentenza della Corte europea dei diritti umani Verein Klimaseniorinnen e altri c. Svizzera*, in questo fascicolo.

⁸⁰ Convenzione europea sui diritti dell'uomo, art. 30.

Per quanto riguarda il caso *Verein Klimaseniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, nel merito – e per quanto riguarda il tema oggetto della presente indagine – la Corte ribadisce che, alla luce della gravità e urgenza del cambiamento climatico, la Svizzera deve adottare misure necessarie a ridurre le emissioni clima-alteranti⁸¹ e ritiene che l'attuale quadro normativo nazionale non sia adeguato in quanto troppo generico e incompleto, perché non considera misure di riduzione delle emissioni tra il 2025 e il 2030⁸². La Corte dichiara dunque che la Svizzera ha violato gli articoli 6 (Diritto a un equo processo) e 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) della CEDU⁸³.

Nella sentenza la Corte richiama le decisioni della CoP dell'Accordo di Parigi come punto di riferimento per diverse questioni cruciali, quali il riconoscimento dell'opportunità di puntare all'obiettivo di mantenere l'innalzamento della temperatura globale entro 1,5 gradi C e non 2 gradi C, come previsto dall'Accordo di Parigi⁸⁴; l'urgenza e il contenuto del principio delle responsabilità comuni ma differenziate. Rispetto a quest'ultimo la Corte ritiene: «This principle has been reaffirmed in the Paris Agreement (Article 2 § 2) and endorsed in the Glasgow Climate Pact (...) as well as in the Sharm el-Sheikh Implementation Plan (...). It follows, therefore, that each State has its own share of responsibilities to take measures to tackle climate change and that the taking of those measures is determined by the State's own capabilities rather than by any specific action (or omission) of any other State (...). The Court considers that a respondent State should not evade its responsibility by pointing to the responsibility of other States, whether Contracting Parties to the Convention or not»⁸⁵. L'adeguatezza dell'azione degli Stati va dunque verificata alla luce degli standard e dei requisiti qualitativi di ambizione e progressione

⁸¹ Sentenza *Verein Klimaseniorinnen*, par. 546.

⁸² Ivi, par. 562 ss.

⁸³ Ivi, 230.

⁸⁴ Ivi, par. 106: «The Court further notes that by defining the Paris Agreement targets the States formulated, and agreed to, the overarching goal of limiting warming to 'well below 2°C above pre-industrial levels and pursuing efforts to limit the temperature increase to 1.5°C above pre-industrial levels', recognising that this would significantly reduce the risks and impacts of climate change (Article 2 § 1 (a)). Since then, scientific knowledge has developed further and States have recognised that 'the impacts of climate change will be much lower at the temperature increase of 1.5°C compared with 2°C' and thus resolved 'to pursue further efforts to limit the temperature increase to 1.5°C' (see Glasgow Climate Pact, paragraph 21, and Sharm el-Sheikh Implementation Plan, paragraph 4)».

⁸⁵ Ivi, par. 442.

previsti dall'Accordo di Parigi, come interpretati in chiave evolutiva dalla COP⁸⁶.

Seguendo questo approccio, per determinare il contenuto dell'obbligo della Svizzera di proteggere i propri cittadini ai sensi degli articoli 2 e 8 della CEDU, la sentenza indica che tali articoli vanno interpretati alla luce degli strumenti internazionali «which manifested an international trend (and international obligations) on the measures that needed to be taken to address the serious and profound risks of climate change. This related, in particular, to the commitments undertaken by the State under the UNFCCC and the Paris Agreement, as well as the 2021 Glasgow Climate Pact which had confirmed 1.5°C as the primary global temperature rise ceiling»⁸⁷.

3.2. Interessanti sviluppi riguardanti l'interpretazione delle norme di trattati ambientali potrebbero venire dai tribunali istituiti dai trattati in materia di tutela degli investimenti o di liberalizzazione del commercio. Gli accordi bilaterali e i c.d. *megaregionali* di libero scambio e di investimento offrono una grande opportunità per muovere verso una direzione più sostenibile le relazioni commerciali e gli investimenti tra alcuni degli Stati e delle regioni più influenti del mondo⁸⁸. La tutela dell'ambiente nell'ambito di questi accordi, inizialmente considerata come eccezione all'operatività delle disposizioni di tutela degli investimenti o del commercio internazionali, nel corso del tempo ha raggiunto un riconoscimento tale da dare origine ad autonomi obblighi positivi da parte degli Stati. I preamboli di questi accordi spesso riconoscono l'importanza dello sviluppo sostenibile, della tutela ambientale e degli impegni presi per dare attuazione ai trattati ambientali, ed affermano l'intenzione di perseguire gli obiettivi economici in modo ecologicamente compatibile, ribadendo il principio del mutuo supporto tra economia e ambiente⁸⁹.

⁸⁶ La Corte accoglie l'auspicio proposto dalla Commissione europea nel suo intervento in udienza nel caso *Duarte*: «The Paris Agreement and other key international environmental law instruments should be regarded as yardsticks by which States' performance in fulfilling their human rights obligations should be assessed».

⁸⁷ Sentenza *Verein Klimaseniorinnen*, par. 331.

⁸⁸ Esempi di questi accordi sono: l'accordo CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement EU-Canada*); il CPTPP (*Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership*); l'USMCA (*US -Mexico-Canada Trade Agreement*); e infine il TTIP (*Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership*) e il CAI (*Comprehensive Agreement on Investment - EU and China*) che non sono ancora entrati in vigore.

⁸⁹ Un elemento ricorrente negli accordi di libero scambio sono le disposizioni che impongono espressamente agli Stati di non abbassare i loro standard in materia ambientale per inco-

Mentre molti accordi megaregionali (ad esempio, CETA, CPTPP e CAI) contengono solo riferimenti generici ai MEAs, ne riconoscono l'importanza nell'affrontare i problemi ambientali e ne riaffermano gli impegni ad attuarli efficacemente a livello nazionale, l'USMCA e altri accordi *transatlantici* – ovvero promossi dagli Stati Uniti – prevedono un obbligo autonomo per gli Stati parti di «adopt, maintain and implement law, regulations and all other measures necessary to fulfil»⁹⁰ obblighi derivanti da alcuni trattati ambientali espressamente indicati. Controversie relative al mancato rispetto degli obblighi previsti dall'accordo ambientale possono essere decise in ultima istanza da un panel arbitrale dell'USMCA in cooperazione con enti dell'accordo ambientale. Per tali controversie che riguardano l'interpretazione di disposizioni di trattati ambientali, l'USMCA stabilisce infatti un collegamento istituzionale con gli organi dei MEAs richiedendo che «the panel of experts should seek views and information from relevant bodies established under these agreements, including any pertinent available interpretative guidance, findings, or decisions adopted by those bodies»⁹¹. In tali casi, dunque, la cooperazione istituzionale crea un sistema *ibrido* di soluzione delle controversie, che rappresenta un esperimento innovativo che dà attuazione ai principi di integrazione e di mutuo supporto tra tutela ambientale e protezione degli investimenti. Questa interazione dovrebbe consentire di prevenire potenziali conflitti normativi e di garantire soluzioni eque e coerenti che tengano in considerazione tutti i valori da tutelare e le garanzie delle parti coinvolte⁹². Inoltre, la possibilità – pur come *extrema ratio* – di ricorrere a

raggiare i flussi commerciali e gli investimenti esteri. Oltre a questi obblighi *negativi*, i recenti accordi di libero scambio presentano dei capitoli dedicati alla tutela dell'ambiente e allo sviluppo sostenibile, in cui gli Stati si impegnano a promuovere lo sviluppo sostenibile, a migliorare il coordinamento delle rispettive politiche ambientali e commerciali, a rafforzare l'applicazione delle rispettive normative ambientali e a dare attuazione agli accordi ambientali multilaterali.

⁹⁰ Si veda, ad esempio, USMCA, art. 24.8.4. Tra gli accordi ambientali rilevanti vi sono: la CITES, il Protocollo di Montreal, la Convenzione di Ramsar, la Convenzione sulla caccia alle balene.

⁹¹ CETA, art. 24.15.9; USMCA, art. 24.15.9. Disposizioni simili si trovano anche in altri accordi bilaterali d'investimento di cui sono parti gli Stati Uniti d'America, quali ad esempio, US-Perù, art. 18(12)(8)(a); US-Colombia, art. 18(12)(8)(a); US-Panama, art. 17(11)(8)(a); US-Korea, art. 20(9)(6)(a).

⁹² Questo approccio, usato dagli arbitri, potrebbe permettere loro, ad esempio, di leggere gli obblighi di tutela degli investimenti in modo compatibile con gli attuali impegni assunti dagli Stati ai sensi dell'Accordo di Parigi per contrastare il cambiamento climatico. Cfr. C. McLACHLAN, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, 279-320.

questo sistema giudiziale potrebbe avere l'effetto di rafforzare l'attuazione da parte degli Stati degli impegni di tutela ambientale.

4. Le CoP hanno un ruolo fondamentale nel garantire che i rispettivi trattati ambientali funzionino in modo efficace e possano raggiungere gli obiettivi che si prefiggono. Esse fungono da fonte normativa (in senso ampio) in un contesto di governance ambientale multilivello, caratterizzato dal sovrapporsi di ordinamenti nazionali, regionali e internazionali, e dall'interazione di soggetti e altri attori appartenenti a ciascuno di questi. Il recente rapporto sulle CoP dell'*Institut de Droit international* riconosce come: «The phenomenon of COPs is indeed one of the most intriguing and fascinating developments in contemporary international law»⁹³.

Per quanto riguarda l'interazione tra i trattati ambientali – e le loro produzioni normative – e altri accordi, è essenziale che tutti i giudici coinvolti adottino un approccio basato sull'integrazione sistemica, interpretando le norme applicabili tenendo in considerazione «any relevant rules of international law applicable in the relations between States», come richiesto dall'art. 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Qualificare le decisioni delle CoP come prassi o accordi successivi riguardanti l'interpretazione e l'applicazione del trattato ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. a)-b) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati permette di poterle usare per specificare i contenuti di norme pattizie (dunque di pari grado rispetto a disposizioni contenute in altri accordi), superando le difficoltà dipendenti dalla loro incerta natura giuridica. I giudici saranno quindi legittimati a fare riferimento a questi strumenti normativi, senza temere che possa esser loro rimproverato che si tratta di meri strumenti di *soft law*. Al fine di riconoscere una natura giuridica vincolante a una decisione, come si è visto, occorre siano presenti i seguenti requisiti: in primo luogo, che la decisione sia adottata all'unanimità o almeno per *consensus*, a meno che non sia espressamente previsto diversamente dal trattato stesso; in secondo luogo, che la sua base giuridica – quantomeno implicita – sia riconducibile al trattato; e infine che una valutazione specifica della natura ed effetti giuridici della decisione, anche alla luce anche delle intenzioni delle Parti e al grado di precisione e chiarezza dei termini permetta di configurarla come giuridicamente vincolante.

⁹³ *Rapporto IDI*, cit., 266.

Seguendo questo approccio interpretativo, a prescindere dalla loro natura giuridica, le decisioni adottate dalle CoP – come visto per i trattati sul cambiamento climatico, ma il principio è applicabile a tutti i trattati – che stabiliscono parametri di comportamento, standard di diligenza e ambizione, principi di trasparenza costituiscono strumenti normativi che possono essere riprese e usate da corti e tribunali, come dimostrato nelle recentissime opinioni consultive di ITLOS e nelle sentenze *Verein Klimaseniorinnen* della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In una concezione integrata e multilivello della governance ambientale a cui partecipano attori diversi, le corti possono fungere da 'cassa di risonanza', come strumenti di attuazione che assicurano una più efficiente realizzazione delle necessarie azioni, che i trattati ambientali autonomamente non riescono a raggiungere, anche a causa delle limitazioni imposte dai compromessi politici dei negoziati. L'Accordo di Parigi, interpretato alla luce delle decisioni della sua CoP, ha già avuto e continuerà certamente a giocare un ruolo determinante sia per l'evoluzione degli impegni a livello internazionale sia nel contenzioso climatico. L'Accordo potrà rilevare sia direttamente quando il contenzioso riguardi la sua applicazione o interpretazione, sia indirettamente, quando sia usato come strumento di interpretazione di altri accordi, quali la CEDU o l'UNCLOS, del diritto consuetudinario, ma anche del diritto europeo o nazionale.

ABSTRACT

The Evolution of International Environmental Law Between Subsequent Practice and Judicial Interpretation of Treaties

In order to effectively tackle environmental problems, Multilateral environmental agreements (MEAs) need to be revised and keep the pace with evolving matters and changing circumstances of a political, scientific and technical nature. This article examines the evolution of international environmental law in the context of MEAs. Practice under MEAs shows that decisions of their Conferences of the Parties (CoP) are a useful tool to overcome the lengthy formal amendment procedures. But what is the legal nature of these decisions? Can they be considered as subsequent agreements or practice among States' Parties pursuant to the Vienna Convention on the Law of Treaties and used as interpretative tools? The second part addresses another related matter: how do judges take into consideration MEAs and

their normative instruments? Could these decisions contribute to clarify the content of more general, broadly worded provisions of MEAs, but also of other treaties, namely in the human rights context?

THE IDENTIFICATION OF INTERNATIONAL NON-BINDING AGREEMENTS THROUGH THE LENS OF SUBJECTIVE AND OBJECTIVE INDICATORS: FICTION OR REALITY?

ANDREA MENSI¹

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Subjective approaches and the intention of the Parties. – 3. Objective approaches. – 4. A holistic approach to indicators. – 4.1. Textual markers. – 4.1.1. Declarations of intent. – 4.1.2. Terms of the agreement. – 4.2. Surrounding circumstances of the adoption of an agreement. – 4.3. Subsequent practice. – 4.4. Combining subjective and objective indicators. – 5. Concluding remarks.

1. The conclusion of non-binding agreements represents a well-established and growing practice of public international law where States and international organizations cooperate adopting instruments not intended to be legally binding, but which normally carry a certain degree of political or moral force². In principle, these agreements do not impose an international obligation to comply with their provisions and, therefore, no international responsibility, and relative remedies, may arise out of conduct at variance with them³.

¹ The author expresses deep gratitude to professor Attila Tanzi for his guidance and support and to professors Elisa Baroncini, Filippo Fontanelli and to the anonymous reviewers for their important comments.

² Non-binding agreements are manifestations of the broad notion of soft law: F. FRANCONI, *International soft law: a contemporary assessment*, in V. LOWE, M. FITZMAURICE (eds.), *Fifty years of the International Court of Justice*, Cambridge, 1996, 167; A.T. GUZMAN, T.L. MEYER, *International soft law*, in *Journal of legal analysis*, 2010, 171-225; E. CRAWFORD, *What is 'soft' law? An analysis of the concept of non-binding instruments and provisions in international law*, in E. CRAWFORD (ed.), *Non-binding norms in international humanitarian law: Efficacy, legitimacy, and legality*, Oxford, 2021, 10.

³ M. FITZMAURICE, *The identification and character of treaties and treaty obligations between States in international law*, in *British yearbook of international law*, 2002, 141-142. On the possible legal effects of non-binding agreements, which are not specifically within the remit of this study: A. BOTHE, *Legal and non-legal norms, a meaningful distinction in international relations?*, in *Netherlands yearbook of international law*, 1980, 66; J. KLABBERS, *The concept of treaty in international law*, The Hague, 1996, 9, 127-129; R. KOLB, *La Bonne Foi en Droit International Public: Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Geneve, 2000, 361; P. FOIS, *Gli accordi non vincolanti e il diritto dei*

The increasing importance of non-binding agreements has been described as «dominant» in last decades⁴. That accounts for the topic in point having recently become the subject of analytical studies by international authoritative bodies, aiming at providing guidance in the field. To that end, in 2023 the International Law Commission (ILC) included non-binding agreements in its programme of work⁵ and the first report by the Special Rapporteur Mathias Forteau has been recently published⁶. The topic was also addressed in 2020 by the Inter-American juridical committee in a study based on regional State

trattati, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Napoli, 2008, 281 ff.; J. PAUWELYN, *Is it international law or not, and does it even matter?*, in R. WESSEL, J. WOUTERS, J. PAUWELYN (eds.), *Informal International Lawmaking*, Oxford, 2012, 153-154; G. SCALESE, *La problematica dei c.d. "accordi non vincolanti" nel diritto internazionale: un potenziale paradosso*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2017, 9 ff.; E. MILANO, N. ZUGLIANI, *Capturing commitment in informal, soft law instruments: A case study on the Basel Committee*, in *Journal of international economic law*, 2019, 167-173; A.J. ZIMMERMANN, N. JAUER, *Possible indirect legal effects of non-legally binding instruments*, in *CADHI expert workshop 'non-legally binding agreements in international law'*, Strasbourg, 26 March 2021; C. BRADLEY, J. LANDMAN GOLDSMITH, A.O. HATHAWAY, *The rise of nonbinding international agreements: An empirical, comparative, and normative analysis*, in *University of Chicago law review*, 2023, 1290-1291; D. AZARIA, *The indirect legal effects of non-binding agreements*, in *UCL research paper series*, No. 21/2023, 1-11; see also International Law Commission, *Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries*, UN Doc. A/73/10 of 30 April-1 June and 2 July-10 August 2018, 133-134, 138-142, conclusions 6, 9, and 10. A detailed analysis of the effects of soft law in general is provided by D. GRECO, *Soft law e diritto internazionale generale*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2021, 61-83.

⁴ C. BRADLEY, J. LANDMAN GOLDSMITH, A.O. HATHAWAY, *The rise of nonbinding international agreements*, cit., 1288. Tanzi emphasizes how the choice to adopt a binding, or non-binding, instrument depends also on the degree of political commitment that States are willing to demonstrate: A. TANZI, *Le forme della codificazione e sviluppo progressivo del diritto internazionale*, in G. NESI, P. GARGIULO (eds.), *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione*, Naples, 2015 152; see also K. RAUSTIALA, *Forms and substance in international agreements*, in *American journal of international law*, 2005, 581 ff.; E. TRAMONTANA, *Il soft law e la resilienza del diritto internazionale*, in *Ars interpretandi*, 2017, 45-54. Recent and debated instruments include the MoU between the Government of the United Kingdom and Rwanda for the provision of an asylum partnership arrangement, 6 April 2022 (UK-Rwanda MoU), the Joint comprehensive plan of action of 12 July 2015 (Iran nuclear deal) and the agreements on security cooperation concluded between Western countries and Ukraine in 2024, such as the Agreement on security cooperation between Ukraine and France, 16 February 2024; Agreement on security cooperation and long-term support between Ukraine and the Federal Republic of Germany, 16 February 2024; Agreement on security cooperation and long-term support between Ukraine and Italy, 24 February 2024.

⁵ International Law Commission, *Report on the work of its seventy-fourth session*, UN Doc. A/78/10 of 24 April to 2 June and from 3 July to 4 August 2023, 108, para. 249.

⁶ International Law Commission, *First report on non-legally binding international agreements*, by Mathias Forteau, *Special Rapporteur*, UN Doc. A/CN.4/772 of 29 April-31 May and 1 July-2 August 2024.

practice that resulted in the approval of guidelines (OAS guidelines)⁷. Further analyses have been conducted by the Committee of legal advisers on public international law of the Council of Europe (CAHDI)⁸ and, less recently, by the Institute of international law⁹. At the domestic level, similar studies have been carried out by foreign offices, such as by the British Foreign & Commonwealth office¹⁰ and by the Swiss Federal department of foreign affairs¹¹.

Among the problematic aspects concerning non-binding agreements, the identification of the confines of the binding nature of informal international instruments represents one of the most intractable issues for Governments, diplomats, tribunals, practitioners and scholars, particularly, but not exclusively, when the Parties have conflicting views on the nature of the agreement¹². The first report of the ILC identified such topic as «crucial» since it determines the legal effects of an instrument in the international legal order¹³. As has been observed in the literature on the subject by Baxter and Tanzi,

⁷ Inter-American Juridical Committee (CJI), *Guidelines on binding and non-binding agreements, Resolution and final report by D. Hollis*, OAS Doc. CJI/doc.614/20 Rev.1 of 7 August 2020 (OAS guidelines).

⁸ Committee of legal advisers on public international law (CAHDI), *Expert workshop on 'non-legally binding agreements in international law'*, chair's summary of 26 March 2021, 1.

⁹ Institute of international law, *International texts of legal import in the mutual relations of their authors and texts devoid of such import*, deliberations of the Institute during plenary meetings, session of Cambridge, 1983, deliberations 117-154.

¹⁰ Foreign & Commonwealth office, *Treaties and MoUs: guidance on practice and procedures*, 2022 (available online); see also House of Commons (United Kingdom), public administration and constitutional affairs committee, *Parliamentary scrutiny of international agreements in the 21st century*, second report of session 2023-2024, together with formal minutes relating to the report, of 23 January 2024, 37-43, paras 77-100.

¹¹ Federal Department of foreign affairs of the Swiss Confederation, *Practical guide to international treaties*, 2015, 25 ff. (Swiss guide). Non-binding agreements have been considered, for example, by Canada: Canadian Government treaty law division, global affairs Canada, Working group on treaty practice, *Survey on binding and non-binding international instruments*, 18 September 2019, 5, 23, Art. 8, Annex C (available online); the United States: Department of State, 22 CFR Part 181, *Coordination, reporting and publication of international agreements*, 2 October 2023; New Zealand: *Guidance for government agencies on practice and procedures for concluding international treaties and arrangements*, 2021 (available online); and the EU: *Arrangements for non-binding instruments*, 4 December 2017 (available online). For further references on domestic practice: International Law Commission, *First report*, cit., 31, para. 80, n. 169.

¹² International Law Commission, *First report*, cit., 37-38, para. 93 (d). The question may arise, for example, also at the time of negotiations of an agreement.

¹³ General Assembly, *Non-legally binding international agreements. Report of the International Law Commission, finalized by Mathias Forteau*, UN Doc. A/77/10 of 18 April-3 June and 4 July-5 August 2022, Annex I, para. 12. The topic is also considered in the OAS guidelines which, however, left the identification of non-binding international instruments «unresolved».

instruments having formally a treaty nature may include also very general provisions, but which are inserted in a form that presumptively, or explicitly, establishes international rights and duties¹⁴. On the other hand, non-binding agreements may encompass not just broad terms, but also clauses that would in principle be able to create legal effects in international law, but which are not intended to be legally binding, such as political commitments¹⁵. Therefore, the identification of the binding nature of an agreement with a normative content¹⁶, which is often not plainly established in the text of international instruments, is decisive in understanding whether its provisions may have international legal effects¹⁷.

Despite the establishment of criteria for the identification of the dividing line between binding and non-binding instruments, or parts thereof, may have for long been perceived as pertaining to a mere theoretical and academic need, international practice shows concrete consequences arising from the lack of clarity in the field and a genuine interest in the matter by governmental and non-governmental actors¹⁸. The practical side of the need for clarity – thus, of categorisation – depends on the need for assessment of the applicability, *vel non*, of the

¹⁴ R.R. BAXTER, *International law in her 'infinite variety'*, in *International and comparative law quarterly*, 1980, 565; A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Padua, VII ed., 2023, 179-182. See also J. D'ASPREMONT, *Softness in international law: A self-serving quest for new legal materials*, in *European Journal of International Law*, 2008, 1084-1087; P. FOIS, *op. cit.*, 289; A. DI STASI, *Le soft internazionali organizations: una sfida per le nostre categorie giuridiche*, in *La Comunità Internazionale*, 2014, 45. It must be emphasized that an international agreement shall include at least a binding provision to be considered a treaty.

¹⁵ See, for example, the use of the verb *to commit* in the Global Compact, which is a non-binding agreement and, therefore, refers to political commitments: United Nations Global Compact for safe, orderly and regular migration, UN Doc. A/RES/73/195 of 13 July 2018, para. 25, objective 9; see *infra*, 4.1.2. The sentence *having legal effects* is more appropriate than *rights and obligations* since the international legal effects of a treaty are not limited to rights and obligations but may also include, for example, the attribution of a legal status: International Law Commission, *First report*, cit., 43, para. 106

¹⁶ As outlined by the first report of the ILC, certain agreements, despite not being intended to be treaties, have a similar structure and encompass a normative component, for example, in the form of provisions stating political commitments that make more problematic the identification of their binding nature. Conversely, other non-binding instruments, such as joint declarations, normally include mostly aspirational statements and have, therefore, a limited normative content, making it more evident the distinction with treaties: International Law Commission, *First report*, cit., 40-41, para. 100; see also P.M. EISEMANN, *Le gentlemen's Agreement comme source du droit international*, in *Journal du droit international*, 1979, 331-333, distinguishing non-binding agreements in three categories considering their normative content. See *infra*, 4.4.

¹⁷ A. TANZI, *Introduzione*, cit., 179-182.

¹⁸ *Ibidem*. On recent international jurisprudential developments, see *infra*, 3-4.

law of treaties, such as the *pacta sunt servanda* principle and the right of each Party to enforce their provisions according to international law, including the possibility to adopt countermeasures in the event of non-compliance¹⁹. Lack of clarity in the matter may involve a chilling effect on States that may reduce otherwise useful informal communications, such as diplomatic exchanges, or programmatic and framework undertakings, for fear of subsequent claims based on rights and obligations whose legal basis, or source, under international law, is uncertain given that the intention of the Parties mutually interacting is not unequivocal²⁰. Furthermore, the distinctions under consideration, and the related uncertainties, may have significant difficulties also at the domestic level²¹.

With the prospect of laying down generally accepted rules and good practice, the essential question remains that of establishing the test for determining the binding, or non-binding, nature of international agreements. Such instruments vary and are open to both subjective and objective evaluation. On the one hand, the international legal order requires a certain degree of stability as well as reliable tools to determine whether the Parties to an agreement intended to produce international legal effects. On the other hand, subjective elements are not always unambiguous, and the adoption of objective approaches has been conceived as a solution to provide more predictable criteria. The application of an objective test may, however, have unreasonable consequences, such as to conflict with the Parties' intention. These contradictions resulted in what has been described by

¹⁹ International Law Commission, *Draft articles on the responsibility of States for internationally wrongful acts*, in *Report on the work of its fifty-first session*, UN Doc. A/56/10 of 3 May-23 July 1999, Art. 22. See also A. AUST, *Modern treaty law and practice*, London, III ed., 2013, 315-317. As outlined by the first report of the ILC, the practical significance of the topic has been stressed by numerous States during the debate held from 25 October to 1 November 2022 in the sixth committee: International Law Commission, *First report*, cit., 6, para. 13. However, scholars outlined that even for soft law instruments there is an expectation of compliance: H. THIRLWAY, *The sources of international law*, Oxford, 2014, 166; A.E. BOYLE, *Some reflections on the relationship of treaties and soft law*, in *International and comparative law quarterly*, 1999, 901; L. CHIUSI CURZI, *General principles for business and human rights in international law*, Leiden, 2020, 47-49.

²⁰ A. AUST, *The theory and practice of informal international instruments*, in *International and comparative law quarterly*, 1987, 787; C.M. CHINKIN, *A mirage in the sand? Distinguishing binding and non-binding relations between States*, in S. DAVIDSON (ed.), *The law of treaties*, London, 2004, 108-109.

²¹ Such difficulties may pertain to the national legal framework for the conclusion of international treaties, as well as to the implementation of the undertakings in question.

Koskenniemi as an «oscillation» between subjective and objective approaches²².

Against the above backdrop, the paper aims to contribute to the debate on the matter focusing on the following three key aspects. First, on the question whether the Parties' intention to enter into international legal obligations may be defined as a constitutive element of international treaties as opposed to non-binding agreements. Second, on the potential and weaknesses of existing subjective and objective tests. Thirdly, on the possibility of envisaging a holistic approach to the matter in question that combines subjective and objective indicators to identify the intention of the Parties to conclude, or not, a binding treaty. The paper comes in five sections following this introductory paragraph. Sections 2 and 3 investigate different analytical tools, respectively the subjective and objective tests. Section 4 addresses the feasibility of an analytical holistic approach to the matter based on both subjective and objective indicators at the same time. Section 5 contains concluding remarks.

2. Different approaches have been adopted to identify the binding nature of international agreements. The decisive role of the shared intention of the Parties to conclude international treaties characterizes subjective tests. Among scholars, Gottlieb outlined how «the legal character of international agreements can become the object of negotiations», in the sense that Parties are free to decide whether the clauses of an agreement may have legal effects under international law²³. Fawcett identified the intention of the Parties to create legal obligations as the fundamental characteristic of international treaties²⁴. The same conceptualization is confirmed, for example, by M. Fitzmaurice, who underlined also how the Parties' intention is one of

²² M. KOSKENNIEMI, *Theory: implications for the practitioner*, in P. ALLOTT ET AL. (eds.), *Theory and international law: An introduction*, London, 1991, 19-20.

²³ G. GOTTLIEB, *Global bargaining: the legal and diplomatic framework*, in N.G. ONUF (ed.), *Lawmaking in the global community*, Durham, 1982, 121.

²⁴ R. JENNINGS, A. WATTS (eds.), *Oppenheim's international law*, London, IX ed., 1996, 1202. See also J. FAWCETT, *The legal character of international agreements*, in *British yearbook of international law*, 1953, 385-386; L. MCNAIR, *Law of treaties*, Oxford, 1961, 15; A. BOLINTINEANU, *Expression of consent to be bound by a treaty in the light of the 1969 Vienna Convention*, in *American journal of international law*, 1974, 672-686; H.H.M. SONDAAL, *Some features of Dutch treaty practice*, in *Netherlands yearbook of international law*, 1988, 183; S. ROSENNE, *Developments of the law of treaties 1945-1986*, Cambridge, 1989, 85-123; J. KLABBERS, *op. cit.*, 68.

the constitutive elements of a binding instrument²⁵. Even the editors of *Oppenheim's international law* described the will of the Parties as the «decisive factor» to identify a binding agreement²⁶. And Klabbbers delineated the Parties' aim as «one of the main determinants» of international legal rights and obligations²⁷.

The intention of the Parties has, nevertheless, not been included by the VCLT among the criteria that international agreements shall meet for its purposes. Art. 2(1)(a) refers to two characteristics, specifically the necessity that a treaty is concluded between States in written form and that it is governed by international law²⁸. M. Fitzmaurice observed how the latter prerequisite is, however, not limited to the applicability of international law, but implies also that the agreement shall be legally binding, creating rights and obligations in the international legal order²⁹. This assumption is confirmed by the reports of the ILC on draft articles on the law of treaties. While Lauterpacht proposed a conceptualization of international treaties based on the creation of legal obligations by the Parties³⁰, G. Fitzmaurice's draft did not refer only to the need for an agreement to be governed by international law but also that it intends to create rights and obligations³¹. And Waldock's reports emphasized how this subjective component distinguishes treaties from non-binding instruments³². Despite such element not being explicitly stated in the

²⁵ M. FITZMAURICE, *op. cit.*, 165. See also L. MCNAIR, *op. cit.*, 6; O. SCHACHTER, *The twilight existence of nonbinding international agreements*, in *American journal of international law*, 1977, 296-297; M. LEIR, *At the Department of foreign affairs in 1998-99 / Au Ministère des affaires étrangères en 1998-99*, in *Canadian yearbook of international law*, 2000, 342; A. AUST, *Modern treaty law*, cit., 28.

²⁶ R. JENNINGS, A. WATTS, *op. cit.*, 1202.

²⁷ J. KLABBERS, *op. cit.*, 68.

²⁸ Vienna convention on the law of treaties (VCLT), 23 May 1969, Art. 2(1)(a).

²⁹ M. FITZMAURICE, *op. cit.*, 147, 160. See also F. MÜNCH, *Comments on the 1968 draft convention on the law of treaties: non-binding agreements*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches recht und völkerrecht*, 1969, 2; P. REUTER, *Introduction to the law of treaties*, London, 1989, 18; R.E. DALTON, *International documents of a non-legally binding character*, in *American journal of international law*, 1994, 515 ff.; M.E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the law of treaties*, Leiden, 2009, 81.

³⁰ International Law Commission, *First report on the law of treaties by Sir. H. Lauterpacht, Special Rapporteur*, UN Doc. A/CN.4/63 of 24 March 1953, in *Yearbook of the international law commission*, 1953, 96-97.

³¹ International Law Commission, *First report on the law of treaties by G. Fitzmaurice, Special Rapporteur*, UN Doc. A/CN.4/101 of 14 March 1956, in *Yearbook of the international law commission*, 1956, 107, para. 2, and 117, para. 7.

³² International Law Commission, *First report on the law of treaties by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur*, UN Doc. A/CN.4/144 and Add. 1 of 26 March and 2 May 1962, in *Yearbook of the international law commission*, 1962, 32, para. 2; International Law

final text of the VCLT, the works of the ILC highlighted unambiguously how the intent of the Parties was sufficiently referred by the phrase «governed by international law»³³. Logical argumentations reinforce this assumption. The necessity that a treaty is governed by international law implies indeed the applicability of the general principle *pacta sunt servanda*, which prescribes that treaties are binding upon their Parties and that the obligations created therein shall be performed in good faith³⁴. Therefore, the Parties to an international treaty accept such principle, which logically requires the will to create legal obligations.

The constitutive role of the intention of the Parties is also firmly established in international jurisprudence. In *Aegean Sea continental shelf*, the International Court of Justice (ICJ) stated that the binding force of a treaty cannot be settled simply by reference to its form³⁵. Relying on the actual terms of the Brussels joint communiqué of 31 May 1975, and to the particular circumstances in which it was drawn up, the ICJ found that the Parties did not have an intention to conclude a treaty to submit to its jurisdiction³⁶. The same conceptualization has been confirmed in *Temple of Preah Vihear*, where the ICJ stated how international law «places the principal emphasis on the intention of the parties», and that they are free to choose what form they please, «provided their intention clearly results from it»³⁷. In *South China Sea arbitration*, the arbitral tribunal declared the necessity to identify the

Commission, *Fourth report on the law of treaties*, by Sir Humphrey Waldock, *Special Rapporteur*, UN Doc. A/CN.4/177 and Add.1 & 2 of 19 March, 25 March and 17 June 1965, in *Yearbook of the international law commission*, 1965, 12, para. 6.

³³ International Law Commission, *Fifth report on the law of treaties*, by Sir Humphrey Waldock, *Special Rapporteur*, UN Doc. A/CN.4/183 and Add. 1-4 of 15 November, 4 and 20 December 1965 and 3 and 18 January 1966, in *Yearbook of the international law commission*, 1966, 189, para. 6. See also K. WIDDOWS, *What is an agreement in international law?*, in *British yearbook of international law*, 1979, 136, fn. 5; O. SCHACHTER, *op. cit.*, 301, fn. 19; M. FITZMAURICE, *op. cit.*, 161.

³⁴ G. JELLINEK, *Die rechtliche natur der staatenverträge: ein beitrag zur juristischen construction des völkerrechts*, Wien, 1980, 57; R. LAVALLE, *About the alleged customary nature of the rule pacta sunt servanda*, in *Österreichische zeitschrift für öffentliches recht und völkerrecht*, 1982, 20-21.

³⁵ International Court of Justice, judgment of 19 December 1978, *Aegean Sea continental shelf (Greece v. Turkey)*, para. 96; see also judgment of 20 April 2010, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, para. 128.

³⁶ *Ibidem*, para. 107. The ICJ declared how the intention to conclude a treaty shall be expressed: International Court of Justice, advisory opinion of 11 July 1950, *International status of South-West Africa*, 139-140.

³⁷ International Court of Justice, judgment of 26 May 1961, *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, 31-32.

Parties' intention³⁸ and how their will is determined relying on the actual terms of the instrument, the particular circumstances of its adoption and the subsequent conduct of the Parties³⁹. And in *Iron Rhine arbitration*, the centrality of the subjective element is evident when the arbitral tribunal mentioned how the Parties agreed on the lack of binding character of a MoU⁴⁰. This trend is confirmed by regional jurisprudence, where the Court of Justice of the European Union (CJEU) identified the intention as the «only decisive criterion»⁴¹. The will of the Parties is therefore not only paramount in defining the binding nature of a treaty but also represents one of its constitutive elements. Substantially, a treaty requires the aim of its Parties to create legal effects governed by international law, in contrast to non-binding agreements⁴². Sir Michael Wood describes flawlessly the centrality of the Parties' intention by using these unhesitating words: «Ultimately, whether a document is binding or not must be assessed on a case-by-case basis to determine whether the negotiating States intended the instrument to be (or not to be) binding under international law»⁴³.

However, international law is not a formalistic system and does not prescribe any requirement on the formalities that the Parties shall observe to manifest their intention⁴⁴. Therefore, its identification may be problematic, especially when the Parties do not state their aim explicitly in the instrument, or by means of a declaration. Another issue is whether the decisive intention is the one manifested at the adoption of the instrument or, by contrast, in a successive moment. In view of these uncertainties, alternative objective approaches have been proposed by jurisprudence and literature.

³⁸ Permanent Court of Arbitration, award of 29 October 2015, *South China Sea arbitration (Philippines v. China)*, para. 213.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Permanent Court of Arbitration, award of 24 May 2005, *Iron Rhine arbitration (Belgium v. Netherlands)*, para. 156.

⁴¹ Court of Justice of the European Union, judgment of 23 March 2004, case C-233/02, *France v. Commission*, paras 32-35. See also Court of Justice of the European Union, opinion of the Advocate general Sharpston of 26 November 2015, case C-660/13, *Council of the European Union v. European Commission*, paras 57-71.

⁴² S. ROSENNE, *op. cit.*, 104-105; L. MCNAIR, *op. cit.*, 6; O. SCHACHTER, *op. cit.*, 296-297; J. D'ASPREMONT, *op. cit.*, 1082; A. AUST, *Modern treaty law*, cit., 28.

⁴³ M. WOOD, *Written evidence from Sir Michael Wood (SIT 03) to the public administration and constitutional affairs committee of the House of Commons*, 2021, 2, para. 5 (available online).

⁴⁴ International Court of Justice, separate opinion of Judge Jessup of 21 December 1962, *South West Africa (Ethiopia v. South Africa)*, 411.

3. The judgment of the ICJ in *Maritime delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain* raised questions of the possibility of relying on objective indicators, such as the text and formulations, to determine the international binding character of an agreement⁴⁵.

Precisely, Bahrain claimed that it did not intend to consider the agreed minutes of 25 December 1990 as legally binding⁴⁶. By contrast, the ICJ found that the minutes were a binding instrument. In doing so, the Court referred to «terms of the instrument itself and the circumstances of its conclusion, not from what the Parties declared afterwards was their intention»⁴⁷. Scholars interpreted this wording as evidence of an objective test based on the text and form of an instrument rather than on the will of its Parties⁴⁸. Nevertheless, it appears that the aim of the ICJ was not to establish the binding nature of the minutes based exclusively on formal criteria. In fact, the ICJ mentioned how «the two Ministers signed a text recording commitments accepted by their governments»⁴⁹, thus highlighting the existence of a determination at the moment of the conclusion of the minutes. The Court considered how «having signed such a text, the Foreign Minister is not in a position to say that he intended to subscribe only to a statement recording a political understanding, and not to an international agreement», underlining how a successive intention cannot change the original purpose⁵⁰. Therefore, as accurately pointed out in literature, it is plausible that objective elements are referred by the ICJ to establish the Parties' intention at the conclusion of an agreement as opposed to their successive manifestations, without however abandoning the centrality of the subjective element⁵¹. Other authors observed how the ICJ focused on

⁴⁵ OAS guidelines, cit., 78-81.

⁴⁶ International Court of Justice, judgment of 1 July 1994, *Maritime delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, paras 26-27.

⁴⁷ *Ibidem*. This objective approach has been endorsed in *Opinion of Advocate general Sharpston*, cit., paras 66-68, but not in the Court decision.

⁴⁸ Nevertheless, none of these scholars denied the crucial role of the intention of the Parties: C.M. CHINKIN, *op. cit.*, 236-237, 244; J. KLABBERS, *op. cit.*, 212-216, particularly, at 215 commenting *Maritime delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain*; T. MEYER, *Alternatives to treaty-making - informal agreements*, in D. HOLLIS (ed.) *The Oxford guide to treaties*, Oxford, 2012, 59.

⁴⁹ *Maritime delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain*, cit., para. 27.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ A. AUST, *Modern treaty law*, cit., 51-52; V. PERGANTIS, *The paradigm of State consent in the law of treaties: challenges and perspectives*, Cheltenham, 2017, 22-23. E. KASSOTI,

the commitment and the corresponding consent of the Parties, thus relying in the end on a subjective approach supported by objective elements⁵².

The assumption is confirmed by successive jurisprudence. In *Maritime delimitation in the Indian Ocean*, the ICJ declared that a provision on the entry into force of a MoU «is indicative of the instrument's binding character», where the word «indicative» suggests, however, that such objective elements may only support the characterization of the binding nature of an instrument⁵³. In *Obligation to negotiate access to the Pacific Ocean*, the Court stated that the overall language of the Charaña declaration outlined its political nature, finding, however, that it could have been characterized as a treaty if the Parties had expressed an intention to be bound, or if such purpose could have been otherwise inferred⁵⁴. Further evidence is provided by the *Chagos marine protected area arbitration*. Here the arbitral tribunal referred to the need for an «objective determination» to distinguish binding and non-binding agreements⁵⁵. However, it also mentioned how «the intention» must be clearly expressed or it should be «a matter of objective determination», where such term referred to the «intention» and not to the binding nature of the instrument itself⁵⁶. In *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*, the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) considered the language of the 1974 agreed minutes to identify them as a non-binding «record of a conditional understanding»⁵⁷. However, the ITLOS stated also how the surrounding circumstances did not suggest «that they were intended to create legal obligations»⁵⁸. At the domestic level, the German

Consent and informal law-making. The view from the Court of justice of the European Union, in S. BESSON (ed.), *Consenting to international law*, Cambridge, 2023, 278.

⁵² M. FITZMAURICE, *op. cit.*, 170.

⁵³ International Court of Justice, judgment of 7 February 2017, *Maritime delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, para. 42.

⁵⁴ International Court of Justice, judgment of 1 October 2018, *Obligation to negotiate access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, para. 126.

⁵⁵ Permanent Court of Arbitration, award of 18 March 2015, *Chagos marine protected area arbitration (Mauritius v. United Kingdom)*, para. 426.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ International Tribunal for the Law of the Sea, judgment of 14 March 2012, *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh v. Myanmar)*, para. 92.

⁵⁸ *Ibidem*, para. 93.

Constitutional Court in *New strategic concept* focused not only on the wording of the instrument but also on «declarations of intent» and underlined how the nature of an agreement shall be ascertained «from the circumstances in the individual case»⁵⁹. In *AWACS/Somalia* the same Court declared that, if the willingness to conclude an agreement is not clearly expressed by the Parties, only in exceptional cases can the instrument be legally binding⁶⁰.

Overall, it is indisputable that there is a growing tendency by international tribunals and scholars to rely on objective elements due to the lack of clarity of many instruments in reporting the shared intention of their Parties. Nonetheless, what has been generally described as an objective test represents, in practical terms, an analytical approach where formal tools, such as the text of an agreement, are considered to establish the will of the Parties. Indeed, there is no corroboration that objective indicators may ignore or contradict such intention, except in exceptional circumstances⁶¹. As observed by Koskenniemi, an objective test raises serious questions on the possibility to override the Parties' aim⁶². Ignoring the intention of

⁵⁹ German Constitutional Court, judgment of 22 November 2001, *New strategic concept case (Parliamentary group of the Party of democratic socialism in the German Federal Parliament v. Federal Government)*, paras 133, 138.

⁶⁰ German Constitutional Court, judgment of 12 July 1994, *AWACS/Somalia case (Parliamentary group of the social democratic Party (SPD) in the German Federal Parliament v. Federal Government)*, para. 271.

⁶¹ For example, Ago suggested that certain agreements, such as those on territorial boundaries, are treaty independently from the intention of the Parties: International Law Commission, *Law of treaties*, UN Doc. A/CN.4/144 and Add. 1 of 8 May 1962, in *Yearbook of the international law commission*, 1962, 52, paras 18-19. The Swiss guide, cit., para. 21, notes how certain topics are «generally» not regulated by non-binding agreements, including commitments to keep confidential information, the determination of plans or particularly precise procedures, provisions concerning the settlement of disputes, entry into force, duration and complaint. On the UK-Rwanda MoU, objective approaches have been suggested to deny the possibility of having a non-binding agreement when fundamental questions on individual rights are raised: International Agreements Committee (IAC), *7th Report of Session 2023-2023, Memorandum of Understanding between the UK and Rwanda for the provision of an asylum partnership agreement*, 71, paras 45-46. The UNHCR recommended that these agreements should be legally binding and allow asylum seekers to challenge their treatment under them: UNHCR, *Guidance note on bilateral and/or multilateral transfer arrangements of asylum-seekers*, 2013, para. 3. Despite these concerns are commendable, and future developments in this sense would be strongly advisable in diplomatic and States practice, there is no international rule that today prohibits the adoption of non-binding agreements in this field.

⁶² M. KOSKENNIEMI, *op. cit.*, 20: «Surely these formal qualities cannot be invoked against a manifestly different intention. Surely they cannot by themselves be a kind of *jus cogens* which would override conflicting will?». See also M. KOSKENNIEMI, *From apology to utopia*, Cambridge, 2006, 307-311; at 306, suggesting the adoption of the «reasonable man» acting

the Parties would be irreconcilable with international law since it is a constitutive element of treaties. Where the Parties' shared intention does not exist, or when it cannot be identified using holistically both subjective and objective indicators on a case-by-case basis, an agreement simply cannot be binding under international law⁶³. This statement is reinforced by the ICJ findings in *Temple of Preah Vihear*, where the Court declared that in concluding a treaty Parties may choose any form, «provided their intention clearly results from it»⁶⁴.

4. The use of terms like subjective or objective test seems misleading. Indeed, both approaches often consider identical elements and may also lead to the same conclusions.

However, the uncertainties on application of one or the other analytical tool may lead to conflicts and confusion with contrasting views on the same instrument⁶⁵. A typical situation is represented by the divergencies between the external manifestations of consent and the language used in the document. In *South China Sea arbitration*, where the arbitral tribunal relied on a subjective approach, the Parties referred to a «political document» but included in the text certain terms such as «agree» or «undertake» that suggest the conclusion of a binding agreement⁶⁶. Therefore, the limits of pure subjective and objective approaches outline how the intention shall be determined in an *ex post facto* holistic evaluation based on both subjective and objective indicators⁶⁷. Indeed, it appears to be well established that the nature of the Parties' will is to be ascertained from all the

in good faith, as a point of view to interpret a treaty, rather than from other States perspectives.

⁶³ See also Swiss guide, cit., 4, para. 6.

⁶⁴ *Temple of Preah Vihear*, cit., 31.

⁶⁵ For example, the Inter-allied declaration of 5 January 1943 against acts of dispossession committed in territories under enemy occupation or control has been considered a binding agreement by different domestic courts: Civil tribunal of Brussels, judgment of 21 May 1953, *de Rothschild v. Teuscher*; Court of appeal of Paris, judgment of 18 July 1953, *Werner v. Veuve Rothschild*. However, other tribunals considered the declaration as a non-legally binding instrument: Nuremberg Military Tribunal, judgment of 30 July 1948, *IG Farben (United States of America v. Carl Krauch)*, 44; Special appeal board (Singapore), judgment of 13 April 1956, *Singapore oil stocks (NV de bataafsche petroleum maatschappij v. War damage commission)*. See P. GAUTIER, *Non-binding agreements*, in *Max Planck encyclopedias of international law*, 2022, para. 10 (available online).

⁶⁶ OAS guidelines, cit., 82, mentioning *South China Sea arbitration*, paras 216-218, 231, 242.

⁶⁷ C.M. CHINKIN, *op. cit.*, 232.

circumstances of each case⁶⁸. Such concept of a holistic test has been recently proposed by the OAS guidelines, emphasizing how both approaches look, in practical terms, at the same elements. According to the guidelines, where the status of an agreement is not specified in the text, its nature shall be ascertained in a comprehensive manner based upon inferences to reconcile both the Parties' intention and objective evidence⁶⁹.

As has been outlined by the first report of the ILC, holistic approaches mirror current practice and jurisprudence⁷⁰. The ICJ on different occasions, when applying both subjective and objective tools, declared the necessity to «have regard above all to its actual terms and to the particular circumstances in which it was drawn up»⁷¹. Such statement, if observed considering the constitutive nature of the subjective element, implies that when an agreement includes precise evidence on the Parties' shared intention, like an unambiguous declaration on its nature, there will be a significant degree of certainty on its legal value. By contrast, when the intention is not clearly expressed, other indicative – but not resolute – factors shall be considered. These encompass textual markers and the contextual and successive conduct of the Parties. Such approach is confirmed in *South China Sea arbitration*, where the arbitral tribunal found that the intention of the Parties shall be determined «by reference to the instrument's actual terms and the particular circumstances of its adoption», while subsequent conduct «may also assist» in determining its nature⁷². To outline how such holistic approach may be transposed in a proposed analytical framework, the next section relies on tools of interpretation based on the aim of the Parties, identified considering the following elements: a) textual markers, b) the particular

⁶⁸ M. FITZMAURICE, *op. cit.*, 167. Klabbers and Aust, when investigating on how establishing the binding nature of an instrument, referred, respectively, to the «evidence of an intention» to conclude (or not to conclude) a treaty and to the «indicators of intent»: J. KLABBERS, *op. cit.*, 68; A. AUST, *Modern treaty law*, cit., 28.

⁶⁹ OAS guidelines, cit., 87; such elements are identified by the guidelines in: a) the actual language employed; b) the inclusion of certain final clauses; c) the circumstances surrounding the agreement's conclusion; and d) the subsequent practice of agreement participants.

⁷⁰ International Law Commission, *First report*, cit., 48-49, para. 120.

⁷¹ International Court of Justice, *Aegean Sea continental shelf*, cit., para. 96; *Maritime delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain*, cit., para. 23. See also International Tribunal for the Law of the Sea, judgment of 6 August 2007, *Hoshinmaru case (Japan v. Russian Federation)*, paras 86-87.

⁷² *South China Sea arbitration*, cit., para. 213.

circumstances of the adoption of an agreement, and c) their subsequent practice⁷³.

4.1 The following sections consider textual elements that may provide evidence on the intention of the Parties to conclude, or not, binding agreements: declarations of intent and the terms of an instrument.

4.1.1 The most decisive evidence of the will of the Parties to enter into an international treaty is represented by an express declaration of intent, which may be embodied in the title or in the text of the instrument. Such statements are advisable as good practice since they may prevent inconsistent views on the international legal status of an agreement⁷⁴. When an instrument clearly establishes the aim of its Parties, the likelihood of disputes remains marginal⁷⁵.

In principle, the nomenclature of an instrument may only be indicative of its status⁷⁶. In *Aegean Sea continental shelf*, the ICJ declared that no rule of international law would «preclude a joint communiqué from constituting an international agreement»⁷⁷ and in *Maritime delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain*, the Court found that agreed minutes may constitute a binding instrument since treaties «may take a number of forms and be given a diversity of names»⁷⁸. Occasionally, the title of an instrument

⁷³ This approach reflects the one adopted by the OAS guidelines, cit., 87. Scholars proposed other categorizations: J. KLABBERS, *op. cit.*, 72-89, contemplating several possible indicators, namely expression of consent to be bound, entry into force, judicial settlement, international registration, publication, consideration or *causa* and surrounding statements; A. AUST, *Modern treaty law*, cit., 9-35, considering the terminology, form, express provisions as to non-legally binding status, circumstances in which the instrument was concluded, registration and non-registration and disagreement as to status; C.M. CHINKIN, *op. cit.*, 229-244, including the form, the intention of the Parties, drafting history and language, subsequent behaviour and unilateral agreements; P. GAUTIER, *op. cit.*, mentioning the intention of the Parties, content and context, form of the instrument and conduct of the Parties.

⁷⁴ OAS guidelines, cit., 27. The guidelines note how such clarification can be done in the text or «in communications connected to its conclusion», which are considered in the next sections of this paper as part of the subsequent practice of States. See *infra*, 4.3.

⁷⁵ For example, the text may include a manifestation of intent and one of the Parties may contextually declare a contrasting will.

⁷⁶ International Court of Justice, judgment of 21 December 1962, *South West Africa*, 331; OAS guidelines, cit., 47; see also M. WOOD, *op. cit.*, 2, para. 5.

⁷⁷ *Aegean Sea continental shelf*, cit., para. 96.

⁷⁸ *Maritime delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain*, cit., paras 23-25; see also *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between*

embodies a clear indication. The 1992 Non-legally binding authoritative statement of principles for a global consensus on the management, conservation and sustainable development of all types of forests represent a plain example of this practice⁷⁹. However, declarations of intent are frequently manifested in a specific clause codifying the aim of the Parties. Recently, the MoU between the United Kingdom and Rwanda on asylum seekers stated unambiguously how the «arrangement will not be binding in international law»⁸⁰. And similar statements have been incorporated in instruments concluded, for example, by the EU⁸¹ and Italy⁸². Further evidence is provided by the 2018 Global Compact, whose provisions declare how it is «a non-legally binding, cooperative framework»⁸³. By contrast, the document of the Stockholm conference affirms how the instrument is «politically binding»⁸⁴. And, similarly, the Artemis accords on the exploration of space declare that they «represent a political commitment»⁸⁵. A comparable statement is adopted in the

Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal, cit., para. 90, citing *Hoshinmaru case*, para. 86.

⁷⁹ Non-legally binding authoritative statement of principles for a global consensus on the management, conservation and sustainable development of all types of forests of 21 April 1992 (Forest principles).

⁸⁰ UK-Rwanda MoU, cit., Art. 1.6. A similar provision has been included in the 2010 Memorandum of principles and procedures between the Republic of Moldova and the State of North Carolina, United States, which state how the memorandum «does not create any obligations that constitute a legally binding agreement under international law».

⁸¹ Joint declaration establishing mobility partnership between the Hashemite Kingdom of Jordan and the European Union and its participating Member States (EU-Jordan joint declaration) of 9 October 2014, para. 40.

⁸² Memorandum of understanding in the field of sustainable development between Ministry of ecological transition of the Italian Republic and the Ministry of the environment, climate change and technology of the Government of the Republic of Maldives, 11 November 2022, Art. 7(1); Memorandum of understanding for cooperation in the field of sustainable development between Ministry of environment and energy security of the Italian Republic and the environment protection Authority of the Federal Democratic Republic of Ethiopia, 2 December 2023, Art. 7(1).

⁸³ Global Compact, cit., para. 7; A. PETERS, *The global compact for migration*, in *EJIL: Talk!*, 21 November 2018, 3, underlining how, despite the lack of binding obligations, the Global Compact is not legally irrelevant. See also German Constitutional Court, Order of 7 December 2018, *Dr F et al v. German Chancellor Dr Angela Merkel*, paras 14-17.

⁸⁴ OSCE document of the Stockholm conference on confidence and security-building measures and disarmament in Europe, 19 September 1986, para. 101.

⁸⁵ Artemis accords, principles for cooperation in the civil exploration and use of the Moon, Mars, comets, and asteroids for peaceful purposes, adopted on 13 October 2020, s. 1. In the space sector, a further example is represented by the International space station intergovernmental agreement, concluded on 29 January 1998.

OSCE document on small arms and light weapons⁸⁶, while the preamble of the Israel-United States declaration on trade in services of 1985 states that its principles «shall not be legally binding»⁸⁷. Less decisive, but indicative, terms are included in the 2009 Copenhagen accord, which refers to the strong «political will» to urgently combat climate change⁸⁸.

4.1.2 The rising number of non-binding agreements makes it difficult to compile an exhaustive analysis of the textual elements that characterize these instruments. This is due not only to the scale of such phenomenon but also to the lack of accessible international and domestic registries⁸⁹. Nevertheless, there have been attempts in literature⁹⁰ and by Governments⁹¹ to classify these textual indicators. And a more recent categorization has been attempted in the OAS guidelines⁹². While certain elements seem widely accepted as, at least, indicative of the non-binding nature of an agreement, this trend towards harmonization is far from complete. This subsection does not therefore aspire to provide a definitive answer to the role played by textual indicators in the identification of the binding nature of an

⁸⁶ OSCE document on small arms and light weapons, 24 November 2000, para. 6. See also the *Coopération européenne dans le domaine de la recherche scientifique et technique* (COST) agreements, that include since 1980 explicit statements of their non-binding nature.

⁸⁷ Declaration on trade in services, United States and Israel, 22 April 1985; see also Declaration of the fifth international conference on the protection of the North Sea, 2002, preamble, which reaffirms «the political commitments» made at previous North Sea conferences.

⁸⁸ UNFCCC, *Report of the conference of the Parties on its fifteenth session*, held in Copenhagen, UN Doc. FCCC/CP/2009/11/Add. 1 of 7-19 December 2009, decision 4/CP.15 (Copenhagen Accord), para. 1. The OAS guidelines at 85-86 identify further clauses indicative of the intention of the Parties. For example, a sentence such as «this agreement shall establish relationships among the parties governed by international law and is intended to give rise to rights and obligations» leaves no doubt on the Parties' intention. On the contrary, a declaration such as «This [title] is not binding under international law and creates no legally binding rights or obligations» outlines the purpose to conclude a non-binding agreement.

⁸⁹ The issue of the lack of national registries has been stressed also in the Report of the House of Commons of the United Kingdom on international agreements: House of Commons (United Kingdom), *op. cit.*, 38, para. 82, and 42, para. 96.

⁹⁰ A. AUST, *Modern treaty law*, cit., 30-32, 429.

⁹¹ D. HOLLIS, *Second report on binding and non-binding agreements*, OEA/Ser. Q, CJI/doc.553/18, 6 February 2018, 18; see also OAS guidelines, cit., 87, fn. 149, citing Annex B of the Swiss guide; German Government, *Richtlinien für die Behandlung völkerrechtlicher verträge (RvV)*, 1 July 2019 (in German, with samples of English clauses to distinguish between binding and non-binding agreements in Annex H) (available online).

⁹² OAS guidelines, cit., 87-91.

agreement; rather, it aims to contribute to the existing and proposed categorizations. In doing so, it considers 12 non-binding agreements that vary in terms of nomenclature, time, geography, normative content and topic⁹³, and 8 linguistic markers that may be indicative of the binding nature of an agreement⁹⁴.

First, on the international legal subjects of the agreements, they normally refer to «participants»⁹⁵, «participating States»⁹⁶, «signatories»⁹⁷ or «sides»⁹⁸, while on other occasions, the authors are referred to by the words «we the Head of States and Governments»⁹⁹ or simply «governments»¹⁰⁰ or «authorities»¹⁰¹. Only in one case, the term «Parties», which is typical in treaties, is included in their text¹⁰², while two instruments refer to both «participants» or «signatories» and «Parties»¹⁰³. Even the nomenclature identifying the commitments agreed in the instruments varies. Normally, international treaties refer to «obligations» or «undertakings». By contrast, most of the considered non-binding agreements embody the term «commitments»¹⁰⁴, «understandings»¹⁰⁵, «determination»¹⁰⁶, or

⁹³ The instruments considered are: the French-Italian protocol of 20 March 1948 on the custom union; the Shanghai communiqué of 27 February 1972; the Helsinki final act of 1 August 1975; Camp David accords of 17 September 1978; the Paris memorandum of understanding on port State control of 26 January 1982 (Paris MoU); the OSCE document of the Stockholm conference on confidence and security-building measures and disarmament in Europe of 19 September 1986 (Stockholm conference document); the Argentina-United Kingdom joint statement on confidence-building measures of 15 February 1990; the Barcelona declaration adopted at the Euro-Mediterranean conference of 27-28 November 1995 (Barcelona declaration); the EU-Jordan joint declaration; the Global Compact; the Artemis accords; the UK-Rwanda MoU.

⁹⁴ The linguistic markers part of this analysis includes authors, types of commitments, verbs used to express such commitments, and clauses on amendments, entry into force, dispute resolutions, signatures and clauses on registration.

⁹⁵ UK-Rwanda MoU.

⁹⁶ Helsinki final act; Stockholm conference document.

⁹⁷ Artemis accords.

⁹⁸ Shanghai communiqué.

⁹⁹ Global Compact.

¹⁰⁰ French-Italian protocol; Camp David accords, 11: «If Israel fails to meet this commitment, the ‘framework’ shall be void and invalid». Stockholm conference document; Argentina-United Kingdom joint statement. On the Stockholm conference document, see, however, Annex I: «Nothing in the definition of the zone given above will diminish obligations already undertaken under the Final Act».

¹⁰¹ Paris MoU.

¹⁰² *Ibidem*, para. 2.3 and Annex 1, para. 1.

¹⁰³ Barcelona declaration. The EU-Jordan joint declaration refers mainly to «signatories», but also to «signatory parties» or «parties».

¹⁰⁴ Helsinki final act, noting that the term «obligations» is used in section X of the act entitled «Fulfilment in good faith of obligations under international law»; Paris MoU, s. 1;

comprise a clause where the Parties «declare their formal intention»¹⁰⁷. Not dissimilarly, the term «efforts» of the Parties is mentioned several times¹⁰⁸. More general instruments without, or with a very limited, normative content, such as communiqués, do not normally contain any reference to obligations or undertakings, thus reinforcing the idea of the lack of any legally binding commitment.

While treaties contain words such as «shall», «undertake», «must» or «agree», which evidence a sense of legal obligation, in non-binding agreements, less resolute verbs are commonly adopted, including «should»¹⁰⁹, «decide»¹¹⁰, «commit»¹¹¹, «endeavour»¹¹², «intend»¹¹³, «consider»¹¹⁴, or «view»¹¹⁵, «express, declare or confirm their intention to»¹¹⁶, and «to be resolved to»¹¹⁷. The Shanghai communiqué encompasses other expressions, such as «express the hope», while the verb «undertake» is mentioned only one time. The Helsinki final act incorporates the phrases «express their intention to encourage», «declare themselves in favour», and «express their willingness, with a view to», which evidence an aspirational and

Argentina-United Kingdom joint statement; Artemis accords, ss. 1, 8, 11. It must be emphasized, however, that the term commitments may, in principle, refer also to *legal* commitments.

¹⁰⁵ Paris MoU, 3-4; Artemis accords, preamble; UK-Rwanda MoU, particularly Arts. 4.1 and 15.3.4.

¹⁰⁶ Helsinki final act, 59; EU-Jordan joint declaration, preamble.

¹⁰⁷ French-Italian protocol.

¹⁰⁸ Helsinki final act; Paris MoU, para. 3.13; Stockholm conference document, para. 17; Global Compact, paras 19; 24(f); 25; Artemis accords, ss. 5-6; UK-Rwanda MoU, para. 22.1.

¹⁰⁹ Shanghai communiqué: «neither should seek hegemony in the Asia-Pacific region and each is opposed to efforts by any other country or group of countries to establish such hegemony»; Helsinki final act; Camp David accords; Paris MoU; Stockholm conference document; Barcelona declaration; Global Compact.

¹¹⁰ French-Italian protocol; EU-Jordan joint declaration, preamble; Global compact, paras 43, 49; UK-Rwanda MoU, preamble.

¹¹¹ Global Compact. See, for example, at para. 25, objective 9, the expression: «We further commit to ensure that migrants shall not become liable to criminal prosecution for the fact of having been the object of smuggling, notwithstanding potential prosecution for other violations of national law»; Argentina-United Kingdom joint statement: «the two Governments confirmed their commitment»; Artemis accords; UK-Rwanda MoU, paras 18.2, 20.2.

¹¹² Helsinki final act, 7, 15, 20, 33, 34; Paris MoU, paras 3.6 and 6; Barcelona declaration, 5; EU-Jordan joint declaration, preamble; UK-Rwanda MoU at para. 25.6.

¹¹³ EU-Jordan joint declaration.

¹¹⁴ French-Italian protocol; Barcelona declaration.

¹¹⁵ Shanghai communiqué; Helsinki final act; EU-Jordan joint declaration.

¹¹⁶ French-Italian protocol; Helsinki final act; Paris MoU; Barcelona declaration.

¹¹⁷ Helsinki final act; Paris MoU; Barcelona declaration. Other verbs commonly used in non-binding agreements are promote, expect, can, understand or declare.

political nature. Comparably, the Argentina-United Kingdom joint statement contains sentences which declare how «governments reaffirmed their wish» or «express their support». Nevertheless, certain non-binding instruments include words typical of treaties, such as «will»¹¹⁸, «agree»¹¹⁹, «must»¹²⁰ and «shall»¹²¹, thus highlighting the difficulties of considering these terms decisive.

On the revision of the instruments, most of the considered agreements do not include any dedicated provision, while others refer to «amendments», a common term also in international treaties¹²². Similarly, if binding instruments normally mention their «entering into force», non-binding agreements do not refer to such formula¹²³ or use the expression «taking or giving effects»¹²⁴. Ambiguously, the document of the Stockholm conference states how «the measures adopted in this document are politically binding and will come into force», reinforcing the assumption that these textual indicators can rarely be conclusive¹²⁵. In the event of a dispute on the instrument, non-binding agreements do not normally provide the possibility of recourse to a dispute settlement body. Rather, they often incorporate clauses where the Parties «will make all reasonable efforts» to resolve

¹¹⁸ Shanghai communiqué; Helsinki final act; Camp David accords; Paris MoU; Argentina-United Kingdom joint statement; Barcelona declaration; Global Compact; UK-Rwanda MoU. The Swiss guide outlines how the term will is generally considered binding by the United States but not by the United Kingdom: Swiss guide, Annex B, 44, n. 153; Artemis accords; EU-Jordan joint declaration, preamble.

¹¹⁹ Shanghai communiqué; Helsinki final act; Camp David accords, noting that in its first lines the instrument states that: «In order to achieve peace between them, Israel and Egypt agree to negotiate in good faith with a goal of concluding within three months of the signing of this framework a peace treaty between them: It is agreed that (...)»; Argentina-United Kingdom joint statement; Barcelona declaration; Global Compact, paras 15, 48.

¹²⁰ Camp David accords; Paris MoU; Barcelona declaration; EU-Jordan joint declaration, preamble; Global Compact, paras 10, 13.

¹²¹ French-Italian protocol: «the two governments shall consult»; Barcelona declaration; EU-Jordan joint declaration, para. 33.

¹²² Paris MoU, s. 8; UK-Rwanda MoU, para. 20; The OAS guidelines at 89 mention the term «modification» as evidence of non-binding agreements.

¹²³ For example, the Barcelona declaration includes general clauses like «to monitor» its application or to «enabling the objective» of the document to be achieved. As described above, the ICJ considered provisions on the entry into force only indicative, and not decisive, in establishing the binding nature of an agreement: *Maritime delimitation in the Indian Ocean*, 22, para. 42. See *supra*, 3.

¹²⁴ Helsinki final act; Paris MoU, s. 9, para. 9.4: «The Memorandum will take effect on 1 July 1982»; Argentina-United Kingdom joint statement; UK-Rwanda MoU.

¹²⁵ Stockholm conference document, para. 101 and Annex II (chairman's statement): «However, the participating States will make every effort to apply to them the provisions of this document to the maximum extent possible».

the dispute¹²⁶. On signature, most of the non-binding instruments do not have specific provisions, while others include the expression «signed»¹²⁷. By contrast, treaties are commonly concluded with the term «done», but this expression is embodied also in a limited number of non-binding agreements¹²⁸. A further textual marker is represented by clauses on registration. For example, the Helsinki final act is «not eligible for registration under Art. 102 of the Charter of the United Nations», suggesting that at the time of its adoption the final act was not conceived by its Parties as a treaty¹²⁹. Even the Artemis accords are not eligible for registration under Art. 102¹³⁰. Nevertheless, as outlined in the next section, the registration and the inclusion of registration clauses cannot be decisive indicators¹³¹.

It must be emphasized that further textual markers are considered by other proposed classifications. For example, the OAS guidelines contemplate clauses such as «coming into operation», «differences» or «modifications», identified as common in non-binding instruments¹³². The Swiss guide refers to other expressions, such as «modality», common in non-binding agreements, as opposed to «rule», which is typical of treaties¹³³. The Italian Ministry of foreign affairs outlines how certain clauses distinctive of treaties, such as the indication of the State or Government as subjects of the instrument, shall not be included the text of non-binding technical arrangements¹³⁴. In jurisprudence, the ICJ in *Obligation to negotiate access to the Pacific*

¹²⁶ UK-Rwanda MoU, para. 22.1.

¹²⁷ Paris MoU; Artemis accords; UK-Rwanda MoU.

¹²⁸ Helsinki final act; EU-Jordan joint declaration.

¹²⁹ Several Western delegations stated the lack of binding effects of the final act: P. VAN DIJK, *The Helsinki final act – basis for a pan-European system*, in *Netherlands yearbook of international law*, 1980, 97-124. It must be noted that the Parties requested the Finnish Government to transmit the text of the act to the UN Secretary General.

¹³⁰ See s. 13.2.

¹³¹ See *infra*, 4.3.

¹³² OAS guidelines, cit., 89.

¹³³ Swiss guide, Annex B, 46.

¹³⁴ Italian Ministry of foreign affairs, *Circolare n. 2, procedure relative ai trattati internazionali ed alle intese tecniche*, 30 July 2021, 5 mentioning how technical arrangements shall not include provisions on exchange of notes verbales on entry into force, diplomatic notifications, denunciations and dispute resolutions. Among these instruments, see the Technical arrangement between the United States of America and Italy regarding the installations / infrastructure in use by the US Forces in Sigonella of 6 April 2006. On the practice of the Italian Ministry of foreign affairs, W. FERRARA, S. SALVATORE, M. BRUNO, *Il soft law bilaterale: potenzialità e criticità per l'Italia. Gli atti internazionali non vincolanti nella prassi del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale*, in *OSORIN working paper 3-22*, 2022, 63 ff.

Ocean considered the clauses «atmosphere of fraternity and cordiality» and «the spirit of solidarity» as evidence of the lack of binding nature of the Charaña declaration¹³⁵. At the domestic level, it has been suggested by the German Constitutional Court that a ratification clause would be required by treaties¹³⁶. Overall, it appears arduous to characterize the binding nature of an agreement based merely on linguistic markers. Only a precise declaration of intent of the Parties may be resolute, while other textual elements of an agreement may only be indicative¹³⁷.

4.2 The circumstances surrounding the adoption of an instrument constitute further interpretative tools. These are normally represented by the conditions that occur before, during or *shortly* after its conclusion¹³⁸, and may be identified through notes verbales, record of meetings, declarations, votes, and *travaux préparatoires*¹³⁹.

Diplomats have normally a decisive role in influencing the circumstances of the adoption of an agreement by declaring the views of the Parties on its legal force, but relevant statements and practice may also be expressed by ministers of foreign affairs or, more solemnly, by Heads of States or Governments. The ICJ in *Aegean Sea continental shelf* scrutinized the circumstances in which the Bruxelles communiqué was drawn up¹⁴⁰. First, it considered declarations and diplomatic exchanges between the two Governments shortly before the adoption of the communiqué¹⁴¹. These included not only a series

¹³⁵ *Obligation to negotiate access to the Pacific Ocean*, para. 126. Among early examples, in the final act of the 1954 London conference, the Parties «declared that their policy is» the end of the occupation regime and that «it is intended to conclude and to bring into force» (...) «the appropriate instruments for these purposes». See H.W. BRIGGS, *The final act of the London conference on Germany*, in *American journal of international law*, 1955, 148-165, at 152-153.

¹³⁶ *New strategic concept*, cit., para. 133.

¹³⁷ OAS guidelines, cit., 88: «It is important to emphasize, however, that there are not “magic words” that guarantee an agreement the status of either a treaty or a political commitment»; see also P. GAUTIER, *op. cit.*, 17.

¹³⁸ The time factor is indeed a determinant indicator in distinguishing surrounding circumstances from subsequent practice.

¹³⁹ OAS guidelines, cit., 92.

¹⁴⁰ *Aegean Sea continental shelf*, cit., para. 96; E.W. VIERDAG, *The International Court of Justice and the law of treaties*, in V. LOWE, M. FITZMAURICE (eds.), *op. cit.*, 145-166, 153, describing the analysis conducted in the judgment as «another example of the Court's endeavour to avoid imposing on states obligations that are not firmly rooted in customary law or that do not unequivocally correspond to a state's intention to be bound».

¹⁴¹ *Aegean Sea continental shelf*, cit., para. 102.

of notes verbales¹⁴² but also the speech of the Turkish Prime Minister before the Turkish Grand National Assembly on 3 March 1975¹⁴³. The Court comprised in its analysis successive diplomatic exchanges describing the terms agreed during their meetings in Rome on 17-19 May 1975¹⁴⁴. Furthermore, it considered being part of the «context in which» the communiqué was agreed also the immediate subsequent diplomatic exchanges¹⁴⁵. And the opportunity to observe such circumstances has been confirmed also in *Maritime delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain*¹⁴⁶. In the latter case, the ICJ highlighted how the 1990 minutes could not be a simple record of meeting since they represented a reaffirmation of obligations previously agreed by the Parties. The ICJ pointed out how the different paragraphs of the minutes reaffirmed previous commitments and addressed circumstances under which the dispute may subsequently be submitted to its jurisdiction¹⁴⁷. Nevertheless, denoting a main objective approach, the ICJ refused to further investigate the intentions of the Parties, mentioning the «fragmentary nature» of the *travaux préparatoires*¹⁴⁸.

The importance of contextual circumstances has been reiterated by the ITLOS in *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*¹⁴⁹. In finding that the 1974 agreed minutes were not «intended» to create legal obligations, the ITLOS considered the practice of the Parties «from the beginning of the discussions», encompassing for example the content of a report prepared by Bangladesh on the second round of

¹⁴² *Ibidem*, para. 101. These include the Greek note verbale of 27 January 1975, the one of the Turkish Government of 6 February, and the Greek reply of 10 February.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ *Ibidem*, para. 103, mentioning, for example, the Greek note verbale of 2 October 1975 or the Turkish note of 18 November 1975.

¹⁴⁵ *Ibidem*, para. 106. These included the notes verbales of 2 October and 19 December 1975.

¹⁴⁶ *Maritime delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain*, cit., paras 23-25.

¹⁴⁷ *Ibidem*, para. 24.

¹⁴⁸ International Court of Justice, judgment of 15 February 1995, *Maritime delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, para. 41. The Court considered the *travaux préparatoires* both as «any document relating the progress of the negotiations» and as «draft texts»; this choice has been strongly criticized in the dissenting opinion of Judge Schwebel. The recourse to the *travaux préparatoires* as a supplementary means of interpretation of a text whose meaning is ambiguous, or obscure, is stated by Art. 32 of the VCLT; see also C.M. CHINKIN, *op. cit.*, 236-237.

¹⁴⁹ *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*, cit., paras 91-93.

negotiations held on 25 November 1974¹⁵⁰. In *South China Sea arbitration*, the arbitral tribunal found that the China-ASEAN declaration of 4 November 2002 was not intended to be a legally binding agreement and highlighted that the circumstances demonstrated how China considered the instrument as «a political document»¹⁵¹. The arbitral tribunal referred precisely to «descriptions from contemporaneous documents leading up to and surrounding the adoption of» the document¹⁵². Similarly, in *Iron Rhine arbitration*, the arbitral tribunal considered diplomatic exchanges, statements of meetings of the Benelux economic union commission of transport, and developments in domestic legislation of the Parties before the signature of the instrument¹⁵³. Contextual declarations have been decisive in establishing the nature of the 1946 gentlemen's agreement on the distribution of non-permanent seats on the Security Council, which has been defined in the UN General Assembly as «a gentlemen's agreement (...) by word of honoured and not recorded in any document»¹⁵⁴. With regard to the Helsinki final act, during the conference several delegates from Western States declared that the instrument is not binding on the Parties¹⁵⁵. And even declarations before national parliaments may be considered decisive. On the French-Italian protocol of 20 March 1948 on the customs union, the French Minister of foreign affairs, a few days before the adoption of the protocol, declared before the French National Assembly unambiguously how «*il est facheux d'entendre ou lire qu'il y a une "convention douanière"*»¹⁵⁶. More recently, the Italian Government declared before the Parliament that the clauses of the agreement on security cooperation concluded between Italy and Ukraine of 2 February 2024 do not have legal effects in international law due to the

¹⁵⁰ *Ibidem*, para. 94.

¹⁵¹ *South China Sea arbitration*, cit., para. 216.

¹⁵² *Ibidem*, para. 217. These included the views of the Chinese drafters of December 1999, the working of the spokesperson for the Chinese Ministry of foreign affairs on the result of a meeting of the working group of China-ASEAN senior officials on the code of conduct, the official report of the third meeting of the working group, and the declarations of the ASEAN Secretary General.

¹⁵³ *Iron Rhine arbitration*, cit., paras 143-153.

¹⁵⁴ O. SCHACHTER, *op. cit.*, 299.

¹⁵⁵ *Ibidem*, 296 citing H.S. RUSSELL, *The Helsinki declaration: Brobdingnag or Lilliput*, in *American journal of international law*, 1976, 246.

¹⁵⁶ A.-C. KISS, *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, 1948, 58, para. 105, 19, citing the speech of the French Minister of foreign affairs M.G. Bidault before the Assemblée Nationale on 11 March 1948. The speech is reported also in *J.O. Débats parlementaires, Assemblée Nationale*, 1948, 1659.

non-binding nature of the instrument¹⁵⁷. Finally, certain domestic courts based the attribution of legally binding force of an instrument on earlier treaties¹⁵⁸. For example, the Supreme Court of Burma found that an exchange of notes between Burma and the British Prime Minister was legally binding since it was part of a more comprehensive treaty¹⁵⁹.

4.3 The subsequent behaviour of the Parties is another, and mostly subjective, indicator that shall be «taken into account» to identify their willingness to conclude, or not, a treaty¹⁶⁰. The concept of subsequent conduct may include declarations made by the States with regard to their understanding that a previously adopted instrument was, or was not, intended to be internationally legally binding¹⁶¹. This practice becomes particularly relevant if the initial intention of the Parties is not explicitly stated in the text, or by means of plain declarations or votes during, or immediately after, the adoption of an instrument, and when the surrounding circumstances do not indicate decisive elements.

The jurisprudence of the ICJ suggests that subsequent practice should have a subsidiary role compared to the intention manifested at the conclusion of an agreement. In *Maritime delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain*, Bahrain claimed that the subsequent conduct of the Parties demonstrated that they never considered the 1990 minutes to be an agreement. It submitted a statement made by its Ministry of foreign affairs on 21 May 1992, which declared how «at no time did I consider that in signing the Minutes I was committing Bahrain to a legally binding agreement»¹⁶². Bahrain suggested, as further evidence, how Qatar waited until June 1991 before it applied to the UN Secretary General to register the minutes under Art. 102 of the Charter and that Bahrain objected to such registration¹⁶³. Nonetheless, the ICJ found that the Parties signed a text recording commitments accepted by their Governments, some

¹⁵⁷ Declaration of the Italian Minister of defence before the Chamber of Deputies of 28 February 2024.

¹⁵⁸ J. KLABBERS, *op. cit.*, 218 ff.

¹⁵⁹ Supreme Court of Burma, judgment of 2 September 1960, *In re Burmanization of import trade*, 341-344.

¹⁶⁰ VCLT, Art. 31.

¹⁶¹ See *supra*, 4.2.

¹⁶² *Qatar v. Bahrain*, cit., para. 26.

¹⁶³ *Ibidem*, para. 28.

of which were to be given immediate application¹⁶⁴. In *Land and maritime boundary between Cameroon and Nigeria*, the ICJ mentioned the criteria of subsequent conduct to consider the Maroua declaration as an international treaty¹⁶⁵, and the same approach was adopted in *South West Africa*¹⁶⁶. The ICJ found that also technical corrections to an agreement may be indicative of a binding treaty¹⁶⁷. That the subsequent conduct of the Parties may «confirm» that an instrument is not legally binding has been reiterated in *South China Sea arbitration*¹⁶⁸. Here the arbitral tribunal mentioned the «continuing efforts» over a decade after the 2002 China–ASEAN declaration was signed to agree upon a code of conduct and the references made by Chinese officials on the declaration as a «political document»¹⁶⁹. In *Iron Rhine arbitration*, the arbitral tribunal noted that the Parties agreed in their written pleadings that a MoU was not legally binding¹⁷⁰. Finally, the lack of submission of an instrument to the domestic procedures required for treaties has been identified as «an additional indication» that it is not intended to be legally binding¹⁷¹.

An example of relevant subsequent practice is represented by the declarations of the United States Department of State on the lack of international binding force of the Shanghai communiqué¹⁷². Further evidence is provided by the registration, or not, of an instrument.

¹⁶⁴ *Ibidem*, paras 27, 29.

¹⁶⁵ International Court of Justice, judgment of 10 October 2002, *Land and maritime boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon and Equatorial Guinea (intervening) v. Nigeria)*, paras 258, 262-263.

¹⁶⁶ *South West Africa*, cit., 332.

¹⁶⁷ *Land and maritime boundary between Cameroon and Nigeria*, cit., para. 253; see also OAS guidelines, cit., 93.

¹⁶⁸ *South China Sea arbitration*, cit., para. 213; see also Arbitral tribunal, award of 22 December 1963, *Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France*, para. 213.

¹⁶⁹ *South China Sea arbitration*, cit., para. 219 and fn. 204: «The Tribunal notes that none of the signatory States to the DOC have ever submitted the DOC to the UN Secretariat for registration and publication».

¹⁷⁰ *Iron Rhine arbitration*, cit., para. 156, referring to the pleadings cited at para. 10 of the award.

¹⁷¹ *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*, cit., para. 97.

¹⁷² Shanghai communiqué. See the testimony of the Assistant Secretary of State John H. Holdridge before the Senate foreign relations Committee on 17 August 1982: «We should keep in mind that what we have here is not a treaty or agreement but a statement of future U.S. policy. We fully intend to implement this policy, in accordance with our understanding of it». These declarations constitute subsequent practice, and not contextual circumstances, since they have been affirmed ten years after the adoption of the instrument.

Indeed, UN Charter Art. 102 demands that every treaty and international agreement entered into force by UN Members shall, as soon as possible, be registered by the UN Secretariat and published by it. Nevertheless, the legal status of an agreement does not depend on its registration and it does not confer the status of a treaty¹⁷³. At the same time, the ICJ declared how the lack of registration does not deny the status of international treaty¹⁷⁴. There are indeed other reasons that may lead States not to register a treaty, such as discretion or avoiding the possibility to invoke it before an organ of the UN¹⁷⁵. By contrast, in *US/UK Heathrow users charges arbitration*, the lack of publication and registration of an instrument under UN Charter Art. 102 has been considered to establish its binding nature¹⁷⁶. Overall, it seems that registration can be merely indicative of the intention of the Parties, especially when other Parties did not object to it¹⁷⁷. Finally, the inclusion of an instrument in the UN treaty series¹⁷⁸, or in national

¹⁷³ OAS guidelines, cit., 49; M. FITZMAURICE, *op. cit.*, 162, stating that «registration (or non-registration) of a treaty does not have any evidentiary value»; see also D.N. HUTCHINSON, *The significance of the registration or non-registration of an international agreement in determining whether or not it is a treaty*, in *Current legal problems*, 1993, 265-276; J. AGHAR, C. MOBECH, *The role of the United Nations in promoting transparency in the international treaty framework: A view through the registration and publication of treaties under article 102 of the Charter of the United Nations*, in S. CHESTERMAN, D.M. MALONE, S. VILLALPANDO (eds.), *The Oxford handbook of United Nations treaties*, Oxford, 2019, 668-669; A. SPAGNOLO, *Intese tecniche in materia di rimpatri, obblighi di pubblicazione dei trattati internazionali e diritto di accedere alle informazioni in possesso della pubblica amministrazione in una recente sentenza del Consiglio di Stato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, 482-484.

¹⁷⁴ *Qatar v. Bahrain*, cit., para. 29.

¹⁷⁵ J. KLABBERS, *op. cit.*, 126.

¹⁷⁶ Arbitral tribunal, award of 30 November 1992, revised 18 June 1993, *Award on the first question, US/UK arbitration concerning Heathrow airport user charges*, 131, para. 6.5, mentioning also the lack of registration with ICAO, under Art. 83 of the Chicago convention; J.H. MCNEILL, *International agreements: recent US-UK practice concerning the memorandum of understanding*, in *American journal of international law*, 1994, 821; J. SKILBECK, *The US/UK arbitration concerning Heathrow airport user charges*, in *International and comparative law quarterly*, 1995, 171-179; A. AUST, *Modern treaty law*, cit., 34. A decisive role of registration in determining the binding nature of an agreement has been supported in literature: K. WIDDOWS, *op. cit.*, 143.

¹⁷⁷ *Maritime delimitation in the Indian Ocean*, cit., 21-22, para. 42, highlighting the lack of objection by Somalia after five years from the registration of a MoU by Kenya.

¹⁷⁸ M. FITZMAURICE, *op. cit.*, 163, noting that the duty to publish in the UNTS rests with the UN Secretariat and citing W.K. GECK, *Treaties, registration and publication*, in *Encyclopaedia of public international law*, 1984, 492; C.A. FLEISCHHAUER, *The United Nations treaty series*, in Y. DINSTEIN, M. TABORY (eds.), *International law at a time of perplexity: essays in honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, 1989, 131-148.

collections, is not *per se* conclusive, even though international and national registries may contribute to improve predictability¹⁷⁹.

4.4 The necessity of generally accepted rules to identify the binding nature of an international agreement is based on practical considerations. Instruments that have been considered legally binding, such as the 1990 minutes or the Maroua declaration, include also general and non-binding clauses. A further example is represented by common Art. 3 of the Geneva conventions which, despite the binding nature of the instruments, declares how the Parties of a conflict «should further endeavour to bring into force, by means of special agreements, all or part of the other provisions of the present Convention»¹⁸⁰. On the other hand, non-binding agreements may encompass detailed provisions that would be able to create rights and obligations under international law, but whose legal effects are precluded by the shared intention of the Parties. As already mentioned, the MoU between the United Kingdom and Rwanda incorporates several clauses that in their form are typical of a treaty, but which do not have international binding effects due to a statement in the instrument that declares its non-binding nature¹⁸¹. Therefore, establishing the binding force of an international instrument having a normative content is decisive in determining the international legal effects of its clauses.

Against this backdrop, previous sections highlighted how a holistic approach should consider both subjective and objective markers to establish the Parties' intention to conclude a treaty. These indicators are not irreconcilable, and may both be included in new hierarchical categorizations, which have been already proposed, for example, in *Iron Rhine arbitration*¹⁸², by the Swiss guide¹⁸³ and by the

¹⁷⁹ D.P. MYERS, *The names and scope of treaties*, in *American journal of international law*, 1957, 597, citing at fn. 114 the misleading use of the term *international acts* in United States registries. The OAS guidelines, cit., at 31, accurately suggest that States should create and publicize registries for binding treaties and for most significant non-binding agreements.

¹⁸⁰ E. CRAWFORD, *Non-binding provisions in binding instruments*, in E. CRAWFORD (ed.), *op. cit.*, 68-73, reporting the views of scholars that consider the clause legally binding. For further examples of similar provisions: A. TANZI, *Introduzione*, cit., 180, fn. 365.

¹⁸¹ See, for example, the use of the verb *will* that characterizes the commitments of the signatories of the MoU and, as reported by the Swiss guide, that may be included also in international treaties. See *supra*, 4.1.2.

¹⁸² *Iron Rhine arbitration*, cit., para. 142, considering first the circumstances that preceded the signature of the instrument, then the content of the instrument and, finally, the circumstances that followed its signature.

legal adviser to the United States State Department¹⁸⁴. First, the presence of a declaration of intent represents the most decisive element in determining the nature of an international agreement¹⁸⁵. If such statements are not adopted, surrounding circumstances are strongly indicative of the Parties' will. Diplomatic exchanges, statements of meetings, declarations of States' organs and *travaux préparatoires* may indeed provide solid evidence of the shared intention of the Parties at the moment of the adoption of an instrument. On the other hand, textual markers such as nouns and verbs seem less decisive since elements typical of treaties may also be incorporated in non-binding agreements¹⁸⁶. The principle of freedom of form, and the relative limited harmonization of international instruments, suggest considering these markers only as indicative. Similarly, subsequent practice, including registration and non-registration or domestic procedures, may only be used subsidiary. To summarize, a holistic categorization should look hierarchically, and on a case-by-case basis, at: a) explicit declarations of intent, as main decisive elements; b) surrounding circumstances, as strongly indicative indicators; and, as subsidiary and indicative means, c) textual markers; and d) subsequent conduct of the Parties.

5. This paper outlined how the application of subjective and objective approaches to determine the binding nature of an agreement may create divergent results when applied to the same instrument, potentially leading to divergencies and disputes among States¹⁸⁷. While subjective tests have been commonly used to identify the intention of the Parties, the adoption of objective approaches, that prioritize the text and language of the agreement over the intention of

¹⁸³ Swiss guide, cit., 7, para. 22. This categorization includes in order of importance: the title of the instrument as a manifestation of the Parties' intention, final clauses typical of treaties, specific intention clauses, compatibility of the content and nature of the instrument with a binding treaty, terms adopted in the text and its overall formulation.

¹⁸⁴ C. BRADLEY, J. LANDMAN GOLDSMITH, A.O. HATHAWAY, *op. cit.*, 1296. The indicators considered are the intention of the Parties, significance, specificity, two or more Parties, and form. See also *Memorandum from Robert Dalton, assistant legal adviser for treaty affairs, US Department of State, International documents of a non-legally binding character*, 18 March 1994, affirming how the identification of the intention of the Parties, as reflected in the language and context of the document, the circumstances of its conclusion, and the explanations given by the Parties, constitutes the test to establish the binding nature of treaties.

¹⁸⁵ Swiss guide, cit., 6-7, paras 19-20.

¹⁸⁶ See *supra*, 4.1.2.

¹⁸⁷ OAS guidelines, cit., 82-82.

its Parties, and admit teleological interpretations, represents a recent trend in both jurisprudence and literature. Nevertheless, the paper demonstrated how subjective and objective tests are not inconceivable and may both be used to ascertain the Parties' intention on a case-by-case basis. On the one hand, subjective tests should often rely also on objective elements when the Parties do not clearly manifest their aims. On the other hand, objective indicators cannot be applied regardless of the intention of the Parties. As recently stated by the OAS guidelines, the existence of conflicting interpretative tools signals the necessity to establish generally accepted rules where subjective and objective elements are considered holistically¹⁸⁸. In this sense, unambiguous declarations of intent are the first decisive indicators to be considered and should be encouraged as good practice¹⁸⁹. Surrounding circumstances may be strongly indicative, while textual markers and subsequent practice should be subsidiary in this proposed approach. To conclude, the establishment of general rules on the identification of non-binding agreements that combine subjective and objective indicators has several practical implications and represents a priority that should be conceived as part of the essential reforms of treaty law making in the future development of international law¹⁹⁰.

ABSTRACT

The Identification of International Non-Binding Agreements Through the Lens of Subjective and Objective Indicators: Fiction or Reality?

Non-binding agreements represent a well-established and growing practice of public international law, where States adopt instruments not intended to be legally binding but which normally carry a certain degree of political or moral power. Their increasing importance, and the similarities of their clauses with the ones of international treaties, are accompanied by the necessity to establish precise criteria for their identification and the

¹⁸⁸ *Ibidem*, 28.

¹⁸⁹ *Ibidem*, at 26-27, suggest certain practices for States to mitigate such risks: a) deciding which test to employ to identify the nature of an agreement; b) applying consistently the test chosen and being open with other States about this choice to ensure predictability; and c) not presuming that other States adopt the same test, thus mitigating the risk of diverging interpretations at the time of the conclusion of an agreement. The guidelines advise also to state the type of the agreement in the text or in the communications related to its conclusion.

¹⁹⁰ D. BETHLEHEM, *Project 2100 - is the international legal order fit for purpose?*, in *EJIL: Talk!*, 29 November 2022.

determination of their international legal effects, as per the recent studies by the International Law Commission and the Inter-American Juridical Committee. The intention of the Parties to conclude a non-binding agreement is often not clearly established in the text of these instruments and its identification represents one of the most unsolvable problems for Governments, tribunals, diplomats, practitioners and scholars. Furthermore, non-binding agreements may encompass detailed provisions with a normative content which, however, do not have international legal effects due to the shared intention of the Parties. The application of both subjective and objective criteria to determine their binding nature may create divergent results when applied to the same instrument, potentially leading to different understandings and disputes among States. These potentially conflicting interpretative tools show the necessity to establish generally accepted rules where subjective and objective indicators shall be considered holistically in a hierarchical categorization.

I “PARADISI AMBIENTALI”: PRIMA CHE ECONOMICO, UN FENOMENO GIURIDICO DI DIRITTO INTERNAZIONALE

LUCA MARTELLI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Come i paradisi ambientali diventano paradisi dell'inquinamento nella «cooperazione internazionale in materia ambientale a due livelli integrati» per la lotta all'apporto antropogenico al cambiamento climatico. – 3. *Segue*: la risposta nel rapporto tra le due *lex specialis* della «cooperazione internazionale in materia ambientale a due livelli integrati». – 4. Sviluppo economico e regolamentazione ambientale nel rapporto tra commercio e ambiente: le ragioni economiche dei *pollution havens*. – 5. I *pollution havens* nella scelta cosciente del principio di «responsabilità comuni ma differenziate» a paradigma dello sviluppo sostenibile. – 6. I *pollution havens* come sintomo della trasformazione del principio di «responsabilità comuni ma differenziate» da paradigma a paradosso. – 7. Conclusioni.

1. Gli ingenti costi a cui sono tenute le imprese italiane per conformarsi alle diverse normative che compongono la *compliance* aziendale e in cui è entrata di diritto la materia ambientale sono un dato della realtà. In particolare, questi costi, nel loro insieme, risultano essere una delle ragioni che spingono un'impresa, anche saldamente legata al territorio per storia e mercato, ad optare per strategie manageriali di esternalizzazione, al fine di definire delocalizzazioni della produzione in Paesi ove tali costi sono molto ridotti.

L'idea maturata nel corso di studi condotti di recente in materia di *compliance* ambientale¹ è che tale differenza potesse derivare dall'assenza di una uniformità partecipativa agli obiettivi di riduzione dell'apporto antropogenico al cambiamento climatico da parte dei Paesi che, in seno all'ONU, hanno scelto di essere parti degli accordi internazionali in materia ambientale che oggi rendono vincolanti siffatti obiettivi.

In tal senso, risultava evidente la corrispondenza dei Paesi destinatari degli investimenti diretti esteri volti a delocalizzare la produzione con quelli che sono prossimi, per debolezza partecipativa, all'esenzione dalla condivisione del suddetto obiettivo. Tali Paesi so-

¹ L. MARTELLI, *I paradisi ambientali: prima che economico, un fenomeno giuridico di diritto internazionale*, tesi di dottorato in “Governo dell'Impresa, dell'Amministrazione e della Società nella Dimensione Internazionale” (GIASDI) Università degli Studi di Teramo, 2023.

no quelli in via di sviluppo che, seppur raramente e mai nel settore giuridico, venivano definiti come «paradisi ambientali», in ragione dell'utilizzo dell'analogia semantica tra i più conosciuti paradisi fiscali («tax havens»), con i paradisi dell'inquinamento («pollution havens»), quale termine coniato dalle teorie economiche che studiano la «environmental regulation» nel rapporto tra commercio, sviluppo economico e variabile ambientale. Tra queste, la «Pollution Haven Hypothesis» confermava la preoccupazione che i Paesi in via di sviluppo, veri paradisi naturali, agissero come «paradisi dell'inquinamento».

È da queste osservazioni che nasce il presente contributo, che intende rispondere alla domanda sul come sia possibile che – al culmine della sensibilità internazionale su temi così attuali come la sostenibilità, la transizione ecologica e i veri e propri «countdown» rivolti all'umanità tutta circa l'ultima possibilità di ristabilizzare gli ecosistemi e preservare l'habitat terrestre per l'uomo e per gli altri esseri viventi – la cooperazione internazionale in materia ambientale consenta l'esistenza del fenomeno dei «paradisi ambientali» e del suo «carbon leakage». A tal fine, comprenderemo come la loro esistenza sia giuridicamente possibile nella «cooperazione internazionale in materia ambientale a due livelli integrati». Quindi analizzeremo come siffatta impostazione sia il risultato della scelta cosciente dei Paesi parti di riporre, nel principio di «responsabilità comuni ma differenziate», la propria consapevolezza del ruolo svolto dallo sviluppo economico e dal commercio iper-globalizzato per la loro crescita economica. Per questo, il lavoro si conclude con l'ulteriore indagine se dal fenomeno dei «paradisi ambientali» risultino almeno dei benefici economici per i Paesi in via di sviluppo, che ne legittimi l'esistenza in riferimento al loro accesso nella «global value chain» o se risulti necessaria, in caso contrario, una sua soluzione giuridica in seno al diritto internazionale che oggi estende il concetto di sviluppo sostenibile alla lotta contro la povertà estrema, con il sintomatico rischio che il principio di «responsabilità comuni ma differenziate» muti da suo paradigma a suo paradosso.

2. È solo nel 1992 che può dirsi raggiunta la prima risposta globale alla sfida di ridurre l'apporto antropogenico al cambiamento climatico in seno alle Nazioni Unite con lo svolgimento del «Summit della Terra» (UNCED) e l'adozione della «Convenzione quadro

sul cambiamento climatico» (UNFCCC)². Tale Trattato ha avuto il pregio, da un lato, di prevedere per la prima volta, all'art. 4, obblighi per gli Stati parti aventi tale obiettivo, seppur ancora senza alcuna sanzione al loro mancato adempimento; dall'altro, di assegnare alla costituenda Conferenza delle parti, il compito di far progredire ogni anno la cooperazione nella materia, con il susseguirsi di «convenzioni-quadro»³.

Nella prima riunione della Conferenza delle parti (COP-1), tenutasi a Berlino nel 1995, i Paesi aderenti approvarono il c.d. «Berline Mandate» in cui veniva affermata la limitatezza dell'UNFCCC nella parte in cui non prevedeva obiettivi vincolanti a scadenze definite⁴. In tal senso, il Protocollo di Kyoto del 1997 ha consentito l'attuazione delle previsioni dell'art. 4, par. 2, dell'UNFCCC, grazie ad una strategia «ad obiettivi vincolanti», in quanto fondata sulla previsione di precisi impegni vincolanti, quali singole quantità di riduzione delle emissioni attribuite a ciascuna Parte industrializzata, i Paesi Annex I, da raggiungere con strumenti economici flessibili e con la previsione, in caso di inosservanza, di sanzioni non economiche⁵.

² *United Nations Framework Convention on Climate Change*, FCCC/INFORMAL/84, 1992. L'UNFCCC, come indicato nel suo art. 4, fronteggia i cambiamenti climatici in riferimento a quelle emissioni di gas ad effetto serra che non erano state previste nel precedente Protocollo di Montreal del 1987, quale convenzione-quadro focalizzata sulle diverse emissioni causative del buco dell'ozono.

³ La «Conference of the Parties» (COP) è l'organo decisionale previsto dall'UNFCCC, per verificarne l'attuazione. È il risultato della scelta degli Stati, dagli anni '80, di preferire, all'istituzione di un'unica organizzazione intergovernativa dell'ambiente, l'adozione di c.d. «trattati-quadro», idonei a disciplinare ampi settori del diritto in riunioni periodiche, le COPs, in cui gli Stati aderenti forniscono sostegno ad organi sussidiari, aventi ruoli tecnici. Si veda G.F. SOARES *Dez anos após Rio-92: o cenário internacional, ao tempo da cúpula mundial sobre desenvolvimento sustentável (Joanesburgo, 2002)*, in *Revista Amazônia Legal de Estudos Sócio-Jurídico-Ambientais*, 2007, 123-168. Sui trattati-quadro S. MARCHISIO, *Gli atti di Rio nel diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, 581; R. GIUFFRIDA, *Lo sviluppo sostenibile: i caratteri delle norme internazionali e il loro operare nella soluzione delle controversie*, in *Studi in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, vol. II, Napoli, 2004, 1039; L. PINESCHI, *L'evoluzione storica*, in A. FODELLA, L. PINESCHI (a cura di), *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino, 2009, 10-35.

⁴ *Report of the conference of the parties on its first session, held at berlin from 28 march to 7 april 1995* (FCCC/CP/1995/7/Add.1). Con esso fu incaricato il «Group on the Berlin Mandate» (AGBM) di redigere una nuova bozza di accordo raggiunta alla COP 3 del 1997.

⁵ *Kyoto Protocol to The United Nations Framework Convention on Climate Change* (FCCC/CP/1997/L.7/Add.1). Il Protocollo aveva rimesso al mercato gli obiettivi vincolanti con tre cd. «meccanismi flessibili», quali «Joint Implementation» (JI), «International Emission Trading» (IET) e «Clean Development Mechanism» (CDM). Quindi, anche le sanzioni seguivano tale scelta, prevedendo ad esempio solo maggiorazioni di obiettivi.

Successivamente, nel 2015, durante la COP-21, si è assistito ad uno dei più importanti traguardi nella materia, con la negoziazione dell'ultima «convenzione-quadro» in seno all'UNFCCC: l'Accordo di Parigi⁶. Nonostante l'utilizzo del termine «accordo», tale strumento è da intendere come un vero e proprio Protocollo all'UNFCCC, al pari del Protocollo di Kyoto⁷, e pone un nuovo metodo definibile «ad ambiziosità vincolante» in quanto, nel porre il nuovo obiettivo a lungo termine per tutti i Paesi parti, ha previsto all'art. 4, par. 9, che ognuno di essi, al momento della ratifica, comunichi il proprio «Nationally Determined Contribution» (NDC), con l'obbligo di perseguire misure domestiche per la sua attuazione. Ogni successivo contributo nazionale, da comunicare ogni cinque anni, dovrà costituire un concreto avanzamento rispetto allo sforzo compiuto con il precedente.

Ebbene, seppur non manchino autori favorevoli a questa nuova impostazione dell'Accordo di Parigi⁸, si condividono non solo gli studi che escludono la natura vincolante degli obblighi in esso posti a partire dall'analisi del suo dato letterale⁹, ma anche la corrente dottrinale che intende la previsione di NDC ambiziosi e quinquennali solo

⁶ *Report of the Conference of the Parties on its twenty-first session, held in Paris from 30 November to 13 December 2015* (FCCC/CP/2015/10/Add.1).

⁷ Si veda l'analisi sugli articoli 1-2-16-17-18 di D. BODANSKI, *The Legal Character of the Paris Agreement*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2016, 145.

⁸ Un primo filone si fonda sul maggior coinvolgimento dei Paesi in via di sviluppo. Si veda, R. DIMITROV ET AL., *Institutional and environmental effectiveness: Will the Paris Agreement work?*, WIREs Climate Change, 2019. Un secondo filone si fonda sulla rivisitazione del sistema MVR del Protocollo di Kyoto. Si veda V. TØRSTAD, *Participation, Ambition and Compliance: can the Paris Agreement solve the Effectiveness Trilemma?*, in *Environmental Politics*, 2020, 761-780. Infine, terzo filone riflette sulla mancata richiesta di alti livelli di precisione degli NDCs. Si veda, H. WINKLER, B. MANTLANA, T. LETETE, *Transparency of action and support in the Paris Agreement*, in *Climate Policy*, 2018, 853-872.

⁹ Nell'Accordo, su 117 disposizioni vincolanti con l'uso di «shall» solo 14 risultano rivolti come obblighi agli Stati membri con «each Party» e sono gli articoli 3, 1; 4, 2-5-8-9-10-12-15-17; 6, 2; 9, 5-7; 10, 6 e 13, 7 che, su 29 totali, sono solo 1/6 dell'Accordo. Sulla portata di «shall», M. SOLLY, *Vagueness in the Discourse of Insurance: The Case of the Marine Insurance Act 1906*, in V. BHATIA (ed.), *Vagueness in Normative Texts, Linguistic Insights: Studies in Language and Communication*, Berna, 2005, 313-336. Poi, di tali prescrizioni, quelle con contenuto normativo preciso e non discrezionale sono solo gli articoli 4, par. 9, e 13, par. 7, considerando i restanti 12 o mere raccomandazioni (L. RAJAMANI, *The 2015 Paris Agreement: Interplay Between Hard, Soft and Non-Obligations*, in *Oxford Journal of Environmental Law*, 2016, 337-358) o portatrici di un mero obbligo di condotta (H. DE CONINCK, A. SAGAR, (2017), *Technology Development and Transfer (Article 10)*, in D. KLEIN (ed.), *The Paris Agreement on Climate Change: Analysis and Commentary*, Oxford, 2017, 258-276).

come un sistema idoneo ad aggirare il carattere vincolante degli impegni posti dall'Accordo¹⁰.

Inoltre, in via residuale e astratta, va escluso che il sistema posto dall'UNFCCC e dai suoi Protocolli sia in grado di operare come *self contained regime*, cioè come un sistema che, seguendo la definizione dell'International Law Commission (ILC), oltre alla previsione di obblighi vincolanti, sia idoneo anche a garantirne il rispetto con un'infrastruttura internazionale autonoma rispetto a quella del diritto consuetudinario¹¹. Infatti, sebbene la Commissione utilizzi proprio i «non-compliance mechanisms» del diritto internazionale dell'ambiente come esempi di «self contained regime»¹², la loro evoluzione successiva al 2001 dimostra come tali meccanismi siano da intendere, soprattutto oggi, solo come insiemi di norme meramente derogatorie rispetto al diritto internazionale generale. Infatti, l'Accordo di Parigi

¹⁰ Gli Stati potrebbero programmare gli obiettivi con una parvenza ambiziosa con una gradualità crescente di facile realizzazione, fino a poter porre rimedio al mancato rispetto con l'uscita dall'Accordo. Poi, l'attività di trasparenza dell'azione e del sostegno ai Paesi in via di sviluppo ha solo un ruolo di facilitazione del lavoro delle COPs. Infine, è certo il mancato raggiungimento di obiettivi in rapporto all'effettivo fattore tempo della resilienza ambientale. Per una più dettagliata ricostruzione M. GERVASI, *Rilievi critici sull'Accordo di Parigi. le sue potenzialità e il suo ruolo nell'evoluzione dell'azione internazionale di contrasto al cambiamento climatico*, in *La Comunità Internazionale*, 2016, 21 ss.

¹¹ Secondo l'ILC, «a self-contained regime covers the case where a set of primary rules relating to a particular subject-matter is connected with a special set of secondary rules that claims priority to the secondary rules provided by general law». Si veda *Report of the Study Group of the International Law Commission*, finalized by Mr. Martti Koskenniemi Incorporating document UN Doc. A/CN.4/L.682/Corr.1., 2006. Sempre l'ILC, ma in scritti del 2001, definisce le norme secondarie, «rules have to do with the creation and change of primary rules as well as reactions to breach and means of dispute settlement», nonché, «secondary rules are those that lay down the consequences of breach of primary law». Entrambe le definizioni «both highlight the fact that legal rules appear in clusters that contain not only rules laying down substantive rights, duties and powers (primary rules) but also rules that have to do with the administration of primary rules (secondary rules)», concludendo che i «clusters» sono quelli che, per le relazioni internazionali, sono nominati come «regimes». Dunque, «a regime is a union of rules laying down particular rights, duties and powers and rules having to do with the administration of such rules, including in particular rules for reacting to breaches. When such a regime seeks precedence in regard to the general law, we have a "self-contained regime", a special case of *lex specialis*». *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries in Commission's report covering the work of that session* (UN Doc. A/56/10), in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two.

¹² Si veda *ILC Report 2001*, 357. Per la Commissione «in environmental law, special "non-compliance mechanisms" have been constructed to set aside the rules of formal dispute settlement and countermeasures». Ovviamente riferendosi a quelle allora esistenti nel 2001, sapientemente analizzate in T. TREVES, L. PINESCHI, A. TANZI, C. PITEA, C. RAGNI, F. ROMANIN JACUR, *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, The Hague, 2009.

differisce dal Protocollo di Kyoto anche per la previsione di meccanismi applicativi di trasparenza e controllo «top-down», in uno schema di applicazione «bottom-up»¹³, affidato ad un unico organo di controllo, il Comitato PAICC, che assume un ruolo di natura prettamente agevolativa, non contraddittorio e non punitivo confermato anche dal regolamento interno del Comitato PAICC adottato durante la COP27 del 2022¹⁴. Questo significa che l'efficacia del sistema a «progressività vincolata» dell'Accordo di Parigi e del relativo meccanismo di conformità posto a sua vigilanza, dipenda molto dalla volontà di un Paese parte di onorare i propri impegni vincolanti e, qualora inadempiente, di applicare le raccomandazioni ricevute dal Comitato PAICC¹⁵. Volontà questa che diviene ancor più importante se si considera che oggi, in caso di «regime failure» della *lex specialis* ambientale, non è ricostruibile una consuetudine che imponga agli Stati di non contribuire significativamente al cambiamento climatico¹⁶.

¹³ Definizione di C. VOIGT, *The Compliance and Implementation Mechanism of the Paris Agreement*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2016, 161-173. Il meccanismo del Protocollo di Kyoto si fonda su impianto di controllo a doppio ramo facilitativo e applicativo con sanzioni dissuasive in capo ad un comitato quasi giudiziario. Si veda S. URBINATI, *Procedures and mechanisms relating to compliance under the 1997 Kyoto Protocol to the 1992 United Nations Framework Convention on climate change*, in *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements*, L'Aja, 2009, 63-84. Invece, l'Accordo di Parigi, all'art. 15, istituisce l'unico organo «Paris Agreement Implementation and Compliance committee», (PAICC), volto a «to facilitate implementation and promote compliance with provisions of Agreement». Si veda L. RAJAMANI, *Elaborating the Paris agreement: implementation and compliance*, novembre 2017, reperibile *online*.

¹⁴ *Decision -/CMA.4 Rules of procedure of the committee to facilitate implementation and promote compliance referred to in Article 15, paragraph 2, of the Paris Agreement*. (FCCC/PA/CMA/2022/L.1).

¹⁵ Dato avvalorato dal «Synthesis report NDC» del 2022 ove, su 169 Parti nel registro NDC nel 2022, solo 39 hanno comunicato NDC nuovi o aggiornati al 2021, quale data limite per la presentazione. CONFERENCE OF THE PARTIES SERVING AS THE MEETING OF THE PARTIES TO THE PARIS AGREEMENT, *Synthesis report by the secretariat Nationally determined contributions under the Paris Agreement* (FCCC/PA/CMA/2022/4).

¹⁶ Pur ammettendo l'esistenza di una tale consuetudine, alcuna istituzione sarebbe nella capacità scientifico/giuridica, nel diritto internazionale, di addebitare un'eventuale responsabilità (in termini di elemento soggettivo, oggettivo, nesso di causalità ed anti-giuridicità) allo Stato la cui condotta inquinante abbia contribuito al surriscaldamento globale. Poi, ammessa in astratto l'imputabilità di una responsabilità, il danno ricondotto ad uno Stato non sarebbe da questo riparabile nei tempi previsti dall'IPCC per renderlo irrimediabile. Ricostruzione di M. GERVASI, *Le regole della responsabilità internazionale degli Stati dinanzi alla sfida del cambiamento climatico*, in A. SPAGNOLO, S. SALUZZO (a cura di), *La responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali: nuove fattispecie e problemi di attribuzione e di accertamento*, Milano, 2017, 61-88.

3. Chiarita la portata degli obblighi vincolanti posti dall'Accordo di Parigi, nonché la natura prettamente facilitativa del relativo «non-compliance mechanism», nel presente paragrafo si prosegue l'indagine partendo dall'affermazione che la volontà dei Paesi parti di rispettare gli impegni assunti con l'Accordo di Parigi, si traduce necessariamente nell'adozione, in seno al proprio ordinamento nazionale o regionale, di «environmental regulations», cioè di interventi statali/regionali in materia ambientale che, a prescindere dalla forma regolatoria assunta¹⁷, sono potenzialmente in grado di distorcere il libero mercato, se contrari al diritto internazionale del commercio¹⁸.

Questo significa che la lotta all'apporto antropogenico al cambiamento climatico prende la forma di una infrastruttura a due livelli, ognuno regolato da una diversa *lex specialis* del diritto internazionale, operanti rispetto ad esso come regimi derogatori in funzione del loro sistema di responsabilità piuttosto che per una distinzione *ratione materiae*¹⁹.

Un primo livello della cooperazione internazionale in materia ambientale è rimesso al diritto internazionale dell'ambiente che – operando nelle forme e nei limiti ricostruiti sinora – si pone come *lex specialis* volta a porre gli obiettivi ambientali per i Paesi parti e costituire un sistema di controllo che ne «faciliti», come visto, il raggiungimento.

¹⁷ Due sono le forme di «environmental regulation». La prima è fondata su strumenti di «regolamentazione diretta» o di «command and control». Tra tutti, P. MCMANUS, *Environmental Regulation*, in R. KITCHIN, N. THRIFT (eds.), *International Encyclopedia of Human Geography*, Amsterdam, 2009, 546-552. L'altra corrisponde agli «strumenti economici puri», divisibili in tre ordini di intervento statale, quali «strumenti di intervento diretto sui prezzi», «strumenti di intervento indiretto sui prezzi» e «strumenti diretti a creazione di mercato». Esempi per i primi «tassazione ambientale» e «cauzioni restituibili»; per i secondi, «sussidi» e «incentivi»; per il terzo, «permessi negoziabili d'inquinamento». Tra tutti, B. FIELD, M.K. FIELD, *Environmental economics: An introduction*, New York, 2017.

¹⁸ Il conflitto tra norme commerciali e norme ambientali vi è tutte le volte che uno Stato adotta misure, a tutela dell'ambiente nazionale o globale, in contrasto con: 1) divieto di restrizioni quantitative alla circolazione delle merci, art. XI GATT; 2) divieto di discriminazione tra prodotti «similari» importati da Stati diversi, art. I GATT; 3) divieto di discriminazione tra prodotti importati e prodotti nazionali «similari», art. III GATT; 4) divieto di discriminazione «ingiustificata» e di protezionismo, articoli XXb, XXg GATT; 5) obblighi specifici dell'Accordo SPS e Accordo TBT. F. FRANCONI, *Il rapporto fra protezione dell'ambiente, libertà del commercio e disciplina degli investimenti*, in A. FODELLA, L. PINESCHI (a cura di), *op. cit.*, 168-172.

¹⁹ La specificità del sistema OMC non si fonda sulla trattazione di un settore distinto *ratione materiae* del diritto internazionale, ma per l'operare come un regime organico e specifico. In G. SACERDOTI, *La disciplina del commercio internazionale e la protezione dell'ambiente*, in *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli, 2007, 63-83.

Un secondo livello è rimesso al diritto internazionale del commercio che si pone come *lex specialis* in cui gli Stati assicurano che gli strumenti di «environmental regulations», scelti a livello nazionale o regionale per raggiungere gli impegni assunti nel primo livello di cooperazione risultino conformi alle regole del commercio internazionale poste in seno all'OMC, quale sistema non solo più strutturato, corposo e collaudato di quello previsto dal regime ambientale, ma anche in grado di riconciliare le norme sul commercio con la tutela di valori non commerciali, *in primis* del «principio precauzionale»²⁰.

Dunque, le rispettive caratteristiche elevano i due livelli di *lex specialis* ad un rapporto di «reciproca integrazione», nella prospettiva di una sostanziale unità dell'ordinamento giuridico internazionale, nel senso che si confrontano, ma non si escludono se non nella loro specificità che interagisce a mezzo delle norme generali dell'interpretazione, l'una recependo i principi dello sviluppo sostenibile e, l'altra, del libero scambio²¹.

Da qui, la ricostruzione di due ordini di effetti. Il primo è che questa cooperazione internazionale in materia ambientale «a due livelli integrati» determina consapevolmente che l'incisività di «environmental regulations» (ERs), nel sistema giuridico nazionale/regionale di uno Stato o organizzazione, sia direttamente proporzionale al grado di ambiziosità degli obiettivi vincolanti ivi assunti «su base volontaria» (NDC) con i trattati-quadro, finanche accettando tale sistema che la previsione dei primi (ERs) e la partecipazione ai secondi (INDC-

²⁰ Sempre G. SACERDOTI, *op. cit.*, 64-65. Testualmente: «il sistema può essere visto come un organismo in perenne divenire» sorretto da «un apparato istituzionale che lo distingue da altri sottosettori del diritto internazionale, attraverso il suo sistema di risoluzione delle controversie caratterizzato dall'essere un sistema centralizzato, esclusivo, obbligatorio, (...) ed amministrato da organi giudicanti indipendenti». Poi, a pag.77, il Sacerdoti riflette sulla risoluzione dei conflitti tra gli obblighi dell'OMC e quelli vincolanti gli Stati Membri OMC da altri trattati, come quelli sull'ambiente. In primo luogo, riconduce il sostanzioso corpus giurisprudenziale degli Organi giudicanti dell'OMC proprio per il ricorso sistematico ad essi dagli Stati membri. Poi, riscontrando in gran parte della dottrina come il centro del dibattito ambientale si sia incentrato sul «principio precauzionale», avvalorata la posizione che «l'elaborato meccanismo di risoluzione delle controversie dell'OMC non ha eguali in altri settori» per «l'approccio preventivo che favorisce l'armonizzazione e il coordinamento ex ante, piuttosto che la risoluzione di conflitti di applicazione ex post».

²¹ F. FRANCONI, *op. cit.*, 168-172, ricostruisce tre fasi d'estensione delle eccezioni ambientali alle regole del commercio internazionale. Dunque, il sistema OMC si pone, sul piano istituzionale, come un soggetto di diritto internazionale con personalità giuridica e, sul piano normativo, come un sistema che si apre alle norme generali in materia di interpretazione e recepisce, nel suo preambolo, il principio dello sviluppo sostenibile e protezione ambientale». Lo stesso avviene nell'UNFCCC e suoi Protocolli con il recepimento dello «sviluppo economico».

NDC), da parte dei Paesi parti, siano prossimi all'inesistenza per loro debolezza. Al contrario, più sarà ambizioso il valore di questa proporzione, più sarà alto il rischio che «environmental regulations» siano contrari agli impegni assunti «su base istituzionale» in seno all'OMC, trovando, così, nel rispetto del libero scambio fondante il commercio internazionale, il suo metro di validità a cui riparametrarne la conformità. Esempio chiarificatore in tal senso è l'Unione europea che, da sempre volano della cooperazione internazionale in materia ambientale, si trova oggi davanti alla possibilità concreta di dover abbandonare l'adozione dello strumento pionieristico del «Carbon Border Adjustment Mechanism» (CBAM), qualora lo stesso risulterà non conforme al sistema OMC a conclusione della sua attuale fase sperimentale²².

Il secondo effetto è che, come si vedrà nel prossimo paragrafo, la volontà di rendere ambiziosi i propri impegni ambientali internazionali (NDC) è direttamente proporzionale al proprio grado di raggiungimento nazionale/regionale dello sviluppo economico che, a sua volta, è strettamente collegato alle regole del commercio internazionale aventi come attori le multinazionali. Queste, innanzi alla necessità di trovare soluzioni imprenditoriali idonee ad abbattere i costi della «compliance aziendale» – di cui fanno parte anche quelli della «environmental regulation» – eseguono «esternalizzazioni», come «outsourcing», «offshoring» e loro plurime diversificazioni, quali scelte manageriali di delocalizzazione della produzione che, a mezzo del libero mercato e degli «investimenti diretti esteri» (IDE), coinvolgono Paesi diversi da quello di appartenenza ed aventi una minore pressione regolatoria, proprio al fine di attrarre sempre più IDE che garantiscano loro l'accesso alla «Global Value Chain» secondo le regole del libero scambio²³. È da questa delocalizzazione della produzione e dal relativo *carbon leakage*, che trovano origine i «paradisi dell'inquinamento».

²² L'Unione europea, nell'adottare lo strumento pionieristico del «Carbon Border Adjustment Mechanism» (CBAM), deve garantirne la conformità al sistema OMC, con il rischio di vederlo bocciato a conclusione della fase sperimentale. Si rimanda al par.6.

²³ Sulla «compliance», L. TORCHIA, *La Compliance e i rapporti con l'autorità di controllo*, in G. ROSSI (a cura di), *La Corporate Compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, Milano, 2017, 156-165. Sui costi ambientali (EMA), R.L. BURRITT, C. HERZIG, S. SCHALTEGGER, T. VIERE, *Diffusion of environmental management accounting for cleaner production: Evidence from some case studies*, in *Journal of Cleaner Production*, 2019, 479-491. Sulle forme di esternalizzazione, G. BARONCHELLI, *La Delocalizzazione nei Mercati Internazionali dagli IDE all'Offshoring*, Milano, II ed., 2012. Per gli IDE e Global Value Chain, si veda UNCTAD, *World Investment Report 2003*.

4. Già nel 1955 Simon S. Kuznets dimostrò, con la *teoria della curva di Kuznets*, che la «transizione nazionale» e la «variazione del reddito» hanno delle ripercussioni sui processi socioeconomici, politici e legislativi, poiché è con lo sviluppo economico che si può raggiungere la stabilizzazione e la riduzione di eterogeneità nella distribuzione del reddito²⁴. Tale *teoria* valse a Kuznets il Nobel nel 1971, ma da subito destò l'interesse di ricercatori che cercarono di applicarla anche a settori specifici, come il rapporto tra «sviluppo economico» e «ambiente», i cui studi si racchiudono in due gruppi: un primo, focalizzato sugli effetti del «commercio» sull'ambiente; un secondo, sulla relazione tra «regolamentazione ambientale» e «vantaggi comparati»²⁵.

Per il primo gruppo, il contributo cardine è il lavoro di Gene Grossman e Alan Krueger, del 1991, sulla *Environmental Kuznets Curve Theory* (EKC) che, partendo dai risultati della teoria madre, considera lo «sviluppo economico» necessario per tendere al mantenimento e miglioramento della «qualità ambientale», a fronte di tre «canali d'impatto»: «effetto di scala», «effetto di composizione» ed «effetto di tecnica»²⁶.

Il secondo gruppo ha origine dagli studi di Ruediger Pethig che, nel 1976, inserendo una variabile ambientale nel modello ricardiano dei «vantaggi comparati», dimostra che questi scaturiscono solo dalla diversa «regolamentazione ambientale»²⁷. In seguito, la validità della

²⁴ S. KUZNETS, *Economic Growth and Income Inequality*, in *The American Economic Review*, 1955, 1-28. Osserva che la disuguaglianza di reddito, rispetto allo sviluppo economico, ha una relazione «inverted U-relationship (IUR)»

²⁵ Ricostruzione in M.A. SCARINGELLI, *Commercio internazionale e ambiente: una analisi a livello provinciale*, Foggia, 2011.

²⁶ G.M. GROSSMAN, A.B. KRUEGER, *Environmental Impacts of a North American Free Trade Agreement*, in *National Bureau of Economics Research Working Paper*, n. 3194, Cambridge, 1991. Negli stadi iniziali della crescita di un Paese ad economie nel settore primario e secondario, l'elasticità al reddito della domanda di qualità ambientale e la consapevolezza ambientale sono bassi, prevalendo l'esigenza di produrre ricchezza e crescita economica inquinante (effetto di scala). Raggiunto un livello di industrializzazione avanzato grazie a investimenti in ricerca e sviluppo, le società ottengono capacità tecnologiche che sostituiscono le tecnologie obsolete (l'effetto tecnica), mutando la composizione dei settori produttivi al crescere del reddito e passando dall'industria pesante ai servizi (l'effetto di composizione). I due effetti accrescono il numero di settori produttivi a basso impatto ambientale e tale paese maturerà la consapevolezza ambientale. Invece, i Paesi in via di sviluppo avvieranno il loro «effetto di scala» con impulso alla crescita. In D. LANZI, *Economia dell'ambiente*, Bologna, 2022, 26.

²⁷ Nell'ordine, D. RICARDO, *Principi di economia politica e dell'imposta*, Torino, 2006; R. PETHIG, *Pollution, welfare, and environmental policy in the theory of comparative advantage*, in *Journal of Environmental Economics and Management*, 1976, 160-169. Per Pethig, tra due

teoria viene dimostrata anche con il «modello di Heckscher-Ohlin» (H-O) e tali teorie sono dette «Pollution Haven Hypothesis» (PHH). Tuttavia, se in autori come Siebert (1980) e McGuire (1982), sulla scia di Pethig (1976), la «regolamentazione ambientale» è intesa come variabile esogena, per altri come Copeland e Taylor (1994), essa risulta endogena, così che se due Paesi sono diversi solo per il loro reddito, tra i due sarà il Paese più ricco ad avere standard ambientali più rigidi, mentre risulterà una situazione di «pollution haven» nel Paese più povero con la sua apertura al commercio internazionale a mezzo di norme ambientali più permissive e con un vantaggio comparativo nella produzione di beni ad alta intensità ambientale perché attrattivo di investimenti diretti esteri (IDE)²⁸.

Dai primi anni '90, la teoria PHH diviene oggetto di critica sia ove sostiene che i «vantaggi comparati» sono determinati solo dalla rigidità degli standard ambientali, sia ove esclude l'effetto della politica ambientale sulle ragioni di scambio, scindendosi la letteratura economica in materia ambientale in quattro filoni teorici²⁹. Per il primo,

Paesi identici, quello con regolamentazione ambientale più debole si specializza nella produzione di beni ad alto inquinamento, sfruttando i vantaggi comparati che derivano dai minori costi della meno rigida regolamentazione ambientale.

²⁸ Nell'ordine, E.F. HECKSCHER, B. OHLIN *Heckscher-Ohlin Trade Theory*, Cambridge, 1991; H. SIEBERT, J. EICHBERGER, R. GRONCH, R. PETHIG, *Trade and the Environment: A Theoretical Enquiry*, Amsterdam, 1980; M.C. MCGUIRE, *Regulation, Factor Rewards, and International Trade*, in *Journal of Public Economics*, 1982, 335-54; B.R. COPELAND, M.S. TAYLOR, *North-South Trade and the Environment*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1994, 755-787. Tra esogena ed endogena, N.G. MANKIW, M.P. TAYLOR *Principi di economia*, M. MERELLI, S. RIELA (a cura di), Bologna, VIII ed., 2022.

²⁹ In via esplicativa, si veda la figura n.1. Nel dettaglio, al primo filone, appartengono i lavori inerenti al ruolo della regolamentazione ambientale e della dotazione fattoriale nella determinazione dei vantaggi comparati, con lavori principali B.R. COPELAND, M.S. TAYLOR, *op. cit.*; J.R. MARKUSEN, *Costly pollution abatement, competitiveness and plant location decisions*, in *Resource and Energy Economics*, 1997, 299-320; B.R. COPELAND, M.S. TAYLOR, *Trade & the Environment: Theory and Evidence*, Princeton, 2003; B.R. COPELAND, M.S. TAYLOR, *Trade, Growth, and the Environment*, in *Journal of Economic Literature*, 2004, 7-71. Al secondo filone appartengono i lavori inerenti al ruolo svolto dalle differenze di reddito sullo sviluppo economico all'interno della curva di Kuznets ambientale (EKC) con lavori principali di G.M. GROSSMAN, A.B. KRUEGER, *Environmental impacts of a North American Free Trade Agreement*, in P.M. GARBER (ed.), *The Mexico-U.S. Free Trade Agreement*, Cambridge, 1993, 13-56; G.M. GROSSMAN, A.B. KRUEGER, *Economic Growth and the Environment*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1995, 353-377. Al terzo filone, appartengono i lavori inerenti al rapporto tra commercio internazionale e politica ambientale attraverso lo studio del comportamento strategico dei governi e delle imprese, sviluppando modelli di teoria dei giochi sia cooperativi sia non cooperativi, con lavori principali di S. BARRET, *Strategic environmental policy and international trade*, in *Journal of Public Economics*, 1994, 325-338; M. RAUSCHER, *On Ecological Dumping*, in *Oxford Economic Papers*, 1994, 822-840. Al quarto filone appartengono i lavori inerenti al ruolo degli investimenti diretti esteri nel rappor-

gli stessi Copeland e Taylor (2004), a distanza di dieci anni e influenzati dalla «Factor Endowments Theory» (FET) di James R. Markusen (1997), elaborano una nuova teoria avente come «vantaggi comparati» oltre alla «diversa dotazione di regolamentazione ambientale», dipendente dalla disuguaglianza del reddito, anche la «diversa dotazione di capitale e lavoro» e la «diversa dotazione di risorse naturali», quali «dotazioni fattoriali» dipendenti dalla politica ambientale³⁰. Cui si aggiunge la «Porter Hypothesis» (PH) di Michael E. Porter che, nel 1991 e poi nel 1995 con lo studioso Class Van De Linde, sostiene come politiche ambientali rigorose, ma ben progettate, possano avere degli effetti positivi sulla competitività delle imprese interessate, mediante processi innovativi scaturiti dalla regolamentazione, adeguatamente elaborata per innescare compensazioni dell'innovazione, volte a migliorare la produttività delle risorse³¹.

Se al secondo filone appartiene la già citata teoria EKC il cui confronto critico con la teoria PHH è rimesso a G.M. Grossman, e A.B. Krueger (1995), il terzo filone teorico è rappresentato dalla «Ecological Dumping Theory» (DET) che, dai lavori di Scott Barrett (1994) e Michael Rauscher (1994), riunisce tutti gli studi che, attraverso lo sviluppo di modelli di «teoria dei giochi», cooperativi e non cooperativi, dimostrano come l'inquinamento potrebbe essere il risultato di un preciso comportamento strategico di un Paese, quale fattore in grado di influenzare il commercio internazionale in parallelo alla regolamentazione ambientale che diviene strumento di tale strategia³².

to tra commercio internazionale e politica ambientale, con lavori principali di L. ZARSKY, *Havens, Halos and Spaghetti: Untangling the Relationship Between FDI and the Environment*, in *Foreign Direct Investment and the Environment*, Paris, 1999, 47-73; N. BIRDSALL, D. WHEELER, *Trade policy and industrial pollution in Latin America: where are the pollution havens?*, in *Journal of Environment and Development*, 1993, 137-147.

³⁰ Si ottengono due forme di «pollution haven», tra loro non escludenti, una verificata in un modello di PHH pura, l'altra in un modello di Heckscher-Ohlin-Samuelson (HOS), c.d. «Pollution Havens Effects» (PHE) per cui un rafforzamento delle regolamentazioni ambientali contribuirebbe a ridurre le esportazioni, o aumentare importazioni, di beni inquinanti. Per questo, l'effetto di PHE è una condizione necessaria, ma non sufficiente della PHH. Si veda, B.R. COPELAND, M.S. TAYLOR, *op. cit.*, 7-71. Per la teoria FET, per cui la dotazione fattoriale di capitale e lavoro è la determinante dei vantaggi comparati, si veda J.R. MARKUSEN, *op. cit.* Per il modello HOS si veda P.R. KRUGMAN, M. OBSTFELD, *Economia internazionale*, vol. 1, Londra, 2007.

³¹ M.E. PORTER, *op. cit.*, 95-117; M.E. PORTER, C. VAN DER LINDE, *op. cit.*, 97-118.

³² Nell'ordine, G.M. GROSSMAN, A.B. KRUEGER, *op. cit.*, 353-377; S. BARRET, *op. cit.*, 325-338; M. RAUSCHER, *op. cit.*, 822-840. Per la Teoria dei giochi e le varianti del filone, M. SCARINGELLI, *op. cit.* 11-13.

Infine, per il quarto filone, si cita la «Pollution Halo Hypothesis» (PHL) come orientamento teorico che, a partire da Birdsall e Wheeler (1993), Grossman e Krueger (1995) e Lyuba Zarsky (1999), considera carente la teoria PHH pura ove ritiene gli IDE influenzati dalla regolamentazione ambientale. Invece, per la PHL, è la presenza di IDE ad influenzare il livello di severità della regolamentazione ambientale nel Paese ospitante grazie alle maggiori conoscenze tecnologiche delle imprese a partecipazione estera³³.

Oggi il dibattito si concentra principalmente sul confronto tra i due filoni teorici PHH e PHL, tenuto conto che l'esistenza futura della teoria EKC, ammesso che venga dimostrata in termini di spostamento del deterioramento ambientale dagli Stati ricchi a quelli poveri come risultato del commercio, appare improbabile se si considera che i Paesi in via di sviluppo non potranno a loro volta delocalizzare le attività inquinanti. In altri termini, l'attuale sfida è quella di capire quale modello teorico è da ritenere il più efficiente da applicare nel momento in cui il livello di reddito *pro capite* consentirà il raggiungimento del «delinking» della teoria EKC anche per i Paesi in via di sviluppo ed in tal senso il confronto tra le teorie PHH e PHL risulta il più attuale³⁴.

Purtroppo, ciò che accomuna tutte queste teorie è la persistente difficoltà di dimostrare la loro validità empirica per tutti gli agenti inquinanti e i Paesi esistenti. In altri termini, tutte le teorie che appartengono alla letteratura economica in materia ambientale risultano dimostrate o solo come «common pollutant model» o solo per alcuni Paesi e/o agenti inquinanti³⁵.

5. I fattori economici hanno avuto un ruolo cruciale nell'evoluzione della cooperazione internazionale in materia ambientale, influenzando ancora oggi le posizioni degli Stati. Nel presente paragrafo, si renderà manifesto il parallelismo tra l'evoluzione delle teorie economiche appena considerate che studiano le possibili conseguenze derivanti dai paradisi ambientali con l'evoluzione dei principi del diritto

³³ N. BIRDSALL, D. WHEELER, *op. cit.*, 137-149; L. ZARSKY, *op. cit.*

³⁴ Nel 2021 un gruppo di studiosi ha presentato un modello ibrido di PHH e PHL, che convalida empiricamente l'esistenza di un'ipotesi PHH per i paesi in via di sviluppo e un'ipotesi PHL per i paesi sviluppati. Z. BENZERROUK, M. ABID, H. SEKRAFI, *Pollution haven or halo effect? A comparative analysis of developing and developed countries*, in *Energy Reports*, 2021, 4862-4871.

³⁵ Per una ricostruzione sui filoni d'indagine empirico applicativa sulle teorie analizzate, M. SCARINGELLI, *op. cit.*, 1-14. Per la ricostruzione empirica della teoria EKC, D. LANZI, *op. cit.*, 29.

internazionale dell'ambiente che ne determinano l'esistenza, osservando come la consapevolezza globale ai problemi ambientali sia stata connotata, da sempre, da una forte polarizzazione di approccio dei diversi Paesi con le regole dello «sviluppo economico» e del «commercio internazionale» nel tentativo di raggiungere e poi consolidare il «benessere».

Si è visto come è nel 1955 che Simon S. Kuznets dimostrò il ruolo dello sviluppo economico per il benessere ed il progresso di un Paese, in linea con il sostrato politico ed economico internazionale del periodo post-bellico, influenzato dalle teorie neoclassiche che riducevano il problema ambientale al problema della gestione delle risorse naturali da parte di un Paese, sulla base di un loro sfruttamento in modo libero ed esclusivo sul proprio territorio, nell'alveo del principio di sovranità avente come ulteriori corollari il «divieto di inquinamento transfrontaliero» ed il «principio di prevenzione»³⁶.

Negli anni '70, la sensibilità degli Stati alla materia ambientale, si intensificò per: a) la Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sull'ambiente umano del 1972, che approvò la relativa Dichiarazione ed istituì lo United Nations Environment Programme (UNEP); b) la pubblicazione del «Rapporto Meadows» del 1972 su commissione del Club di Roma; c) la crisi petrolifera del 1973 e dei mercati cerealicoli fino al 1975³⁷. Questi fattori hanno portato a tre importanti conseguenze. In primo luogo, sul versante giuridico, hanno consentito di enunciare anche il «principio di cooperazione» ed il «principio di equità» – inteso come gestione equa delle risorse naturali condivise tra più Stati. In secondo luogo, sul versante economico, hanno ricondotto la questione ambientale nei termini della teoria classica, tra «crescita economica» ed «esaurimento delle risorse non rinnovabili» come visto nel modello ricardiano di Pethig (1976). Infine, hanno indotto le Nazioni Unite a commissionare nel 1977 il «rapporto Leontief» sugli scenari di fine secolo sul binomio sviluppo-ambiente, nonché a raggiungere, nel 1980, il testo definitivo del World Conservation Strategy (WCS), in cui si è parlato per la prima volta di «sviluppo sostenibile»

³⁶ Riflessione, sul fondamento economico delle prime iniziative internazionali a tutela dell'ambiente e sui principi citati, in A. FODELLA, *I principi generali*, in A. FODELLA, L. PINESCHI, *op. cit.*, 95 ss.

³⁷ *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*, Stockholm, 1972 (A/CONF.48/14/ Rev.1); D.H. MEADOWS ET AL., *The Limits to growth; a report for the Club of Rome's project on the predicament of mankind*, New York, 1972.

in termini di dipendenza umana dalla natura sia per la sopravvivenza che per il benessere³⁸.

Successivamente, nel 1982, oltre all'adozione da parte delle Nazioni Unite della «World Charter for Nature», si ha la nascita, in seno all'UNEP, della «Commissione Bruntland» nel cui rapporto del 1987 si è raggiunta una formula di «sviluppo sostenibile» più completa e di impatto, rispetto alla precedente del 1980³⁹. Il nuovo «sviluppo sostenibile» non solo completava il quadro dei principi sinora citati, ma li andava ad assorbire al proprio interno arricchiti da una dimensione etica della questione ambientale fondata sul nuovo principio di equità *intra* ed intergenerazionale da far applicare ugualmente a tutti i Paesi, senza distinguere tra Paesi sviluppati e in via di sviluppo⁴⁰.

Nel 1988, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, durante la sua XLIII sessione, si espresse favorevolmente alla possibilità di convocare, non oltre il 1992, una Conferenza delle Nazioni Unite su ambiente e sviluppo, poi convocata con la risoluzione 44/228 del 1989⁴¹. La particolarità è che, con tale atto, l'Assemblea generale non solo istituiva un Comitato preparatorio della Conferenza che tenesse sessioni organizzative tra il 1990 ed il 1991, ma si esprimeva favorevolmente ad inserire lo «sviluppo sostenibile» – come inteso nel rapporto Bruntland – tra i principi da affermare nei risultati della Conferenza. Ebbene, esattamente durante la quarta sessione del Comitato preparatorio, tenutasi a Ginevra il 19 dicembre 1991, il «Gruppo dei 77 più Cina» rilasciò una storica dichiarazione congiunta avente ad oggetto

³⁸ W. LEONTIEF, *The future of the world economy: a United Nations study*, New York, 1977; INTERNATIONAL UNION FOR CONSERVATION OF NATURE AND NATURAL RESOURCES ET AL., *World conservation strategy: living resource conservation for sustainable development*, Ginevra, 1980.

³⁹ *World Charter for Nature*, 1983; WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Our common future*, 1987.

⁴⁰ La dimensione etica a due livelli di equità vuol dire conciliare la tutela dell'ambiente con la crescita economica modificando la struttura produttiva in modo che le generazioni correnti soddisfino i propri bisogni (equità intragenerazionale) senza compromettere l'abilità delle generazioni future di fare lo stesso (equità intergenerazionale). Si veda, A. FODELLA, *op. cit.*, 117. Sull'assenza di distinzione applicativa, WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Our Common Future*, *cit.*, 37-38, ove la percezione dei bisogni «perceived needs» è generalizzata ad ogni essere umano.

⁴¹ Risoluzioni 43/196 del 20 dicembre 1988 (UN Conference on Environment and Development) e 44/228 del 22 dicembre 1989 (UN Conference on Environment and Development).

sette «elementi» da incorporare nel testo finale della futura Dichiarazione di Rio, a garanzia del loro «diritto alla crescita»⁴².

Dunque, la Conferenza di Rio del 1992 raccoglie la sfida di superare il divario tra la posizione dei Paesi sviluppati, consapevoli della necessità di rendere compatibile lo sviluppo delle attività economiche con la salvaguardia dell'ambiente – ad un livello tale da assicurare il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di realizzare i propri – e la posizione dei Paesi in via di sviluppo che, al contrario, erano consapevoli di come la tutela ambientale non potesse escludere in quel momento storico il loro diritto di raggiungere gli stessi standard di benessere dei Paesi industrializzati la cui povertà estrema era stata superata proprio con la crescita economica, sulla base delle teorie economiche fondate sugli effetti di scala, composizione e tecnica già viste e che, in ottica ambientale, li incoraggiava ad assumere il ruolo di paradisi ambientali nel commercio internazionale in funzione della loro crescita economica. A questa consapevolezza, si aggiungeva anche il pensiero dell'economista Robert Solow che, proprio nell'anno in cui veniva pubblicato il rapporto Brundtland, riceveva il premio Nobel per l'economia per la sua teoria sulla crescita economica e che, nel 1991, nel pieno dibattito, rappresentava il suo scetticismo sulla coesistenza delle dimensioni *intra* e *inter* dell'equità generazionale all'interno della sua visione di c.d. «weak sustainability» dello «sviluppo sostenibile»⁴³.

Il risultato è la nascita di un nuovo iter evolutivo del concetto di sviluppo sostenibile che – nella Dichiarazione di Rio all'art. 7, in

⁴² Al primo punto, il Presidente del Ghana, in rappresentanza del «Gruppo dei 77 più la Cina» spiega di voler fare una dichiarazione «which sets out certain elements which should be incorporated in the text on the Principles of this Convention», mentre al secondo punto elenca i sette elementi da incorporare nella Dichiarazione: 1) principio di sovranità; 2) diritto allo sviluppo; 3) e 4) responsabilità comuni ma differenziate; 5) principio di precauzione; 6) e 7) sostegno alle economie nazionali dei Paesi in via di sviluppo. INTERGOVERNMENTAL NEGOTIATING COMMITTEE FOR A FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE (INC), *Joint statement of the Group of 77, A/AC.237/WG.I/L.8*, 19 dicembre 1991.

⁴³ Per la *weak sustainability*, R. SOLOW, *Sustainability: An Economist's perspective*, in *The eighteenth J. Seward Johnson lecture*, Woods Hole, 1991. In termini economici, afferma non solo la necessità di dover continuare a produrre benessere economico, soprattutto in un'ottica di crescita dei paesi in via di sviluppo, ma anche di generare una sostenibilità economica, a mezzo del progresso tecnologico, essendo la maggior parte delle risorse naturali desiderabili per ciò che fanno (fornirci beni e servizi) e non per ciò che sono e quindi sostituibili nel rapporto tra capitale ambientale e capitale di derivazione umana nell'ottica di loro preservazione rispetto ai secondi perché non più necessari. Si veda, R. SOLOW, *An Almost Practical Step Towards Sustainability*, in *Resources Policy*, 1993, 162-172, 168.

combinato con l'art.11, e nell'UNFCCC all'art. 3 – perde la veste di mero principio, divenendo il filo conduttore del diritto internazionale dell'ambiente grazie al «principio di responsabilità comuni ma differenziate» quale suo paradigma, con un ruolo fondamentale della capacità economica dei singoli Paesi di contribuire alla sostenibilità del proprio sviluppo: differenziare nella «condivisione» di responsabilità, in termini di responsabilizzazione alla questione ambientale⁴⁴. Infatti, sebbene l'art. 15 della Dichiarazione abbia addirittura elevato il principio di prevenzione a «principio di precauzione», nell'art. 16 viene nuovamente sancito il principio «chi inquina paga» la cui impostazione era stata progressivamente superata proprio dal principio di prevenzione: un siffatto reinserimento, è stato voluto dai Paesi industrializzati proprio al fine di lasciare aperta la possibilità di introdurre soluzioni che consentissero anche ai Paesi in via di sviluppo, responsabilizzati da siffatto principio, di contribuire con strumenti fondati sulla cooperazione⁴⁵.

Per questo, l'iter evolutivo dello sviluppo sostenibile è proseguito, con il «Berline mandate» della COP1, con l'impegno di prevedere strumenti che consentissero una partecipazione effettiva dei Paesi in via di sviluppo senza rimettersi alle sole regole di libero scambio, allora sancite da GATT e WTO. Poi, con l'entrata in vigore del Protocollo di Kyoto nel 2005, l'equità intergenerazionale è divenuta il fine antropocentrico della tutela ambientale e l'equità intragenerazionale il mezzo della tutela ambientale, da rispettare secondo le nuove coordinate del principio di «responsabilità comuni ma differenziate» munito ora di strumenti di mercato volto a calmierare la vincolatività degli obblighi per i soli Paesi industrializzati e con una partecipazione cooperativa anche dei Paesi in via di sviluppo, inclini nel mercato ad attirare la delocalizzazione delle produzioni inquinanti secondo le regole delle teorie economiche sui paradisi ambientali⁴⁶.

⁴⁴ Per la visione di "paradigma" si veda G. HANDL, *Declaration of the united nations conference on the human environment (Stockholm declaration), 1972 and the Rio declaration on environment and development, 1992*, 2012, 5. Per il riscontro del principio come paradigma anche in altri trattati ambientali del medesimo periodo S. MARCHISIO, *op. cit.*, 182.

⁴⁵ Riflessione a partire da A. FODELLA, *op. cit.*, 128, che spiega da un lato come il principio del «chi inquina paga», sviluppatosi negli anni '70 in seno all'OCSE, fosse stato superato dal principio di prevenzione essendo di difficile ricostruzione la responsabilità di un singolo paese per il danno da inquinamento; dall'altro, come la stessa prevenzione del danno ambientale fosse integrato dalla precauzione, cioè dal monito, che la mancanza di piena certezza scientifica non si potesse utilizzare per rinviare misure di prevenzione.

⁴⁶ Come visto, con il Protocollo di Kyoto del 1997, vengono posti obiettivi vincolati per i soli paesi sviluppati con un'impostazione procedimentale e di controllo «top-down», raggiun-

Tuttavia, è verso il momento intragenerazionale della dimensione etica – quindi verso il perseguimento dell’equità tra le persone della stessa generazione – che l’evoluzione dello sviluppo sostenibile dimostra di volgere: se, come visto, la Conferenza di Rio aveva avuto il pregio di elevare lo sviluppo sostenibile ad una dimensione etica, il percorso successivo al Protocollo di Kyoto dimostra di evolvere tale principio ad una dimensione sociale. Già dal Vertice mondiale «Rio+10» di Johannesburg del 2002, si è posta la riduzione della povertà e il superamento delle differenze sociali come *conditio sine qua non* per la conservazione del pianeta, sebbene già previsto nella Dichiarazione di Rio ai suoi articoli 5 e 6, ma poi non applicato nell’UNFCCC. A posteriori, questa sfida di raggiungere un nuovo assetto a tre variabili di sviluppo economico, tutela ambientale e questione sociale, intesa come eradicazione della povertà, si è concretizzata dapprima nel percorso che ha portato all’impostazione «bottom-up» del principio di «responsabilità comuni ma differenziate» dell’Accordo di Parigi del 2015⁴⁷ e poi nell’adozione delle attuali iniziative delle Nazioni Unite in seno all’Agenda 2030 che solcano l’evoluzione dello sviluppo sostenibile verso il suo ruolo etico sociale oltre i limiti della materia ambientale, sebbene ancora senza assumere, come visto, la veste di diritto consuetudinario⁴⁸.

gibile a mezzo di un mercato avente ad oggetto lo scambio di emissioni fondato su meccanismi flessibili, volti a consentire anche ai paesi in via di sviluppo di cooperare, rendendo sostenibile il proprio sviluppo a mezzo del sostegno dei paesi industrializzati, premiati, a loro volta, con il mercato dei *carbon credit*.

⁴⁷ Nell’Accordo di Parigi, il principio di «responsabilità comuni ma differenziate» viene citato sin del preambolo, III considerando, per poi essere enunciato, nell’art.2, come unico principio guida per raggiungere l’obiettivo non più di condivisione di una responsabilità, ma di una minaccia comune, «the threat», da combattere globalmente con lo sviluppo sostenibile e l’eradicazione della povertà. In tal senso, anche l’utilizzo del termine «contribution» e non «commitments», per la previsione degli INDC e NDC, rappresenta l’esigenza di indurre i paesi in via di sviluppo ad avviare un percorso di partecipazione man mano più attiva.

⁴⁸ *The sustainable development agenda*, UN Doc. A/RES/70/1. È un programma d’azione universale a lungo termine per le «persone», il «pianeta» e la «prosperità». Sin dal preambolo, si argomentano le cinque parole chiave dello sviluppo sostenibile la cui prima «People» è volta «to end poverty and hunger, in all their forms and dimensions, and to ensure that all human beings can fulfil their potential in dignity and equality and in a healthy environment». Come esempio, dal 2016 si assiste ad un nuovo percorso di governance delle Nazioni Unite della migrazione internazionale che, a partire dall’Agenda 2030, eleva «il migrante» a status dell’essere umano da tutelare a mezzo dello sviluppo sostenibile. L. MARTELLI, *The central role of “migrantis voluntas” in the integration policies of legal immigrants: the state of the art of this protection in international law*, in A. DI STASI, I. CARACCILO, G. CELLAMARE, P. GARGIULO (eds.), *International Migration and the Law. Legal approaches to a Global Challenge*, Amsterdam-Torino, 2024, 149 ss.

6. È giunto il momento di ampliare la riflessione prendendo in esame le attività della United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), che, come è noto, è il principale organo sussidiario delle Nazioni Unite volto, per storia e funzionamento, a sostenere i Paesi in via di sviluppo innanzi alle sfide della globalizzazione⁴⁹.

Sinora si è dimostrato non solo come i *pollutions haven* siano un fenomeno consentito dall'attuale «cooperazione internazionale in materia ambientale a due livelli integrati», ma anche come gli stessi si generino dalle delocalizzazioni delle produzioni inquinanti⁵⁰ delle multinazionali verso i Paesi in via di sviluppo a mezzo degli investimenti diretti esteri (IDE).

Una prima riflessione è che, per l'UNCTAD, da questi vanno scorporati i 46 «paesi meno sviluppati» che, sebbene siano i più colpiti dal surriscaldamento globale, contribuiscono solo per il 4% al suo apporto antropogenico. Tuttavia, sebbene scorporabili, tali Paesi non solo rappresentano il 65% della popolazione mondiale senza accesso all'elettricità, ma il loro fievole sviluppo economico dipende solamente dal processo d'estrazione e utilizzo delle risorse naturali. Quindi, da nessun'altra parte è più importante la necessità di una giusta transizione energetica che renda sostenibile il loro sviluppo⁵¹.

Una seconda riflessione, invece, riguarda gli altri Paesi in via sviluppo che risultano essere i reali «pollution havens» perché destinatari della delocalizzazione degli IDE determinanti il 39% dell'inquinamento in esame. Questo dato dimostra – adottando la terminologia della Teoria EKC analizzata nel paragrafo 4 – non solo che tali Paesi stanno vivendo il loro massimo momento di «effetto di scala», ma anche come sia fondamentale che essi raggiungano, il prima possibile, oltre alla transizione ecologica, anche «l'effetto tecnica» a mezzo di politiche interne di «supply chain» ed esterne di incentivazione pub-

⁴⁹ L'UNCTAD sul proprio sito istituzionale così si descrive: «Globalization, including a phenomenal expansion of trade, has helped lift millions out of poverty. But not nearly enough people have benefited. And tremendous challenges remain. We support developing countries to access the benefits of a globalized economy more fairly and effectively».

⁵⁰ Sono le «pollution intensive industries» o «dirty industries» che la letteratura empirica riconduce o ai settori a costi d'abbattimento dell'inquinamento più elevati o ai settori ad alta intensità di emissioni/rilasci tossici/consumo d'energia. M. SCARINGELLI, *op. cit.*, 11.

⁵¹ Dati in UNCTAD, *The low-carbon transition and its daunting Implications for structural transformation*, in *Developed countries report 2022*, UNCTAD/LDC/2022 and Corr.1 and Corr.2, XIII.

blica⁵². Quest'ultime, in particolare, sono proprio volte al trasferimento tecnologico, al fine di calmierare l'inquinamento prodotto dalle restanti società autoctone. Per l'UNCTAD, infatti, i Paesi in via di sviluppo sono lontanissimi da tali obiettivi e per questo dovrebbero contare sul sostegno dei Paesi tecnologicamente più avanzati, non più con un mero «trasferimento di tecnologia» – cioè sul trasferimento, con IDE, di sole macchine produttive e di una minima formazione di utilizzo –, ma su una seria cooperazione per l'innovazione, attraverso partenariati equi che si evolvono con le mutevoli esigenze tecnologiche e politico-economiche internazionali⁵³. Infatti, a prescindere dalle differenze che, come si è visto, possono avere tra loro le teorie economiche aventi ad oggetto l'impatto che gli IDE hanno sui Paesi in via di sviluppo, tutte sono unanime nel riconoscere come vera la valutazione teorica che futuri modelli di sviluppo non potranno replicare sempre e comunque quelli del passato in quanto l'effetto di composizione, per avere efficacia sull'ambiente, deve poter avere altri Paesi in cui trasferire la produzione. Cioè, implica che esistano sempre dei Paesi il cui sviluppo economico sia nel pieno dell'effetto di scala. Questa situazione non solo non è auspicabile, ma preconizza che, se dovesse rimanere invariata l'iper-globalizzazione con le attuali capacità tecnologiche e regole del commercio internazionale, si arriverà al paradosso in cui gli attuali Paesi in via di sviluppo non avranno altri Paesi in via di sviluppo, così da escludere che il loro sviluppo divenga sostenibile per le sole regole del mercato.

Da qui, la terza riflessione: la valutazione di attrattività di un investimento verso i Paesi in via di sviluppo è eseguita da attori, le multinazionali, che, per definizione, seguono finalità economiche e non etico/sociali. Questo significa che, rispettate le regole del libero scambio, la valutazione di attrattività di un investimento verso i Paesi in via di sviluppo, da parte di una multinazionale, diviene solo il risultato di una valutazione complessiva dei costi-benefici compiuta sulla delocalizzazione della produzione inquinante. Ciò rende il fenomeno dei «pollution havens» più una conseguenza che una causa diretta, a cui sicuramente contribuisce l'esistenza di una minore rigidità della rego-

⁵² Per un approfondimento sulla teoria EKC e sull'«effetto di scala», «effetto tecnica» ed «effetto composizione», da essa previsti, si rinvia *supra*, par. 4.

⁵³ L'UNCTAD ha elaborato una classifica con un «indice di prontezza», «readiness index» che valuta la preparazione di un paese a utilizzare, adottare e adattare in modo equo le tecnologie di frontiera. I paesi in via di sviluppo sono nella parte più bassa della stessa. UNCTAD, *Opening green windows Technological opportunities for a low-carbon world*, in *Technology and innovation Report*, 2023, UNCTAD/TIR/2022 and Corr.1, fig. 2.

lamentazione ambientale in tali Paesi, ma senza esserne assorbente, seguendo invece le dinamiche della «Global Value Chains» (GVC), connotante il commercio internazionale: si ha, così, la visione dei «pollution havens» come «sintomi» del sistema piuttosto che essi stessi lo «stato patologico» del sistema da curare/migliorare⁵⁴. Per questo, a fronte di tali considerazioni, l'UNCTAD argomenta come non sia possibile rispondere alla sfida di contribuire a garantire l'eradicazione della povertà, senza prima affrontare il deterioramento delle condizioni finanziarie nei Paesi in via di sviluppo, a mezzo di misure che non si limitino a fornire alleggerimento del debito a breve termine, ma consenta loro una capacità di crescita stabile come strategia a lungo termine che incorpori anche le esigenze finanziarie a lungo termine per la realizzazione dell'Agenda 2030 e dell'Accordo di Parigi⁵⁵.

Infine, una quarta ed ultima riflessione. L'Unione europea è da intendere come l'attuale volano della cooperazione internazionale in materia ambientale e, al fine di evitare la ricollocazione delle emissioni del carbonio, ha previsto l'introduzione del «Carbon Border Adjustment Mechanism» (CBAM) come vera e propria tariffa sui prodotti ad alta intensità di carbonio⁵⁶. Il meccanismo è in una fase di lancio,

⁵⁴ In primo luogo, la diffusione delle GVCs è maggiore nei settori in cui le attività sono più divisibili, come l'elettronica, l'automotive, l'abbigliamento che attraggono maggiori IDE di delocalizzazione. Questo porterebbe, ma in realtà sta già portando al notevole rischio che si verifichi un ulteriore divario di benessere non solo tra paesi sviluppati e paesi in via di sviluppo, ma anche tra quest'ultimi con i 46 paesi meno sviluppati legati ad una produzione, agricola ed estrattiva di risorse, che attrae quote di IDE inferiore rispetto ad altri settori. Ciò porta al ragionevole rischio che dopo la trasformazione dei paesi in via di sviluppo in «pollution havens» dei Paesi sviluppati, a loro volta, siano i paesi meno sviluppati a divenire «pollution havens» dei Paesi in via di sviluppo, nel momento in cui la loro crescita economica li porti a vivere un «effetto di composizione», senza però poter fare loro lo stesso. In secondo luogo, qualora vi sia l'entrata nella GVC da parte di un paese in via di sviluppo, essa comporta, a fianco ai benefici di crescita, anche notevoli rischi. Spesso il dato positivo della ricchezza creata è dovuto solo a ragioni di quantità e non di qualità, in quanto le multinazionali leader nelle GVCs tendono a controllare le attività a più alto valore aggiunto, lasciando ad altre imprese, operanti per accordi contrattuali nei Paesi in via di sviluppo, lo svolgimento delle attività che garantiscono minore guadagno, minori opportunità di crescita e maggiori vulnerabilità ai cicli economici, con il rischio che le consociate estere multinazionali rimpatrinino anche questa componente reddituale di valore aggiunto, per il fenomeno c.d. «value capture». UNCTAD, *World Investment Report*, 2022, UNCTAD/WIR/2022; THE WORLD BANK, *Trading for Development in Age of Global Value Chains*, in *World Development Report 2020*; P. BRENTON, ET AL. *Reshaping Global Value Chains in Light of COVID-19: Implications for Trade and Poverty Reduction in Developing Countries*, Washington DC, 2022.

⁵⁵ Si veda report UNCTAD/WIR/2022, cit., 52.

⁵⁶ Il CBAM è previsto in seno al pacchetto di proposte del «green deal» europeo, in particolare, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, «Pronti per il 55%»: realizzare

quindi al momento è difficile misurare l'esatta compatibilità del CBAM con le regole del WTO, ma l'UNCTAD ha già dedicato a siffatta tematica uno studio in cui ha predisposto un modello economico volto a comprendere i possibili impatti commerciali del CBAM sui Paesi meno sviluppati. Il report conclude che l'introduzione del CBAM può distorcere non solo il commercio in generale a causa della natura discriminatoria delle tasse sul carbonio applicate alle importazioni⁵⁷, ma l'effetto netto di una politica CBAM sui Paesi meno sviluppati sarebbe negativo anche se fossero direttamente esentati dall'applicazione di questa politica. Anche le nascenti industrie del cemento, dei fertilizzanti e dei metalli potrebbero non attrarre gli investimenti tanto necessari nel settore, dal momento che gli investitori di tutto il mondo stanno già anticipando gli effetti che la politica CBAM potrebbe comportare⁵⁸.

Queste quattro riflessioni dimostrano non solo il paradosso della inconciliabilità del fine etico sociale dell'attuale valorosa evoluzione dello «sviluppo sostenibile» con il suo paradigma delle «responsabilità comuni ma differenziate» – così come oggi definito dall'attuale impostazione della «cooperazione internazionale in materia ambientale a due livelli integrati» – , ma anche l'impossibilità di una risoluzione di questo paradossale conflitto all'interno del sistema stesso, come descritto nella presente ricerca.

7. La lotta all'apporto antropogenico al cambiamento climatico, ha assunto la forma di una cooperazione a due livelli, in seno alle Nazioni Unite. Nel primo, il diritto internazionale dell'ambiente opera per fissare obiettivi globali raggiunto dai Paesi parti, a mezzo di un sistema a «progressività vincolata» munito di meccanismi di controllo e trasparenza oggi solo «facilitativi». Nel secondo, il diritto internazionale del commercio opera per garantire che la regolamentazione ambientale prevista da un Paese per raggiungere i suddetti impegni siano conformi alle regole del commercio internazionale, garantite da un sistema più strutturato, corposo, collaudato e istituzionalizzato del primo.

Tali tipicità, nell'elevare i due livelli ad un rapporto di reciproca

l'obiettivo climatico dell'UE per il 2030 lungo il cammino verso la neutralità climatica, COM(2021)550 fin., 14 luglio 2021.

⁵⁷ In tal senso, si veda anche I. ESPA, J. FRANCOIS, H. VAN ASSELT, *The EU proposal for a carbon border adjustment mechanism (CBAM): an analysis under WTO and climate change law*, WTI working paper n. 06/2022.

⁵⁸ UNCTAD, *The least developed countries report 2022*, UNCTAD/LDC/2022 and Corr.1 and Corr.2, 2022.

integrazione, nella prospettiva di unità dell'ordinamento internazionale, producono due effetti: 1) l'incisività di «environmental regulations» (ERs), nel sistema giuridico nazionale/regionale di uno Stato o Organizzazione, è direttamente proporzionale al grado di ambiziosità degli obiettivi vincolanti dagli stessi assunti «su base volontaria» (NDC) con i trattati-quadro, accettando il sistema che la previsione dei primi (ERs) e la partecipazione ai secondi (INDC-NDC), da parte dei Paesi parti, possano essere prossimi all'inesistenza per loro debolezza. Al contrario, più sarà ambiziosa questa proporzione, più sarà alto il rischio che «environmental regulations» siano contrari agli impegni assunti «su base istituzionale» in seno all'OMC; 2) la volontà di rendere ambiziosi i propri impegni ambientali internazionali (NDC) è direttamente proporzionale al proprio grado di raggiungimento nazionale/regionale dello sviluppo economico che, a sua volta, dipende dalle regole del commercio internazionale ove le multinazionali, per abbattere i costi della compliance, tra cui quelli ambientali, compiono scelte manageriali di delocalizzazione produttiva che, a mezzo di «investimenti diretti esteri» (IDE), coinvolgono Paesi diversi da quello di appartenenza ed aventi una minore pressione regolatoria, proprio per attrarre sempre più IDE che garantiscano loro l'accesso alla «Global Value Chain» (GVC).

È da questi due effetti che nasce il fenomeno dei *pollution havens*, da intendere più una conseguenza che una causa diretta, più «sintomi» di tale sistema che loro stessi lo «stato patologico». Questo, nell'ottica dell'attuale percorso dello sviluppo sostenibile che, aspirando all'eradicazione della povertà estrema, trova, nel paradigma delle «responsabilità comuni ma differenziate», il suo più grande paradosso se non dotato nell'immediato di nuovi strumenti etico-sociali fondati sulla cooperazione per l'innovazione tecnologica e il sostenimento del debito a lungo termine dei Paesi meno sviluppati, esclusi dalle GVCs e dalle logiche di un sistema che dimostra di non poter raggiungere obiettivi ambientali e calmierare il «carbon leakage» senza arrecare un irreparabile danno alla loro già fievole crescita economica.

ABSTRACT

*“Pollution Havens”: Primarily an Issue of International Law
Rather Than an Economic Phenomenon*

In an increasingly hyper-globalized world, a growing number of companies are channeling resources into foreign countries through Foreign Di-

rect Investments (FDIs), often relocating their polluting facilities to nations with less stringent environmental regulations and enforcement. This enables multinational corporations from developed countries to maintain low production costs, while developing nations gain access to the Global Value Chain (GVC). However, one consequence of this process is that many pristine regions around the globe are transforming into so-called “pollution havens”. This paper seeks to examine whether the emergence of this phenomenon is in accordance with international environmental law, as it appears to be deeply intertwined with it. Consequently, the issue of pollution havens is not merely an economic concern but also a significant challenge in the realm of international law. This raises a crucial question: is the phenomenon of “pollution havens” sustainable, or should new frameworks and solutions be developed before it is too late?

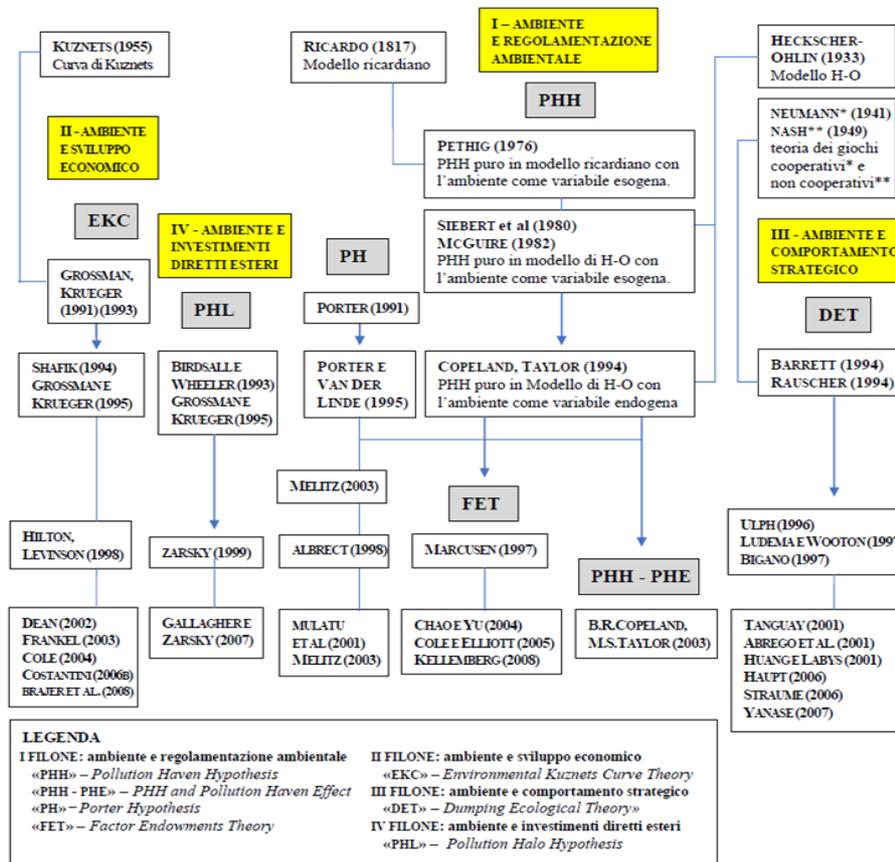


Figura 1: ricostruzione della letteratura economica in materia ambientale, divisa per i quattro filoni teorici, dopo la pubblicazione della teoria Pollution Haven Hypothesis - PHH

CONVERGENCE AND DIVERGENCE
BETWEEN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW
AND THE LAW OF NEUTRALITY IN INTER-STATE
MILITARY ASSISTANCE: LESSONS FROM RECENT
STATE PRACTICE IN THE RUSSIA-UKRAINE CONFLICT

MARIO PASQUALE AMOROSO

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Conducts determining the acquisition of party status in IACs. – 3. Consequences of party status in IACs under IHL. – 4. The law of neutrality in the Russia-Ukraine conflict: Are old conceptions of war still applicable to modern conflict? – 5. Consequences of the acquisition of party status under national legislation and military manuals. – 6. Conclusions.

1. Following the 2022 Russian aggression against Ukraine, a great number of States have pledged to provide military assistance to the Ukrainian armed forces. A report published on the 7th of June 2024 by the United States Bureau of Political-Military Affairs lists approximately 100 different categories of weapons and military equipment sent by the US to Ukraine, mostly after the beginning of Russian the invasion¹. The list includes several types of heavy weapons, which are equally being supplied by other Western States such as the UK and Member States of the European Union².

However, weapons' transfer is only one of the ways by which States are supporting the military effort of Ukraine. The Biden administration recently changed existing guidelines for the Department of Defence to allow greater sharing of intelligence with Ukrainian forces³. The information provided so far has helped Ukraine target, for example, Russian warships⁴, a strategy that could prove decisive in determining the course of the conflict. In addition, in the

¹ Bureau of Political-Military Affairs, *U.S. Security Cooperation with Ukraine*, 7 June 2024.

² D. BROWN, T. AHMEDZADE, *What weapons are being given to Ukraine by the UK?*, BBC News, 15 May 2023; European Council, *EU joint procurement of ammunition and missiles for Ukraine: Council agrees €1 billion support under the European Peace Facility*, Press Release 5 May 2023.

³ W.P. STROBEL, M.R. GORDON, *Biden Administration Altered Rules for Sharing Intelligence with Ukraine*, in *The Wall Street Journal*, 8 March 2022.

⁴ P. BEAUMONT, J. BORGER, *US intelligence helping Ukraine kill Russian generals, report says*, in *The Guardian*, 5 April 2022.

first year of the conflict the Ukrainian President Zelensky repeatedly asked NATO to impose a no-fly zone over Ukraine to prevent Russian military aircrafts from conducting strafing and surveillance missions⁵. This form of support has been so far ruled out by NATO because of the high risk of escalation, but remains an option for third countries willing to support a belligerent in international armed conflict (IAC).

This practice is indicative of the solidarity shown by a large number of States towards Ukraine, on a scale that has rarely been seen in previous conflicts and which may be an effect of the widespread condemnation of the Russian invasion by the international community⁶. However, the provision of military assistance by third States to the parties of an IAC is not a novel phenomenon and is not necessarily linked to the defence of a State victim of aggression. It often involves States that are far from the battlefield and prefer to keep their armed forces out of the hostilities.

In 2003, during the US-led invasion of Iraq, some NATO members, such as Italy, granted over-flight rights to US military aircrafts over their territory: this included both the authorization to transit in their airspace and the use of military bases on national soil for logistics and refuelling⁷. In addition, in the same context, Kuwait granted substantial assistance by allowing its territory to be used as a basis for attacks against neighbouring Iraq⁸. State military assistance in an IAC can thus take different forms, which could determine the acquisition of the status of party in an IAC, and bear diverse consequences, especially when the assisting State is far from the battlefield. At least some of the above forms of assistance, if considered autonomously, do not appear to meet the requirements for the application of IHL. Nevertheless, when considered in the context of an ongoing IAC and for their capacity to strengthen the fighting capacity of a party, they may imply the acquisition of party status and trigger the application of the Geneva Conventions and the First Additional Protocol (AP I) to the assisting State. At the same time, these conducts fall within the remit of a different body of law governing relations between parties to IACs and third States, namely

⁵ C. DE GUZMAN, *Why establishing a no-fly zone over Ukraine would be very dangerous and costly*, in *Time*, 9 March 2022.

⁶ General Assembly, *Aggression against Ukraine*, A/ES-11/L.1, 18 March 2022.

⁷ N. VERLINDEN, *The Law of Neutrality*, in J. WOUTERS, P. DE MAN, N. VERLINDEN (eds.), *Armed Conflict and the Law*, Antwerp, 2016, 104.

⁸ Bureau of Political-Military Affairs, *U.S. Security Cooperation with Kuwait*, 22 July 2021.

the law of neutrality. Even if the scope of these norms seems to have been modified by the prohibition of the use of force enshrined in the UN Charter, the obligation to act impartially and to refrain from providing aid or assistance to belligerents⁹ remains relevant and could determine reactions by the injured State in case of violation.

In the light of the practice emerged in the context of the Russia-Ukraine conflict, this article seeks to categorise different forms of inter-State military assistance with a view to assess when a supporting States can become a party to a pre-existing IAC because of the provision of support and attempts to shed some light on the consequences of different forms of interstate military assistance by countries far from the battlefield. In particular, it will assess under what conditions interstate military assistance might trigger the application of IHL to the conduct of the assisting State, or whether it merely leads to violations of neutrality which only allow for non-forcible countermeasures by the enemy. The analysis should therefore contribute to either confirming or refuting those claims that have emerged during the Ukrainian conflict, according to which interstate military assistance exposes supporting States to military reactions by the enemy of the assisted State and to assess how legal constraints, both under IHL and neutrality law, have influenced the States in providing assistance to belligerents.

The paper consists of four sections. Section 2 provides an overview of different forms of assistance, with a view to assess which could entail the acquisition of party status in IAC. Section 3 analyses the legal consequences of becoming a party to an IAC, in order to identify which rules of IHL would be most relevant to assisting States remaining out of the battlefield. Section 4 examines the law of neutrality and tries to assess the extent to which it played a role in regulating State military assistance in the Russia-Ukraine conflict, and what are the legal remedies available to injured States in case of violations. To complete the picture, Section 5 analyses other consequences that assistance might have for States far from the battlefield focusing on two branches of international and domestic law that have proved their continuing relevance in the context of the Ukrainian conflict, namely the law of naval warfare and the rules on treason.

⁹ Hague Convention V Respecting the Rights and Duties of Neutral Powers and Persons in Case of War on Land, 18 October 1907, Article 1; Hague Convention XIII concerning the Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War 18 October 1907, Article 1.

2. The concept of IAC encompasses, as stated in Article 2 common to the 1949 Geneva Conventions, ‘all cases of declared War or any other armed conflict which may arise between two or more High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them’ and irrespective of the intensity of the violence¹⁰. In modern IACs, this bilateral relationship often involves the intervention of third States providing military assistance to the belligerents. This assistance can assume different forms, some of which may even amount to the use of armed force under international law¹¹. Indeed, while supporting belligerents may, in some cases, involve a risk of becoming parties to the conflict, this does not happen in every case: not all forms of assistance determine the acquisition of party status. This is because the provision of assistance to belligerents does not necessarily imply the involvement in hostilities and it is therefore necessary to distinguish between the different forms of assistance. To understand how assisting States acquire party status, one should primarily turn to the criteria for the existence of an IAC, i.e. the use of armed force between States¹². Yet, as a preliminary remark, the conduct of the assisting State does not have to separately meet the requirements needed to trigger a novel IAC: it is sufficient that the acts form part of the hostilities of the ongoing IAC¹³. This can be read in the sense that the operational contribution must be coordinated with that of the assisted belligerent in order to constitute a supporting act that determines the acquisition of the party status.

To carry out this assessment properly, some guidance can be drawn from the ‘support-based approach’. This theory was originally proposed by the ICRC as a test for determining the scope *ratione*

¹⁰ The ICRC commentary proposes this position, known as the ‘first shot theory’: J. PICTET, *Commentary on the Fourth Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, 1958, 20-21; ICRC, *Updated Commentary on the First Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, 2016, para. 218.

¹¹ In the past, third countries have intervened in ongoing IACs by sending national troops and taking direct part in hostilities. See, for example, China’s military assistance to North Korea in the Korean War: H. YUFAN, Z. ZHIHAI, *China’s decision to enter the Korean War: History Revisited*, in *The China Quarterly*, 2009. Another example is the US military aid to South Vietnam in the Vietnam War, where troops were sent, mostly for training purposes: G.S. ECKHARDT, *Command and Control: 1950-1969*, Department of the Army, 2004, Chapter I.

¹² M.N. SCHMITT, *Providing arms and materiel to Ukraine: neutrality, co-belligerency, and the use of force*, Lieber Institute, 7 March 2022.

¹³ A. WENTKER, *At war? Party status and the war in Ukraine*, in *Leiden Journal of International law*, 2023, 7.

personae of IHL in the case of intervention by multinational powers in a non-international armed conflict (NIAC)¹⁴, and was later extended to any kind of foreign intervention in support of a party to a NIAC. Hence, this theory allows intervening powers to be considered as new parties to a pre-existing NIAC even if the intensity threshold for the existence of a NIAC is not met.¹⁵ The rationale behind this theory is to better protect civilians from attacks committed by multinational forces and intervening States¹⁶. Human rights law would not be applicable to hostile acts committed by supporting States in NIACs because they would not meet the requirement of effective control, i.e. a condition necessary for the application of human rights law¹⁷.

The same rationale would apply to inter-State military assistance in IACs¹⁸, leading some authors to sustain the application of the support-based approach also when determining whether support activities lead to the acquisition of the status of party in IACs, whose existence requires a lower threshold, namely the use of armed force¹⁹. As argued by Verlinden, ambiguous results could arise in cases of so-called ‘internationalised’ NIACs, where assisting States may be involved to a degree that would allow them to be considered as parties to the conflict under the support-based approach²⁰. In this case, the adoption of two different standards for assessing the legal relevance of State military assistance under the laws of IAC and NIAC would lead to changes in the status of States involved in the original NIAC turned IAC, resulting in the loss of party status and the disapplication of IHL.

However, the support-based approach lacks a firm legal basis, although it has been vaguely justified as being based on existing IHL principles²¹. As such, the theory represents a progressive interpretation of the existing legal framework, with the aim of influencing State

¹⁴ International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts*, 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 2015, 22-23.

¹⁵ R. VAN STEENBERGE, P. LESAFFRE, *The ICRC’s ‘support-based approach’: A suitable but incomplete theory*, in *Questions of International Law, Zoom-in*, No. 59, 2019, 5.

¹⁶ *Ibidem*, 7-9.

¹⁷ M. ZWANENBURG, *Double Trouble: The ‘Cumulative Approach’ and the ‘Support-Based Approach’ in the Relationship Between Non-State Armed Groups*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2019, 56.

¹⁸ M.N. SCHMITT, *Ukraine Symposium - Are we at war?*, Lieber Institute, 9 May 2022.

¹⁹ N. VERLINDEN, *Are We at War? State Support to Parties in Armed Conflict: Consequences under Jus in Bello, Jus Ad Bellum and Neutrality Law*, PhD thesis, 2019, 150.

²⁰ *Ibidem*, 151.

²¹ R. VAN STEENBERGE, P. LESAFFRE, *op. cit.*, 18-21.

practice towards a more protective approach. Be that as it may, the lack of sufficient practice does not allow for an arbitrary extension of the support-based approach to determining the acquisition of party status in IACs. Nevertheless, also in the light of the considerations presented so far, some aspects of this theory can be borrowed with a view to establishing the requirements for identifying which forms of support would lead to involvement in an IAC²².

In particular, Wentker, also taking inspiration from the support-based approach, proposed two legal criteria that seem sufficiently grounded on State practice²³. In particular, for IHL to apply to supporting entities, it is necessary that the actions of the third State must be directly connected to the conduct of hostilities in the context of that conflict, i.e. the State must act in a way that would qualify it as a party to the conflict²⁴. Yet, the conduct of the assisting State does not have to separately meet the requirements needed to trigger a novel IAC, i.e. the use of armed force between States: it is sufficient that the acts form part of the hostilities of the ongoing IAC²⁵. This can be read in the sense that the operational contribution must be coordinated with that of the assisted belligerent in order to constitute a supporting act that determines the acquisition of the party status. This would be the case when the assisting State performs an act that directly contributes to the collective conduct of hostilities, whereby it is sufficient that the latter has an effect on the enemy *in conjunction* with the conduct of the supported State: it is not necessary for the act performed by the

²² A. WENTKER ET AL., *Identifying co-parties to armed conflict in international law: How States, international organizations and armed groups become parties to war*, Chatham House, March 2024, 18.

²³ See i.a.: US, National Defence Authorisation Act for Fiscal Year 2010, PUBLIC LAW 111-84—OCT. 28, 2009, 123 STAT. 2575: «The term “coalition partner”, with respect to hostilities engaged in by the United States, means any State or armed force directly engaged along with the United States in such hostilities or providing direct operational support to the United States in connection with such hostilities»; UNSC (2022), 9135th Meeting, UN Doc S/PV.9135, 22 September 2022, 17-18: «Western countries are directly involving themselves in the Ukrainian conflict and becoming party to it»; R. SIEKMANN, Netherlands State Practice for the Parliamentary Year 1986-1987, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1988: to conclude that Kuwait has not become a co-party in the Iran-Iraq conflict, the Netherlands affirmed that it was not «directly involved in the conflict»; Danish Armed Forces, *Military Manual on International Law Relevant to Danish Armed Forces in International Operations*, 2019, 53: «The assessment of whether Denmark is a party to an armed conflict depends, among other factors, on the intensity of the Danish military effort, including the character and scope of the overall active military contribution».

²⁴ A. WENTKER, *op. cit.*, 7.

²⁵ *Ibidem*.

assisting party *per se* to cause direct harm to the enemy²⁶. Turning to the second criterion, any form of assistance must directly affect the military capabilities of the enemy through a collective operation coordinated with one of the belligerents. The degree of cooperation between States may be confirmed by evidence of the establishment of a joint military operation, where the supporting State has a role in deciding how coordinated military operations have to be conducted²⁷, but also, as for the direct connection criterion, the geographical and temporal proximity with the activities of a belligerent²⁸. These criteria will be used in the following sections to determine whether (and when) certain forms of assistance determine the acquisition of party status.

The supply of arms and military equipment is the main form of assistance that States have historically provided to the parties to an IAC.²⁹ This is evidenced not only by the support given by Western States to Ukraine, but finds examples in other recent conflicts, such as the one between Armenia and Azerbaijan over Nagorno-Karabakh, where Russia and Turkey supported the belligerents on opposing fronts through arms transfers³⁰. However, this conduct does not *per se* make the assisting State a party to the conflict³¹. If we apply the ordinary criterion for the existence of an IAC, meaning the use of armed force by the assisting State against one of the belligerents in the ongoing IAC, it is clear that the mere supply of arms and military materiel does not constitute participation in the hostilities, since it does not involve the use of armed force by the assisting State.

A similar conclusion can be reached by examining this issue through the lens of requirements previously presented. The fact that the military equipment transferred is not used by the supplier but by the assisted belligerent is not of crucial importance, since it is not necessary that the conduct causing harm to a belligerent be carried out

²⁶ T. FERRARO, *The applicability and the application of international humanitarian law to multinational forces*, in *International Review of the Red Cross*, 2013, 585.

²⁷ A. WENTKER, *op. cit.*, 9.

²⁸ M.N. SCHMITT, *Ukraine Symposium - Are we at war?*, cit.

²⁹ One of the most famous examples of the provision of arms to belligerents in IACs is the support given by the United Kingdom to Japan during the Russo-Japanese War (1904-1905), sending warships to Japan and sometimes taking direct part in the conflict through intimidation: *British Assistance to the Japanese Navy during the Russo-Japanese War of 1904-5*, in *The Great Circle*, 1980.

³⁰ P.D. WEZEMAN et al., *Arms transfer to conflict zones: the case of Nagorno-Karabakh*, Stockholm International Peace Research Institute, 30 April 2021.

³¹ US Department of Defence, *Manual on the Law of War*, 2016, para. 15.4.1.

by the assisting party. What excludes the acquisition of party status is the fact that the causal link between the assisting activity and the collective conduct of hostilities (the coordination criterion) remains indirect. By supplying arms, the assisting State cannot be considered to directly contribute to the collective conduct of hostilities, since it is up to the assisted State to decide whether to make use of military supplies. By transferring military equipment, States do not participate in determining how the joint military operation is to be conducted, and planning activities are left to the will of the belligerent.

Similar conclusions can be drawn with regard to another form of assistance, i.e. the granting of over-flight rights. In the context of the 2003 invasion of Iraq, the US asked various States to grant overflight rights. While some States, such as Austria, rejected the request, citing their status as neutral countries and the lack of UNSC authorisation for the resort to force against Iraq³², a large number of NATO countries provided assistance to the coalition. Italy, France, and Germany allowed the use of US military bases on their territory for transit, refuelling and maintenance needs³³, and authorised flights over their airspace³⁴.

For reasons similar to those discussed in relation to the supply of arms, such conduct cannot be considered to amount to participation in the conflict. In the case of States granting overflight rights to belligerents, the causal link between the assisting activity and the collective conduct of hostilities is even more indirect and the assisting conduct lacks a sufficient degree of immediacy with respect to the conduct of the supported State that causes harm to the enemy. By permitting the passage of military aircrafts through its airspace, the assisting State does not influence the decisions of the supported State on the use of those aircrafts on the battlefield. A similar consideration can be applied to the permission to land for refuelling, and in both cases the assisting State does not contribute to the planning of military activities and therefore does not participate in a joint military operation with the supported State.

In other cases, support activities may imply a direct contribution to the collective conduct of hostilities by the supporting State,

³² Switzerland National Council, *Nationalrat, Fröhjahrssession 2003*, 11th session, 03.5017 (2003), available at: www.parlament.ch.

³³ *Il Presidente Ciampi ha presieduto il Consiglio supremo di difesa*, (2003), available at: <https://archivio.quirinale.it>.

³⁴ Security Council, SC Verbatim Record, UN Doc. S/PV.4704, 11-13/32, 2003.

potentially determining the acquisition of the status of party to an ongoing conflict under certain circumstances. In modern armed conflict, technological developments have led to increased resort to other forms of assistance in IACs. In particular, NATO countries have been reported to share intelligence through portals accessible in real time by Ukrainian forces³⁵. The provision of intelligence includes the sharing of data on the location of specific targets or information on enemy military strategies.³⁶ Although States still rely on traditional methods of data collection in armed conflict, such as overflights, in recent years satellite imagery and signals intelligence satellites have played a central role in gathering information that could be decisive in determining the outcome of a conflict³⁷. It is therefore important to consider whether the sharing of battlefield intelligence makes the supporting State a party to the conflict.

In this regard, the provision of intelligence for geo-localisation as part of the targeting process constitutes a military operation closely coordinated with the belligerent efforts of the assisted State, which directly harms the adversary³⁸. In light of the criteria previously identified, the link between the act of assistance and the harm suffered by the targeted States must be direct, in the sense that the third State must either release a force sufficient to cause material damage to the target or create a *conditio sine qua non* for the target to be reached. In several cases, the provision of information on the location of a high-value target during an armed attack may indeed be a *conditio sine qua non* for inflicting damage on the adversary and thus constitute a form of assistance that would determine the acquisition of party status in all cases where the supporting State coordinates its activities with the belligerent to such an extent that it can be affirmed that they are participating in a collective military operation³⁹. This risk is clearly perceived by the States providing intelligence support to Ukraine,

³⁵ N. BERTRAND, K. LILLIS, *US officials say Biden administration is sharing intelligence with Ukraine at "frenetic" pace after republicans criticize efforts*, in *CNN*, 4 March 2022.

³⁶ Cases of intelligence sharing by third countries can be found in less recent conflicts, such as the assistance provided by the US to the UK during the Falklands War: R. FO, *CIA files reveal how US helped Britain retake the Falklands*, in *The Standard*, 4 April 2012.

³⁷ B. JASANI, *Military uses of outer space*, in *XVIII Annal of Air and Space Law*, 2002, 351.

³⁸ A. WENTKER, *op. cit.*, 12.

³⁹ A different aspect of the question, i.e. whether a State sharing intelligence can be held responsible for complicity under Article 16 ARSIWA, has been address in M. MILANOVIC, *Intelligence Sharing in Multinational Military Operations and Complicity under International Law*, in *International Law Studies*, No. 1269, U.S. Naval War College, 2021.

particularly the US, which in the early stages of the conflict was careful in «not providing the type of real-time targeting ... because that steps over the line to making us participate in the war»⁴⁰. Even when the US later loosened the policy restrictions on intelligence sharing, the US authorities were concerned about allegations that information shared with Ukraine was being used for targeting activities, and immediately clarified that intelligence was not provided «with the intent to kill Russian generals»⁴¹. This practice demonstrates how States supporting Ukraine are aware that sharing intelligence would lead to the acquisition of party status. States tend to avoid this risk, by refraining from or concealing activities that would lead to this outcome. Similar observations can be made with regard to other forms of assistance, such as cyber support to belligerents.

In the course of the recent Russia-Ukraine conflict, cyber support was frequently used not only with the intention of obstructing Russian armed activities, but also with the aim of attacking the Russian armed forces through offensive conduct⁴². The use of cyber operations allows to infiltrate a system and collect, exfiltrate or destroy data, activities potentially leading to damage to military objectives (and/or civilian objects like industries and infrastructures)⁴³. In addition, data destruction sometimes affects not only physical objects and military personnel, but also intangible military targets such as operational plans, resulting in the loss of information essential to the continuation of military operations.

This conduct, when carried out by the assisting State in favour of a belligerent, can be considered as attributing party status. As already noted in this section, in order to do so the activity must be related to the harm caused to the adversary of the supported belligerent, causing damage to its military effort, i.e. its personnel and/or material or immaterial property belonging to the armed forces. If a cyber operation results in the destruction or damage of military objectives, the harmful conduct is directly attributable to the assisting State, since the malware, or any harmful technology, is produced and used by the latter without prior transfer of the technology to the assisted

⁴⁰ N. BERTRAND, K.B. LILLIS, *op. cit.*

⁴¹ BBC, *Moskva sinking: US gave intelligence that helped Ukraine sink Russian cruiser – reports*, 6 May 2022.

⁴² A. MARTIN, *US military hackers conducting offensive operations in support of Ukraine, says head of cyber command*, in *Sky News*, 2 June 2022.

⁴³ International Committee of the Red Cross, *The potential human cost of cyber operations*, 2019, 7.

belligerent. Moreover, when cyber-attacks are carried out in cooperation with the belligerent, they are intertwined with the military effort against the same enemy and allow the supporting State to contribute directly to the collective conduct of hostilities by determining how the joint military operation is to be conducted, i.e. through remote cyber military operations integrated into kinetic ones.

Conversely, a different conclusion should be drawn if the assisting State does not use the malware to infiltrate cyber systems and destroy data, but simply transfers this technology to a belligerent. For example, by sharing technology, the US Army's Cyber Command has helped Ukraine strengthen its cyber defences to prevent and counter Russian cyber-attacks⁴⁴. In these circumstances, the assistance provided can be qualified as a form of 'cyber arms supply', to which similar considerations should be applied as to physical weapons. Therefore, the mere transfer of cyber technology, even if used by the assisted State to attack the adversary, does not make the assisting State a party to the ongoing conflict.

Turning to another form of military assistance, i.e. the enforcement of no-fly zones, it has also assumed centrality in the Russia-Ukraine conflict. Indeed, the use of aerial warfare in the invasion of Ukraine by Russian forces, with almost 30 airstrikes a day⁴⁵, has made warplanes a threat to the Ukrainian military and to civilians. In order to better protect the country from attack, Ukraine urged NATO countries to enforce a no-fly zone over the country but received a negative response to avoid the risk of escalating the conflict⁴⁶. In particular, US and UK authorities clearly excluded this form of support, as fighting Russian jets would trigger a «war across Europe»⁴⁷, also considering that the Russian President Putin said he will consider the presence of NATO planes in Ukraine as «participants of the military conflict»⁴⁸. A no-fly zone is a defined geographical area in which certain types of flight are prohibited, allowing for a *de facto* occupation of sovereign airspace in which only aircraft of the enforcing forces can fly. The establishment of a no-fly zone implies

⁴⁴ M. SRIVASTAVA, M. MURGIA, *The secret US mission to bolster Ukraine's cyber defences ahead of Russia's invasion*, in *Financial Times*, 9 March 2022.

⁴⁵ J. BEALE, *Ukraine's battle for control of its skies*, in *BBC News*, 15 April 2022.

⁴⁶ A. HARB, *Russia-Ukraine: what is a no-fly zone and why has NATO said no?*, in *Al Jazeera*, 7 March 2022.

⁴⁷ BBC, *No-fly zone: What it means and why the West won't act*, 1 March 2022.

⁴⁸ C.M. FAULKNER, A. STIGLER, *Ukraine wants a no-fly zone. What does this mean, and would one make any sense in this war?*, in *The Conversation*, 16 March 2022.

the authority of supporting forces to force violators out of the zone and, in case of non-compliance, to shoot them down⁴⁹.

It is clear that the establishment of no-fly zones foresees the use of armed force to respond to violations of the prohibition of flight in the airspace concerned⁵⁰. Enforcement activities of this kind, in the context of an ongoing conflict⁵¹, can be considered to directly contribute to the damage suffered by the enemy of the assisted State. The military forces of the assisting State autonomously, without acts that break the causal link, resort to armed force that causes damage or losses to the opposing belligerent. Even more, the enforcement activities are closely intertwined with those of the belligerent already involved in the ongoing IAC and, therefore, directly contribute to the collective conduct of hostilities, also allowing the assisting State to participate in the decision-making process that determines how the concerted joint military operation will be conducted. Therefore, the enforcement of a no-fly zone clearly leads to the acquisition of party status in all circumstances in which this form of assistance is used.

Lastly, soon after the beginning of the Russian-Ukrainian conflict, Russian troops entered the Chernobyl Exclusion Zone via Belarus⁵², starting a close cooperation between the two States in the following months. This cooperation entailed the authorisation to use Belarusian military bases and to launch missile strikes in Ukraine from this territory⁵³. This has provoked reactions from Western States, which have urged Belarus to refrain from further involvement in Russia's «brutal illegitimate undertaking»⁵⁴ and has led to accusations from Ukraine that Russia is «directly involv[ing] Belarus into [the] war»⁵⁵. As these events clearly demonstrate, the use of territory as a launching pad for military operations by one belligerent may constitute a sufficiently direct link with the harm caused to the adversary.

⁴⁹ M.N. SCHMITT, *Clipped wings: effective and legal no-fly zone rules of engagement*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 1998, 729.

⁵⁰ *Ibidem*, 730.

⁵¹ J. BEALE, *op. cit.*

⁵² A. COAKLEY, *Lukashenko is letting Putin use Belarus to attack Ukraine*, in *Foreign Policy*, 24 February 2022.

⁵³ BBC, *Why is Belarus admitting Wagner leader and backing Russia against Ukraine?*, 4 July 2023.

⁵⁴ J. HAWKE, *Russian troops to assemble in Belarus as Alexander Lukashenko threatens Ukraine*, in *ABC News*, 10 October 2022.

⁵⁵ V. ZELENSKYI, *It is necessary to intensify common efforts to create an air shield for Ukraine*, 11 October 2022.

In fact, even if the assisting State does not itself resort to force, its consent to the use of its territory is a necessary condition for the successful outcome of the assisted belligerent's attack. Even further, by authorising the presence of armed forces on its territory, frequently through an official decision, the third State is acting in coordination with one of the parties to an ongoing IAC, most likely participating in the decision on how to conduct the joint military operations.

Against this background, the next section will focus on the applicability of IHL to States far from the battlefield, in order to understand why it is necessary even for States providing remote assistance to discuss the risk of acquiring party status.

3. To understand the significance of acquiring party status, it is important to focus on the legal consequences for assisting States, especially those far from the battlefield. In fact, States seeking to support the military effort of a belligerent in IACs are concerned not to cross the threshold of direct involvement that would make them parties to conflict, as this would allow the enemy to use force against them. Indeed, even when the provision of military assistance does not violate the *jus ad bellum*, for example because the third State is intervening in collective self-defence of the assisted State⁵⁶, the *jus in bello* would continue to govern the relations between the parties to the IAC, including States directly assisting belligerents⁵⁷. In light of the foregoing, this section will analyse what rules of IHL are most relevant to assisting States acquiring party status.

The Geneva Conventions and AP I, as well as the rules of customary IHL of IACs, link the application of most of their norms to the acquisition of the status of party. However, these instruments are silent on the geographical scope of IHL. International criminal tribunals have clarified how IHL applies to the entire territory of the State involved in the conflict, at least in legal terms⁵⁸. Nonetheless, in practice, most of the provisions apply only to the hostilities and the areas where the fighting takes place, having been developed on the

⁵⁶ A. DE HOOG, *The elephant in the room: invoking and exercising the right of collective self-defence in support to Ukraine against Russian aggression*, in *Opinio Juris*, 7 March 2022.

⁵⁷ A. WENTKER, *op. cit.*, 4.

⁵⁸ International Criminal Tribunal for Ruanda, *Prosecutor v. Akayesu*, Trial Judgement, ICTR-96-4-T, 1998, para. 635; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-49-1-AR72, 1995, para. 68.

basis of a notion of armed conflict involving neighbouring countries or arising from occupation, with limited implications for States geographically distant from the battlefield⁵⁹. Therefore, due to the circumstances of the involvement of assisting States, some of the obligations laid down in IHL would be rarely applied, as they were designed to regulate military activities taking place on the battlefield.

Starting with the rules on the conduct of hostilities, the acquisition of party status implies that members of the armed forces and military objects can be targeted by the enemy as legitimate military objectives in IACs⁶⁰. This means that, according to the principle of distinction, military personnel of a State directly assisting a belligerent could be lawfully killed, whether or not they are close to the hostilities. Similar considerations apply to the principles of proportionality⁶¹ and precaution⁶², since both influence the decisions of military commanders, which are strictly related to the conduct of hostilities.

Clearly, the chances of a soldier of the enemy State targeting military objectives of the assisting State on its territory are small. Yet, it is worth recalling that the assisting State, when engaging in supporting activities determining the acquisition of party status, remains under an obligation to comply with the rules on the conduct of hostilities. In order to take care of civilians and comply with the rules on the conduct of hostilities when deciding on the form and the degree of assistance to be provided to belligerents in a coordinated military operation, the assisting States could be required to undertake appropriate processes of target selection together with the supported State through consultations or by sharing intelligence or technologies with the latter⁶³. In the same vein, it could be expected to investigate the supported State for possible violations of IHL as a consequence of the general obligation under common Article 1 to the GCs to ensure respect for the Conventions⁶⁴.

⁵⁹ Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge, 2011, 19: «Actual hostilities may be restricted by the Belligerent Parties to a fairly narrow theatre of operations, ... The combat zone on land is likely to be quite limited in geographic scope».

⁶⁰ J. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law (Customary IHL)*, Vol. I: Rules, ICRC, (2005), Rule 1; 1977 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949 (API), 1125 UNTS 3, Articles 43, 48, 50.

⁶¹ Customary IHL, Rule 14; AP I, Article 51(5)(b).

⁶² Customary IHL, Rule 15; AP I, Article 57(1).

⁶³ A. WENTKER, *Partnered operations and the positive duties of co-parties*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2022, 170-171.

⁶⁴ *Ibidem*, 172.

Similar considerations can be applied to other rules on the conduct of hostilities, i.e. the special regimes of protection of certain civilian objects. With regard to the rules obliging States to respect cultural property and prohibiting damage to the environment⁶⁵, as well as those on the protection of objects indispensable to the survival of the civilian population⁶⁶ and objects containing dangerous forces⁶⁷, they can all be of immediate relevance. For example, cyber operations could compromise the control systems of nuclear power plants or dikes, which could determine the release of dangerous forces, and they could ‘render useless’ drinking water or irrigation systems, thus depriving the civilian population of goods essential to its survival.

Turning to the obligations towards protected persons, the obligation to treat persons *hors de combat* humanely and without discrimination⁶⁸, apply to all parties to the conflict, including States that have acquired party status by providing assistance to belligerents. Similarly, combatants will be considered prisoners of war if they fall into the power of the enemy⁶⁹, unless they are engaged in espionage⁷⁰ or failed to distinguish themselves as combatants⁷¹. Given the nature of these rules, unlike those governing the conduct of hostilities, they will rarely apply to States far from the battlefield. Of course, assisting States must in any case take these rules into consideration should issues related to the protection of persons in their hands arise. Finally, the rules protecting persons deprived of their liberty in armed conflict⁷², would never apply to assisting States because of their strict link to activities physically taking place on the battlefield. Indeed, supporting activities of the kind mentioned in the previous section would never determine the possibility for assisting States to capture individuals on the battlefield.

To sum up, it is clear from the examination in this section that no general rule can be discerned, which means that a case-by-case analysis is required in order to determine the IHL rules relevant for assisting States far from the battlefield. This means that although IHL is potentially applicable to the entire territory of the States parties to

⁶⁵ Customary IHL, Rules 38- 41, 43-45; AP I, Articles 53, 55.

⁶⁶ Customary IHL, Rule 54; AP I, Article 54.

⁶⁷ Customary IHL, Rule 42; AP I, Article 56.

⁶⁸ Customary IHL, Rules 87, 88.

⁶⁹ Customary IHL, Rule 106; API Article 44-45.

⁷⁰ Customary IHL, Rule 107; API, Article 46.

⁷¹ Customary IHL, Rule 106.

⁷² Customary IHL, Rules 118-128.

the conflict, when States assist belligerents in different ways, the factual consequences under customary IHL may differ depending on the form of assistance provided⁷³. However, the risk of being involved in the conflict and the legal and political consequences of the acquisition of the status of party are clearly in the minds of States providing support to Ukraine since the beginning of the hostilities in 2022. Indeed, avoiding being in «direct hostilities with Russia» or being considered “co-belligerent” has clearly been imperative for State, in order to exorcise the risk of escalation and hostile reaction by Russia⁷⁴. Hence, despite the limited factual consequences of the acquisition of party status for States far from the battlefield, this risk informs policy decisions by States, both in avoiding and hiding direct support to belligerents. To these considerations under IHL, any assisting State should add a careful assessment of the consequences of its conduct under a different but related body of law, the law of neutrality. It is therefore essential to examine these rules and their continuing relevance in order to have a full picture of the consequences of military assistance in IACs and to verify whether there are legal obligations for States that arise independently of the acquisition of party status.

4. More than a century ago, the need to maintain peace and

⁷³ R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford, 2008, 95; ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Trial Judgement, para. 635: «some of the provisions of the [Geneva] Conventions apply to the entire territory of the Parties to the conflict, not just to the actual vicinity of the hostilities. Certainly, some of the provisions are clearly bound up with the hostilities and the geographical scope of those provisions should be so limited».

⁷⁴ See i.a: Press Briefing by Press Secretary Jen Psaki, 3 March 2022: «[W]e’ve continued to provide a range of defensive assistance... But we are not considering taking steps that would put us in direct conflict with Russia»; West “Working Hard” to Avoid War, in *Sky News*, 28 June 2022: «We are working really hard to make sure that we confine this to Ukraine ... It’s about the West, all friends of Ukraine, giving them the support they need to protect themselves» (Boris Johnson, former UK Prime Minister); Security Council, *Defending Military Aid to Ukraine, Western Countries in Security Council Reject Russian Federation’s Claim Such Support Is Turning Kyiv into Terrorist State*, SC/15659, 12 April 2024 «‘China is not a manufacturer of the crisis nor a party to the conflict’ as it has not provided lethal weapons to parties to the conflict» (Representative of China); M. SEMO, *La cobelligérance, acte de guerre ou légitime défense collective?*, in *Le Monde*, 26 May 2022: «l’engagement direct de nos forces ou de celles de nos alliés pour soutenir l’armée ukrainienne [face à la Russie] n’est pas une option car elle ferait de nous des cobelligérants» (Florence Parly, Minister of Armed Forces); Press point with NATO Secretary General Jens Stoltenberg, 30 September 2022: «NATO is not party to the conflict. But we provide support to Ukraine so it can uphold its right for self-defence, enshrined in the UN Charter».

friendly relations between States led to the emergence of a body of norms whose role is to limit the interference of third States in IACs⁷⁵. The idea of “neutrality”, in common parlance, is historically associated with countries that pledge to remain neutral in any conflict that may arise in the future⁷⁶. In international law, however, neutrality encompasses not only cases of permanent neutrality, but is a status attributed to any State that is not a party to an IAC⁷⁷.

The 1907 Hague Conventions (HC) V and XIII, whose provisions are partially transposed in several military manuals⁷⁸, set out a number of obligations for both neutral and belligerent States aimed at avoiding mutual interference in sovereign rights, including the prohibition of assistance to belligerents. However, once the threat or use of force was prohibited in the Charter of the United Nations (UN Charter)⁷⁹, the legal status of a set of rules imposing neutrality even in the face of an act of aggression began to be contested. This section therefore analyses the content and scope of the neutrality obligations reflected in customary law that limit States in providing assistance to the belligerents during an IAC and the legal relevance of neutrality law after the outlawing of the use of force, in order to determine the concrete legal consequences for States providing assistance to belligerents in IACs.

The HCs V and XIII are instruments linked to a conception of international relations based strongly on the preservation of sovereign

⁷⁵ M. BOTHE, *Neutrality, Concept and General Rules*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 2008, para. 4.

⁷⁶ This idea of neutrality can be traced back to the ancient Greeks, in order to allow certain actors to stay out of the conflict, and it later developed into the conclusion of agreements aimed at respecting the position of neutrality of certain States, i.e. during the Thirty Years' War: O. BRING, *The Concept of Neutrality: Origins and Challenges—From the Peace of Westphalia to the European Union*, in I.S. NOVAKOVIC (ed.), *Neutrality in the 21st Century: Lessons for Serbia*, Beograd, 2013. Examples of collective declaration of neutrality can be found also later in history, such as during the American War of Independence, when the First League of Armed Neutrality was created: See also: M.M. ABBENHUIS, *An Age of Neutrals: Great Power Politics, 1815-1914*, Cambridge, 2014. See also: P. SEGER, *The Law of Neutrality*, in A. CLAPHAM, P. GAETA (eds.), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*, Oxford, 2014, 259.

⁷⁷ M. BOTHE, *op. cit.*, para. 1.

⁷⁸ See e.g., Danish Ministry of Defence, *Denmark military manual*, cit., 62-63, 549-552, 581-582; German Federal Ministry of Defence, *Law of Armed Conflict Manual*, Chapter 12; New Zealand Defence Force, *Manual of Armed Forces Law*, Chapter 16; Norwegian Chief of Defence, *Manual of the Law of Armed Conflict*, paras 1.44-1.45, 10.23-10.28; United Kingdom Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, paras 1.42-1.43; US Department of Defense, *Law of War Manual*, 2016, Chapter XV.

⁷⁹ General Assembly, *Charter of the United Nations*, 24 October 1945, Article 2(4).

rights in warfare, the need for which is reflected in the obligation to respect sovereignty and territory⁸⁰. The establishment of prohibitions of assistance to belligerents is a consequence of this conception; however, the Hague Conventions represent a fragmented legal framework, ratified by a limited number of States that has nonetheless been supplemented by a «partially divergent» customary law⁸¹. Yet, as confirmed by the International Court of Justice, the principle of neutrality is applicable in the context of IACs and is an established part of customary law⁸². Indeed, modifications in State practice led to changes in the content of customary rules on neutrality, most of which are codified in the Hague Conventions V and XIII, rendering some rules obsolete without, however, leading to the abolition of the whole body of law⁸³. What can be considered as reflecting customary law is the prohibition for neutral powers from intervening directly in an ongoing conflict or supporting the military campaign ‘by supplying armed forces arms and munitions’ (obligation of abstention)⁸⁴, together with the obligation to prevent the use of their territory for military purposes (duty of prevention)⁸⁵. With this in mind, it is essential to analyse the neutrality implications of the forms of assistance previously presented in this paper.

Private arms sales are explicitly permitted under neutrality law, since neutral powers are not called upon to prevent the export of arms and ammunitions⁸⁶, provided that commercial transactions are carried out in accordance with the principle of impartiality. This provision is divorced from the current reality of arms trade, which is heavily controlled by States according to domestic legislation that allows for interference in the private sector⁸⁷. Therefore, a State that permits the

⁸⁰ HC V, Article 1; HC XIII, Article 1.

⁸¹ G. BARTOLINI, M. PERTILE, *Relic of the Past or Immortal Phoenix? The Legal Relevance of Neutrality in the Russo-Ukrainian War*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2022, 202.

⁸² International Court of Justice, *Legality of the threat or use of nuclear weapons*, Advisory Opinion, 8 July 1996, para. 89.

⁸³ N. ZUGLIANI, *The Supply of Weapons to a Victim of Aggression: The Law of Neutrality in Light of the Conflict in Ukraine*, in *European Journal of International Law*, 2024, 391.

⁸⁴ HC V, Article 5-8; HC XIII, Article 6; P. HOSTETTLER, O. DANAI, *Neutrality in Land Warfare*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 2015, para. 18.

⁸⁵ HC V, Articles 5 and 10; HC XIII, Articles 8 and 25; A.R. THOMAS, J.C. DUNCAN, *The Law of Neutrality*, in *Annotated Supplement to the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, Vol. 73, 1999, 370.

⁸⁶ HC V, Article 7; HC XIII, Article 7.

⁸⁷ N. RONZITTI, *Neutrality, non-belligerency and permanent neutrality*, in *Journal of Conflict & Security Law*, 2024, 57.

supply of war material can be potentially considered to be involved in a non-neutral service⁸⁸, which means that the authorized private supply of arms can become a violation of neutrality.

With regard to other forms of assistance, while conducts involving the use of force, such as cyber support and the enforcement of no-fly zones, are clear violations of neutrality law, it is important to evaluate whether intelligence sharing can be considered as a violation of the obligation of abstention. In this respect, US military manuals show that the transmission of information on military operations to belligerents is generally considered a violation of neutral duties⁸⁹. However, a general prohibition on intelligence sharing cannot yet be considered to have emerged under customary international law as State practice concerning such form of assistance is far from uniform⁹⁰. Therefore, neutrality law cannot be interpreted as categorically prohibiting intelligence sharing⁹¹, which could lead to a (rare) case in which supporting conduct could determine the acquisition of party status without also constituting a violation of neutrality law.

From this preliminary analysis, it is clear that conduct explicitly prohibited under neutrality law not always determines the acquisition of party status and the consequential application of IHL as in the case of States supplying weapons to belligerents. Therefore, the consequences of its violation seem to be in need of re-assessment in light of recent practice to verify whether supporting conduct can have further consequences than the application of IHL. In particular, it is crucial to distinguish those cases where violations of neutrality also entail the acquisition of party status under IHL, allowing belligerents to use force against the assisting State⁹², from cases in which non-neutral conduct could only be subject to reprisals or countermeasures within the limits of the Articles on the Responsibility of States for

⁸⁸ M. BOTHE, *The Law of Neutrality*, in D. FLECK (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Oxford, 2013, 562.

⁸⁹ US Department of the Navy, *The Commanders Handbook on the Laws of Naval Operations*, 2022, 7-12.

⁹⁰ W.H. VON HEINEGG, *Visit, Search, Diversion, and Capture in Naval Warfare: Part I, the Traditional Law*, in *Canadian Yearbook of International Law*, 1991, 319-321.

⁹¹ M. MILANOVIC, *The United States and Allies sharing intelligence with Ukraine*, in *EJIL: Talk!*, 9 May 2022.

⁹² R.P. PEDROZO, *Ukraine symposium: Is the law of neutrality dead?*, Lieber Institute, 31 May 2022; US Department of Defence, *Manual on the Law of War*, 2016, 15.3.1.1; UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, para. 143(a).

Internationally Wrongful Acts (ARSIWA)⁹³, as it does not entail the acquisition of party status.

In the aftermath of WWII, the UN Charter introduced a prohibition of the use of force in international relations, raising doubts about the continuing applicability of norms and institutions established before its adoption and partly at odds with its content. Among them, the relevance of rules obliging States to remain neutral in the face of an act of aggression has been intensely debated. The Security Council's (SC) power to identify the aggressor and to call upon States to take collective security measures has popularised the idea that, at least in this case, neutral States are not bound by their obligations of impartiality and can discriminate in favour of the victim of an act of aggression⁹⁴. This is reflected by the development of doctrines trying to circumvent neutrality obligations, showing a trend towards an erosion of the legal relevance of this body of law.

Indeed, the need to identify an *intermediate status* between neutrality and belligerency has led to the development of the concept of *qualified neutrality*, reflected in some war manuals⁹⁵, which allows States to enjoy neutral rights without fulfilling the full range of obligations under neutrality law⁹⁶. While some scholars support this idea⁹⁷, others seem to prefer a similar but different concept⁹⁸, namely *non-belligerency*, which was introduced at the beginning of the Second World War to justify support for belligerents by abandoning the duty of impartiality and non-assistance and only respecting the duty of non-participation in hostilities⁹⁹. The latter position is not sufficiently supported by practice, as non-belligerency was last

⁹³ International Law Commission (ILC), *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Supplement No. 10 (A/56/10), 2001, Part III, Chapter II.

⁹⁴ R.P. PEDROZO, *op. cit.*

⁹⁵ US Department of Defence, *Manual on the Law of War*, 2016, 15.2.2; US Department of Defence, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, 7.2.1.

⁹⁶ L. FERRO, N. VERLINDEN, *Neutrality during armed conflicts: A coherent approach to third-State support for warring parties*, in *Chinese Journal of International Law*, 2018, 32.

⁹⁷ H. LAUTHERPACHT, *Oppenheim's International Law: A Treatise*, London, 1955, para. 292e, 648.

⁹⁸ A. GIOIA, *Neutrality and Non-Belligerency*, in H. POST (ed.), *International Economic Law During Armed Conflict*, Leiden, 1994, 76-80; W.H. VON HEINEGG, "Benevolent" Third States in International Armed Conflicts: The Myth of the Irrelevance of the Law of Neutrality, in M.N. SCHMITT, J. PEJIC (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines: Essays in honour of Yoram Dinstein*, Leiden, 2007, 544.

⁹⁹ M. TORRELLI, *La Neutralité en Question*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1989, 14.

invoked by Italy during the 2003 Iraq war¹⁰⁰, and the Russia-Ukraine conflict seems to confirm this trend, as despite the support of some scholars for a return to qualified neutrality¹⁰¹, States have never taken a clear position in this regard¹⁰². Similarly, the concept of qualified neutrality has been contested by affirming that legitimate discrimination between aggressor and victim is only possible when the SC identifies an aggressor and decides to take enforcement measures under Chapter VII of the UN Charter¹⁰³; absent these measures, States should instead refrain from assisting other States in the context of an armed conflict¹⁰⁴.

The inability of the SC to condemn Russian aggression has highlighted the need to find a middle ground between the two positions. To this end, a multifaceted approach has been proposed, whereby neutrality law should be invoked only when the hostilities are of such duration and extent as to require a regulation of the relations between the belligerents and third parties.¹⁰⁵ This idea is also reflected in some war manuals¹⁰⁶, but is not unanimously accepted, as some scholars simply deny the applicability of neutrality law either in cases where there is uncertainty as to who the aggressor is¹⁰⁷, or, alternatively, where military operations are obviously acts of aggression and the aggressor State prevents the enforcement mechanisms of Chapter VII¹⁰⁸.

However, in the Russia-Ukraine conflict, despite the scholarly debate, States supporting Ukraine have demonstrated a preference for one of the doctrinal justifications for potential violations of neutrality. Looking at *opinio juris*, States that engaged in potential violations of neutrality law during the Russia-Ukraine conflict often invoked

¹⁰⁰ *Il Presidente Ciampi ha presieduto il Consiglio supremo di difesa*, cit.

¹⁰¹ M.N. SCHMITT, *Providing arms and materiel to Ukraine*, cit.; W.H. VON HEINEGG, *Neutrality in the war against Ukraine*, Lieber Institute, 1 March 2022; H. NASU, *The Future Law of Neutrality*, Lieber Institute, 19 July 2022.

¹⁰² G. BARTOLINI, M. PERTILE, *op. cit.*, 206.

¹⁰³ W.H. VON HEINEGG, “Benevolent” *Third States in International Armed Conflicts*, cit., 543-568; New Zealand Defence Force, *Manual of Armed Forces Law*, 2017, para. 16.2.2; UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, para. 1.42.2.

¹⁰⁴ UN Charter, Articles 2(5) and 25.

¹⁰⁵ I. BROWNLIE, *International law and the use of force by States*, Oxford, 1963, 400-401.

¹⁰⁶ German Federal Ministry of Defence, *Law of Armed Conflict Manual*, para. 209; US Department of Defense, *Manual on the Law of War*, 2016, para. 15.2.1.2.

¹⁰⁷ See e.g.: D. SCHINDLER, *Commentary to the 1907 Hague Convention XIII Concerning the Rights and Duties of Neutral Powers in Naval War*, in N. RONZITTI (ed.), *The law of naval warfare: a collection of agreements and documents with commentaries*, Leiden, 1988, 212.

¹⁰⁸ See e.g.: W.H. VON HEINEGG, *Neutrality in the war against Ukraine*, cit.

justifications under the law of State responsibility to avoid being considered internationally liable. The right of collective self-defence under Article 51 of the UN Charter, which allows States to use force to repel an armed attack against another State, has been seen in statements before the Security Council and in other official documents as allowing States to *a fortiori* provide military assistance short of the use of force, superseding neutrality law¹⁰⁹. Moreover, under the same instrument, States not directly affected by an internationally wrongful act are entitled to take ‘lawful measures’ to ensure cessation and reparation in the interest of the injured State¹¹⁰. Although not equivalent to countermeasures under Article 48 ARSIWA, some scholars recognise the lawfulness of measures not implying the use of force, if authorised by the injured State and in response to gross violations of international law¹¹¹, such as acts of aggression.

These conflicting views might indicate an erosion of the legal relevance of the law of neutrality, which has not been clearly mentioned in debates within the Security Council and the General Assembly¹¹². In addition, «unilateral unneutral support» has rarely been characterized in light of the law of neutrality¹¹³, which seems to be perceived as optional by States not involved in the conflict¹¹⁴. Despite this, neutrality law could still be invoked to assert international responsibility, and belligerents can rely on them to respond with countermeasures subject to the principle of proportionality¹¹⁵, to stop any form of military assistance. It was precisely to avoid this that some States clearly denied allegations¹¹⁶ or

¹⁰⁹ See i.a.: Security Council, 9269th meeting, S/PV.9269, 24 February 2023 (Statement from E. Rinkēvičs, Latvian Ministry of Foreign Affairs); 9256th meeting, S/PV.9256, 8 February 2023 (R.M. Mills, Deputy Permanent Representative of the US to the UN; N. de Riviere, Permanent Representative of France to the UN, C.A. Oppong-Ntiri, Deputy Permanent Representative of Ghana to the UN); M. HERSZENHORN ET AL., *Germany to Send Ukraine Weapons in Historic Shift on Military Aid*, in *Politico*, 26 February 2022; J. BORRELL, *Defending Ukraine in Its Hour of Maximum Need*, European Union External Action, 1 March 2022; *Declaration between the government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the government of Ukraine*, 8 February 2023.

¹¹⁰ ARSIWA, Art. 54.

¹¹¹ J. CRAWFORD, *State responsibility: The general part*, Cambridge, 2013, 703-704.

¹¹² G. BARTOLINI, *The Ukrainian–Russian Armed Conflict and the Law of Neutrality: Continuity, Discontinuity, or Irrelevance?*, in *Netherlands International Law Review*, 2024, 5.

¹¹³ N. ZUGLIANI, *op. cit.*, 396.

¹¹⁴ E. SCHMID, *Optional but not qualified: Neutrality, the UN Charter and humanitarian objectives*, in *International Review of the Red Cross*, 2024, 21.

¹¹⁵ N. RONZITTI, *op. cit.*, 59.

¹¹⁶ N. KENNEDY ET AL., *Iran denies supplying Russia with weapons for use in Ukraine*, in *CNN*, 15 October 2022.

refrained from supplying arms to Ukraine, not only those commonly known to be neutral¹¹⁷, even if the Russia-Ukraine conflict has seemed to put Swiss neutrality to the test¹¹⁸, but also others who stressed the need to ensure that any arms transfer would take place «within the applicable international legal framework»¹¹⁹. Moreover, as previously shown, even those who supported Ukraine sought to justify their behaviour by invoking self-defence or countermeasures as circumstances excluding wrongfulness, thus confirming in part the continuing legal relevance of the law of neutrality.

Both these justifications seem viable, because arms transfers, even if they involve the use of force, as confirmed by the ICJ¹²⁰, can be justified by referring to Articles 21 ARSIWA and 51 of the UN Charter as authorising forms of collective self-defence. The same can be said for countermeasures, since there is no clear prohibition of collective countermeasures in international law and this solution is also supported by State practice when adopted in response to violations of *erga omnes* obligations¹²¹. However, the risk of belligerents reacting against States providing support in apparent violation of neutrality law is still real, as the reference to neutral status in treaties¹²² and in most military manuals after the adoption of the UN Charter shows the interest of States in keeping this body of law

¹¹⁷ G. CAFIERO, *Austria commits to neutrality, even as Russia destroys Ukraine*, in *Al Jazeera*, 15 August 2022: «Austrian neutrality is not up for debate» (Chancellor Karl Nehammer); E. SOLOMON, *War in Ukraine Puts Centuries of Swiss Neutrality to the Test*, *The New York Times*, 12 March 2023,

¹¹⁸ I. FOULKES, *Ukraine war sees Swiss challenge their age-old neutrality*, in *BBC*, 7 May 2022.

¹¹⁹ Security Council, *Defending Military Aid to Ukraine, Western Countries in Security Council Reject Russian Federation's Claim Such Support Is Turning Kyiv into Terrorist State*, SC/15659, 12 April 2024: «Sierra Leone's representative, noting the differing perspectives presented on the supply of arms, stressed that any transfer of weapons must occur within the applicable international legal framework». In the same meeting, China even conveyed the idea that arms transfer could make States parties to the ongoing conflict: «China is not a manufacturer of the crisis nor a party to the conflict» as it has not provided lethal weapons to parties to the conflict, nor has it done anything to profit from the crisis». See also: Kyodo News, *Japan to provide bullet-proof vests, other goods to Ukraine*, 4 March 2022: «Japan does not plan to provide lethal weapons, Matsuno said, drawing a clear line with the United States and European nations that are moving to help Ukraine bolster its defenses».

¹²⁰ International Court of Justice, *Military and paramilitary activities against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, 27 June 1986, para. 228.

¹²¹ P. CLANCY, *Neutral arms transfer and the Russian invasion of Ukraine*, in *International and comparative law quarterly*, 2023, 537.

¹²² GC I, Articles 4, 27, 37; GC II, Articles 5, 8, 10, 15, 17, 21, 24, 32, 40, 43; GC III, Articles 4B (2), 8, 10, 122, 123; GC IV, Articles 4, 9, 10, 11, 15, 24, 25, 36, 61, 140, API, Articles 2, 9(2)(a), 19, 22, 30, 37, 39, 64.

alive. While violating neutrality law does not automatically imply the acquisition of party status, by providing certain forms of assistance such as weapons supply, States risk adverse consequences as belligerents are entitled, under neutrality law, to adopt countermeasures against violations of this body of rules¹²³. On the one hand, if the triggering conduct, i.e. the violation of neutrality law, is itself an unlawful armed attack¹²⁴, such as in the case of cyber operations and the enforcement of no-fly zones, States may respond recurring to the use of force in self-defence, unless the attack is justified as measure of collective self-defence or authorised by the Security Council. For the other forms of assistance, countermeasures must be non-violent in nature and proportionate to the wrongful act. Similarly, the affected belligerent would also be entitled to invoke the responsibility of the wrongdoer in order to obtain an adequate reparation, always assuming that the assisting activity is not permitted as a form of collective self-defence¹²⁵.

Even if the list of potential consequences of third State assistance under customary IHL and neutrality law is already quite broad, this is not the end of the story, since, for the sake of completeness, a conclusive analysis of other international and domestic instruments recognising certain prerogatives of parties to armed conflict that could still be invoked in certain (albeit rare) circumstances is necessary.

5. The relevance of some belligerent prerogatives, such as those recognised under the law of naval warfare, arising in connection with the outbreak of an armed conflict is doubtful after the establishment of the prohibition of the use of force in the UN Charter¹²⁶. These prerogatives, together with other domestic provisions establishing legal consequences for individuals associated with or trading with the enemy, are mostly triggered by a state of war, an idea linked to the issuance of a declaration of war which does not correspond to contemporary State practice, as no declaration in this sense has been issued since 1945¹²⁷. Yet, it is important to examine them in order to complete the picture of all the practical consequences of party status

¹²³ M. BOTHE, *The Law of Neutrality*, cit., 558.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ ILC, *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Part 2, Chapter 2.

¹²⁶ A. CLAPHAM, *War*, Oxford, 2021, 519.

¹²⁷ *Ibidem*, 48, 193-233.

as a result of direct forms of assistance.

With regard to the law of naval warfare, the acquisition of certain prerogatives by the belligerents is simply linked to the status of party to the conflict. Although some national laws make it clear that belligerent rights in this context can only be recognised in the case of a state of war, the wording in a good number of war manuals does not seem to be limited in this sense¹²⁸. Only on the basis of the text of military manuals, belligerents would be entitled to confiscate naval prizes from merchant vessels of States assisting the enemy and to impose blockades preventing the entry and exit of supplies in order to prevent them from providing direct assistance. In fact, most of these instruments clearly state that blockades may be established by a party to the conflict, implying conversely that they may be used to harm States that have acquired party status after the beginning of the hostilities¹²⁹, and, at the same time, that belligerents may capture enemy merchant vessels in the context of an armed conflict, without distinguishing between original parties and assisting States¹³⁰.

Moreover, looking at the rules on naval warfare, it would appear that, by assuming party status, State vessels can be seized without prior stop and search to check whether they are carrying contraband. Indeed, the laws of contraband of war permit belligerents to prevent neutral vessels from supplying the enemy with goods ‘which may be used in armed conflict’ by stopping them outside neutral waters and confiscating the contraband¹³¹. This means that once a State has lost its neutral status because it has directly assisted a belligerent, it also loses the residual right to have its ships searched before seizure¹³², and the opposing belligerent can seize them, even resorting to armed

¹²⁸ Authority of the Chief of Defence Staff (Canada), *Law of Armed Conflict at the operational and tactical level*, B-GJ-005-104/FP-021, 2001, Chapter 8; Danish Ministry of Defence, *Denmark military manual on international law relevant to Danish armed forces in international operations*, 2016, Chapter 14; German Federal Ministry of Defence, *Law of Armed Conflict Manual*, Zdv 15/2, 2013, Chapter 10; Norwegian Chief of Defence, *Manual of the Law of Armed Conflict*, 2013, Chapter 10; New Zealand Defence Force, *Manual of Armed Forces Law*, 2017, Chapter 8; United Kingdom Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, Chapter 13; US Department of the Navy, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, 2022, Chapter 7.

¹²⁹ This wording is adopted in most of the principal military manuals, including Australia, Canada, Denmark, France, Germany, New Zealand, UK and USA.

¹³⁰ This wording is adopted in most of the principal military manuals, including Australia, Canada, Denmark, France, Germany, Italy, New Zealand, Norway, UK and USA.

¹³¹ International Institute of Humanitarian Law, *San Remo Manual on the International Law Applicable to Armed Conflict at Sea*, 31 December 1995, paras 146-148

¹³² *Ibidem*, para. 135.

attack leading to the destruction of the vessel in case of resistance¹³³, without any further procedural obligations.

Even if the relevance of belligerent rights under naval warfare law has been questioned in a post-UN Charter context recent practice¹³⁴ has shown how they can still be used as an instrument of pressure on adversaries and their allies. This is confirmed by statements from the Russian Ministry of Defence, that Russia considers all ships sailing to Ukraine to be carrying military cargo and the flag State to be a party to the conflict¹³⁵, triggering a similar reaction from its Ukrainian counterpart¹³⁶. This statement seems to be based on the assumption that the supply of military equipment confers party status, which, as has been made clear, is not the case. What is clear, however, is that Russia is prepared to seize ships sailing in the Black Sea towards Ukraine, invoking the rules of naval warfare, regardless of any evidence of assistance. Thus, after several years in which States avoided or did not see the need to invoke the rules of naval warfare in the context of other IACs, their application is re-emerging.

Lastly, one case in which national legislation that may become relevant in case of inter-State assistance in an IAC is that of treason, i.e. any act by an individual intended or likely to give assistance to the military operations of the enemy or to impede the military activities of his/her own State¹³⁷, which gives rise to criminal liability¹³⁸. While these provisions traditionally apply to cases of declared war, some criminal codes, showing an evolving trend, do not specify whether treason must be committed in the context of a *declared* state of war or of an armed conflict, referring more generally to *enemies at war* with the country of origin¹³⁹, a terminology that encompasses any party to

¹³³ *Ibidem*, para. 139.

¹³⁴ Haifa Maritime Court, *The State of Israel v. The Ship Marianne*, 2016, Case No 7961-07-05; *The State of Israel v. The Ship Zaytouna-Oliva*, 2016, Case No. 19424-10-16.

¹³⁵ A. PRUCHNICKA, *Kyiv condemns Russian warning against ships travelling to Ukraine*, in *Reuters*, 20 July 2023.

¹³⁶ O. HARMASH, *Ukraine to treat ships on way to Russian ports as potential carriers of military cargo*, in *Reuters*, 20 July 2023.

¹³⁷ Parliament of the United Kingdom, *Treachery Act*, 3 & 4 Geo. VI c. 21 (1940), S-1.

¹³⁸ If the person assisting the enemy State is a national of the enemy State but also has combatant status in the assisted State, he enjoys combatant immunity and therefore cannot be prosecuted. The risk of criminal prosecution only arises in cases where the assisting activities do not determine the acquisition of combatant status.

¹³⁹ Criminal Code of Canada (1985), Article 46; Australian Criminal Code Act (2018), Article 80.1. AA; New Zealand's Crimes Act (1961), Article 73; US Code (1962), para. 2381.

an IAC, including the forces assisting an adversary. Be as it may, even if the rules on treason are interpreted as applicable outside the context of a declared war, the limited State practice and reference to this offence in war manuals had led to the conclusion that the practical scope of application of this criminal offence is restricted and destined to disappear in national legislation in the long term.

Yet, the Russia-Ukraine conflict has once again brought national legislation on treason to the fore. The Russian Criminal Code establishes criminal liability for assisting a foreign State involved in ‘hostile activities to the detriment of the external security of the Russian Federation’¹⁴⁰. This provision, which could be applied to Russian citizens in contact with States assisting Ukraine, such as the US, is (deliberately) open to broad interpretation, as the term ‘hostile activities’ could cover a wide range of conduct, including supporting activities. In this respect, the acquisition of party status by a State far from the battlefield would facilitate the application of this provision, which proves the continued relevance of this crime in some jurisdictions.

6. This paper has attempted to classify the most common forms of interstate military assistance in IACs in order to assess whether this conduct determines the acquisition of party status and what the consequences of this are. It concludes that only some forms of assistance, i.e. those in which assisting States recur to the use of force or those which are regarded as a necessary condition for causing damage to the enemy, can lead to such a result, while all other forms of assistance, in particular the supply of arms, are regarded as violations of neutrality law. This classification has a strong impact on the consequences associated with different forms of assistance and, more importantly, on the reactions that the enemy State may take against the assisting State.

Much of the recent debate has focused on the military assistance provided by several States to Ukraine following the act of aggression committed by the Russian Federation, leading to contrasting positions on the measures that a belligerent would be entitled to take in response to the assistance provided by third States to the enemy. By distinguishing between the consequences under IHL and neutrality law, this paper has contrasted the claims legitimising recourse to

¹⁴⁰ The Criminal Code of the Russian Federation (1996), Article 275.

armed reaction in self-defence against any form of assistance, showing how violations of the law of neutrality, which do not determine the acquisition of party status, would only entitle belligerents to non-violent countermeasures against the assisting State.

This becomes even clearer when we observe the attitude of States in the context of the Russia-Ukraine conflict towards the possibility of acquiring party status. Indeed, States showed to be concerned about the potential consequences of arms transfers to belligerent States, although not determining their participation in the conflict, and tended to justify this conduct, mostly recurring to the right to collective self-defence. Even more, States tended to avoid any direct involvement in an ongoing IAC, as this would be perceived as conduct that is part of the hostilities, and thus sought to conceal or deny any form of direct support to Ukraine. More broadly, this is even more understandable if one considers that a direct involvement in the conflict brings with it the risk of upsetting the balance of power within the international community, which would lead to a global escalation of the conflict, a consequence that States are very careful to avoid, as recent practice has shown.

More generally, it is worth recalling that clarifying what distinguishes simple violations of the law of neutrality from those that determine the acquisition of party status is not only important for the legal consequences derived from IHL, but also to assist States in their evaluations of whether to provide assistance, in order to have a more informed assessment of the risks of escalation of the conflict. Indeed, as recent events following the Russian aggression have demonstrated, the main concern is that belligerents, by invoking neutrality law, could make shipping vulnerable and economically affect assisting States, undermining relations within the international community and determining violent reactions. This concern may prompt States to understand the practical irrelevance of old concepts of war in this domain. Over time, this could facilitate a process of adaptation of these rules to the contemporary context, where some forms of assistance should be allowed to respond to illegal acts of aggression.

ABSTRACT

Convergence and Divergence Between International Humanitarian Law and the Law of Neutrality in Inter-State Military Assistance: Lessons from Recent State Practice in the Russia-Ukraine Conflict

With the outbreak of the Russia-Ukraine conflict, the provision of military assistance by Western States to Ukraine has led to the re-emergence of debates on the legitimacy of inter-state military assistance in IACs. Russia's assertion of the legitimacy of its armed response to any form of military assistance highlights the importance of discussing the consequences that States may suffer when engaging in such assistance. This paper attempts to categorise the various forms of support provided by States in IACs in order to examine when they can determine the acquisition of party status and the consequent application of the rules of IHL to the assisting State. This categorisation will be used to assess the consequences of party status for States far from the battlefield, in order to distinguish them from those arising from violations of neutrality law, also in light of the recent practice linked to the Russia-Ukraine conflict. This analysis will be then used to contrast claims that interstate military assistance easily leads to the involvement of the assisting state in armed conflict, exposing it to military reactions. Finally, it examines whether other international rules establish consequences arising from the party status, focusing on those relating to treason and naval warfare, as these have also been the subject of debate during the Russia-Ukraine conflict.

ALCUNE CONSIDERAZIONI SUL TRATTATO A TUTELA DELLA BIOSOSTENIBILITÀ MARINA

ROSA STELLA DE FAZIO*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il ventennale iter di adozione della Convenzione: i lavori del Comitato preparatorio e della Conferenza intergovernativa. – 3. Il Trattato BBNJ e le zone al di fuori della giurisdizione nazionale. – 4. Il contributo del Trattato al contrasto tra principi: libertà dell'alto mare o patrimonio comune dell'umanità? – 5. Il rapporto con la UNCLOS. – 6. La questione del finanziamento. – 7. Conclusioni.

1. Oggetto del presente contributo è il nuovo Trattato sulla conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica marina nelle aree al di fuori della giurisdizione nazionale, comunemente noto come Trattato BBNJ¹, concluso il 19 giugno 2023, terzo *Implementing Agreement* della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS) del 1982².

* L'autrice ringrazia i professori Ivan Ingravallo, Roberto Virzo e Andrea Caligiuri per la condivisione di materiali e *feedbacks* utili allo svolgimento della presente ricerca.

¹ Accordo sulla conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica marina nelle aree al di fuori della giurisdizione nazionale, A/CONF.232/2023/4, disponibile su: www.un.org.

² La Convenzione è stata aperta alla firma il 10 dicembre 1982 a Montego Bay ed è entrata in vigore, in conformità con il suo art. 308, il 16 novembre 1994 (la ratifica dell'Italia è avvenuta con legge 2 dicembre 1994, n. 689). La Convenzione ha 169 Parti contraenti (compresa l'Unione europea), corrisponde in gran parte al diritto consuetudinario e costituisce la base giuridica del diritto del mare moderno, occupandosi di tutte le questioni relative alla materia. In materia di diritto del mare vedasi *inter alia* A. DEL VECCHIO, voce *Mare (diritto internazionale del)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1998, 509-524; T. TREVES, *Il nuovo diritto del mare e le convenzioni internazionali sulla protezione dell'ambiente marino*, in *Il diritto marittimo*, 1999, 219-231; T. SCOVAZZI, *Elementi di diritto internazionale del mare*, Milano, 2002; G. ANDREONE, A. CALIGIURI, G. CATALDI (a cura di), *Droit de la mer et emergences environnementales*, Napoli, 2012; A. DEL VECCHIO, F. MARRELLA (a cura di), *International Law and Maritime Governance: Current Issues and Challenges for Regional Economic Integration Organizations*. Napoli, 2016. In relazione ai molteplici campi di applicazione della UNCLOS vedasi *inter alia* R. VIRZO, *La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et la pollution provenant d'activités militaires dans le zone économique exclusive* in G. ANDREONE, A. CALIGIURI, G. CATALDI (a cura di), *op. cit.*, p. 245-257; A. DEL VECCHIO, R. VIRZO, *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by international courts and tribunals*, Berlino, 2019; I. PAPANICOLOPULU, *Due Diligence in the Law of the Sea*, in H. KRIEGER, A. PETERS, L. KREUZER (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, 2020, 147-162; A. CALIGIURI, I. PAPANICOLOPULU, L. SCHIANO DI PEPE, R. VIRZO (a cura di), *Italia e diritto del mare*, Napoli, 2023.

In un contesto normativo frammentato³ e scarso⁴, la volontà della Comunità internazionale era chiara: occorre uno strumento che, da un lato, assicuri il reperimento delle risorse delle aree marine al di fuori della giurisdizione nazionale⁵ e, dall'altro, crei un quadro di base per promuovere l'uso sostenibile delle stesse⁶.

La necessità di colmare alcune lacune del regime giuridico dell'alto mare è dovuta alla circostanza che, a dispetto della sua estensione, esso occupa uno spazio marginale nella UNCLOS⁷, ove viene essenzialmente dichiarato come aperto a ogni Stato per l'esercizio di una serie di libertà, tra cui navigazione, pesca e ricerca scientifica⁸. Poco invece, riguarda la conservazione e la gestione delle risorse viventi e non viventi⁹, cosicché il mare aperto risulta esposto alla "tra-

³ Questa frammentazione è duplice, sia normativa che istituzionale. V. al proposito M. ABEGÓN NOVELLA, *El futuro del Acuerdo BBNJ como una oportunidad para construir una gobernanza colaborativa para la protección del medio marino más allá de la jurisdicción nacional*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2022, 1-21.

⁴ E.M. VÁZQUEZ GÓMEZ, *La protección de la diversidad biológica marina más allá de la jurisdicción nacional. Hacia un nuevo acuerdo de aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre el derecho del mar*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2019, 1-29.

⁵ Queste costituiscono il 64% della superficie di tutti i mari e degli oceani e quasi il 95% del loro volume e includono gran parte degli oceani, considerati come il più grande serbatoio di biodiversità del pianeta.

⁶ V. M. CARRO PITARCH, *El "Acuerdo BBNJ": Hacia un nuevo régimen para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina en zonas fuera de la jurisdicción nacional*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, 2023, 232.

⁷ Sui limiti e le lacune della UNCLOS, che si sono avuti nei quarant'anni dall'entrata in vigore della Convenzione, anche in conseguenza dello sviluppo tecnologico e normativo, vedasi: I. CARACCILO, *Il contributo dell'ITLOS alla prevedibilità e alla stabilità del diritto del mare*, in F. MARRELLA, U. VATTANI (a cura di), *Mare liberum, mare clausum. Quarant'anni dalla convenzione di Montego Bay sul diritto del mare*, Milano, 2024, 241-255.

⁸ UNCLOS, cit., art. 87. Per un approfondimento sul regime della pesca nella Convenzione di Montego Bay e la sua protezione vedasi *inter alia*: A. DEL VECCHIO, *La libertà di pesca in alto mare: un principio ancora valido?*, in *Il diritto marittimo*, 1995, 328-347. T. SCOVAZZI, *International Cooperation as regards Protection of the Environment and Fisheries in the Mediterranean Sea*, in *Anuario de Derecho Internacional*, 2018, 301-321; I. CARACCILO, *La disciplina della pesca*, in G. ADINOLFI, A. MALATESTA, M. VELLANO (a cura di), *L'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e il Regno Unito*, Torino, 2022, 163-166.

⁹ Cfr. articoli 118-120 UNCLOS. Non si dimentichi inoltre l'Accordo attuativo dell'UNCLOS sui banchi di pesci transnazionali e altamente migratori del 1995. In materia di conservazione delle risorse marine nella ZEE vedasi A. DEL VECCHIO, *Exclusive Economic Zones: Still a valid tool for the conservation of marine living resources?*, in R. CASADO RAIGÓN, E.J. MARTÍNEZ PÉREZ (dirs.), *La contribución de la Unión Europea a la protección de los recursos biológicos en espacios marinos de interés internacional*, Valencia, 2021, 27-40. Vedasi altresì il recente contributo di R. VIRZO, *In tema di leggi e regolamenti dello Stato costiero e "ordinamento giuridico per i mari e per gli oceani"*, in A. CALIGIURI, I.

gedia dei beni comuni” che, essendo teoricamente di tutti, di fatto non vengono curati da nessuno.

Il nuovo Trattato è strutturato in dodici parti principali¹⁰, di cui settantasei articoli, preceduti da un Preambolo, seguiti da due allegati, e il suo ambito di applicazione è costituito dalle zone al di fuori della giurisdizione nazionale¹¹, corrispondenti a “l’alto mare e l’Area”¹². Esso ripropone i quattro elementi chiave del *Package Deal* del 2011 in un modo che cerca di essere esaustivo, ma delegando gran parte dello

PAPANICOLOPULU, L. SCHIANO DI PEPE, R. VIRZO (a cura di), *op. cit.*, 123-132, in cui si rammenta che ai sensi della UNCLOS, lo Stato costiero può adottare leggi e regolamenti in materia di gestione e conservazione delle risorse biologiche della propria ZEE. Per l’autore, secondo il Tribunale internazionale del diritto del mare gli Stati terzi devono conformarsi a tali leggi, che, invero, se conformi alla UNCLOS, entrano a far parte dell’*International Legal Order for the Seas and the Oceans*.

¹⁰ Le dodici parti corrispondono a: I. Disposizioni generali (articoli 1-8); II. Risorse genetiche marine, compresa una equa ed equa ripartizione degli utili (articoli 9-16); III. Misure quali i meccanismi di gestione basati sulle aree, comprese le AMP (articoli 17-26); IV. Valutazioni dell’impatto ambientale (articoli 27-39); V. Sviluppo di capacità e trasferimento di tecnologie marine (articoli 40-46); VI. Disposizioni istituzionali (articoli 47-51); VII. Risorse finanziarie e meccanismo finanziario (art. 52); VIII. Attuazione e conformità (articoli 53-55); IX. Risoluzione delle controversie (articoli 56-61); X. Terzi al presente Accordo (art. 62); XI. Buona fede e abuso di diritto (art. 63); e XII. Disposizioni finali (articoli 64-76).

¹¹ Trattato BBNJ, cit., art. 3.

¹² Ivi, art. 1.2. Si rammenta che ai sensi della UNCLOS l’“alto mare” è definito negativamente come «le zone non comprese nella zona economica esclusiva, nel mare territoriale o nelle acque interne di uno Stato membro, né nelle acque arcipelagiche di uno Stato arcipelagico» (art. 86). Esse+ sono rette dal principio della libertà (art. 87) e non possono essere soggette alla sovranità di nessuno Stato (art. 89). La nozione di “alto mare” si riferisce dunque alla zona di mare posta al di là del limite esterno delle acque territoriali degli Stati costieri e, qualora istituite dallo Stato costiero, oltre il limite esterno della zona economica esclusiva (ZEE), a un massimo di 200 miglia nautiche (370 km) dalle coste (sulla delimitazione degli spazi marittimi vedasi *inter alia* G. CATALDI, *Quelques problèmes actuels de delimitation des espaces maritimes dans les mers fermées et semi-fermées*, in M. CHANTAL RIBEIRO, W. MENEZES (dirs.), *Direito do Mar Regulamentação normativa dos espaços marítimos*, Belo Horizonte, 2020, 129-152). In questa zona, che non è sotto la giurisdizione di alcun Paese, tutti gli Stati possono esercitare piena libertà di navigazione, sorvolo e posa di cavi. È necessario tenere comunque conto degli interessi degli altri Stati in relazione all’esercizio dei medesimi diritti e altresì i diritti connessi con le attività che si svolgono nella cosiddetta “Area”, definita patrimonio comune dell’umanità dall’art. 136 della UNCLOS, e avente per oggetto il suolo e sottosuolo marino oltre il limite esterno della piattaforma continentale (v. il rapporto della Marina Militare, *Civiltà del mare. Geopolitica, strategia, interessi nel mondo subacqueo. Il ruolo dell’Italia*, 2024, 96). L’alto mare non soltanto ospita vasti e preziosi ecosistemi, ma rappresenta più del 60% degli oceani del pianeta e quasi la metà della superficie terrestre, ciononostante è stata una zona a lungo ignorata, a favore di quelle costiere e di poche specie emblematiche (sul regime di libertà dell’alto mare v. L. SCHIANO DI PEPE, *Il diritto del mare*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, VI ed. 2021, 477-479. Vedasi altresì la voce “alto mare” in F. CAFFIO, *Glossario di diritto del mare. Diritto e Geopolitica del Mediterraneo allargato. Supplemento alla Rivista Marittima*, 2020, 20).

sviluppo normativo alle Istituzioni da esso create, in particolare alla Conferenza delle Parti (COP) e ai vari Comitati. Se gli elementi chiave del *Package Deal* sono i pilastri su cui si fonda l'Accordo BBNJ, questo ricomprende anche una serie di questioni intersettoriali, quali le disposizioni sugli accordi istituzionali, quelle relative alla sua futura attuazione e la predisposizione di meccanismi di finanziamento¹³.

Come accennato, è un Trattato molto importante perché l'alto mare in prospettiva diverrà un'area protetta dagli Stati contraenti¹⁴, i quali allo stesso tempo riconosceranno il valore delle acque internazionali come risorsa preziosa per il pianeta¹⁵. Ciò che è disposto dal Trattato BBNJ si potrà realizzare a seconda di quanti e quali Parti contraenti procederanno alla sua ratifica. A tale riguardo va considerata la distinzione tra Stati che si affacciano sugli oceani e altri Paesi comunque interessati dalle novità apportate dal Trattato¹⁶, effettuando il necessario compromesso e bilanciamento di interessi talvolta contrapposti¹⁷.

Gli Stati e le organizzazioni regionali di integrazione economica che lo desiderano possono ratificare, approvare, accettare o aderire al Trattato BBNJ¹⁸, che entrerà in vigore 120 giorni dopo la data del deposito del sessantesimo strumento di ratifica, approvazione, accettazione o adesione¹⁹. Al 12 settembre 2024 novantadue Paesi hanno firmato il Trattato²⁰ e otto (Belize, Cile, Cuba, Mauritius, Stati Federa-

¹³ L'art. 4 del Trattato BBNJ precisa che non si applica alle navi da guerra, agli aeromobili militari o alle unità navali ausiliarie. Analogamente, esso non si applica alle navi o agli aeromobili di proprietà di una Parte o al suo servizio utilizzati esclusivamente per servizi legali a carattere non commerciale.

¹⁴ Per comprendere perché il Trattato BBNJ costituisca un punto di svolta per l'oceano e il pianeta bisogna considerare che quasi due terzi della superficie del pianeta sono oceani e i mari costituiscono il 95% dell'*habitat* totale della Terra in volume. Tuttavia, finora solo l'1% dell'alto mare è stato sottoposto a un protocollo di protezione e solo il 39% degli oceani rientra nella giurisdizione di singoli Paesi.

¹⁵ Segretario generale delle Nazioni Unite, *Discorso per la Giornata mondiale degli Oceani dell'8 giugno 2023*.

¹⁶ A questo proposito si rammenta che persino la UNCLOS, sebbene al momento sia il regime che si occupa di tutte le questioni relative al diritto del mare e corrisponda in gran parte al diritto consuetudinario, è stata ratificata da soli 116 Stati, più l'Unione europea (fonte: treaties.un.org).

¹⁷ Si pensi all'interesse degli Stati costieri ad espandere sempre più il proprio controllo sulle aree marine al di là della piattaforma continentale, in parte in linea con quello degli Stati parte della Convenzione di Montego Bay a disciplinare lo sfruttamento dei fondali, ma confliggente con l'interesse degli Stati che ratificheranno il Trattato del 2023 alla salvaguardia ambientale in alto mare.

¹⁸ Trattato BBNJ, cit., art. 66.

¹⁹ Ivi, art. 68.

²⁰ Ai sensi dell'art. 68, par. 1, del Trattato, questo entrerà in vigore 120 giorni successivamente alla data del deposito del 60° strumento di ratifica, approvazione,

ti di Micronesia, Monaco, Palau, Seychelles) lo hanno ratificato²¹, alimentando le aspettative che possa entrare in vigore.

L'indagine che segue è volta principalmente a ricostruire l'iter che ha condotto all'approvazione del Trattato BBNJ, evidenziando alcuni aspetti talvolta controversi emersi nel corso dei negoziati, come l'adesione al principio della libertà dei mari o del patrimonio comune dell'umanità, già affrontato in relazione alla regolamentazione del fondo e del sottofondo marino nel contesto dell'applicazione della UNCLOS. Un *focus* particolare è posto sulla questione del finanziamento delle attività che saranno attuate al fine di conseguire gli obiettivi previsti dal Trattato, soprattutto mediante i contributi delle Parti alle Istituzioni create dallo stesso.

La finalità dell'analisi è dunque quella di valutare in senso critico la struttura, i punti salienti e gli obiettivi del Trattato BBNJ, il suo impatto sulla *governance* delle zone al di fuori della giurisdizione nazionale, e ipotizzare le azioni che i Governi potrebbero realizzare per favorirne l'attuazione.

2. Il lungo percorso che ha condotto all'adozione del Trattato²² ha inizio con la risoluzione 58/240 dell'Assemblea generale dell'ONU del 23 dicembre 2003, in cui – tenendo conto della relazione pubblicata nella quarta sessione del processo di consultazione informale delle Nazioni Unite sugli oceani e il diritto del mare – gli organismi mondiali e regionali competenti furono invitati a «(...) studiare una serie di possibili mezzi e strumenti per [la] protezione e gestione» degli ecosistemi e della biodiversità marini minacciati e vulnerabili che esistono in zone situate al di fuori dei limiti della giurisdizione nazionale²³.

Nel 2004 l'Assemblea generale ha istituito un gruppo di lavoro *ad hoc*, a composizione aperta, incaricato di studiare le questioni della conservazione e dell'uso sostenibile della diversità biologica marina

accettazione o adesione allo stesso. Si segnala al proposito che, pur non essendo uno Stato, tra i firmatari figura anche l'Unione europea, testimoniando la rilevanza delle disposizioni del Trattato e scenari di progresso in materia di tutela marina anche per l'organizzazione sovranazionale.

²¹ Fonte: www.treaties.un.org.

²² Per una ricostruzione del percorso che ha condotto all'adozione del Trattato, v. anche M. DELLA SETA, *I negoziati in corso nell'ambito della UNCLOS – Il BBNJ*, in F. MARRELLA, U. VATTANI (a cura di), *op. cit.*, 25-32, nonché N.Y. KHNG, *Introductory note to the agreement under the UN Convention on the Law of the Sea on the conservation & sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction*, Cambridge, 2024, 1-2.

²³ Ris. 58/240, *Gli oceani e il diritto del mare*, UN Doc. A/RES/58/240, par. 52.

nelle zone al di fuori della giurisdizione nazionale, ovvero l'*Ad Hoc Open-ended Informal Working Group to study issues relating to the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction*, di seguito "gruppo di lavoro"²⁴. Fin dal 2006, il gruppo di lavoro ha raccomandato di instaurare un regime legale esauriente e vincolante per la salvaguardia e l'uso sostenibile della diversità biologica marina oltre le acque sotto la giurisdizione dei Paesi litorali. Anche nel 2012, in occasione della Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile (o Rio+20), è stata menzionata la grande importanza della «conservazione e uso sostenibile della diversità biologica marina [delle zone al di fuori della giurisdizione nazionale]», con il contestuale impegno ad «affrontare questa materia prima di concludere la 61^a sessione dell'Assemblea generale» e, in particolare, ad «adottare una decisione sull'elaborazione di uno strumento internazionale nel quadro della [UNCLOS]»²⁵.

Il periodo 2014-2015 ha poi visto lo sviluppo di un metodo e il dibattito è stato prevalentemente concentrato sui parametri sui quali basare il futuro Accordo. Nel 2015 il gruppo di lavoro ha raccomandato²⁶ l'istituzione di un Comitato preparatorio²⁷ per l'elaborazione del

²⁴ Il gruppo di lavoro si è riunito nove volte in undici anni e due volte negli *Intersessional Workshops*. In una lettera del 30 giugno 2011 presentata al Presidente dell'Assemblea generale dell'ONU dai co-Presidenti del gruppo di lavoro (UN Doc. A/66/19), punto I, lett. (b), vi erano una serie di raccomandazioni, tra cui l'avvio di un processo volto a garantire il quadro giuridico per la biodiversità delle zone al di fuori della giurisdizione nazionale, indicando quattro questioni che costituivano il *Package Deal*, su cui si sono orientati i dibattiti della seconda fase: (a) le risorse genetiche marine, comprese le questioni relative alla ripartizione dei benefici; (b) misure quali i meccanismi di gestione basati sulle zone geografiche, comprese le aree marine protette; (c) le valutazioni di impatto ambientale; e (d) lo sviluppo di capacità e il trasferimento di tecnologia marina (Marina Militare, *op. cit.*, 70).

²⁵ In un primo tempo, il progetto di risoluzione prevedeva che fosse espressamente riconosciuto «l'accordo per avviare al più presto la negoziazione dell'Accordo di applicazione [...]» Le discrepanze tra alcuni degli Stati presenti hanno invece portato ad adottare una formula più generica. V. il documento finale della Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile «Il futuro che vogliamo», Rio de Janeiro, 20-22 giugno 2012, A/CONF.213/L.1, par. 162.

²⁶ Le raccomandazioni sono state presentate all'Assemblea generale ai sensi della risoluzione 68/70, sulla portata, i parametri e la fattibilità di uno strumento internazionale nell'ambito della UNCLOS. Nelle sue raccomandazioni, il *Working Group* sottolineava, tra l'altro, la necessità di un regime globale che affrontasse meglio la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica marina delle zone al di fuori della giurisdizione nazionale, e raccomandava all'Assemblea generale di sviluppare uno strumento internazionale giuridicamente vincolante nell'ambito della UNCLOS.

²⁷ Il Comitato preparatorio ha tenuto quattro riunioni tra il 2016 e il 2017 e in quest'ultimo anno l'Assemblea generale ha adottato la risoluzione 72/249, convocando la Conferenza intergovernativa (CIG) per negoziare uno strumento internazionale vincolante nel

Trattato BBNJ²⁸. Questo è stato successivamente istituito dall'Assemblea generale e «aperto a tutti gli Stati Membri delle Nazioni Unite, ai membri degli organismi specializzati e alle Parti della Convenzione, oltre a quelli invitati in qualità di osservatori conformemente alla precedente prassi delle Nazioni Unite»²⁹ al fine di formulare suggerimenti per adottare il progetto di testo dell'Accordo. Il 31 luglio 2017 il Comitato preparatorio ha pubblicato il suo rapporto³⁰, nel quale ha raccomandato all'Assemblea generale “Elementi” (contenuti nelle sezioni A e B) da considerare in vista dell'elaborazione di uno strumento internazionale giuridicamente vincolante, nell'ambito della UNCLOS, sulla conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica marina delle zone al di fuori della giurisdizione nazionale³¹. Esso raccomandava inoltre che l'Assemblea convocasse quanto prima una Conferenza intergovernativa, che esaminasse le raccomandazioni del Comitato preparatorio sugli Elementi ed elaborasse il testo di un Trattato.

Alla Vigilia di Natale del 2017, l'Assemblea generale ha convocato la CIG, che – conformemente alla risoluzione 72/249 – ha affrontato i temi individuati nel pacchetto concordato nel 2011: la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica marina delle zone al di fuori della giurisdizione nazionale, in particolare le risorse genetiche marine, comprese le questioni relative alla condivisione dei benefici; le misure quali gli strumenti di gestione per area – tra le quali le aree marine protette (AMP)³²; le valutazioni di impatto ambientale; lo sviluppo delle capacità e il trasferimento di tecnologie marine.

quadro della UNCLOS sulla conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica marina nelle zone al di fuori della giurisdizione nazionale.

²⁸ Lettera del 13 febbraio 2015 indirizzata al Presidente dell'Assemblea generale dai co-Presidenti del gruppo di lavoro speciale informale a composizione aperta, UN Doc. A/69/780 (13.02.2015), punto I, lett. (e)(i).

²⁹ Risoluzione dell'Assemblea generale del 19 giugno 2015 per l'elaborazione di uno strumento internazionale giuridicamente vincolante nel quadro della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare relativa alla conservazione e all'uso sostenibile della diversità biologica, UN Doc. A/RES/69/292, par. 1, lett. (a), disponibile su: www.documents.un.org.

³⁰ UN Doc. A/AC.287/2017/PC.4/2, disponibile su: www.documents.un.org.

³¹ Queste raccomandazioni rilevano che le sezioni A e B non riflettono il consenso degli Stati. La sezione A comprende gli elementi non esclusivi che hanno generato la convergenza di opinioni tra la maggior parte delle delegazioni, mentre la sezione B evidenzia alcune delle principali questioni sulle quali vi è divergenza. Entrambe le sezioni lasciano impregiudicate le posizioni degli Stati durante i negoziati.

³² Vedasi il Rapporto tecnico di I. TANI, M. GRBEC, T. SCOVAZZI, *The Legal Basis for the Establishment and Further Development of Marine Protected Areas in the 'European Union Strategy for the Adriatic and Ionian Region' (EUSAIR) with Particular Emphasis on*

Dal 2018 al 2023 la CIG ha tenuto cinque sessioni bisettimanali, di cui l'ultima nel periodo febbraio/marzo 2023, con una ripresa nel giugno 2023, a seguito della quale si è riusciti ad approvare il Trattato BBNJ, che il portavoce del Segretario generale dell'ONU António Guterres ha definito come un'autentica "svolta" (*breakthrough*)³³.

3. Il Trattato ha ad oggetto³⁴ l'uso sostenibile della diversità biologica o biodiversità che si trova nelle zone al di fuori della giurisdizione nazionale³⁵. Il principale auspicio dei negoziatori riguarda l'estensione anche all'alto mare della protezione del 30% degli oceani

Transboundary Marine Protected Areas 2021, disponibile su: www.adriatic-ionian.eu, insieme a T. SCOVAZZI, I. TANI (a cura di), *Legal Aspects of Marine Protected Areas in the Mediterranean Sea: An Adriatic and Ionian Perspective*, Londra, 2023 per un'analisi dello status giuridico del Mare Adriatico e del Mar Ionio come parti del più ampio chiuso o semi-chiuso Mar Mediterraneo, seguita da una valutazione dell'interrelazione tra le disposizioni del diritto internazionale e i quadri giuridici regionali e sub-regionali pertinenti con l'esplorazione e la conservazione delle aree marine protette transfrontaliere. Queste disposizioni si inseriscono nel quadro della Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030, pietra angolare della protezione della natura nell'Unione europea ed elemento chiave del *Green Deal* europeo. La Commissione ha presentato la Strategia nel maggio 2020. Le principali azioni da realizzare entro il 2030 comprendono: la creazione di zone protette comprendenti almeno il 30% della superficie terrestre e marina dell'UE, ampliando in tal modo la copertura delle zone "Natura 2000" esistenti; il ripristino degli ecosistemi degradati in tutta l'UE entro il 2030 attraverso una serie di impegni e misure specifici, tra cui la riduzione dell'uso e del rischio dei pesticidi del 50% entro il 2030 e l'impianto di 3 miliardi di alberi all'interno dell'UE; lo stanziamento di 20 miliardi di euro l'anno per la protezione e la promozione della biodiversità tramite i fondi dell'UE e finanziamenti nazionali e privati; la creazione di un quadro globale ambizioso per la biodiversità (fonte: www.consilium.europa.eu).

³³ Fonte: www.un.org.

³⁴ Trattato BBNJ, cit., articoli 2 e 3.

³⁵ Queste aree coprono l'alto mare (*supra* nota 12) e la zona economica esclusiva. La ZEE fa riferimento ai «fondali marini e oceanici e al loro sottosuolo al di fuori dei limiti della giurisdizione nazionale» (art. 1 UNCLOS) e insieme alle sue risorse costituisce patrimonio comune dell'umanità (art. 136 UNCLOS), per cui nessuno Stato può rivendicare la propria sovranità su quest'area o appropriarsi delle sue risorse (v. A. DEL VECCHIO, *Zona Economica Esclusiva*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, 1993, 1176-1189). Con quest'ultima espressione nella UNCLOS s'intendono le «risorse minerali solide, liquide o gassose in situ nella zona, situate nei fondali marini o nel suo sottosuolo, compresi i noduli polimetallici» (art. 113 bis UNCLOS), escludendo le risorse vive, alle quali invece si riferisce il Trattato BBNJ. Nonostante avesse ratificato la UNCLOS con la legge del 2 dicembre 1994, n. 689, l'Italia non aveva ancora provveduto ad istituire tale zona marittima di giurisdizione sovrana oltre il limite esterno del proprio mare territoriale, che ai sensi della Convenzione non viene infatti attribuita direttamente dal diritto internazionale allo Stato costiero ma necessita di un atto unilaterale da parte di quest'ultimo che ne proclami l'istituzione. L'Italia ha pertanto autorizzato l'istituzione della ZEE con la legge 14 giugno 2021, n. 14 (v. *inter alia* A. VITALE, *L'Italia istituisce la zona economica esclusiva (ZEE)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, www.osservatoriosullefonti.it; G. CATALDI, *The Italian Law Authorizing the Creation of an Exclusive Economic Zone*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2022, 29-47).

entro il 2023, attraverso la creazione di una rete di AMP, in quanto attualmente solo l'1,2% degli oceani è sotto protezione totale³⁶.

Il Trattato mira poi alla regolamentazione dello sfruttamento delle risorse, con criteri più stringenti per lo svolgimento di ogni attività umana negli ecosistemi, seguito dalla condivisione delle risorse genetiche marine³⁷. Esso contiene inoltre disposizioni che consentono un'equa condivisione delle conoscenze, delle tecnologie e dei benefici derivanti dalle risorse genetiche marine³⁸. A questo proposito occorre considerare che organismi come spugne, coralli, krill, batteri e alghe possiedono un bagaglio genetico dal quale è possibile ricavare nuove conoscenze per applicazioni mediche e cosmetiche. Tuttavia, secondo le stime degli esperti, una percentuale tra il 10% e il 15% delle specie marine è attualmente a rischio estinzione: uno dei punti di maggiore interesse del Trattato riguarda pertanto la condivisione delle risorse genetiche marine³⁹.

Qualsiasi analisi giuridica del quadro normativo degli oceani e delle loro risorse richiede di fare riferimento, sia pure brevemente, alla

³⁶ Il Trattato ha stabilito che non esistono negli oceani zone non soggette a nessuna effettiva regolamentazione. Il punto fondamentale è stato definito *30 by 30*: secondo gli esperti, questo è il livello minimo necessario per tutelare una risorsa così preziosa come quella degli oceani per il nostro pianeta.

³⁷ L'avanzamento di tecnologia e strumentazioni innovative ha reso l'alto mare sempre più accessibile e, di conseguenza, ha favorito attività come l'estrazione di minerali o di risorse alimentari (pesca e prelievo di piante e alghe soprattutto per l'industria farmaceutica). A questo proposito si evidenzia che il Trattato sancisce un principio fondamentale per disciplinare lo sfruttamento delle ambite e preziose risorse presenti nelle acque internazionali: ogni progetto di estrazione deve essere soggetto a una valutazione di impatto ambientale preventiva (v. la Parte IV «Valutazioni d'impatto ambientale» del Trattato BBNJ). Dall'applicazione del Trattato deriva dunque che i giacimenti di metalli preziosi come nichel, manganese, litio e cobalto, di terre rare e materie prime critiche, molti dei quali indispensabili per le tecnologie digitali, per le batterie di ultima generazione o per produrre energie rinnovabili non dovrebbero essere più prelevati dai fondali dell'alto mare senza adeguati controlli.

³⁸ Vedasi in particolare la Parte II «Risorse genetiche marine, compresa la condivisione giusta ed equa dei benefici» del Trattato BBNJ in particolare con riferimento all'art. 9, che annovera tra i suoi obiettivi: «La giusta ed equa condivisione dei benefici derivanti da attività svolte con rispetto alle risorse genetiche marine e alle informazioni sulla sequenza digitale delle risorse genetiche marine delle aree al di fuori della giurisdizione nazionale per la conservazione e l'uso sostenibile dell'ambiente marino».

³⁹ V. l'art. 40, contenuto nella Parte IV del Trattato «Rafforzamento delle capacità e trasferimento di tecnologia marina», che include tra i suoi obiettivi quello di «[...] sostenere gli Stati Parti in via di sviluppo, in particolare gli ultimi Paesi sviluppati, i Paesi in via di sviluppo senza sbocco sul mare, gli Stati geograficamente svantaggiati, gli Stati insulari in via di sviluppo, gli Stati africani costieri, gli Stati arcipelagici e i Paesi in via di sviluppo a medio reddito, attraverso lo sviluppo delle capacità e lo sviluppo e il trasferimento di tecnologia marina ai sensi del presente Accordo, al fine di conseguire gli obiettivi relativi a: (i) Le risorse genetiche marine, compresa la ripartizione dei benefici, come indicato all'articolo 9; [...]».

UNCLOS, che non menziona espressamente le risorse genetiche marine – elemento fondamentale, invece, del nuovo Trattato –, il che appare riconducibile al fatto che la prima sia figlia del suo tempo, considerato che è stata approvata nel 1982⁴⁰. Ciononostante, la UNCLOS contiene una serie di obblighi ambientali che dimostrano il suo impegno per la «protezione e conservazione dell'ambiente marino», come indicato nella sua Parte XII⁴¹.

Per il raggiungimento di tutti gli obiettivi nel Trattato BBNJ è prevista l'istituzione di una Conferenza delle Parti *ad hoc*, che si riunirà regolarmente per verificarne l'attuazione⁴². Tra questi, si segnala la produzione di valutazioni ambientali obbligatorie prima di procedere con attività antropiche capaci di interferire con gli ecosistemi marini⁴³. Grazie all'introduzione di nuove e più approfondite norme – anche in

⁴⁰ G. HASIN, *Ocean Governance in the 21st Century: A 'New Package-Deal'*, in *Yale Journal of International Law*, 2023, 4 ss., rileva che la UNCLOS è stata adottata come un "package deal" per governare le interazioni tra i "partecipanti sugli oceani", ma prevedeva l'ordine globale ottimale per quel determinato momento storico. Tuttavia, il regime che governa le risorse oceaniche non è statico, ma dinamico, e continua ad evolversi attraverso rivendicazioni e contro-rivendicazioni da parte degli Stati e di altri partecipanti. Allo stesso tempo, il diritto internazionale del mare si è evoluto in correlazione con gli interessi e le capacità dei partecipanti di esercitare la giurisdizione su parti degli oceani. Dalla sua approvazione l'innovazione tecnologica e gli effetti del cambiamento climatico hanno continuamente modificato le circostanze alla base delle stesse interazioni tra i partecipanti e hanno dunque richiesto un'evoluzione del diritto internazionale del mare basata sulla giurisprudenza orientata ad una *policy* che consideri le circostanze mutevoli e i loro effetti sulla tutela del mare piuttosto che soluzioni alle problematiche che di volta in volta emergano.

⁴¹ La UNCLOS sancisce tra l'altro l'obbligo per gli Stati di conservare l'ambiente marino (art. 192), di proteggere e preservare gli ecosistemi rari o vulnerabili (art. 194), di adottare misure per ridurre e controllare l'inquinamento dell'ambiente marino (art. 196) e di cooperare tra gli Stati per adottare norme che lo proteggano (art. 197).

⁴² Il Trattato, che avrà anche un suo Segretariato, ha un nuovo meccanismo di riconoscimento internazionale delle aree con strumenti di gestione che includono la creazione di AMP nell'alto mare. V. in particolare l'art. 26 «Monitoraggio e revisione» del Trattato BBNJ, con particolare riferimento al co. 1: «Le parti riferiranno, individualmente o collettivamente, alla Conferenza delle Parti in merito all'attuazione di strumenti di gestione basati sulla superficie, comprese le aree marine protette, stabilite ai sensi della presente Parte e misure correlate. Tali relazioni, nonché le informazioni e il riesame di cui ai paragrafi 2 e 3, rispettivamente, saranno resi disponibili al pubblico dal Segretariato».

⁴³ V. l'art. 28 «Obbligo di condurre una valutazione di impatto ambientale» del Trattato BBNJ, con particolare riferimento al co. 1 in base al quale le Parti dovranno assicurare che i potenziali impatti sull'ambiente marino delle attività pianificate sotto la loro giurisdizione o controllo che si svolgono in aree al di fuori della giurisdizione nazionale siano valutati come stabilito nella presente Parte prima di essere autorizzati. Il nuovo Trattato stabilisce in particolare che le valutazioni dell'impatto ambientale siano completate prima di qualsiasi nuovo sfruttamento delle risorse marine in aree al di fuori delle giurisdizioni nazionali (v. Trattato BBNJ, Parte IV «Valutazioni d'impatto ambientale»).

materia di AMP e di valutazione d'impatto ambientale⁴⁴ – esso mira a garantire che le attività antropogeniche nell'alto mare e nell'Area siano condotte in maniera sostenibile e che bilancino le necessità di sviluppo economico con la tutela dei fragili ecosistemi marini oltre la giurisdizione nazionale⁴⁵.

Una delle problematiche al momento più discusse è quella sul se l'Accordo BBNJ debba essere interpretato e applicato in modo da non creare un quadro istituzionale con un mandato sovrapposto a quello degli strumenti e organismi esistenti o frustrarne la capacità di operare, oppure se debba operare in modo “compatibile” con le misure adottate da questi ultimi, con il fine di contribuire a migliorarne l'attuazione e l'efficacia, ad esempio predisponendo misure di completamento⁴⁶. La questione è di particolare rilevanza in rapporto alla gestione delle AMP di cui alla Parte III del Trattato BBNJ, e permette di preferire il secondo approccio interpretativo conformemente al disposto del suo art. 5, par. 2, che definisce le c.d. “clausole di compatibilità” con gli strumenti e quadri giuridici e organismi esistenti operanti nelle AMP stesse⁴⁷.

Bisogna ricordare che il Trattato del 2023 ha visto la luce in un panorama internazionale sempre più consapevole della necessità di conservare le risorse e ridurre le minacce alla diversità biologica, co-

⁴⁴ È utile ai fini della presente analisi l'interpretazione e l'applicazione dei nuovi obblighi in materia di valutazioni ambientali strategiche alla luce dello stato attuale della scienza degli oceani sulla mitigazione del clima e altri servizi ecosistemici. In particolare, è interessante la proposta di implementare le valutazioni ambientali strategiche a livello regionale attraverso partenariati di ricerca, lo sviluppo reciproco di capacità e lo sviluppo tecnologico tra il Nord e il Sud del mondo. Questo argomento è sviluppato sulla base dell'applicazione dei diritti umani alla scienza e dei suoi benefici per la protezione di altri diritti umani, compreso quello a un ambiente sano, nonché in termini di efficacia delle disposizioni generali della UNCLOS sulla protezione dell'ambiente marino, all'interno e al di fuori della giurisdizione nazionale (così E. MORGERA ET AL., *Addressing the Ocean-Climate Nexus in the BBNJ Agreement: Strategic Environmental Assessments, Human Rights and Equity in Ocean Science*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2023, 448-449).

⁴⁵ Si tratta prevalentemente di aree inesplorate o poco conosciute della Terra, a causa degli ingenti costi delle attività di ricerca scientifica, ma che potrebbero ospitare una biodiversità unica e potenzialmente utile a comprendere l'evoluzione della vita sul pianeta, ma anche molto attraente dal punto di vista economico e commerciale nella prospettiva di futuri sviluppi scientifici e tecnologici (Marina Militare, *op. cit.*, 69).

⁴⁶ Così A. CALIGIURI, *Interazione tra Accordo BBNJ e strumenti e quadri giuridici e organismi regionali e subregionali che si applicano alle aree marine al di là delle giurisdizioni nazionali*, in corso di pubblicazione.

⁴⁷ L'art. 5, par. 2, prevede: «Il presente accordo è interpretato e applicato in modo tale da non pregiudicare gli strumenti giuridici e i quadri pertinenti e i pertinenti organismi globali, regionali, subregionali e settoriali e da promuovere la coerenza e il coordinamento con strumenti, quadri e organismi».

me dimostra l'adozione del «Quadro mondiale Kunming-Montreal della diversità biologica» da parte della Conferenza delle Parti di Montreal («COP15»)⁴⁸ della Convenzione sulla diversità biologica («CBD»)⁴⁹. Si rammenta che la CBD, adottata nel 1992 per rispondere alla preoccupazione della Comunità internazionale per la conservazione della diversità biologica, ha tra i suoi obiettivi «la conservazione della biodiversità sotto la giurisdizione nazionale, l'uso sostenibile dei suoi componenti e la giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche»⁵⁰.

Quest'ultimo *target* è stato perseguito con l'adozione del Protocollo di Nagoya («ABS») sull'Accesso alle Risorse Genetiche e l'equa condivisione dei benefici derivanti dal loro utilizzo⁵¹: sia la CBD che l'ABS trovano applicazione in settori sotto la giurisdizione degli Stati, ma in alcuni casi eccezionali la CBD è applicabile anche fuori da essa⁵². Si rammenta poi che nella COP della CBD di Giacarta venne

⁴⁸ Quadro mondiale Kunming-Montreal della diversità biologica. Progetto di decisione presentato dalla presidenza. Conferenza delle parti della Convenzione sulla diversità biologica. Quindicesima riunione – Parte II. CBD/COP/15/L.25 (18.12.2022).

⁴⁹ La Convenzione è stata sottoscritta a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992, è entrata in vigore il 29 dicembre 1993 e ad oggi ha 196 Parti contraenti. Essa ha tre principali obiettivi: conservazione della biodiversità, uso sostenibile della biodiversità, giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzo delle risorse genetiche, ma il *target* generale è quello di incoraggiare azioni che porteranno ad un futuro sostenibile. La Convenzione copre tutti i possibili domini che sono direttamente o indirettamente legati alla biodiversità e al suo ruolo nello sviluppo, a tutti i livelli: ecosistemi, specie e risorse genetiche, ed anche le biotecnologie, attraverso il Protocollo di Cartagena sulla Biosicurezza. Nell'aprile 2002, le Parti contraenti hanno messo a punto un Piano Strategico al fine di orientare la sua ulteriore attuazione a livello nazionale, regionale e globale, e si sono impegnate a raggiungere entro il 2010 una riduzione significativa del tasso attuale di perdita della biodiversità, in modo da assicurare la continuità dei suoi usi vantaggiosi attraverso la conservazione e l'uso sostenibile delle sue componenti e la ripartizione giusta ed equa dei benefici derivanti dall'utilizzo delle risorse genetiche. Questo obiettivo è stato poi approvato dal Vertice Mondiale sullo Sviluppo Sostenibile e dall'Assemblea generale dell'ONU ed è stato accolto come nuovo obiettivo nei *Millennium Development Goals*.

⁵⁰ Convenzione sulla diversità biologica, art. 1 «Obiettivi».

⁵¹ Adottato dalla Conferenza delle Parti della CBD nel corso della sua X riunione, il 29 ottobre 2010, il Protocollo di Nagoya è stato aperto alla firma il 2 febbraio 2011 e ad oggi ha 141 Parti contraenti. Il suo obiettivo consiste nella giusta ed equa condivisione dei benefici che derivano dall'utilizzazione delle risorse genetiche, ivi incluso l'appropriato accesso alle risorse genetiche e l'appropriato trasferimento delle relative tecnologie, tenendo in considerazione tutti i diritti riguardanti quelle risorse e quelle tecnologie e i fondi opportuni, contribuendo in tal modo alla conservazione della diversità biologica e all'uso sostenibile dei suoi componenti. Il Protocollo si applica anche alle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche nell'ambito dei contenuti dell'art. 15 della CBD e ai benefici derivanti dall'utilizzazione di tali risorse.

⁵² L'art. 4 della CBD stabilisce difatti: «Le disposizioni della presente Convenzione si applicano in relazione a ciascuna Parte contraente: a) per i componenti della diversità

adottata la decisione II/10 che richiedeva uno studio sul rapporto tra UNCLOS e CBD «nel rispetto della conservazione e dell'uso sostenibile delle risorse genetiche nei fondali marini profondi»⁵³, affinché l'Ordine sussidiario di consulenza scientifica, tecnica e tecnologica potesse occuparsi delle vicissitudini legate alla prospezione biologica degli stessi.

In tale contesto normativo è possibile identificare, prima dell'adozione del BBNJ, delle lacune nella *governance* delle zone al di fuori della giurisdizione nazionale. In particolare, si segnala l'assenza di un quadro globale per la creazione di AMP in queste zone, nonché l'incertezza giuridica sulla natura e il regime delle risorse genetiche marine e la loro bioprospezione (il che presuppone l'accesso alle risorse genetiche marine di queste aree in base all'ordine di arrivo – *first-come, first served basis* – da parte di quegli Stati che dispongano della tecnologia necessaria)⁵⁴. È inoltre criticabile l'assenza di un regime globale per le valutazioni d'impatto ambientale e la regolamentazione limitata sulla creazione di capacità e il trasferimento di tecnologie marine⁵⁵, ora colmato dalle previsioni dell'Accordo⁵⁶.

4. Il Trattato BBNJ segna un passaggio rilevante, principalmente per due motivi. Il primo è che porta a compimento un negoziato durato circa 20 anni, durante il quale molteplici questioni sono state affrontate. Tale negoziato è stato finalizzato ad affrontare e regolamentare alcuni dei maggiori temi lasciati irrisolti dalla UNCLOS, come la tutela dell'ambiente marino e della biodiversità dell'alto mare, anche con strumenti come le ABMT o come le AMP, nonché lo sfruttamento sostenibile delle risorse genetiche marine.

Nel corso dei negoziati sono stati presentati come opposti i due principi consuetudinari – quello della libertà e quello di patrimonio

biologica, nelle zone che rientrano nei limiti della sua giurisdizione nazionale, e b) nel caso di procedimenti e attività svolti sotto la sua giurisdizione o controllo, e indipendentemente da dove si manifestino i loro effetti, all'interno o all'esterno delle zone soggette alla giurisdizione nazionale».

⁵³ Decisione II/10. Conservazione e uso sostenibile della diversità biologica marina e costiera UNEP/CBD/COP/2/19 (6-17.11.1995), par. 12.

⁵⁴ In questo senso, dieci Stati avevano più del 90% di brevetti depositati con geni marini, tre dei quali ne detenevano il 70% (S. ARNAUD-HAOND ET AL., *Marine Biodiversity and Gene Patents*, in *Science*, 2011, 1521 ss.).

⁵⁵ G. WRIGHT ET AL., *The long and winding road continues: Towards a new agreement on high seas governance*, IDDRI Study, 2016, 23-26.

⁵⁶ Il riferimento è, rispettivamente, alla Parte IV “Valutazioni d'impatto ambientale” e alla Parte V “Sviluppo di capacità e trasferimento di tecnologia marina” del Trattato BBNJ.

comune dell'umanità –, poi riuniti nell'attuale formulazione dell'Accordo, il cui campo di applicazione comprende due settori con regimi molto diversi disciplinati da entrambi i principi. Relativamente all'alto mare, un'alleanza di centoquaranta Paesi in via di sviluppo ha sostenuto che fosse “patrimonio comune dell'umanità”, soggetto al controllo comune per interessi collettivi; i Paesi industrializzati, al contrario, hanno affermato il principio della “libertà dell'alto mare”, che consentirebbe a ciascun Paese di rafforzare lo *status quo*.

Una tra le più controverse questioni emerse è stata quella relativa alla possibilità di applicare – tra i due – il peculiare regime del patrimonio comune dell'umanità, in cui rientrano tutta l'Area e tutte le sue risorse⁵⁷, nonché per le risorse marine genetiche dell'Area e dell'alto mare⁵⁸. Un compromesso che includesse sia il “patrimonio comune” che i principi della “libertà d'alto mare” è stato invece respinto. Il dibattito relativo all'applicazione dell'uno o dell'altro principio mostra che, se l'obiettivo del nuovo Trattato era quello di creare un nuovo – estremamente necessario – quadro giuridico per la biodiversità di queste aree, in pratica esso è diventato un piano di confronto tra le delegazioni dei Paesi del Nord e del Sud del mondo per stabilire un sistema di libero accesso alle risorse che vi si trovano, ovvero consacrarne l'appartenenza all'intera umanità.

Il secondo motivo per cui il Trattato BBNJ segna una significativa evoluzione del diritto internazionale del mare è l'importanza del tema, dato che lo scopo è ridurre la perdita di biodiversità e garantire uno sviluppo sostenibile, con ciò ottemperando all'obiettivo 14 dell'Agenda 2030: «Conservare e utilizzare in modo sostenibile gli oceani, i mari e le risorse marine». Il Trattato è infatti volto a realizzare una rigorosa protezione degli oceani al di fuori delle aree sottoposte al controllo statale e contiene norme per l'uso sostenibile delle risorse marine, applicando un approccio precauzionale per utilizzarle in modo responsabile e garantire che gli ecosistemi oceanici non si esauriscano.

Ai fini di comprendere la portata innovativa del Trattato BBNJ occorre ricordare che, in attuazione del principio del patrimonio comune dell'umanità, la UNCLOS e il relativo *Implementing Agreement*

⁵⁷ UNCLOS, cit., art. 136.

⁵⁸ Il regime giuridico applicabile a tali risorse costituisce uno degli elementi del *Package Deal* negoziale per la conclusione del terzo *Implementing Agreement* della UNCLOS (Marina Militare, *op. cit.*, 70).

del 1994 relativo alla Parte XI⁵⁹ contengono una specifica regolamentazione del fondo e del sottosuolo marino, e pertanto intervenivano principalmente sulla disciplina dello sfruttamento delle risorse minerarie nei fondali marini, ma non sulla tutela dell'ambiente marino e della conservazione della biodiversità nello spazio di alto mare che sovrasta l'Area. Anche sotto questo profilo si rendeva più che mai necessaria la regolamentazione internazionale della biodiversità delle aree oltre la giurisdizione nazionale e, soprattutto, delle risorse genetiche marine ivi reperibili. Questa disciplina è ora contenuta nel Trattato BBNJ, che tutela in maniera innovativa le risorse biologiche (incluse le fonti del pescato) nelle acque dell'alto mare⁶⁰.

In definitiva, i principali trattati in materia (le Convenzioni di Ginevra sul diritto del mare del 1958, la UNCLOS e, da ultimo, il Trattato del 2023) hanno dato vita ad un processo dinamico, complesso e differenziato che ha inciso gradualmente sul diritto internazionale del mare. Rimane da verificare se l'UNCLOS possa adattarsi ai cambiamenti geopolitici, tecnologici e ambientali, pur mantenendo i suoi principi fondamentali. Si rammenta, al proposito, che il Trattato BBNJ ha l'obiettivo di garantire la protezione e l'uso sostenibile della biodiversità marina⁶¹ delle aree al di fuori della giurisdizione nazionale e

⁵⁹ Sul rapporto tra il Trattato BBNJ e gli *Implementing Agreements* della UNCLOS vedasi K.E. DALAKER, *A Commentary on the BBNJ Agreement Using the History of the Making of UNCLOS and Its Implementation Agreements*, in *Ocean Yearbook*, 2024, 125-160.

⁶⁰ Ai sensi dell'art. 2 del Trattato «Obiettivo generale»: «L'obiettivo del presente Accordo è garantire la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica marina delle zone al di fuori della giurisdizione nazionale, a breve e a lungo termine, attraverso l'effettiva attuazione delle pertinenti disposizioni della Convenzione e ulteriore cooperazione e coordinamento internazionale».

⁶¹ L'interesse per la biodiversità che abita in queste aree non è nuovo, ma è stato potenziato dai progressi della tecnologia e della scienza. Accanto a una preoccupazione ambientale per la loro conservazione, si aggiungono interessi economici di industrie come la biotecnologica o la farmaceutica, nonché una maggiore consapevolezza della vulnerabilità a cui tali risorse sono esposte, a causa, tra l'altro, dei cambiamenti climatici, dell'acidificazione degli oceani, dell'inquinamento causato dalla plastica e della pesca sostenibile. L'uso sostenibile delle risorse dovrebbe apportare grandi benefici a tali industrie: il mercato delle biotecnologie marine nel 2022 ha raggiunto 5,9 trilioni di dollari, e si stima che raggiunga 11,7 trilioni di dollari nel 2032 (v. il *report scope* di Precedence Researcher sul mercato di biotecnologia marina disponibile su: www.precedenceresch.com). Si consideri inoltre che alcuni dei primi studi del National Cancer Institute degli Stati Uniti (USA) stimano che l'1% dei campioni di animali marini analizzati in laboratorio rivela un potenziale antitumorale, contro lo 0,01% dei campioni di origine terrestre. In tema v. F. DE LA CALLE, *Marine Genetic Resources. A Source of New Drugs. The Experience of the Biotechnology Sector*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2009, 209-220; nonché P. CLOUTIER DE REPENTIGNY, *A Regime Lost at Sea: Critical Reflections on the UNCLOS Conservation Regime and the Future of Marine Biodiversity Protection*, in F.M. PLATJOUW, A.

pertanto con esso saranno vietate tutte le attività – come la pesca e l’esplorazione mineraria – che, se condotte in maniera impropria, potrebbero danneggiare il prezioso ecosistema marino⁶². Durante la CIG-5 bis è stato previsto di includere in questo obiettivo un riferimento alla partecipazione agli utili derivanti dalle risorse genetiche marine. Tuttavia, seguendo la proposta della Presidentessa della CIG, non si è optato per questa via, poiché era già stata consacrata altrove nell’Accordo.

5. Secondo taluni autori⁶³ la conclusione della UNCLOS avrebbe dovuto essere solo l’inizio di un processo in corso di *law-building*: questa posizione sarebbe sostenuta da un quadro convincente, specifico sia del contesto, sia dei meccanismi basati sui trattati, sia della prassi interpretativa. Secondo altri⁶⁴, invece, sin da quando, al momento della sua adozione nel 1982, la UNCLOS è stata descritta come una “Costituzione per gli oceani”, essa si è evoluta per avere uno *status* speciale tra i trattati multilaterali. E, al pari di una Costituzione – reale o percepita come tale –, essa ha fornito il quadro e i processi per un diritto del mare relativamente dinamico, che si è sviluppato per affrontare le nuove sfide ambientali, tecnologiche e geopolitiche nei quarant’anni dalla sua adozione⁶⁵. Allo stesso tempo, non si era allineata agli sviluppi di natura incrementale delle questioni oggetto di una regolamentazione da parte del diritto del mare – che sarebbero anzi limitati dai parametri della UNCLOS come Costituzione⁶⁶.

Se la sua caratterizzazione come “Costituzione per gli oceani” sarebbe una forzatura e impedirebbe la seria esplorazione di immaginari epistemologici alternativi del diritto del mare, essa andrebbe allora abbandonata, incluse le conseguenze effettive e percepite di tale denominazione, al fine di consentire l’aggiornamento del diritto del mare alle esigenze manifestatesi negli ultimi quattro decenni.

POZDNAKOVA (eds.), *The Environmental Rule of Law for Oceans. Designing legal solutions*, Cambridge, 2023, 49-162.

⁶² V. l’art. 11 del Trattato BBNJ «Attività riguardanti le risorse genetiche marine di aree esterne alla giurisdizione nazionale».

⁶³ V. ampiamente R.J. ROLAND HOLST, *Change in the Law of the Sea: Context, Mechanisms and Practice*, Leida, 2022.

⁶⁴ V. K.N. SCOTT, *The LOSC: ‘A Constitution for the Oceans’ in the Anthropocene?*, in *Australian Yearbook of International Law*, 2023, 269 ss.

⁶⁵ *Ivi*, 270.

⁶⁶ *Ibidem*, ove si afferma che il vincolo esercitato dalla UNCLOS come Costituzione è chiaramente dimostrato, ad esempio, dai negoziati per il Trattato BBNJ e dal Codice minerario per lo sfruttamento dei minerali di acque profonde.

Significative conseguenze potrebbero dunque scaturire dal percorso per l'istituzione delle AMP anche in alto mare, permesso dal Trattato concluso nel 2023, dal rafforzamento della gestione territoriale di attività come la pesca e il trasporto marittimo⁶⁷, dall'estensione della percentuale di protezione e dallo stabilimento di nuovi requisiti per la gestione delle attività antropiche che hanno un impatto sulla vita marina. Nel prossimo futuro sarà dunque interessante valutare l'incidenza che i contenuti del Trattato avranno sulla giurisdizione statale in alto mare in conseguenza dei nuovi limiti per la pesca, l'estrazione mineraria e le rotte marittime scaturenti dalle aree protette – sottoposte a continui monitoraggi per garantire la conservazione della flora e della fauna marina – nelle quali verrà suddiviso l'alto mare stesso⁶⁸.

In senso critico è possibile rilevare che il negoziato intergovernativo è servito a risolvere alcune questioni fondamentali. Per esempio, qualora gli Stati membri condividessero i profitti derivanti da campioni biologici, dovrebbero anche beneficiare delle sequenze geniche di prodotti commerciali ispirati alla vita marina? Alla fine, i Paesi industrializzati – tra i quali il Regno Unito, gli Stati Uniti –, nonché l'Unione europea, che sostenevano la prima opzione, sono venuti incontro alla posizione dei PVS a favore della seconda⁶⁹.

Quanto all'oggetto della protezione, si noti che durante i negoziati alcuni Paesi hanno sostenuto la tutela limitata all'uso sostenibile delle risorse marine, mentre per altri la protezione dovrebbe essere totale. Quello che sicuramente cambierà è l'interconnessione tra le zone tutelate, in cui sarà garantita la conservazione delle specie marine.

Alla luce di tali considerazioni, vale la pena di ricordare che l'ONU ha sempre dichiarato l'importanza degli oceani per salvaguardare il pianeta e sostenuto l'istituzione di un quadro legale per la protezione del mare. Fornendo gli strumenti per creare e gestire le AMP, il nuovo Trattato fornisce un contributo sostanziale per mettere in pratica il Quadro globale delle Nazioni Unite sulla Biodiversità⁷⁰, con-

⁶⁷ Vedasi G. RESTIFO, *Come funziona il sistema di trasporti via mare e le rotte commerciali?*, settembre 2022, in www.marinecue.it.

⁶⁸ Il riferimento alle aree protette è nella Parte III, intitolata «Misure basate su strumenti di gestione basati sulle aree, comprese le aree marine protette» del Trattato BBNJ.

⁶⁹ Le Parti chiamate a negoziare il testo del Trattato BBNJ hanno inserito ben ventisette riferimenti ai dati genetici digitali nel testo della bozza.

⁷⁰ Nel 2010 la COP10 della CBD ha approvato il Piano strategico mondiale per la biodiversità (*Global Strategic Plan*) per il periodo 2011-2020. Il Piano e i relativi obiettivi di conservazione della biodiversità, noti come *Aichi Biodiversity Targets*, hanno costituito fino ad oggi il quadro di riferimento per la definizione di traguardi nazionali, regionali e globali

cordato in occasione della COP15 alla CBD (Montreal, 7-19 dicembre 2022). In particolar modo, in quella sede era stata stabilita la percentuale del 30% (nota come “30x30”) delle aree oceaniche, terrestri e costiere che i Paesi si erano contestualmente impegnati a proteggere entro il 2030 e dunque il Trattato BBNJ dovrebbe – auspicabilmente – aiutare a rispettare gli impegni presi.

Bisogna poi ricordare che, essendo parte delle acque internazionali, l’alto mare è un’area marina al di fuori dalle giurisdizioni nazionali, ma negli anni vi è stata una graduale espansione dei poteri e delle prerogative degli Stati costieri, che ha condotto alla delimitazione del mare territoriale, della zona contigua, della piattaforma continentale e della ZEE, nelle quali essi godono di sovranità, diritti sovrani e giurisdizione differenziati in relazione all’area marina in questione⁷¹. Se ciò ha consentito un’estensione del controllo degli Stati costieri su aree marine sempre più ampie, ha comportato dapprima una corrispondente limitazione della sovranità degli altri Stati (in primo luogo con riferimento alle loro navi), innescando altresì un processo inverso che attualmente, nel porre la tutela dell’alto mare al centro dell’interesse della Comunità internazionale, limita la libertà degli Stati attraverso il criterio dell’impatto ambientale⁷² sulle loro attività in questa area.

per promuovere e adottare misure urgenti ed efficaci per arrestare la perdita di biodiversità e garantire ecosistemi stabili entro il 2020. La quarta edizione del *Global Biodiversity Outlook* dell’ONU e numerosi studi indipendenti hanno evidenziato che gli sforzi internazionali per raggiungere gli *Aichi Biodiversity Targets* erano insufficienti e inefficaci e che il declino della integrità biologica del pianeta continuava il suo corso. Alla luce di questi segnali negativi, nel 2017 i delegati dell’organismo sussidiario di consulenza scientifica, tecnica e tecnologica (*Subsidiary Body for Scientific, Technical and Technological Advice*, in breve SBSTTA) della Convenzione per la diversità biologica adottarono una serie di raccomandazioni per stimolare i Paesi a rafforzare le azioni e le misure per il raggiungimento degli obiettivi di *Aichi* e per preparare il *Global Biodiversity Framework* post-2020: un Piano d’azione globale per il prossimo decennio, che fisserà *targets* e impegni a medio termine (2030) e a lungo termine (fino al 2050), con l’obiettivo principale di arrestare e invertire il drammatico declino della biodiversità, favorire l’uso sostenibile della biodiversità e una ripartizione equa e giusta dei benefici che da essa derivano. A tale scopo è stato istituito l’*Open-Ended Working Group* (OEWG), formato dai rappresentanti degli Stati che aderiscono alla Convenzione, tra cui l’Italia, al fine di esaminare i successi e i fallimenti nel contesto dell’attuazione del Piano strategico per il periodo 2011-2020 e predisporre un testo di Accordo globale per arrestare e invertire il declino della biodiversità. Tale Accordo, dopo ampie consultazioni e numerosi rinvii a causa della pandemia, è stato adottato in occasione della COP15 (fonte: www.mase.gov.it).

⁷¹ Gli Stati godono di sovranità nel mare territoriale, di diritti sovrani nella piattaforma continentale, di diritti sovrani e giurisdizione nella ZEE.

⁷² Il criterio dell’impatto ambientale è già da tempo al centro dell’attenzione legislatore italiano, che nel formulare le disposizioni del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, “Norme in materia

6. Alla luce dei rilievi svolti è possibile asserire che mai fino ad ora i governi si erano presi la responsabilità della gestione sostenibile di una risorsa così preziosa per la vastità degli ecosistemi che ospita. Prima dell'adozione del Trattato BBNJ la protezione legale⁷³ era difatti garantita solo per le regioni che ricadono nelle acque territoriali, cioè fino a 12 miglia dalla costa, o nelle ZEE⁷⁴, cioè fino a 200 miglia dalla costa. Inoltre, solo poco più dell'1% delle acque d'alto mare e il 7,7% delle acque globali risultava protetto.

Una delle principali problematiche relative all'entrata in vigore del Trattato del 2023 è quella del finanziamento delle attività utili a conseguire gli obiettivi, con particolare riferimento a quello, mediante i contributi delle Parti, alle Istituzioni istituite ai sensi dell'Accordo⁷⁵. Vale la pena di ricordare che attraverso diversi accordi multilaterali sull'ambiente⁷⁶ la Comunità internazionale si è posta, tra gli altri, l'obiettivo di fornire un contributo per risolvere – o, quantomeno, attenuare – i problemi ambientali globali, ma nei Paesi in via di

ambientale”, disponibile su: www.normattiva.it, si preoccupa di tutelare anche l'ambiente marino. All'articolo 109 “Immersione in mare di materiale derivante da attività di escavo e attività di posa in mare di cavi e condotte” la norma prevede che l'immersione in mare di materiali derivati, da parte di navi ovvero aeromobili e da strutture ubicate nelle acque del mare o in ambiti ad esso contigui, avendo un certo impatto ambientale negli ambienti marini, debbano ricevere un particolare trattamento, in ordine alla previsione della necessità del rilascio di un previo titolo autorizzatorio. All'inverso è possibile prevedere specifiche eccezioni per quelle attività a basso impatto ambientale (così R. LEONARDI, *Commentario alle leggi sull'ambiente*, Milano, 2023, 295 ss.). Sarà dunque interessante monitorare l'iter che – auspicabilmente – farà seguito alla ratifica da parte dell'Italia del Trattato BBNJ nell'ottica di un'armonizzazione tra la normativa interna attualmente vigente in materia ambientale e le previsioni dell'Accordo alla luce del criterio dell'impatto ambientale, sia nelle acque territoriali che in alto mare.

⁷³ Si rammenta al proposito che una delle maggiori fonti di inquinamento climatico è costituita dalla navigazione internazionale. Sul punto, la posizione convenzionale è che, nonostante alcune ambiguità nei trattati sul clima, il diritto internazionale richiede agli Stati solamente di attuare le norme globali adottate dalla International Maritime Organization. Ciò trascura la questione importante e tempestiva sul se altre fonti del diritto obblighino gli Stati a fare di più. B.P. KERR, *All Necessary Measures: Climate Law for International Shipping*, in *Virginia Journal of International Law*, 2024, 523-570, sostiene che i principi ambientali consuetudinari, i diritti umani e il mandato della UNCLOS prevedono che gli Stati adottino tutte le misure necessarie per prevenire e ridurre i rischi climatici del trasporto marittimo; e che le misure necessarie sono dinamiche e differenziate e comprendono il sostegno a norme globali ambiziose ed efficaci e azioni unilaterali. Poiché la navigazione è un settore ben quantificato, i dati sulle emissioni sono prontamente disponibili e ci sono varie opzioni per la responsabilità giuridica.

⁷⁴ *Supra*, nota 34.

⁷⁵ Trattato BBNJ, cit., art. 52.2.

⁷⁶ Il riferimento principale è alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC), aperta alla firma a New York il 9 maggio 1992 ed entrata in vigore il 21 marzo 1994.

sviluppo e in transizione mancano spesso i fondi necessari per raggiungere tali obiettivi e, pertanto, occorrono risorse: con i finanziamenti internazionali all'ambiente e i contributi ai Fondi ad esso destinati⁷⁷, gli Stati sostengono dunque l'attuazione degli accordi internazionali e le misure a favore dell'ambiente globale⁷⁸. I meccanismi di finanziamento previsti appositamente dalle Convenzioni internazionali nel settore ambientale si fondano sul principio "impegno in cambio di sostegno", in base al quale i PVS assumono degli impegni a favore della politica ambientale globale – sebbene questa non sia necessariamente la loro priorità assoluta – e, in compenso, ricevono un sostegno per coprire i costi supplementari legati all'applicazione delle Convenzioni ("agreed full incremental costs").

A questo proposito, è interessante l'osservazione del meccanismo di finanziamento che potrebbe essere destinato agli obiettivi del Trattato BBNJ dai Fondi ambientali internazionali⁷⁹, sul modello del finanziamento che gli Stati che hanno ratificato gli Accordi di Rio hanno ricevuto dal *Green Climate Fund* ("GCF"), in base al criterio della "responsabilità comune ma differenziata"⁸⁰.

⁷⁷ I meccanismi di finanziamento ambientale fanno parte dei negoziati multilaterali per l'ambiente e rappresentano un'importante – e rara – leva negoziale per i Paesi industrializzati.

⁷⁸ V. il recente volume di T. SCOVAZZI (a cura di), *Corso di diritto internazionale. IV: La protezione dell'ambiente*, Milano, 2024.

⁷⁹ Vedasi P.M. DUPUY, J.E. VIÑUALES, *International Environmental Law*, Cambridge, 2018. Il patrimonio dai fondi climatici sta crescendo in modo significativo: i fondi attenti al clima, ossia quelli che selezionano o favoriscono le aziende che tengono conto dei cambiamenti climatici nella loro strategia aziendale, e quelli con una bassa impronta di carbonio, sono i prodotti che rappresentano la quota maggiore di *asset* e circa il 90% del patrimonio è costituito da strategie di questo tipo. La classifica dei maggiori fondi per il clima è guidata da Nordea AM, con il Nordea 1 Global Climate and Environment Fund. È uno dei prodotti climatici più antichi sul mercato, essendo stato lanciato nel 2008. Anche il secondo più grande fondo per il clima è un prodotto a gestione attiva di Pictet AM: si tratta di Pictet Global Environmental Opportunities. Oltre a questo fondo, la società svizzera è riuscita a classificare nella *top ten* anche il fondo Pictet Clean Energy. BlackRock è il gestore americano con sei delle dieci maggiori strategie climatiche del mercato: si tratta sia di fondi a gestione attiva come ACS Climate Transition World Equity Fund (9,5 miliardi) o BGF Sustainable Energy Fund (8,3 miliardi), prodotti indicizzati come BGF ACS World ESG Equity Trackers (9,5 miliardi) o BlackRock ACS World Low Carbon Equity Tracker (7,2 miliardi), ed ETF (iShares Global Clean Energy e iShares MSCI USA ESG Enhanced, ciascuno con circa 5,45 miliardi di attività). L'Handelsbanken Global Index Criteria, un altro prodotto indicizzato, completa una top 10 in cui la metà dei suoi membri sono fondi a gestione passiva (fonte: www.fundspeople.com).

⁸⁰ Esso stabilisce che tutti i Paesi hanno una responsabilità comune nell'affrontare il cambiamento climatico, tuttavia, una maggiore responsabilità sarebbe in capo ai Paesi più sviluppati e industrializzati per via delle loro emissioni storiche, che hanno contribuito più intensamente al degrado climatico. Una maggiore responsabilità ai Paesi più sviluppati deriverebbe anche dalle loro maggiori capacità economiche e tecnologiche di agire, rispetto ai

Dapprima, è importante esaminare il funzionamento del Fondo: il *Green Climate Fund* è stato istituito nel 2010 durante la 16^a sessione della Conferenza delle parti della UNFCCC, come componente del meccanismo finanziario della Convenzione. L'obiettivo del GCF è sostenere gli sforzi dei PVS nel rispondere alla sfida del surriscaldamento globale, limitando le emissioni di gas serra o favorendo politiche di adattamento⁸¹. L'innovazione introdotta dal GCF consiste nel catalizzare il flusso della finanza sul clima, utilizzando gli investimenti pubblici per stimolare anche la finanza privata ad investire in uno sviluppo a basse emissioni di carbonio e resiliente al cambiamento climatico. Il GCF si appresta, oggi, a diventare il principale veicolo di "finanza climatica", sia pubblica che privata, per il contrasto e l'adattamento al cambiamento climatico.

Il *Governing Instrument* del Fondo stabilisce che l'accesso alle risorse dello stesso debba avvenire attraverso enti nazionali, regionali ed internazionali (*Implementing Entities – IEs*) accreditati dal *Board*. Una *Implementing Entity* può pertanto venir considerata come un'entità legale accreditata presso il Fondo, di natura sia pubblica sia privata, le cui capacità istituzionali la rendono in grado di inoltrare proposte di finanziamento in relazione a specifici progetti da finanziare attraverso il Fondo, con l'esplicito ruolo di gestire il ciclo progettuale dalla preparazione alla conclusione. Le *Implementing Entities* devono quindi svolgere le proprie funzioni trasferendo i fondi dalla fonte di finanziamento (il Fondo) agli Enti esecutori (*Executing Entities – EEs*).

Esistono due modalità di accesso ai finanziamenti: tramite l'accesso diretto, i Paesi destinatari dei fondi possono nominare enti attuatori nazionali, regionali e subnazionali per l'accreditamento al fine di ricevere finanziamenti. Gli enti devono essere nominati dall'Autorità nazionale designata dal Paese (NDA) o dal *Focal Point*. Tramite l'accesso internazionale, i Paesi destinatari possono accedere al Fondo anche attraverso enti internazionali accreditati, incluse le

PVS, che manifestano un'alta vulnerabilità al fenomeno e risentono in misura preponderante degli effetti dei cambiamenti climatici (così L. MARCHEGIANI, *L'incidenza della nozione di vulnerabilità sullo sviluppo del diritto internazionale*, Torino, 2023, 52).

⁸¹ Tutti i Paesi in via di sviluppo che hanno ratificato la Convenzione possono ricevere i finanziamenti del Fondo. Il GCF li sosterrà nel perseguire approcci programmatici e basati su progetti in conformità alle strategie nazionali di lotta ai cambiamenti climatici, come ad esempio piani di sviluppo a basse emissioni, azioni nazionali di mitigazione (NAMAs), piani di azione nazionali sull'adattamento (NAPAs), piani nazionali di adattamento (NAPs) e altre attività (fonte: www.mase.gov.it).

Agenzie delle Nazioni Unite, le Banche di sviluppo multilaterale, le Istituzioni finanziarie internazionali e le Istituzioni regionali⁸².

Vale la pena di ricordare che, nel dicembre 2023, i delegati riuniti a Dubai in occasione della COP28 hanno concordato l'operatività di un apposito fondo⁸³, il *Loss and Damage Fund for Developing Countries*⁸⁴, che aiuterà a compensare i Paesi vulnerabili⁸⁵ che devono far fronte alle perdite e ai danni⁸⁶ causati dai disastri naturali per via del cambiamento climatico. Per facilitare l'attuazione del Fondo e dei relativi meccanismi di finanziamento del clima, è stato costituito un comitato di transizione, composto da rappresentanti di 24 Stati che comprendono sia i Paesi sviluppati che quelli in via di sviluppo. Anche il Segretario generale dell'ONU Guterres ha accolto con favore

⁸² Fonte: www.mase.gov.it.

⁸³ Dopo diversi anni di intensi negoziati durante le riunioni annuali delle Nazioni Unite sul clima, i Paesi sviluppati hanno esteso il loro sostegno alla necessità di istituire il Fondo durante la COP27 a Sharm el-Sheikh, in Egitto. La COP28, che si è svolta a Dubai dal 20 novembre al 12 dicembre 2023, era attesa come una grande occasione per fare dei significativi passi in avanti nel superamento di vecchi paradigmi e abbracciare completamente un nuovo percorso di sostenibilità globale. Aspettative che divenivano quantomai urgenti alla luce dell'avvicinamento temporale al termine fissato per il soddisfacimento di numerosi obiettivi di sviluppo sostenibile (SDGs), come sancito nell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite.

⁸⁴ Il Fondo è una richiesta di lunga data delle Nazioni in via di sviluppo che si trovano in prima linea nel cambiamento climatico e che devono affrontare i costi della devastazione causata da eventi climatici estremi in continuo aumento, come siccità, inondazioni e innalzamento dei mari. Dopo diversi anni di intensi negoziati durante le riunioni annuali delle Nazioni Unite sul clima, i Paesi sviluppati hanno esteso il loro sostegno alla necessità di istituire il Fondo alla COP27 a Sharm el-Sheikh, in Egitto (fonte: www.unric.org).

⁸⁵ In R. VIRZO, *Sea-Level Rise and State of Necessity: Maintaining Current Baselines and Outer Limits of National Maritime Zones*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2022, 21-47, una particolare attenzione è posta agli Stati vulnerabili in relazione alla natura mobile o fissa delle linee di base, dato che questa mette in gioco interessi essenziali degli Stati costieri (22-23). Difatti, se si dovesse concludere che solo la natura mobile delle linee di base è coerente con la UNCLOS, gli Stati vulnerabili all'aumento del livello del mare sarebbero ulteriormente influenzati negativamente da tali regole. Creando una consuetudine, questi Stati aspirano invece alla formazione di un'usanza regionale che dovrebbe prevedere l'applicazione della regola di stabilità delle linee di base stabilite conformemente alla UNCLOS nonostante il ritiro costiero dovuto all'innalzamento del livello del mare (46).

⁸⁶ In base a tale principio le Nazioni che contribuiscono meno alle emissioni di gas serra sono meno attrezzate per affrontare siccità, innalzamento del livello del mare e altre distruzioni legate al clima. Le vite, i mezzi di sussistenza e le culture potrebbero essere massicciamente alterati da eventi meteorologici estremi. Con l'avanzare della crisi climatica, questi eventi si verificherebbero con maggiore frequenza e le conseguenze saranno sempre più gravi. A questo proposito si rammenta che l'Accordo per rendere operativo il tanto atteso Fondo per le "perdite e i danni" mira ad aiutare a compensare le nazioni vulnerabili per l'impatto dei cambiamenti climatici, assicurando, per quanto di pertinenza con il presente contributo, che le infrastrutture vitali possano essere ricostruite o sostituite con versioni più sostenibili.

l'accordo per rendere operativo il Fondo, definendolo uno strumento essenziale per realizzare la giustizia climatica ed esortando i *leaders* a sostenerlo.

7. Tra le altre questioni generali disciplinate dal BBNJ se ne possono evidenziare tre che hanno suscitato discussioni nel corso dei negoziati: la definizione di alcuni termini, la preoccupazione che esso non comprometta gli strumenti esistenti, e la selezione dei principi guida dello stesso.

In primo luogo, l'art. 1 contiene le definizioni di alcuni dei termini chiave cui si fa riferimento nel Trattato. Tuttavia, più che le definizioni inserite, è interessante analizzare quelle che sono rimaste escluse dal testo. In modo rappresentativo, la nozione di "accesso" inclusa dal progetto di testo del 2019 al nuovo progetto di testo aggiornato del 2022 è stata eliminata nella bozza definitiva. Nella prima versione questo concetto si riferiva rispettivamente alla «raccolta di risorse genetiche marine accessibili in loco, ex situ⁸⁷ [e in silico]»⁸⁸, cioè nell'oceano, in collezioni che non si trovano più nell'oceano e nelle risorse esistenti come dati digitali che rappresentano le sequenze genetiche di interesse.

In definitiva, e come rilevato nel corso della presente analisi, il Trattato si basa principalmente su due grandi obiettivi: la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica marina presente nelle zone al di fuori della giurisdizione nazionale. L'equilibrio necessario per ottemperare a ciascuno di essi ha portato ad una certa ambiguità nel testo del Trattato che può rendere difficile la sua entrata in vigore: in questo senso, in esso coesistono nozioni avvertite come contrastanti nel corso dei negoziati (come il dibattito tra il principio di patrimonio comune dell'umanità e quello di libertà dei mari), il che potrebbe portare a divergenze nella sua interpretazione e applicazione.

Inoltre, la mancata individuazione di alcuni elementi, o piuttosto il necessario sviluppo di alcuni aspetti chiave, come la quantificazione del finanziamento da parte degli Stati e, se del caso, degli enti privati che desiderano svolgere attività in queste zone (in particolare per

⁸⁷ Nel corso dei negoziati, questo concetto è stato suddiviso in due parti: "accesso *ex situ*", da un lato, e "raccolta in loco", dall'altro.

⁸⁸ L'uso delle parentesi quadre nei progetti di testo del Trattato indica: «(a) quando vi sono differenze di formulazione che non riflettono approcci concettuali diversi; e (b) quando un certo livello di sostegno è stato espresso per un'opzione di "non testo", sia all'interno di una disposizione che per una disposizione nel suo insieme» (progetto di testo del 12 dicembre 2022 – A/CONF.232/2023/2 –, par. 7).

quanto riguarda l'uso delle risorse genetiche marine), data l'incertezza che entrambi i fattori generano, potrebbe costituire per alcuni Stati un freno alla ratifica del Trattato. È indispensabile sottolineare, come rischio derivante da questa incertezza e dall'inclusione all'ultimo momento di elementi contro i quali i Paesi del Nord si erano già schierati, la possibilità che entri in vigore senza la partecipazione di Stati che dispongono delle tecnologie per sfruttare la biodiversità delle zone al di fuori della giurisdizione nazionale; ciò soprattutto se si considera che l'entrata in vigore della UNCLOS ha richiesto l'emanazione di un apposito Accordo sull'attuazione della sua Parte XI relativa a «L'Area»⁸⁹.

Quanto al meccanismo di finanziamento di cui all'art. 52 dell'Accordo⁹⁰, questo è il risultato di lunghe discussioni e richiede uno sviluppo da parte della COP. Ciascuna Parte sarà tenuta a fornire, conformemente alle proprie capacità, risorse per conseguire gli obiettivi del Trattato, mediante le quali saranno finanziate le Istituzioni individuate. Il meccanismo comprende tre grandi fondi: (a) un fondo fiduciario di contributi volontari per facilitare la partecipazione dei rappresentanti degli Stati parte in via di sviluppo; (b) un fondo speciale finanziato dai contributi annuali degli Stati sviluppati ai sensi dell'art. 14, i futuri contributi mediante modalità di pagamento da definire dalla COP ai sensi dell'art. 15, e i contributi aggiuntivi delle parti e degli enti privati che lo desiderano; e (c) un fondo fiduciario del Fondo mondiale per l'ambiente⁹¹.

L'oscillazione tra “libertà” e “restrizione” ha notevolmente rallentato il processo negoziale. Inoltre, una parte della dottrina ha sottolineato l'uso di questo dibattito, o addirittura la sua strumentalizzazione, da alcune delegazioni, come uno «strumento e tecnica di negoziazione per sfidare le disuguaglianze profondamente radicate nell'ordine mondiale attuale»⁹².

Si evidenzia anche il silenzio sulla definizione delle informazioni numeriche sulle sequenze (meglio note come DSI, *Digital Sequence Information*), il cui eventuale inserimento è stato ampiamente discusso

⁸⁹ L'art. 1 della UNCLOS definisce come “Area”: il fondo marino, il fondo oceanico e il suo sottosuolo, oltre i limiti della giurisdizione nazionale (fonte: www.un.org).

⁹⁰ Parte VII «Risorse finanziarie e meccanismo di finanziamento» del Trattato BBNJ.

⁹¹ L'accesso a questo finanziamento sarà aperto agli Stati parte in via di sviluppo secondo le loro esigenze.

⁹² B. VADROT, A. LANGLET, I. TESSNOW-VON WYSOCKI, *Who owns marine biodiversity? Contesting the world order through the 'common heritage of humankind' principle*, in *Environmental Politics*, 2022, 242.

nel corso dei negoziati. Diverse delegazioni hanno chiesto la sua presenza fin dall'inizio, motivo per cui si rilevano numerose allusioni ad esso nel testo di novembre 2019. Tuttavia, nei progetti di testo successivi, la sua rilevanza diminuisce notevolmente fino alla bozza finale, in cui riappare in tutto il testo, ma non è definito. Questa è stata una decisione consapevole per mantenere la coerenza con la CBD, in quanto si prevede che, una volta adottata per la CBD, la nozione scelta sarà estesa al Trattato BBNJ⁹³.

In conclusione, è possibile sostenere che, nonostante il permanere di alcune ambiguità⁹⁴, l'adozione del Trattato BBNJ è una pietra miliare su cui costruire un nuovo regime per la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica marina in zone al di fuori della giurisdizione nazionale, nonché una base normativa più che necessaria per regolamentare gran parte del maggior serbatoio di biodiversità del pianeta. Nell'auspicio che l'Accordo entri in vigore nel più breve tempo possibile, l'esame in senso critico della nuova normativa onusiana *ad hoc* su aspetti tecnici come la gestione delle aree marine protette⁹⁵ e le valutazioni di impatto ambientale, nonché l'individuazione in questa sede di strumenti di finanziamento alle attività previste dal BBNJ, ad esempio tramite un apposito fondo⁹⁶, potrebbero aprire scenari di progresso per la tutela più effettiva dell'alto mare.

ABSTRACT

Critical Remarks on the BBNJ Treaty

After almost 20 years of negotiations, on 19 June 2023 the new UN Agreement on Conservation and Sustainable Use of marine biological diversity in areas outside national jurisdiction, commonly known as the «Treaty

⁹³ La decisione 14/20 contiene una raccomandazione sulla definizione della DSI nel contesto del quadro globale per la biodiversità dopo il 2020. A tal fine è stato istituito un gruppo tecnico di esperti ad hoc sulla DSI presso le risorse genetiche marine, che sta attualmente esaminando quattro gruppi alternativi di proposte per definire l'ambito della DSI. *Decision adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity 14/20. Digital sequence information on genetic resources*. CBD/COP/DEC/14/20 (30.11.2018), par. 12; CBD. *Digital sequence information on genetic resources: concept, scope and current use*. CBD/DSI/AHTEG/2020/1/3 (29.01.2020), par. 11.

⁹⁴ Ciò soprattutto in conseguenza del ravvicinamento delle posizioni delle delegazioni partecipanti, che presentavano interessi molto diversi in quello che si è configurato come un dibattito tra i Paesi del Nord e del Sud del mondo.

⁹⁵ *Supra*, nota 32.

⁹⁶ *Supra*, nota 79.

on the High Seas», was approved. This article examines why such a Treaty, in supplementing and updating the legal rules of the high seas in the light of the principle of sustainability, marks a historic moment.

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

ENCRYPTION BACKDOORS ON TRIAL: THE *TELEGRAM* CASE BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ANTONINO ALÌ

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The use of backdoors in encryption. – 3. No backdoors for indiscriminate surveillance: European Court of Human Rights protects encryption. – 4. The *Telegram* case: *Podchasov v. Russia*. – 5. Obligations of Internet Communication Organisers (ICOs) and decryption requirements for online services in the Russian Federation. – 6. From UN to EU: a unified stand on the importance of cryptography. – 7. Data retention measures and the obligation to provide decryption keys. – 8. Conclusions: a landmark ruling on digital privacy, encryption, and national security.

1. Throughout history, intelligence agencies have evolved their methods to meet the challenges of modern cryptography. Rather than working in isolation, these organisations actively engage in partnerships both within and outside their institutions. This collaborative approach enables them to identify emerging threats and penetrate even the most advanced digital security systems. This strategy has several key components. A cornerstone is continued investment in cutting-edge technology, with a particular focus on increasing computing power. This focus enables intelligence agencies to tackle increasingly complex cryptographic algorithms.

However, the intelligence community's strategy goes beyond mere technological improvement. A key aspect is their active effort to influence the global market for commercial cryptography. This approach aims to maintain a degree of control and accessibility even in a rapidly changing digital security landscape. Through these methods, intelligence agencies seek to keep pace with the evolution of privacy techniques, balancing the need for national security with the challenges posed by modern cryptographic technologies. Intelligence services pursue this influence through strategic business relationships and international cooperation. There is also a strong emphasis on developing in-house expertise. Experts in this area combine various disciplines, including computer science, mathematics and cryptography, to create innovative

approaches to cryptographic analysis. Through these wide-ranging efforts, the intelligence community aims to stay one step ahead of the most robust cryptographic technologies available on the market¹.

The question of weakening encryption is a classic security/freedom dilemma that has been exacerbated in the digital age². On the one hand, intelligence and law enforcement agencies argue that they need access to encrypted communications³ to counter national security threats, fight organised crime and protect children from online abuse, as the recent *EncroChat* case before the Court of Justice of the European Union (CJEU) shows⁴. On the other hand, cybersecurity experts⁵, digital rights advocates and much of the technology industry warn that compromising the integrity of encryption systems would pose far greater risks to collective and individual security. The essence of the dilemma lies in the primary function of robust cryptography: when implemented effectively, it prevents unauthorised access to communications, without distinguishing between malicious parties and government authorities⁶.

¹ See the document *NSA's SIGINT Strategy, 2012-2016* published by the *New York Times* on 23 November 2013 (*A Strategy for Surveillance Powers*, <https://archive.nytimes.com>). The strategy contains objectives that underline the NSA's strategic interest in countering the challenges of cryptography to its signal intelligence missions; see D.P. FIDLER (ed.), *The Snowden Reader*, Bloomington, 2015, 170; See U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, *Review of the Unauthorized Disclosures of Former National Security Agency Contractor Edward Snowden*, 2016, in www.congress.gov.

² See J.A. LEWIS, D.E. ZHENG, W.A. CARTER, *The Effect of Encryption on Lawful Access to Communications and Data*, A report of the CSIS Technology Policy Program, Lanham, Boulder, New York, London, February 2017; the authors explore the impact of the increasing use of encryption on the ability of law enforcement to legally access communications and data.

³ EUROPOL-EUROJUST, Third Report of the Observatory Function on Encryption, 2021 in www.europol.europa.eu.

⁴ See Court of Justice of the European Union (Grand Chamber), *M.N. (EncroChat)*, C-670/22, 30 April 2024, ECLI:EU:C:2024:372. This judgment addresses the use of intercepted encrypted communications in cross-border criminal investigations within the EU. Although it does not directly address the issue of backdoors, the case underscores the persistent challenge faced by law enforcement in intercepting and accessing encrypted communications used by potential criminals, exemplified by services like EncroChat. The ruling examines the legality of obtaining and using data from encrypted communications, seeking to balance privacy rights with the needs of criminal investigations in the EU context. It underscores the challenges faced by law enforcement in the era of advanced encryption technologies; R. STOYKOVA, *Encrochat: The hacker with a warrant and fair trials?*, in *Forensic Science International: Digital Investigation*, 2023, 46, 301602.

⁵ See H. ABELSON, R. ANDERSON, S.M. BELLOVIN, J. BENALOH, M. BLAZE, W. DIFFIE, J. GILMORE, M. GREEN, S. LANDAU, P.G. NEUMANN, R.L. RIVEST, J.I. SCHILLER, B. SCHNEIER, M. SPECTER, D.J. WEITZNER, *Keys Under Doormats: mandating insecurity by requiring government access to all data and communication*, 7 July 2015, 8, in www.schneier.com.

⁶ See B. SCHNEIER, *The value of encryption*, 2016, at www.schneier.com.

2. At first glance, the idea of allowing authorities to access encrypted data by bypassing the encryption itself may seem reasonable. However, on closer inspection, there are critical issues that deserve careful consideration, especially when considering the potential long-term implications. From a technical perspective, introducing deliberate vulnerabilities into cryptographic systems is fraught with risk⁷.

Strong cryptography relies on mathematical algorithms of such complexity that they challenge even expert understanding, making it virtually impossible to decipher a message without the correct key. Weakening these systems, whether by using simpler keys or less secure algorithms, would be like leaving a front door unlocked: not only could authorities gain entry, but malicious actors could also exploit the vulnerability.

Implementing secure backdoors is a tricky business, even for the most brilliant cryptographers. Even when designed with the utmost care and precision, these intentional vulnerabilities can be discovered and

⁷ The Crypto AG case, revealed in 2020, shows how hardware backdoors can be used for large-scale espionage. Operation Rubicon, carried out by the CIA and BND, allowed encryption devices sold by Crypto AG to over 120 countries to be manipulated, allowing intelligence agencies to decipher the secret communications of many governments. See PARLIAMENT OF THE SWISS CONFEDERATION, *Affaire Crypto AG, Rapport de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales du 2 novembre 2020*, in www.parlament.ch; see also G. MILLER, *How the CIA used Crypto AG encryption devices to spy on countries for decades*, Washington Post, 11 February 2020, www.washingtonpost.com. Similarly, the case of the Dual_EC_DRBG algorithm, proposed by the NSA for use in the public sector, emerged in 2006. In 2007, two Microsoft researchers discovered that the algorithm could contain a backdoor, potentially allowing those who knew its details to predict its output and compromise the security of encrypted communications. Both cases highlight how backdoors, both hardware and software, can be exploited for large-scale espionage activities, raising serious concerns about the security and privacy of global communications. C. COMELLA, *Alcune considerazioni sugli aspetti tecnologici della sorveglianza di massa, a margine della sentenza Safe Harbor della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in G. RESTA, Z. ZENCOVICH (a cura di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai "safe harbour principles" al "privacy shield"*, Rome, 2016, 49-71. Moreover, the case of the Clipper chip in the US in the 1990s illustrates well the debate on 'state backdoors' in encryption systems. This chip, developed at the request of government authorities, contained the Skipjack algorithm that allowed access to encrypted data in case of need. Despite the security measures provided, such as a unique serial number and a legal access unit, the project attracted strong criticism. The main concerns were the potential vulnerabilities introduced by the backdoor, the difficulty of implementing such systems securely, and the implications for privacy and data sovereignty. These concerns, combined with a lack of industry acceptance, led to the abandonment of the project. The Clipper chip case highlights the challenges and risks associated with introducing backdoors into security systems, even when requested by government authorities.

exploited by unintended parties, creating a veritable digital Pandora's box⁸.

A thought-provoking paradox emerges: granting access to relevant authorities could potentially compromise the entire integrity of cryptographic systems, thereby exposing millions of users to unpredictable risks. In an increasingly interconnected world, where digital borders are as fluid as water, weakening encryption in one country could have a global impact on digital security. It is like throwing a stone into a pond: the ripples would spread far beyond the initial point of impact. And let's not forget the more sophisticated users, including potential criminals, who could simply jump into another boat, switching to alternative encryption solutions and defeating, at least in part, the original purpose of the restrictions. The consequences of such a weakening do not stop at the technical level, but extend like tentacles into the social and economic fabric. Confidence in secure digital communications is the pillar on which entire sectors, from e-commerce to financial services, rest. Compromising this trust would be like removing the foundations of a building: the impact on the digital economy could be devastating⁹.

The very existence of backdoors, even as a possibility, could undermine user confidence in cryptographic systems and create a climate of suspicion and paranoia. The knowledge that private communications can be accessed by government authorities, even in compliance with legal procedures, could discourage the widespread adoption of encryption, much as if everyone stopped speaking freely for fear of being overheard.

Finally, we must not forget those for whom strong encryption is not a luxury but a vital necessity. Journalists, activists and other vulnerable groups depend on these systems to operate securely, often in contexts where their own safety is at risk. For them, weakening encryption could mean the difference between being able to do their work safely and being exposed to real and tangible dangers.

Although officials have valid reasons to worry about the potential abuse of encryption technology, many specialists argue that compromising encryption's integrity would likely do more harm than

⁸ See B.J. NIXON, *The Case for Mandatory Encryption Backdoor Legislation: Sabotaging the Right to Privacy or a Necessary Measure to Address the 'Going Dark' Problem?*, Oslo, 2021, which examines the growing pressure to introduce legislation mandating encryption backdoors to allow law enforcement to access encrypted data.

⁹ See K.W. DAM, H.S. LIN (eds), *Cryptography's Role in Securing the information society*, Committee to Study National Cryptography Policy, Computer Science and Telecommunications Board, Commission on Physical Sciences, Mathematics, and Applications, National Research Council, National Academy Press, Washington, D.C., 1996, in <https://nap.nationalacademies.org>.

good overall. The challenge for the future will be to find a balance that allows legitimate security concerns to be addressed without compromising the fundamental integrity of encryption systems, which are essential for security and privacy in the digital age. Ultimately, while backdoors may appear to be a pragmatic solution to reconcile different needs, their use raises significant concerns about the overall security of systems and user confidence and requires a careful assessment of risks and benefits.

3. The increasing ‘normalisation’ of electronic surveillance¹⁰, and the defensive countermeasures that have resulted, is a phenomenon of great significance in the contemporary digital age¹¹. A turning point in this process was the revelations of Edward Snowden in 2013, which brought to light the scope and depth of surveillance activities especially carried out by American and British intelligence agencies. These revelations set off a chain reaction in both the technology sector and civil society¹².

The widespread adoption of end-to-end (E2E) encryption is an important response to the bulk collection of data for intelligence or enforcement purposes¹³. Several major technology companies have

¹⁰ The ‘normalisation of surveillance’ refers to the process by which mass surveillance practices are gradually accepted and integrated into legal and social frameworks. In this context, the European Court of Justice has, through a series of judgments, established the legality of ‘bulk data collection’ under certain conditions, with the aim of preventing abuses of power. The Court has set out specific requirements for the legality of such practices, including: a clear and accessible legal basis, proportionality and necessity of the measure, independent supervision and procedural safeguards for individual rights. These judgments have helped to create a legal framework that, while recognising the potential utility of mass surveillance for national security, seeks to balance it with the protection of citizens’ fundamental rights. See European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Big Brother Watch and others v. The United Kingdom*, 25 May 2021 (58170/13, 62322/14 and 24960/15); M. MILANOVIC, *The Grand Normalization of Mass Surveillance: ECtHR Grand Chamber Judgments in Big Brother Watch and Centrum för rättvisa*, in *EJIL Talk*, 26 May 2021; E. WATT, *State sponsored cyber surveillance: the right to privacy of communications and international law*, Cheltenham, 2021.

¹¹ See A. ALÌ, *La sorveglianza elettronica su vasta scala per finalità di intelligence nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *La Comunità Internazionale*, 2022, 101-115.

¹² For an overview of the issues of cryptography and human rights, please see W. SCHULZ, J. VAN HOBOKEN (eds.), *Human rights and Encryption*, Paris, 2016; see also S. MILLER, *Privacy, Encryption and Counter-Terrorism*, in A. HENSCHKE, A. REED, S. ROBBINS, S. MILLER (eds.), *Counter-Terrorism, Ethics and Technology: Emerging Challenges at the Frontiers of Counter-Terrorism*, Cham, 2021, 139-154, and in the same volume T. BOSSOMAIER, K. MACNISH, *An End to Encryption? Surveillance and Proportionality in the Crypto-Wars*, 155-175.

¹³ See also R. LAKRA, *Cracking the Code: How Podchasov v. Russia Upholds Encryption and Reshapes Surveillance*, in *EJIL Talk*, 13 March 2024.

implemented this technology for their messaging and video calling services. Some have extended end-to-end encryption to all messages exchanged on their platforms, while others have enhanced the security of their email services by introducing new features to increase the confidentiality of communications. These measures aim to ensure the confidentiality of the content of communications, although metadata generally remains accessible to the companies operating the services.

The trend towards increased security has also led to tensions with government authorities. In the US, for example, the FBI has repeatedly raised concerns about ‘going dark’, arguing that strong encryption hinders legitimate investigations¹⁴. This has fuelled debates about possible ‘backdoors’ in encryption systems, an idea strongly contested by technology companies and privacy activists.

4. A recent judgment by the European Court of Human Rights (ECtHR) raises fundamental questions about the delicate balance between national security and individual rights to privacy and freedom of expression in the digital age¹⁵. Telegram, an instant messaging application known for its emphasis on privacy and security through encryption, found itself at the centre of a legal dispute with the Federal Security Service of the Russian Federation (FSB).

The conflict arose when the FSB demanded that Telegram provide the data necessary to decrypt the communications of certain users suspected of involvement in terrorist activities. Telegram resisted these requests, claiming that providing such ‘encryption keys’ would compromise the security and privacy of all users of the application. In response to Telegram’s refusal, the Russian authorities imposed fines and ordered the application to be blocked on Russian territory.

¹⁴ The Apple case related to the 2016 San Bernardino massacre highlighted the complex balance between national security and digital privacy. When the FBI asked Apple to create software to unlock the phone of one of the attackers, the company strongly objected (see APPLE, Customer Letter of 16 February 2016, at www.apple.com). Apple argued that not only was it technically impossible to circumvent the encryption on its devices, but that creating a backdoor would compromise the security of all its products. This position reflected Apple’s broader concern for the privacy of its users. Although the FBI eventually managed to unlock the phone through a third party, the case reignited the debate about government access to strong encryption. The episode highlighted the ongoing tension between the investigative needs of law enforcement and the need to protect the privacy of users of encrypted technologies, raising crucial questions about the future of digital security and individual rights in the technological age. See, M. SALA, *La crittografia al centro dello scontro tra Apple e Fbi*, in *Gnosis*, 2015, 2, 139-143.

¹⁵ European Court of Human Rights, Case of *Podchasov v. Russia*, Judgment, 13 February 2024, Final 13 May 2024 (33696/19).

The dispute takes place in a complex legal context. The legislation of the Russian Federation, in particular the Information Law and subsequent decrees, imposes significant obligations on Internet Communication Organisers (ICOs). These include the storage of communications data on Russian territory, the transmission of such data to the competent authorities upon request, and the provision of information necessary for the decryption of encrypted electronic communications. Anton Valeryevich Podchasov, a Telegram user, had filed his application against the Russian Federation with the European Court of Human Rights on 18 June 2019, after exhausting domestic remedies in Russia. This was almost three years before Russia's withdrawal from the Council of Europe and the European Convention of Human Rights (ECHR). Podchasov, along with 34 other individuals, challenged a disclosure order issued by the Russian Federal Security Service (FSB) requiring Telegram to provide technical information to decrypt the communications of users suspected of terrorist activity. The plaintiffs argued that providing the encryption keys would allow the FSB to decrypt the communications of all Telegram users, thereby violating the right to privacy and confidentiality of communications. Furthermore, they argued that once the FSB obtained the keys, it would be able to access all communications without the judicial authorisation required under Russian law.

On 25 February 2022, the Committee of Ministers of the Council of Europe suspended Russia's right of representation in the organisation, considering the aggression against Ukraine to be a serious breach of its statutory obligations. On 15 March 2022, Russia officially notified the Secretary General of the Council of Europe of its withdrawal from the organisation under Article 7 of the Statute and of its 'intention' to denounce the ECHR. On 16 March 2022, the Committee of Ministers decided to expel Russia from the Council of Europe with immediate effect, despite Russia's notification of withdrawal the previous day¹⁶.

The expulsion of Russia from the Council of Europe on 16 March 2022, following the invasion of Ukraine, began the process of ending Russia's membership of the ECHR. However, a six-month transitional

¹⁶ See Resolution CM/Res(2022)2 on cessation of the membership of the Russian Federation to the Council of Europe, adopted by the Committee of Ministers on 16 March 2022; and the critical remarks of L. BORLINI, *L'espulsione della Federazione Russa dal Consiglio d'Europa e le conseguenze giuridiche della cessazione della qualità di membro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, 37. The Author points out that this expulsion decision raises some legal questions, as Article 8 of the Council of Europe Statute provides for a specific procedure for expulsion, which does not seem to have been fully respected.

period was established, from 16 March to 16 September 2022¹⁷, during which the ECtHR retained jurisdiction over cases against Russia relating to events that had occurred by the end of that period. On 5 September 2022, the plenary session of the ECtHR formalised this principle, stating that the Court would retain jurisdiction to hear applications against Russia in respect of acts or omissions occurring up to 16 September 2022¹⁸.

The events at the centre of the *Podchasov* case, including the adoption of the contested law and the specific actions of the Russian authorities, occurred before 16 September 2022 and therefore fall within the temporal jurisdiction of the Court. Both the Russian Government and the applicant had already submitted observations on the case before Russia's withdrawal from the ECHR, enabling the Court to proceed with its assessment.

5. In recent years, Russia has implemented significant changes to its information legislation, with a particular focus on online communications. The evolution of this legal framework can be traced through two major legislative acts: the 2014 Amendments, and the 2016 "Yarovaya Law".

In 2014, the Federal Law on Information, Information Technology and Information Protection underwent substantial amendments. These changes introduced the concept of Internet Communication Organisers (ICOs), broadly defined to encompass virtually any entity operating systems or programs for electronic communications over the Internet. This laid the groundwork for more extensive regulation of online communication platforms. Building upon this framework, the "Yarovaya law", passed in 2016, significantly expanded the obligations of ICOs. This law, consisting of Federal Law No. 374-FZ and Federal Law No. 375-FZ, introduced more stringent requirements for data retention and access¹⁹.

¹⁷ On March 22, 2022, the plenary Court adopted a Resolution addressing the consequences of Russia's withdrawal from the Council of Europe. This Resolution, based on Article 58 of the European Convention on Human Rights, stipulated that the Russian Federation's status as a High Contracting Party to the Convention would end on September 16, 2022. According to the prevailing interpretation of Article 58 of the Convention, the ECHR continued to apply to Russia for a period of six months after it ceased to be a member of the Council of Europe, thus until 16 September 2022.

¹⁸ The Plenary Court officially acknowledged on September 5, 2022, that the position of judge for the Russian Federation would be terminated as of September 16, 2022. As a result, the list of ad hoc judges eligible to hear cases against Russia became invalid.

¹⁹ The "Yarovaya law", also known as the Yarovaya package, consists of two federal bills (374-FZ and 375-FZ) that amended existing counter-terrorism laws and introduced new requirements for data collection and storage in the telecommunications industry.

The responsibilities imposed on ICOs are considerable and have a profound impact on online privacy. At the heart of the Act are its data retention requirements: ICOs must retain the metadata of user communications for a full year. This metadata includes information such as the time, date and duration of the communications, as well as the parties involved, but not the actual content of the messages. In parallel, the Act requires ICOs to retain the actual content of all communications for six months. This includes text, voice recordings, images and any other type of content exchanged by users.

These provisions raise important questions about the protection of privacy and freedom of online communication in Russia²⁰. Indeed, the law requires ICOs to provide the authorities with the information necessary to decrypt encrypted communications, essentially requiring them to compromise the security of their systems and hand over decryption keys upon request. The technical implications of the Russian law are significant. ICOs must not only ensure that their equipment meets specific technical requirements set by the government, but also that it facilitates the work of the authorities. In practice, this could mean the integration of surveillance technologies directly into the communications infrastructure. For instant messaging services, the restrictions are even more stringent. In addition to all other requirements, these services must identify their users by their mobile phone numbers. This provision makes anonymous use of such platforms virtually impossible, raising further concerns about privacy and freedom of expression.

As reported, a particularly controversial aspect of the law is the requirement for ICOs to provide decryption keys to authorities on request. This means that in the case of encrypted communications, companies will have to provide the means to decrypt that data, raising serious concerns about user privacy and the overall security of communications systems.

The law has been presented as an anti-terrorism and national security measure aimed at assisting law enforcement and security services in their activities to prevent and investigate crime and terrorism. However, the obligation to provide decryption keys was widely perceived as a direct threat to end-to-end encryption and the confidentiality of private communications. Many industry players found it technically difficult, if not impossible, to comply with the law without compromising the security of the overall communications system. This technical

²⁰ See the English text of the Federal Law 149-FZ of 27 July 2006 on Information, Information Technology and Protection of Information (as amended) www.wipo.int.

difficulty highlighted the conflict between national security needs and the protection of digital privacy.

It was in this complex context that the *Podchasov v. Russia* case arose, which led the Court to assess the compatibility of such measures with the right to privacy guaranteed by the ECHR. This case has become central to the debate on the regulation of encryption and the protection of personal data in the digital age.

6. In *Podchasov v. Russia*, the European Court of Justice refers to several international instruments that underline the importance of cryptography in the context of human rights and digital security. These instruments form a coherent framework that highlights the crucial role of cryptography in protecting privacy and freedom of expression in the digital age. The 2022 report of the UN High Commissioner for Human Rights²¹ emerges as a key pillar in this discussion. It portrays cryptography not only as a technical tool, but as a real guarantor of fundamental rights. The report highlights how encryption is essential to allow people to communicate freely, without fear that their information may be intercepted or misused. Particularly relevant is its warning against government restrictions on encryption, highlighting how such measures can have disproportionately negative effects on the entire population.

Although not mentioned in the judgment, it is important to remember what the UN Special Rapporteur Kaye on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression already highlighted back in 2018 in the “Encryption and Anonymity follow-up report”²². He described a disturbing landscape of cryptographic challenges in the digital age. Governments around the world are increasingly imposing restrictions on encryption technologies, often in ways that fail to meet international human rights standards of necessity and proportionality. These restrictions range from outright bans on

²¹ See OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *The right to privacy in the digital age*, Human Rights Council, Fifty-first session, 2022.

²² A/HRC/38/35/Add.5. Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression as follow-up to the 2015 report on the use of encryption and anonymity to exercise the rights to freedom of opinion and expression in the digital age, A/HRC/29/32. This last report focused on how encryption and anonymity tools are used to exercise freedom of opinion and expression in the digital realm. In the years since 2015, the landscape has evolved significantly. Two contrasting trends have emerged: an increase in government-imposed restrictions on encryption technologies; and a growing emphasis on digital security measures within key sectors of the Information and Communications Technology (ICT) industry. See also UCI Law International Justice Clinic, *Selected references: unofficial companion to report of the Special Rapporteur (A/HRC/29/32) on encryption, anonymity and the freedom of expression*, in www.ohchr.org.

encryption to more insidious measures such as deliberately weakening security standards or mandating key escrow systems. Such measures not only undermine the fundamental right to privacy, but also pose significant threats to freedom of expression, due process and, in some cases, physical security. The report criticises the lack of transparent public debate on these issues, as well as insufficient efforts by international organisations, the private sector and civil society to promote and educate the public about secure communication tools. The UN itself is not immune to these challenges, and the report calls for improved security measures in its own communications systems. Taken together, these multiple issues represent a significant threat to digital rights and highlight the urgent need for a more balanced approach to security and privacy in the digital space. Without addressing these concerns, the Special Rapporteur believes we risk creating a digital landscape where freedom of expression is chilled, privacy is compromised, and the most vulnerable members of society are exposed to potential harm.

This view is reinforced by the 2012 Recommendation of the Committee of Ministers of the Council of Europe, which specifically encourages the use of end-to-end encryption in social networking services. This document recognises encryption as a key tool in this endeavour and underscores the importance of actively protecting the privacy of online users. The 2015 Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe adds a further dimension to this debate, expressing concern about the practices of some intelligence services that seek to create or exploit weaknesses in security systems. The resolution highlights the risks associated with weakening encryption, not only for individual privacy, but also for collective security against threats such as terrorism and cybercrime²³.

The Court also cites some well-known judgments of the Court of Justice of the European Union on the protection of privacy in electronic communications²⁴. These decisions underline that generalised access to the content of electronic communications is incompatible with the fundamental rights guaranteed by the EU Charter of Fundamental Rights. The 2016 Joint Statement of Europol and ENISA offers a practical perspective, recognising the need to balance investigative needs with privacy protection²⁵. This document advises against the introduction of

²³ Parliamentary Assembly, Resolution 2045 (2015).

²⁴ Judgment CJEU on 8 April 2014 in the joined cases of *Digital Rights Ireland and Seitinger and Others* (C-293/12 and C-594/12, EU:C:2014:238); Judgment CJEU on 6 October 2015 in the case of *Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner* (C-362/14, EU:C:2015:650).

²⁵ See www.enisa.europa.eu and www.europol.europa.eu.

mandatory backdoors or key escrow systems, emphasising how such measures can weaken overall security and be easily circumvented by criminals. Finally, the recent joint EDPB-EDPS Opinion of 2022 further reinforces the importance of encryption, warning against measures that could discourage its use²⁶. This opinion emphasises how the weakening of encryption could have negative effects not only on privacy, but also on freedom of expression and digital innovation.

Overall, these instruments express a consensus on the importance of cryptography as an essential tool for the protection of human rights in the digital age. They underline the need for a balanced approach that respects both public security needs and the fundamental rights of citizens, and highlight the risks associated with policies that could weaken encryption. These references also show how the Court based its decision on a wide range of international sources, recognising the importance of encryption and the protection of privacy in today's digital context.

7. The Court found that the law violated Article 8 of the ECHR, which protects the right to privacy and correspondence, on three main grounds. The indiscriminate retention of data on all internet users is an exceptionally wide and serious interference with privacy. Adequate safeguards against abuse of data access by authorities are lacking. The obligation to decrypt end-to-end encrypted communications is disproportionate. In particular, the Court stressed that weakening encryption for all users in order to allow access by the authorities would seriously compromise the security of electronic communications of all users.

This judgment marks a crucial advancement for digital privacy, affirming that strong encryption is essential to protect fundamental rights in the digital age. The Court recognised that there are alternative methods of investigation that are less intrusive.

In *Podchasov v. Russia*, the European Court of Human Rights recognized that the data retention measures and the obligation to provide decryption keys under Russian law are closely linked. The Court found that these measures, affecting all users indiscriminately and without sufficient safeguards, permit generalized access to electronic communications content, raising serious concerns about privacy and potential for widespread surveillance.

End-to-end encryption is considered to be a crucial safeguard against the widespread use of surveillance. Forcing service providers to weaken encryption or provide backdoors is tantamount to enabling mass

²⁶ See www.edpb.europa.eu.

surveillance on a large scale, compromising the privacy of all users, not just those under investigation.

The Court stressed that the indiscriminate retention of data and potential access to all encrypted communications constituted an overbroad and serious interference with the private life of individuals. This approach was considered disproportionate to the legitimate objectives of national security and crime prevention. The Court highlights the extent and gravity of the interference caused by the challenged legislation (in paragraph 70). The law provides for the automatic and continuous retention of the content of all Internet communications for six months and of related data for one year. The Court underscores that this measure affects all users of Internet communications, irrespective of any suspicion of criminal activity, and covers the content of all communications without any limitation in terms of territorial or temporal scope or categories of persons.

The European Court of Human Rights considers the consequences of compromising encryption systems. It stresses that in order to decrypt communications protected by end-to-end encryption, such as Telegram, it would be necessary to weaken the encryption for all users. That cannot be limited to certain individuals and would affect everyone indiscriminately. The Court notes that «[w]eakening encryption by creating backdoors would apparently make it technically possible to perform routine, general and indiscriminate surveillance of personal electronic communications» (paragraph 77). The Court also observes that backdoors may be exploited by criminal networks and would seriously compromise the security of all users' electronic communications.

The Court concludes that the contested legislation, which provides for the retention of all Internet communications of all users, the security services' direct access to the data stored without adequate safeguards against abuse, and the requirement to decrypt encrypted communications (as applied to end-to-end encrypted communications), cannot be regarded as necessary in a democratic society. The Court states that this legislation permits public authorities to have access, on a generalised basis and without sufficient safeguards, to the content of electronic communications, thereby impairing the very essence of the right to respect for private life under Article 8 of the Convention.

8. The decision of the European Court of Human Rights in *Podchasov v. Russia* has indeed set an important precedent for the debate on digital privacy and national security in Europe. In this case, the European Court of Human Rights found that Russia violated article 8 of the ECHR through its legislation enabling indiscriminate data retention,

providing insufficient safeguards against abuse in data access, and requiring the decryption of end-to-end encrypted communications, thus failing to adequately protect digital privacy. This judgment has several important implications. It reaffirms the primacy of human rights and freedom of communication over national security concerns and calls on Council of Europe member States to protect these rights even when operating in the security sphere. The key role of strong cryptography in protecting privacy and digital security is clearly recognised, sending a clear message against legislative trends that aim to weaken cryptographic systems.

In *Podchasov v. Russia*, the European Court of Human Rights addressed the delicate balance between security and privacy in the digital age, emphasising the importance of strong encryption. While acknowledging that encryption can hamper criminal investigations, the Court recognised that compromising it threatens both individual privacy and overall cybersecurity. The ruling identifies end-to-end encryption as an essential safeguard against indiscriminate surveillance, while noting the challenges for law enforcement. Rather than weakening encryption across the board, the Court advocated more targeted investigative methods.

This nuanced approach prioritises the privacy and security of users over potential investigative advantages and highlights that widespread compromise of digital security through backdoors is too costly. The decision reaffirms the crucial role of strong encryption in protecting individual privacy and wider cyber security.

The Court stresses the need to balance national security with fundamental rights and urges states to adopt proportionate and targeted approaches in the fight against crime and terrorism. It discourages generalised surveillance that violates privacy and freedom of communication. This judgment marks a turning point in the protection of digital rights in Europe and provides a solid legal basis for future technological and legislative developments.

ABSTRACT

Encryption Backdoors on Trial: The 'Telegram' Case before the European Court of Human Rights

This article examines the tension between national security interests and individual privacy rights in the context of encryption technologies. It focuses on the European Court of Human Rights' decision in *Podchasov v. Russia*,

which addressed the legality of mandatory encryption backdoors and data retention laws. The Court's decision underscores the crucial role of strong encryption in protecting fundamental rights in the digital age, particularly privacy and freedom of expression. The judgment criticises indiscriminate surveillance practices and disproportionate data retention measures as violations of the European Convention on Human Rights. By analysing international instruments and case law, it highlights the growing consensus on the importance of encryption for the protection of human rights. The implications of this landmark decision for future legislation and digital rights in Europe are discussed, highlighting the need for a balanced approach that respects both security needs and individual freedoms.

CAMBIAMENTO CLIMATICO E DIRITTI UMANI.
NOTE ALLA SENTENZA DELLA
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI
VEREIN KLIMASENIORINNEN E ALTRI C. SVIZZERA

GRAZIA ELEONORA VITA

SOMMARIO: 1. Ricostruzione dei fatti del caso e inquadramento preliminare della questione sottoposta alla Grande Camera. – 2. CEDU e tutela ambientale: la sfida del cambiamento climatico. – 3. L'evoluzione del concetto di "vittima": implicazioni per il contenzioso climatico e la protezione delle categorie vulnerabili. – 4. L'art. 8 CEDU: gli obblighi positivi degli Stati in materia di cambiamento climatico. – 5. Il ruolo delle corti nazionali tra difesa dello Stato di diritto e rispetto della separazione dei poteri. – 6. Conclusioni.

1. Il caso *Verein KlimaSeniorinnen e altri c. Svizzera*¹ ha offerto alla Corte europea dei diritti dell'uomo l'opportunità di emettere una decisione storica. La Grande Camera ha scelto di pronunciarsi, per la prima volta, sugli obblighi degli Stati in materia di cambiamento climatico e sulle ripercussioni di quest'ultimo sui diritti umani. La pronuncia era attesa da tempo, anche alla luce delle richieste di parere consultivo pendenti presso la Corte interamericana dei diritti umani², la Corte internazionale di giustizia³ e, all'epoca, presso il Tribunale internazionale del diritto del mare⁴.

Il caso in esame riguarda il ricorso promosso dall'associazione svizzera *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz*⁵ ("Anziane per la protezione del clima", costituita da oltre 2000 donne ultrasessantenni) e da quattro donne, a titolo individuale. Le ricorrenti avevano denunciato l'insufficienza delle misure adottate dalle autorità svizzere per limitare e mitigare gli effetti del cambiamento climatico ed il conseguente impatto sui loro diritti.

¹ Corte europea dei diritti umani [GC], sentenza del 9 aprile 2024, ricorso n. 53600/20, *KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera*.

² Corte interamericana dei diritti umani, richiesta di parere consultivo sulla portata degli obblighi statali in relazione al cambiamento climatico presentata da Cile e Colombia, 9 gennaio 2023.

³ Corte internazionale di giustizia, richiesta di parere consultivo sugli obblighi internazionali degli Stati in materia di cambiamento climatico presentata dall'Assemblea generale dell'ONU, risoluzione 77/276, 29 marzo 2023.

⁴ Tribunale internazionale del diritto del mare, richiesta di parere consultivo presentata dalla Commissione dei piccoli Stati insulari sui cambiamenti climatici e il diritto internazionale, parere consultivo del 21 maggio 2024.

⁵ L'associazione *KlimaSeniorinnen Schweiz* si è costituita nel 2016 grazie al supporto di Greenpeace Svizzera: <https://en.klimaseniorinnen.ch>.

Secondo le ricorrenti tali misure non erano adeguate all'obiettivo stabilito dall'Accordo di Parigi, nel senso di contenere l'aumento della temperatura media globale ben al di sotto di 2°C rispetto ai livelli preindustriali, con l'impegno di limitarlo a 1,5°C⁶.

Le ricorrenti avevano sottolineato come l'omissione di tali interventi costituisse una violazione della Costituzione svizzera, in particolare dell'art. 10 (Diritto alla vita) e degli articoli 73 e 74(2) (rispettivamente, principio di sostenibilità e di precauzione), così come della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con riguardo agli articoli 2 (Diritto alla vita) e 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare).

Il ricorso iniziale, presentato nel 2016 contro il Consiglio federale, il Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni (DETEC), l'Ufficio federale dell'ambiente (FOE) e l'Ufficio federale dell'energia (FOEN), era stato rigettato dal DETEC il 25 aprile 2017⁷. Le ricorrenti si erano quindi rivolte al Tribunale federale amministrativo⁸, il quale, così come successivamente la Suprema Corte federale⁹, non si era discostato da quanto precedentemente deliberato dal DETEC. In particolare, il Tribunale federale amministrativo aveva stabilito che le ricorrenti non fossero legittimate ad agire, ritenendo che la loro età avanzata non fosse sufficiente a renderle una categoria particolarmente vulnerabile rispetto agli effetti del cambiamento climatico. Il Tribunale aveva infatti sostenuto che «tutti gli esseri umani, gli animali e le piante sono colpiti in qualche modo, poiché l'impatto del cambiamento climatico è di natura generale»¹⁰. Inoltre, secondo il Tribunale, le ricorrenti non erano riuscite a dimostrare un "interesse meritevole di tutela" a titolo individuale, in assenza nell'ordinamento svizzero dell'istituto dell'*actio popularis*. La Corte Suprema federale aveva confermato questa valutazione, affer-

⁶ Nel ricorso si chiedeva al Parlamento svizzero e alle agenzie federali competenti di sviluppare un quadro normativo, per i diversi settori, che consentisse di ridurre le emissioni di gas serra di almeno il 25% rispetto ai livelli del 1990 entro il 2020 e di almeno il 50% rispetto ai livelli del 1990 entro il 2050. Venivano infatti criticati sia gli obiettivi allora in discussione in Parlamento (riduzione del 20% entro il 2020 e del 30% entro il 2030), sia le misure con cui il Governo avrebbe perseguito tali obiettivi, ricorso n. 53600/20, paragrafi 17-18.

⁷ Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni, provvedimento del 25 aprile 2017: <https://ainees-climat.ch>.

⁸ Tribunale amministrativo federale svizzero, I sezione, decisione n. A-2992/2017 del 27 novembre 2018.

⁹ Corte Suprema federale della Svizzera, I Corte di Diritto pubblico, decisione n. 1C_37/2019 del 5 maggio 2020.

¹⁰ Tribunale amministrativo federale svizzero, I sezione, decisione n. A-2992/2017 del 27 novembre del 2018, par. 7.4.3 (traduzione di chi scrive).

mando che le richieste delle ricorrenti avrebbero trovato un foro più adeguato in ambito politico¹¹.

Soddisfatto il requisito dell'esaurimento dei ricorsi interni ai sensi dell'art. 35 CEDU, le ricorrenti si sono rivolte alla Corte di Strasburgo. Oltre agli articoli 2 e 8 della Convenzione, esse hanno invocato il diritto ad un equo processo ai sensi dell'art. 6 e il diritto ad un rimedio effettivo ai sensi dell'art. 13, in quanto le corti svizzere avevano rigettato il caso in via preliminare, senza entrare nel merito del ricorso.

In ragione della rilevanza della questione, il caso è stato sottoposto alla Grande Camera, insieme ad altri due ricorsi attinenti alla tematica ambientale, *Carême c. Francia*¹² e *Duarte Agostinho e altri c. Portogallo e altri 32 Stati*¹³, ambedue dichiarati inammissibili.

Come noto, la Corte ha deciso a favore delle ricorrenti, stabilendo che la mancata adozione da parte di uno Stato di misure adeguate a contrastare il cambiamento climatico può costituire una violazione dei diritti umani.

Le note che seguono esamineranno i tratti salienti della decisione, evidenziando come i giudici di Strasburgo abbiano dimostrato di saper “cucire su misura” un approccio argomentativo alle circostanze del caso, rafforzando la visione della CEDU come “strumento vivente”. Particolare rilievo va attribuito all'approfondimento scientifico svolto dalla Corte sul fenomeno del cambiamento climatico, grazie anche al contributo dei numerosi *amici curiae* intervenuti nel procedimento¹⁴.

¹¹ Corte Suprema federale della Svizzera, I Corte di Diritto pubblico, decisione n. 1C_37/2019 del 5 maggio 2020, par. 5.5.

¹² Corte europea dei diritti umani [GC], sentenza del 9 aprile 2024, ricorso n. 7189/21.

¹³ Corte europea dei diritti umani [GC], sentenza del 9 aprile 2024, ricorso n. 39371/20.

¹⁴ Sono intervenuti: l'Alto commissario ONU per i diritti umani; i Relatori speciali ONU su sostanze tossiche e diritti umani, su ambiente e diritti umani e l'Esperta indipendente ONU sul godimento di tutti i diritti umani da parte delle persone anziane; l'European Network of National Human Rights Institutions (ENNHRI); l'International Network for Economic, Social and Cultural Rights (ESCR-Net); lo Human Rights Centre dell'Università di Gent; i professori E. Schmid e V. Boillet (Università di Losanna), S.I. Seneviratne e A. Fischlin (Swiss Federal Institute of Technology Zurich), C. Voigt (Università di Oslo); Global Justice Clinic, Climate Litigation Accelerator; ClientEarth, Our Children's Trust; Oxfam France e Oxfam International e affiliati (Oxfam); un gruppo di accademici dall'Università di Berna (C. Beisbart, T. Frölicher, M. Grosjean, K. Ingold, F. Joos, J. Künzli, C.C. Raible, T. Stocker, R. Winkler, J. Wyttenbach, A.M. Vicedo-Cabrera e C. Blattner); Center for International Environmental Law e la prof.ssa M. Wewerinke-Singh, The Sabin Center for Climate Change Law at Columbia Law School; Germanwatch; Greenpeace Germany e Scientists for Future.

Questa decisione rappresenti un precedente unico per la Corte e si inserisce in un vasto panorama del c.d. contenzioso climatico¹⁵, specialmente davanti ai giudici nazionali. Nel corso dell'analisi, verranno messi in luce sia gli aspetti più innovativi della decisione, sia i punti in cui la Corte ha mantenuto coerenza con la propria giurisprudenza.

2. Pur non contenendo disposizioni specifiche relative alla tutela dell'ambiente, a livello di interpretazione sistematica e contestuale, la Convenzione si è affermata nel tempo come uno strumento utile per affrontare le tematiche ambientali¹⁶, consentendo in tal modo di colmare un vuoto normativo legato all'epoca in cui la Convenzione è stata redatta¹⁷. Ciò si è realizzato, in particolare, attraverso l'interpretazione estensiva degli articoli 2¹⁸ e 8¹⁹.

Nel più ampio contesto del contenzioso ambientale, non è trascorso molto tempo prima che anche il tema del cambiamento climatico giungesse dinanzi alla Corte di Strasburgo. La gravità degli effetti dell'emergenza climatica sul godimento di numerosi diritti umani è da tempo pacifica in dottrina²⁰; non solo, il Comitato ONU dei diritti umani

¹⁵ Riguardo al fenomeno della *climate change litigation*, J. PEEL, H.M. OSOFSKY, *Climate Change Litigation*, Cambridge, 2015; F. SINDICO, M.M. MBENGUE (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Berlino, 2021.

¹⁶ Le principali disposizioni normative a cui la Corte ha fatto riferimento per giustificare una tutela dell'ambiente sono state gli articoli 2 (diritto alla vita), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 10 (libertà di espressione) e 13 (diritto a un ricorso effettivo) CEDU.

¹⁷ Sebbene l'Assemblea generale delle Nazioni Unite abbia riconosciuto per la prima volta il legame tra ambiente e diritti umani con la Risoluzione 2398 (XXIII) del 3 dicembre 1968, tale legame è emerso chiaramente nel principio 1 della Dichiarazione di Stoccolma del 1972, nella Dichiarazione dell'Aja del 1989 sull'ambiente, nella risoluzione della Commissione ONU per i diritti umani "Diritti umani e ambiente" (documento ONU E/CN.4/RES/1990/41, 6 marzo 1990). La sua importanza è stata ulteriormente sottolineata dall'istituzione, nel marzo 2012, da parte dell'Ufficio dell'Alto commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, di un Relatore speciale sui diritti umani e l'ambiente.

¹⁸ Si veda, ad esempio, Corte europea dei diritti umani [GC], sentenza del 30 novembre 2004, ricorso n. 48939/99, *Öneriyildiz c. Turchia*; Corte europea dei diritti umani, decisione del 24 ottobre 2014, ricorso n. 60908/2011, *Brincat e altri c. Malta*.

¹⁹ Si veda, ad esempio, Corte europea dei diritti umani, sentenza del 9 dicembre 1994, ricorso n. 16798/90, *Lopez Ostra c. Spagna*; decisione del 19 febbraio 1998, ricorso n. 116/1996/735/932, *Maria Guerra e altri 39 c. Italia*; sentenza del 22 agosto 2003, ricorso n. 41666/98, *Kyrtatos c. Grecia*; sentenza del 30 novembre 2005, ricorso n. 55723/00, *Fadeieva c. Russia*; decisione del 24 gennaio 2019, ricorsi n. 54414/13 e n. 54264/15, *Cordella c. Italia*.

²⁰ Sul rapporto tra obblighi derivanti dalla normativa cambiamenti climatici e tutela dei diritti umani si vedano, tra gli altri, A. BOYLE, *Climate Change, the Paris Agreement and Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2018, 1 ss.; A. SAVARESI, *Climate Change and Human Rights: Fragmentation, Interplay and Institutional Linkages*, in S. DUYCK, S. JODOIN, A. JOHL (eds.), *Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance*, Abingdon, 2018, 31- 43; M. MONTINI, *Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, 506 ss.

aveva già individuato tale minaccia nel Commento generale n. 36 del 2018. Anche a livello nazionale, numerosi tribunali hanno definitivamente sancito questo legame²¹, tra cui la Corte Suprema olandese nel noto caso *Urgenda*²².

La giurisprudenza della Corte in materia ambientale si è finora concentrata su situazioni in cui i danni lamentati, come quelli derivanti dalla produzione di rifiuti tossici o dall'inquinamento industriale, potevano essere ricondotti ad una fonte specifica e facilmente identificabile, come un edificio o un impianto situato nel territorio dello Stato convenuto. In tali circostanze, il nesso diretto tra la causa del danno e le conseguenze subite dalle vittime risulta evidente, così come l'identificazione delle misure necessarie per mitigare tali danni²³. La Corte ha quindi potuto richiamarsi ai cosiddetti obblighi positivi degli Stati²⁴, indicando alle autorità le modalità per intervenire al fine di porre rimedio alla situazione.

Diversamente, nel caso dei danni derivanti dagli effetti del cambiamento climatico, la questione assume una maggiore complessità²⁵. Risulta, infatti, estremamente difficile identificare con precisione la fonte originaria di tali effetti. È noto che il cambiamento climatico influisce direttamente sull'aumento della temperatura media globale, determinando l'innalzamento progressivo del livello del mare, l'intensificazione di fenomeni atmosferici estremi, e altre conseguenze simili²⁶. Tuttavia, questi effetti sono il risultato cumulativo di tutte le emissioni di gas serra rilasciate nell'atmosfera nel corso di un lungo periodo di tempo. Gli effetti di tali emissioni perdurano e si intensificano a causa dell'elevata capacità

²¹ Si vedano, ad esempio, *Notre Affaire à Tous and Others v. France* (“Affaire du Siècle”); *VZW Klimaatzaak v. Kingdom of Belgium, et al.*; *Friends of the Irish Environment v. Ireland*; *Plan B Earth and Others v. The Secretary of State for Business, Energy, and Industrial Strategy*; *Greenpeace Nordic Association and Nature and Youth v. Ministry of Petroleum and Energy*, tutti disponibili su: <http://climatecasechart.com>.

²² *Olanda c. Urgenda Foundation*, 20 dicembre 2019 – *De Staat Der Nederlanden v. Stichting Urgenda*, in versione originale qui: <https://uitspraken.rechtspraak.nl>.

²³ Sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera*, cit., par. 424. In senso contrario, V. STOYANOVA, *KlimaSeniorinnen and the Question(s) of Causation*, in *Verfassungsblog*, 7 maggio 2024, la quale sottolinea che anche i cosiddetti “casi ambientali classici” presentano le loro complessità, in particolare per quanto concerne la varietà e la molteplicità delle misure che avrebbero potuto essere adottate per eliminare la causa del danno. In tal senso, le misure omesse (ovvero quelle che avrebbero potuto essere intraprese) non sono facilmente identificabili, e ancor meno lo sono in maniera specifica.

²⁴ K.F. BRAIG, S. PANOV, *The Doctrine of Positive Obligations as a Starting Point for Climate Litigation in Strasbourg: The European Court of Human Rights as a Hilfssheriff in Combating Climate Change*, in *Journal of Environmental Law and Litigation*, 2020, 261 ss.

²⁵ Sul punto, A. NOLLKAEMPER, *Causation Puzzles in International Climate Litigation*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2024 (in corso di stampa).

²⁶ Su questo, si vedano i report generali dell'IPCC (Intergovernmental Panel on Climate Change). L'ultimo è il Report AR6: www.ipcc.ch.

termica del pianeta. È evidente, quindi, come la Corte si sia trovata ad affrontare un fenomeno scientifico complesso, il quale richiede un ripensamento della logica tradizionale che sottende ai procedimenti giudiziari. Di conseguenza, la Corte ha scelto di adottare un “approccio su misura”²⁷ – come da essa stessa indicato – al fine di comprendere e valutare le peculiarità del contenzioso climatico, affermando così la rilevanza della Convenzione dinanzi a una delle sfide più urgenti del nostro tempo.

In questo contesto, così altamente caratterizzato da aspetti scientifici, il contributo degli esperti può rivelarsi cruciale²⁸. Come accennato, la Corte ha scelto di fondare le proprie determinazioni sugli studi presentati dai numerosi *amici curiae*, tra cui esperti e scienziati, oltre che sulla base delle argomentazioni di parte²⁹. Tra tali figure terze, l’IPCC emerge come la voce più autorevole³⁰. Richiamando nozioni quali *best available science* e *carbon neutrality*, essa ha potuto determinare la gravità della minaccia rappresentata dal cambiamento climatico, restringendo così il margine di discrezionalità degli Stati riguardo agli obiettivi da adottare per limitare il riscaldamento globale. E ha espressamente riconosciuto la validità delle prove scientifiche relative a cause, evoluzione ed effetti di tale fenomeno, nonché le misure necessarie per contenerlo ben al di sotto di 2°C rispetto ai livelli preindustriali.

Sebbene la Corte disponga del potere di nominare esperti propri, esso è stato utilizzato in modo contenuto³¹. In casi particolarmente complessi, come quello in esame, un maggiore ricorso a questa pratica potrebbe rivelarsi estremamente utile. Ciò permetterebbe ai giudici di acquisire una comprensione più approfondita degli aspetti tecnico-scientifici in questione, consentendo loro di valutare con maggiore rigore le argomentazioni presentate dagli esperti delle parti. L’integrazione di tali conoscenze specialistiche rafforzerebbe la legittimità delle decisioni della Corte, nonché dell’istituzione stessa.

²⁷ Sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera*, cit., par. 422.

²⁸ Sul ruolo degli esperti si veda M.M. MBENGUE, R. DAS, *Experts*, in *Max Planck Encyclopedias of International Law*, Oxford, 2022.

²⁹ Sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera*, cit., paragrafi 392-393, 392-393, 397, 399, 404-405 e 406.

³⁰ Il ruolo dell’IPCC è stato recentemente richiamato anche dal Tribunale internazionale sul diritto del mare nel suo parere consultivo del 21 maggio 2024, cit., par. 208.

³¹ Si veda Corte europea dei diritti umani, sentenza del 18 gennaio 1978, ricorso n. 5310/71, *Irlanda c. Regno Unito*; in questo caso, la Corte ha effettivamente nominato degli esperti per esaminare le condizioni di detenzione e le accuse di tortura e trattamenti inumani o degradanti durante il conflitto in Irlanda del Nord. Il rapporto della Commissione europea dei diritti dell’uomo del 25 gennaio 1976 include le relazioni degli esperti nominati. Le linee guida della Corte sul punto sono reperibili *online*: <https://rm.coe.int>.

3. L'elemento innovativo di questa decisione risiede nell'evoluzione del concetto di "vittima". Secondo l'art. 34 CEDU i ricorrenti devono dimostrare di essere vittime di una violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli da parte degli Stati contraenti. Questo *status* deve perdurare per l'intera durata del procedimento; inoltre, la Corte detiene un certo margine di discrezionalità nel valutare la presenza di tale condizione³². Analogamente al sistema legale svizzero, la Corte non riconosce l'istituto dell'*actio popularis*, il che implica che le vittime devono dimostrare le ripercussioni concrete della presunta violazione sui loro diritti. Tuttavia, la Corte ha costantemente sottolineato l'importanza di non adottare un'interpretazione rigida del concetto di "vittima", promuovendo, invece, un approccio più flessibile, che riflette la sua funzione principale di tutela dei diritti umani³³. Questo orientamento consente di adattare l'applicazione del concetto di "vittima" alle circostanze specifiche di ciascun caso, assicurando così una protezione più adeguata e concreta dei diritti fondamentali.

Nel caso in esame la Corte ha operato un bilanciamento. Da un lato ha riconosciuto l'esistenza di prove scientifiche che attestano l'impatto del cambiamento climatico sull'aumento della mortalità e delle patologie correlate. Dall'altro ha preso atto che il numero di persone potenzialmente esposte a tali rischi è per sua natura indefinito³⁴. Di conseguenza, sebbene la Corte abbia ampliato la nozione di "vittima" per includere le organizzazioni non governative (ONG), ha simultaneamente innalzato in modo significativo lo standard per l'ammissione dei ricorsi individuali. Questi ultimi, invero, dovranno essere in grado di dimostrare (a) la presenza di un'alta esposizione dell'individuo agli effetti negativi dei cambiamenti climatici; e (b) l'urgente necessità di garantire la protezione del ricorrente³⁵.

Per quanto riguarda le ONG la Corte si è spinta oltre³⁶. Attualmente, le associazioni sono considerate la piattaforma più accessibile ai membri della società civile, specialmente in questo contesto. Esse, alla luce della

³² Sul punto, A. MARICONDA, *Victim Status of Individuals in Climate Change Litigation before the ECtHR - Between Old Certainties and New Challenges*, in *The Italian Review of International and Comparative Law*, 2023, 260 ss.

³³ La Corte ha infatti riconosciuto ed individuato tre categorie di vittima ai sensi dell'articolo 34 CEDU: vittime dirette, indirette e potenziali. V. *supra*, nota 31, 264-265.

³⁴ Sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera*, cit., par. 422, par. 478.

³⁵ Sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz*, cit., par. 487.

³⁶ Sulla legittimazione ad agire delle associazioni nella giurisprudenza della Corte, si vedano Corte europea dei diritti umani, sentenza del 10 novembre 2004, ricorso n. 62543/00, *Gorraiz Lizarraga e altri c. Spagna*, par. 38; sentenza del 17 luglio 2014, ricorso n. 47848/08, *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Romania*, paragrafi 103 e 105; sentenza del 20 gennaio 2022, ricorso n. 37857/14, *Yusufeli İlçesini Güzelleştirme Yaşam Kültür Varlıklarını Koruma Derneği c. Turchia*, paragrafi 41 e 43.

decisione in esame, dovranno dimostrare di (a) essere state lecitamente costituite e di essere domiciliate nella giurisdizione d'interesse o, al più, di essere legittimate ad agire in tale giurisdizione; (b) avere uno scopo specifico e ben definito; e (c) essere realmente qualificate e rappresentative degli interessi dei propri associati o di altri soggetti vulnerabili agli effetti del cambiamento climatico³⁷.

L'elemento di vera novità è che, una volta soddisfatti i requisiti, le ONG saranno legittimate ad agire anche quando i loro membri non possiedano individualmente i presupposti per lo *status* di vittima. Sebbene la Corte abbia sottolineato la necessità di evitare che i criteri per lo *status* di vittima si trasformino in un'ammissione di fatto dell'*actio popularis*³⁸, sembra che la maggioranza dei giudici sia giunta a un risultato opposto³⁹. Come osservato dal giudice Eicke nella sua opinione parzialmente dissenziente, nonostante la legittimazione ad agire delle associazioni resti condizionata al soddisfacimento di determinati criteri, un'analisi più attenta rivela che il superamento di tali requisiti non rappresenta un ostacolo significativo. Durante l'udienza del 29 marzo 2023, fu l'allora Presidente, il giudice O'Leary, a chiedere se la Corte avrebbe dovuto rivedere la propria posizione rispetto alla legittimazione ad agire delle associazioni nel contesto del contenzioso ambientale e climatico⁴⁰. Alla luce di questa decisione, è evidente che la Corte abbia scelto di costruire un canale privilegiato per questi soggetti⁴¹.

Occorre notare, inoltre, che la maggioranza degli Stati membri del Consiglio d'Europa è anche parte della Convenzione di Aarhus⁴², la quale garantisce particolari diritti alle associazioni ambientaliste e di cui la Corte ha già riconosciuto la rilevanza nella sua giurisprudenza.

L'estensiva interpretazione del concetto di vittima in questo tipo di contenzioso, a parere di chi scrive, deve essere accolta favorevolmente: tutti sono potenzialmente soggetti agli effetti del cambiamento climatico⁴³ e garantire l'accesso al maggior numero di persone attraverso il vei-

³⁷ Sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz*, cit., par. 502.

³⁸ Ivi, par. 484.

³⁹ J. LETWIN, *Klimaseniorinnen: The Innovative and the Orthodox*, in *EJIL:Talk!*, 17 aprile 2024.

⁴⁰ O.W. PEDERSEN, *Climate Change hearings and the ECtHR*, ivi, 4 aprile 2023.

⁴¹ Si veda l'opinione parzialmente dissenziente allegata dal giudice Eicke alla sentenza qui in commento, par. 45.

⁴² Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, 25 giugno 1998. Sulla sua rilevanza nel presente caso, si veda C. ECKES, T. TRAPP, *The Aarhus Convention's Relevance for Climate Litigation Through the Lens of KlimaSeniorinnen*, in *European Law Blog*, 11 settembre 2024.

⁴³ Sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz*, cit., paragrafi 479 e 483.

colo delle associazioni risulta coerente con gli obiettivi di un sistema di protezione dei diritti umani.

Un ulteriore aspetto riguarda la condizione delle ricorrenti. Esse hanno chiesto alla Corte non solo di riconoscere la loro legittimazione ad agire come individui direttamente colpiti dagli effetti del cambiamento climatico, ma anche di riconoscere il profondo legame esistente tra età, genere e crisi climatica⁴⁴. Le ricorrenti hanno da subito evidenziato come la loro condizione di donne anziane le rendesse particolarmente vulnerabili di fronte a tale fenomeno. Le prove presentate dimostrano che, in generale, le donne di età superiore ai 75 anni sono esposte a un rischio maggiore di morte prematura e di gravi compromissioni della vita familiare e privata a causa del calore eccessivo indotto dal cambiamento climatico, rispetto al resto della popolazione⁴⁵. Tuttavia, la Corte non ha riconosciuto tale correlazione. Sebbene abbia ampliato la nozione di vittima includendo le associazioni, ha dichiarato inammissibile il ricorso delle singole ricorrenti, sostenendo che queste non abbiano dimostrato una “condizione medica critica”. Nonostante l’analisi delle prove sugli effetti sproporzionati del cambiamento climatico su questa categoria di persone, la Corte non ha approfondito le conseguenze giuridiche di tali effetti. Al contrario, ha concluso che il cambiamento climatico colpisce tutti indistintamente.

Nel non riconoscere la specifica vulnerabilità derivante dalla relazione tra età e genere la Corte ha perso un’importante occasione per contribuire agli sforzi di numerosi organismi internazionali per i diritti umani volti a implementare l’intersezionalità⁴⁶ in questo ambito⁴⁷. Inoltre, tale interpretazione potrebbe ostacolare la presentazione di ricorsi da parte di altre categorie particolarmente vulnerabili, come bambini, persone con disabilità, popolazioni indigene e, più in generale, gruppi storicamente emarginati. Sebbene non tutti debbano rivendicare lo *status* di vittima, è

⁴⁴ Sul punto si vedano P. SUBNER, *Intersectionality in Climate Litigation*, in *Verfassungsblog*, 20 aprile 2023; C. HERI (eds.), *Responsive Human Rights: Vulnerability, Ill-treatment and the ECtHR*, Oxford, 2021.

⁴⁵ Sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz*, cit., par. 67.

⁴⁶ Sul punto, K. CRENSHAW, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *University of Chicago Legal Forum*, 1989, 139 ss.; J. COASTON, *The intersectionality wars*, in *Vox*, 28 maggio 2019, reperibile online.

⁴⁷ Sul punto v. Relatore speciale ONU sulla violenza contro le donne, *Violence against women and girls in the context of the climate crisis, including environmental degradation and related disaster risk mitigation and response*, UN Doc. A/77/136, 11 luglio 2022; Commissione ONU sullo status delle donne, *Achieving gender equality and the empowerment of all women and girls in the context of climate change, environmental and disaster risk reduction policies and programmes*, UN Doc. E/CN.6/2022/L.7, 25 marzo 2022.

essenziale che alcuni individui possano farlo⁴⁸. Sarà interessante osservare l'applicazione pratica di questo nuovo criterio nei futuri casi che verranno esaminati dalla Corte.

4. Ritenuto ammissibile il ricorso, la Corte è entrata nel merito delle questioni sollevate dalle ricorrenti. In relazione agli articoli 2 e 8 della Convenzione, i giudici di Strasburgo hanno da subito ritenuto applicabile l'art. 8 alle circostanze del caso, mentre hanno considerato controverso l'uso dell'art. 2. La Corte non è infatti risultata completamente persuasa dall'argomentazione secondo cui le carenze dello Stato convenuto avrebbero avuto conseguenze così potenzialmente pericolose sulla vita delle ricorrenti da giustificare l'invocazione dell'art. 2⁴⁹.

Ciononostante, la Corte ha sottolineato che, nell'analizzare il ricorso alla luce dell'art. 8, avrebbe comunque tenuto in considerazione l'art. 2, poiché i principi elaborati nel quadro dell'art. 2 sono in larga misura assimilabili a quelli dell'art. 8, specialmente nei casi di contenzioso ambientale⁵⁰. Secondo la giurisprudenza della Corte sul tema, gli Stati hanno l'obbligo di predisporre un quadro legislativo adeguato, finalizzato alla tutela della salute e della vita umana⁵¹. A tale obbligo segue immediatamente quello di attuare siffatto quadro in modo tempestivo, al fine di garantire una protezione effettiva di tali diritti⁵².

Alla luce della giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, le conclusioni della Corte in merito agli obblighi positivi degli Stati non appaiono particolarmente innovative. In effetti, la Grande Camera non si è discostata significativamente dal percorso già tracciato in precedenti decisioni, tra cui quella in *Tătar c. Romania*⁵³.

Nel contesto del cambiamento climatico, conformemente agli obblighi internazionali in materia⁵⁴ e alle fondate prove scientifiche presentate,

⁴⁸ D. LUPIN, M.A. TIGRE, N.U. GUTIÉRREZ, *KlimaSeniorinnen and Gender*, in *Verfassungsblog*, 9 maggio 2024.

⁴⁹ Sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz*, cit., par. 536.

⁵⁰ *Ivi*, par. 537.

⁵¹ Corte europea dei diritti umani, sentenza del 30 novembre 2006, ricorso n. 55723/00, *Fadeyeva c. Russia*, par. 128; sentenza del 10 maggio 2011, ricorso n. 30499/03, *Dubsetska e altri c. Ucraina*, par. 143; sentenza del 10 aprile 2012, ricorso n. 30765/08, *Di Sarno e altri c. Italia*, par. 110.

⁵² Corte europea dei diritti umani, sentenza del 16 gennaio 2018, ricorso n. 23383/12, *Cuenca Zarzoso c. Spagna*, par. 51.

⁵³ Corte europea dei diritti umani, sentenza del 27 gennaio 2009, ricorso n. 67021/01, *Tătar c. Romania*, in particolare par. 120.

⁵⁴ Si vedano gli obblighi derivanti dalla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992 e dall'Accordo di Parigi del 2015. Sul punto, M. WEWERINKE-SINGH, *State Responsibility, Climate Change and Human Rights Under International Law*, Londra, 2019; A. RYDBERG, M. FITZMAURICE, M. BRUS, P. MERKOURI, *Research Handbook on*

gli Stati sono tenuti ad adottare ed attuare misure efficaci per mitigare gli effetti attuali e futuri, potenzialmente irreversibili, di questo fenomeno. Essi hanno l'obbligo di agire per prevenire eventi come l'aumento delle concentrazioni di gas serra nell'atmosfera e l'innalzamento della temperatura media globale, che comprometterebbero in modo permanente i diritti di ogni individuo⁵⁵.

Agli Stati deve essere accordato un certo margine di discrezionalità in questo particolare ambito; tuttavia, considerata la gravità della minaccia che il cambiamento climatico rappresenta per il godimento dei diritti umani e riconosciuta la consapevolezza degli Stati rispetto a tale circostanza, la Grande Camera ha operato una distinzione rispetto all'estensione di tale margine. Da un lato ha concesso agli Stati discrezionalità limitata nella definizione degli obiettivi necessari per mitigare gli effetti dannosi di questo fenomeno; dall'altro ha garantito loro un ampio spazio di manovra nella scelta dei mezzi per realizzare tali obiettivi, in ossequio alla dottrina della separazione dei poteri⁵⁶. Questa decisione richiama inevitabilmente il confronto con il caso *Urgenda*, in cui i giudici, pur non interferendo nella scelta delle misure da adottare, imposero allo Stato olandese di ridurre le proprie emissioni stabilendo un obiettivo specifico⁵⁷. Nel presente caso, invece, nonostante la Corte richieda agli Stati di adottare misure con l'obiettivo di raggiungere, "in principio", la cosiddetta *net neutrality*, è evidente la volontà di limitarsi a verificare l'esistenza di una politica adeguata a protezione del sistema, senza imporre specifici obiettivi vincolanti.

Va inoltre sottolineato che tale decisione non ha introdotto un nuovo diritto ad un ambiente sano, né una tutela a favore del clima. La pronuncia si limita semplicemente a constatare i danni subiti dalle ricorrenti, senza affrontare il deterioramento generale dell'ambiente⁵⁸.

Le linee guida tratteggiate dalla Corte, sebbene specificamente elaborate per il contesto del cambiamento climatico, si inseriscono coerentemente nell'orientamento giurisprudenziale finora adottato dai giudici di Strasburgo⁵⁹. Le autorità competenti dovranno quindi adottare delle misure che prevedano *carbon target*, obiettivi intermedi, percorsi specifici per

International Environmental Law, Cheltenham, 2021; B. MAYER, *International Law Obligations on Climate Change Mitigation*, Oxford, 2022.

⁵⁵ Sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz*, cit., par. 546.

⁵⁶ Ivi, paragrafi 543 e 549.

⁵⁷ Sentenza *Olanda c. Urgenda Foundation*, cit. La Corte suprema impose allo Stato olandese di ridurre di almeno il 25% le emissioni di CO₂ nell'atmosfera entro la fine del 2020.

⁵⁸ Sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz*, cit., paragrafi 445-448.

⁵⁹ V. *supra*, nota 47.

ciascun settore e, infine, scadenze e aggiornamenti periodici per monitorare il rispetto degli obiettivi di riduzione delle emissioni⁶⁰.

In conformità con quanto appena delineato, la Corte ha riscontrato una violazione di tali obblighi da parte del Governo svizzero. Il quadro normativo predisposto dallo Stato convenuto si è dimostrato inadeguato al raggiungimento degli obiettivi prefissati e, nonostante il mancato conseguimento degli stessi, il legislatore non è intervenuto in modo tempestivo e concreto per aggiornarlo.

Innanzitutto, la Corte ha rilevato che l'obiettivo fissato dalla legge svizzera sulle emissioni (il cosiddetto *CO₂ Act*), in vigore dal 2013, che stabiliva una riduzione complessiva del 20% delle emissioni di gas serra entro il 2020 rispetto ai livelli del 1990, non è stato raggiunto. Inoltre, ha sottolineato che tale obiettivo era comunque da considerarsi intrinsecamente inadeguato, come già evidenziato in un rapporto del 2009 del Consiglio federale svizzero⁶¹.

Sebbene siano state avanzate diverse proposte di revisione, alcune respinte e altre non ancora entrate in vigore, tali interventi si sono rivelati parziali. L'ultimo atto legislativo, adottato nel settembre 2022 e non ancora in vigore, delega al Consiglio federale svizzero la responsabilità di elaborare e proporre delle misure concrete al Parlamento "in tempo utile"⁶². Pur riconoscendo, ancora una volta, che agli Stati viene attribuita un'ampia discrezionalità nella scelta delle modalità di contrasto al cambiamento climatico, la Corte ha osservato come, in questo caso, il Governo svizzero non abbia adottato misure adeguate né per colmare il vuoto normativo né, soprattutto, per proteggere efficacemente gli individui soggetti alla propria giurisdizione dagli effetti negativi del cambiamento climatico sulla loro salute e vita.

A questo si aggiunge la completa assenza di un *carbon budget*, strumento essenziale per monitorare e limitare le emissioni di gas serra in linea con gli obiettivi climatici. Di conseguenza, lo Stato ha ecceduto il margine di discrezionalità accordatogli, non avendo adottato e attuato misure efficaci, risultando così in violazione dei propri obblighi ai sensi dell'art. 8 della Convenzione⁶³.

5. Per quanto concerne le ulteriori istanze sollevate dalle ricorrenti, la Corte ha esaminato l'art. 6 CEDU, evidenziando il ruolo preminente

⁶⁰ Sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz*, cit., par. 550.

⁶¹ Lo studio indicava come obiettivo per il 2020 una riduzione delle emissioni compresa tra il 25 e il 40% rispetto ai livelli del 1990, si v. sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz*, cit., par. 558.

⁶² Sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz*, cit., paragrafi 565-567.

⁶³ Ivi, paragrafi 558-573.

delle corti nazionali nel contenzioso climatico. La Corte ha identificato le autorità giudiziarie interne come le prime responsabili nel promuovere e garantire il rispetto degli obblighi derivanti dalla Convenzione, specialmente quando le vie legali disponibili agli individui sono limitate⁶⁴. Di conseguenza, ha ritenuto all'unanimità che le autorità giudiziarie svizzere, avendo rigettato il ricorso senza esaminarne il merito, abbiano inevitabilmente compromesso il diritto delle ricorrenti ad un equo processo e alla giustizia.

Sin dalla presentazione di questo e di altri ricorsi sul tema, i governi degli Stati parte hanno espresso perplessità circa l'opportunità di un intervento dei giudici di Strasburgo sulle politiche climatiche nazionali. Tali preoccupazioni derivano da vari fattori: innanzitutto, la complessità della questione e la mancanza di un consenso specifico in materia portano gli Stati ad affrontare il problema secondo le rispettive agende politiche. Inoltre, poiché né la Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici né l'Accordo di Parigi hanno istituito un sistema di controllo giurisdizionale, la Corte europea dei diritti umani rischierebbe di oltrepassare i propri limiti pronunciandosi su tali questioni⁶⁵. Infine, come sottolineato dal giudice Eicke, sottoporre le misure adottate dagli Stati alla giurisdizione della Corte potrebbe rallentare l'attuazione, ottenendo un effetto contrario a quello desiderato⁶⁶.

Nel pronunciarsi sul caso *Klimaseniorinnen*, la maggioranza del collegio ha affrontato tali preoccupazioni. Ben consapevole della rilevanza della questione, la Corte ha ribadito che la responsabilità primaria nella definizione ed applicazione del quadro normativo in materia spetta al potere legislativo ed esecutivo. Tuttavia, pur riconoscendo che i tribunali non possono sostituirsi alle autorità legislative ed esecutive, la Corte ha rivendicato il proprio ruolo di guardiana dello Stato di diritto e del processo democratico, che non si esaurisce nella mera fase elettorale⁶⁷. In coerenza con queste premesse, le autorità giudiziarie sono chiamate a monitorare e garantire il rispetto degli obblighi degli Stati, soprattutto per quanto riguarda l'adempimento degli impegni derivanti dai trattati sul cambiamento climatico da essi ratificati e l'adozione di misure adeguate⁶⁸.

⁶⁴ Ivi, par. 639.

⁶⁵ C. BLATTNER, *Separation of powers and KlimaSeniorinnen*, in *Verfassungsblog*, 30 aprile 2024.

⁶⁶ Si veda l'opinione parzialmente dissenziente allegata dal giudice Eicke alla sentenza della Grande Camera qui in commento, paragrafi 69-70.

⁶⁷ Sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz*, cit., par. 412.

⁶⁸ Ivi, par. 420.

La Corte non si configura, quindi, come un'istituzione che esula dal proprio mandato o che, addirittura, lo eccede. La gravità del fenomeno del cambiamento climatico le ha imposto di riconoscere la minaccia che esso rappresenta per il godimento dei diritti sanciti dalla Convenzione.

Occorre poi aggiungere che, nonostante le critiche sollevate, le decisioni emesse finora in questo ambito non hanno mai travalicato i limiti del legittimo potere giudiziario. Al contrario, si potrebbe sostenere che l'effettiva implementazione delle sentenze non rappresenti ancora un punto di forza dei tribunali. Di fatto, poche decisioni favorevoli ai ricorrenti hanno prodotto un impatto immediato sulla riduzione delle emissioni⁶⁹. Nel caso *Urgenda*, ad esempio, l'obiettivo imposto è stato raggiunto più per effetto della recessione economica provocata dalla pandemia di COVID-19 che per un'effettiva azione governativa⁷⁰.

Infine, è opportuno rilevare che la decisione della Corte è di mero carattere dichiarativo poiché, tenuto conto della complessità della materia e alla luce del margine di apprezzamento accordato agli Stati, sarà la Svizzera stessa a decidere quali saranno le migliori misure da adottare per realizzare gli obiettivi illustrati⁷¹.

6. Avviandoci alla conclusione di queste note, è importante segnalare che alcuni commentatori hanno suggerito che una decisione di questa portata sia stata possibile solo a causa della specificità del contesto svizzero. In effetti, la totale mancanza di un quadro normativo adeguato in materia climatica costituisce una peculiarità della Svizzera, dato che gli Stati membri dell'Unione europea, tra gli altri, hanno già attuato politiche climatiche strutturate e apparentemente coerenti⁷². Nonostante questa sentenza sia formalmente vincolante solo per la Svizzera, essa rappresenta una pietra miliare nella giurisprudenza della Corte. La decisione, infatti, stabilisce un principio chiave: il mancato rispetto degli obiettivi climatici e l'assenza di piani credibili per la riduzione delle emissioni costituiscono una violazione dei diritti fondamentali tutelati dalla Convenzione. Questo principio è destinato ad avere un impatto significativo non solo sui casi pendenti⁷³ e futuri di fronte alla Corte, ma anche, e forse soprat-

⁶⁹ T. GROB, *Why Courts will not Stop Global Warming, but Climate Litigation is Still Useful*, in *Verfassungsblog*, 12 marzo 2024.

⁷⁰ B. MAYER, *The Contribution of Urgenda to the Mitigation of Climate Change*, in *Journal of Environmental Law*, 2023, 167 ss.

⁷¹ Sentenza *KlimaSeniorinnen Schweiz*, cit., par. 656.

⁷² Sul punto si veda O.W. PEDERSEN, *Climate Change and the ECHR: The Results Are In*, in *EJIL:Talk!*, 11 aprile 2024.

⁷³ *Uricchio c. Italia e altri 31 Stati & De Conto c. Italia e altri 32 Stati, Müllner c. Austria, Greenpeace Nordic e altri c. Norvegia & The Norwegian Grandparents' Climate Campaign e altri c. Norvegia, Soubeste e altri c. Austria, Engels c. Germania*.

tutto, sulla giurisprudenza delle corti nazionali degli Stati membri del Consiglio d'Europa.

Il 12 giugno 2024 il Parlamento svizzero ha approvato una mozione non vincolante in cui esprime il proprio disaccordo con la decisione dei giudici di Strasburgo, affermando che la politica climatica e le azioni adottate dal Governo siano già adeguate e sufficienti⁷⁴. Questo segnale di opposizione, sebbene non giuridicamente vincolante, ha il potenziale di influenzare significativamente l'atteggiamento del Governo nel dare seguito alla sentenza. Esso è infatti obbligato a presentare un piano per l'esecuzione della sentenza entro il 9 ottobre. Tuttavia, la necessità di collaborare con il legislatore per attuare tale piano introduce un ulteriore livello di complessità. La mozione del Parlamento potrebbe portare a tensioni politiche e a ritardi nell'implementazione delle misure necessarie, rendendo ancor più difficile il percorso verso l'adempimento degli obblighi imposti dalla Corte⁷⁵.

In ogni caso, non si può che riconoscere l'importanza della decisione resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che per la prima volta ha riconosciuto esplicitamente la relazione esistente tra cambiamento climatico e diritti umani. Questo rappresenta un segnale forte della capacità della Convenzione europea dei diritti dell'uomo di evolversi e adattarsi alle nuove sfide.

In questo contesto, è particolarmente interessante considerare questa decisione alla luce del recente parere consultivo reso dal Tribunale internazionale del mare e in vista del prossimo parere che sarà emesso dalla Corte interamericana dei diritti umani. Infine, spetterà alla Corte internazionale di giustizia, nel procedimento consultivo ancora in corso, il compito di chiarire ulteriormente gli obblighi internazionali degli Stati in materia di cambiamento climatico. L'opinione della Corte potrebbe segnare un ulteriore passo avanti nella costruzione di un quadro giuridico coerente e universale che riconosca e affronti le implicazioni del cambiamento climatico sui diritti umani.

I giudici rivestono un ruolo fondamentale nell'affrontare le sfide poste dal cambiamento climatico, e il fatto che continuino ad esercitare pressioni sui legislatori è indubbiamente un segnale positivo. Tuttavia, l'intervento proattivo del potere giudiziario dovrebbe essere considerato una misura transitoria; una volta che le politiche in materia climatica saranno consolidate, i giudici dovrebbero orientarsi esclusivamente verso il monitoraggio della loro corretta applicazione. In tale prospettiva, i giudici

⁷⁴ B. ÇALI, C. BHARDWAJ, *Watch this Space: Executing Article 8 Compliant Climate Mitigation Legislation in Verein KlimaSeniorinnen v. Switzerland*, in *EJIL:Talk!*, 15 luglio 2024.

⁷⁵ Si veda D. O'SULLIVAN, *Swiss government rebuffs ECHR climate ruling: next stop Strasbourg*, in *Swissinfo.ch*, 28 agosto 2024.

nazionali rappresentano l'organo più adeguato a svolgere tale funzione, soprattutto una volta che i tribunali internazionali avranno chiarito gli obblighi degli Stati.

ABSTRACT

*Climate Change and Human Rights. Notes to ECtHR Judgement Verein
KlimaSeniorinnen and others v. Switzerland*

In its judgment in *Klimaseniorinnen v. Switzerland*, the Grand Chamber of the ECHR for the first time explicitly recognised the relationship between human rights and climate change, despite the absence of an *ad hoc* provision in the text of the Convention. In particular, the Court recognised States' positive obligations under Article 8 («right to respect for private and family life»), drawing on its own environmental jurisprudence. While allowing States discretion in choosing what measures to take, the Court reaffirmed the role of the courts as guardians of the rule of law, especially in the face of the threat of a phenomenon such as climate change.

OSSERVATORIO EUROPEO

LA TUTELA BREVETTUALE DEL FARMACO NELL'ORDINAMENTO MULTILIVELLO TRA PASSATO E FUTURO*

FABIOLA MASSA

SOMMARIO: 1. L'esclusione dei farmaci dal novero delle invenzioni brevettabili. – 2. Il riscatto delle invenzioni farmaceutiche. – 3. L'introduzione dell'istituto del certificato di protezione complementare. – 4. La proposta di regolamento UE di rifusione delle norme già contenute nel reg. (CE) n. 469/2009 sul certificato protettivo complementare per i medicinali. – 5. La licenza obbligatoria in caso di emergenza nazionale sanitaria. – 6. La proposta di regolamento UE relativa alla concessione di licenze obbligatorie per la gestione delle crisi. – 7. *Segue*: l'obbligo indiretto di condividere il *know-how*. – 8. La posizione del Parlamento europeo in prima lettura sulla proposta di regolamento COM(2023) 224 *final*.

1. Il farmaco, o meglio – come si soleva dire originariamente – il medicamento, ha sin dal primo provvedimento normativo sulle privative industriali dell'epoca sabauda (r.d. 30 ottobre 1859, n. 3731) dimostrato di non poter esser facilmente equiparato alle più generali invenzioni del campo della meccanica assunte da tutti gli ordinamenti giuridici, nonché dai vari trattati internazionali sulla materia, a paradigma di riferimento per la formulazione della normativa brevettuale. Ciò in quanto, mentre il primo agisce su un corpo vivente e da questo può essere persino influenzato¹, le seconde hanno invece ad oggetto soluzioni inanimate e cristallizzate. Inoltre, solo il farmaco comporta delle preoccupazioni del tutto ignote al mondo dell'ingegneria pesante².

* Il testo riprende e sviluppa le considerazioni esposte in occasione della relazione tenuta il 24 ottobre 2023 all'interno del Convegno organizzato dall'Università Roma Tre su “La regolazione europea del mercato farmaceutico: tendenze, bilanci, prospettive”.

¹ Si pensi a questo proposito alle due branche della farmacologia, la farmacodinamica e la farmacocinetica. La prima (talvolta descritta come l'azione del farmaco sull'organismo) comprende lo studio degli effetti molecolari, fisiologici e biochimici prodotti dal farmaco sul corpo. La seconda attiene allo studio di ciò che l'organismo fa ad un farmaco una volta assunto e sino alla sua espulsione.

² Ci si riferisce qui alle reazioni avverse che un farmaco può scatenare in colui che lo assume, le quali possono essere lievi, medie o persino gravi ed irreversibili.

Di qui la decisione di sancire, all'art. 6 del r.d. n. 3731, la non brevettabilità sia dei medicinali che dei processi per la loro produzione, giustificata – secondo quanto emerso durante i lavori preparatori – dalla necessità di «evitare che ciarlatani, speciali e segretisti profittassero dell'attestato di privativa per smerciare prodotti non utili alla salute»³. Va detto inoltre che la sottrazione dei medicinali e dei loro processi di produzione dalla tutela brevettuale è sopravvissuta persino alla vigenza di questo decreto, e si è trasfusa nel suo sostituto, il r.d. n. 1127/39⁴, meglio noto come legge invenzioni, e precisamente nell'art. 14, co. 1, di questo.

Tutto ciò è il portato di una delle principali convinzioni che da sempre accompagna il binomio farmaco-brevetto, ossia quella che concedere il brevetto ad un farmaco voglia dire necessariamente autorizzarne direttamente o indirettamente un certo uso, eventualmente anche contrario agli interessi della collettività. A ben vedere, però, questo assunto non tiene nella debita considerazione il fatto che in qualsiasi ordinamento giuridico, di qualsiasi angolo della Terra, il brevetto è concepito come uno strumento neutro e non condizionato da quello che potrebbe essere il successo del trovato una volta introdotto nel mercato, come pure da quante e quali applicazioni esso possa avere una volta commercializzato. Ciò che rileva al legislatore perché un'invenzione sia brevettabile è solo ed esclusivamente che questa non sia stata già divulgata (requisito della novità), risulti originale per un esperto medio del settore (requisito dell'originalità), abbia almeno un'applicazione industriale possibile, ovvero sia reiterabile con costanza di risultato (requisito dell'applicabilità industriale) e che questa applicazione o le altre eventualmente concomitanti, non siano contrarie all'ordine pubblico e al buon costume (requisito della liceità).

Non spetta al brevetto porre degli argini all'uso concreto di un'invenzione industriale, ad esso compete solo il compito di incentivare la ricerca e sviluppo affinché i soggetti, in particolare le imprese o i centri di ricerca, intraprendano certe investigazioni tecnico-scientifiche⁵ sapendo che, se giungeranno a determinati risultati, su di questi potranno ac-

³ Norma peraltro non condivisa da taluni, ed in particolare da Camillo Benso conte di Cavour, v. C. GALLI, *Equivalenza terapeutica e diritto di brevetto nel settore farmaceutico*, in *Il diritto industriale*, 2017, 524.

⁴ Va ricordato che il r.d. n. 1127/39, meglio noto come legge invenzioni, ha abrogato e rimpiazzato completamente il r.d. n. 3731 del 1859.

⁵ Tante sono le funzioni che la dottrina ha inteso ravvisare nell'istituto brevettuale e nel conseguente riconoscimento dei diritti di privativa, tra cui quella per antonomasia dell'incentivo della ricerca industriale qui menzionata. Di questa e delle altre funzioni riferisce *funditus* L.C. UBERTAZZI, *Invenzione e innovazione*, Milano, 1978, 23 ss., a cui si rimanda per gli opportuni approfondimenti.

quisire temporaneamente uno *ius excludendi alios*⁶. Diversamente, spetta ad altri rami del diritto approntare i giusti divieti affinché certi risultati della ricerca non siano utilizzabili, o per dirla in gergo brevettuale, non siano attuati.

Tuttavia, nel corso degli anni ha preso il sopravvento l'errata convinzione che concedere un brevetto significhi necessariamente avallare l'uso di ciò che in esso è descritto. Di guisa che si è assistito nel tempo ad un costante incremento delle disposizioni della normativa speciale domestica in materia di proprietà industriale poste a diniego del rilascio del titolo brevettuale. Si è passati così da poche norme incentrate perlopiù sul mancato riconoscimento nel trovato della qualifica stessa di "invenzione"⁷, ad un assetto arricchito da una serie di prescrizioni contenute in un intero articolo rubricato "esclusioni" e dedicate precipuamente alle invenzioni biotecnologiche⁸.

2. L'impossibilità di brevettare le invenzioni farmaceutiche, sancita nel lontano 1859, si è prolungata in Italia sino al 1978, anno in cui la Corte costituzionale dichiarò con la celebre sentenza n. 20 l'incostituzionalità del co. 1 dell'art. 14 legge invenzioni. Tra le ragioni per cui la Corte riconobbe l'incostituzionalità del comma si possono menzionare: *i*) il contrasto con l'art. 9 della Carta costituzionale, nella parte in cui questo prevede il dovere della Repubblica di promuovere la ricerca scientifica e tecnica; *ii*) la violazione del combinato disposto degli artt. 3 e 41 Cost. Alla luce di questi articoli, infatti, la norma censurata finiva per svantaggiare «gli imprenditori del settore produttivo farmaceutico (nonché alcuni imprenditori di questo nei confronti dei loro concorrenti) rispetto agli imprenditori di altri comparti», impedendo di fatto l'applicazione delle di-

⁶ Va ricordato che con il rilascio di un brevetto su di un'invenzione, il titolare di questo ottiene il diritto esclusivo di poter riprodurre e commercializzare l'invenzione sul territorio del Paese in cui è stato ottenuto il brevetto, per un tempo massimo di venti anni a far data dalla domanda. Si genera quindi con il brevetto una sorta di monopolio legale temporaneo, che una volta concluso è seguito dalla caduta in pubblico dominio dell'invenzione, ossia questa diviene liberamente utilizzabile da parte di chiunque.

⁷ Vedi l'art. 12, commi 2 e 4, del r.d. n. 1127/39, a mente dei quali non sono considerate invenzioni, per quanto qui d'interesse, i metodi per il trattamento chirurgico o terapeutico del corpo umano o animale e i metodi di diagnosi applicati al corpo umano o animale.

⁸ V. l'art. 81-*quinquies* del d. lgs. n. 30/2005, recante il codice della proprietà industriale, d'ora in avanti brevemente c.p.i., dove si rinvencono tra le tante sottrazioni alla tutela brevettuale quella relativa agli embrioni umani, ivi incluse le linee di cellule staminali embrionali umane o i procedimenti tecnologici di clonazione umana. Si è detto in dottrina, G. GHIDINI, G. CAVANI, *Proprietà intellettuale e concorrenza. Corso di diritto industriale*, Bologna, III ed., 2023, 22, che tutte queste esclusioni sono il frutto di «problemi etici di indubbio rilievo», comparsi a seguito dell'avvento delle tecniche di ricombinazione genetica applicate al corpo umano che hanno a loro volta fatto accrescere di importanza il requisito della liceità, un tempo relegato ai margini del vaglio di brevettabilità.

sposizioni sulle invenzioni del lavoratore dipendente al settore farmaceutico.

In altri termini, il divieto di brevettazione dei medicinali e dei loro processi di produzione non consentiva ai dipendenti italiani delle case farmaceutiche di percepire l'equo premio riconosciuto nel caso della c.d. invenzione d'azienda, ossia di quell'invenzione prodotta dal lavoratore ottemperando alle proprie mansioni, ma senza esser stato assunto e appositamente retribuito per svolgere un'attività inventiva. Qui, infatti, le norme prevedono (e prevedevano anche all'epoca del giudicato costituzionale) che per questa tipologia d'invenzione i diritti patrimoniali di brevetto spettino al datore di lavoro⁹, il quale è l'unico che può brevettare l'invenzione; mentre quelli morali sono trattenuti imperativamente dall'inventore, al quale però il datore di lavoro deve erogare un equo premio ad indennizzo dello sforzo inventivo profuso.

Va detto poi che per costante giurisprudenza e, a partire dal 2005, anche ai sensi del dato letterale dell'art. 64, co. 2, c.p.i.¹⁰, il diritto a percepire l'equo premio da parte dell'inventore-lavoratore subordinato è connesso al rilascio del brevetto sull'invenzione da questo prodotta¹¹. Anzi proprio la data del rilascio del brevetto viene a considerarsi il momento costitutivo del diritto del dipendente a poter rivendicare l'equo premio. Di guisa che in assenza, all'epoca del vaglio costituzionale, della possibilità di brevettare le invenzioni farmaceutiche da parte dei datori di lavoro, questi erano posti nelle condizioni di sfruttare comunque le invenzioni d'azienda, magari in regime di riservatezza, senza per questo dover alcun equo premio ai propri lavoratori-inventori¹².

⁹ Così già l'art. 23, co. 2, legge invenzioni ed ora l'art. 64, co. 2, c.p.i.

¹⁰ Questo infatti prevede che «all'inventore, salvo sempre il diritto di essere riconosciuto autore, spetta, qualora il datore di lavoro ottenga il brevetto, un equo premio» (corsivo mio).

¹¹ V., *ex multis*, Cass., sez. lav., sentenza del 16 gennaio 1979, n. 329, secondo cui «l'equo premio, (...) non ha natura di prezzo, che presuppone un acquisto a titolo derivativo per effetto di negozio traslativo, né di vera e propria retribuzione, che presuppone la previsione contrattuale dell'attività inventiva, ma di controprestazione straordinaria, di carattere indennitario, corrisposta "una tantum" per una prestazione straordinaria, costituita dal risultato inventivo. È sicuramente applicabile per l'esercizio del diritto all'equo premio la prescrizione decennale ordinaria, prevista dall'art. 2946 c.c. e non quella breve, prevista dall'art. 2248 c.c. che si riferisce alle prestazioni periodiche, inserite in una "causa debendi" continuativa. Il datore di lavoro acquista il diritto definitivo all'utilizzazione del ritrovato con la concessione del brevetto, e, da questo stesso momento nasce il diritto del dipendente inventore all'equo premio e la possibilità legale di farlo valere concreta la condizione legale per la decorrenza della prescrizione».

¹² Va detto per inciso che con la modifica apportata al co. 2 dell'art. 64 c.p.i. da parte dell'art. 37, d.lgs. n. 131/2010, il diritto all'equo premio è stato allargato anche al caso di utilizzo in regime di segretezza dell'invenzione industriale da parte del datore di lavoro.

L'anno 1978 segna pertanto, nell'asse temporale, lo spartiacque tra il periodo di non brevettabilità e quello di brevettabilità in Italia dei farmaci e dei loro procedimenti di produzione.

3. Una volta accordata anche ai farmaci la possibilità di essere protetti per mezzo di brevetto, l'Italia ha cercato di recuperare quanto prima il terreno perduto rispetto all'esperienza maturata negli altri Paesi, specie in quelli del vecchio continente, e ha varato così nel 1991 la l. n. 349 istitutiva del certificato di protezione complementare (CPC) nazionale. In questo modo, il nostro Paese è stato uno dei pochi, e tra i primi in Europa¹³, a prolungare la tutela brevettuale dei farmaci oltre gli ordinari vent'anni dal deposito della domanda di brevetto, al fine di far recuperare ai titolari dei diritti di privativa il tempo perso per ottenere l'autorizzazione d'immissione in commercio del farmaco¹⁴.

Questo provvedimento è stato di stimolo al legislatore comunitario, tanto da indurlo nel 1992 a promulgare il reg. n. 1768, oggi sostituito dal reg. n. 469/2009/UE, con cui sono state abrogate tutte le norme disciplinanti i CPC nazionali allora vigenti ed introdotto l'istituto del CPC europeo¹⁵. La legge n. 349 può considerarsi il primo precedente in cui il no-

¹³ L'Italia e la Francia si possono considerare i precursori del CPC nazionale nel vecchio continente, sulla scia degli Stati Uniti e del Giappone che invece si sono dotati di regole nazionali sul proprio CPC, rispettivamente nel 1985 e nel 1988, M. SCUFFI, *I certificati complementari di protezione: l'evoluzione della giurisprudenza sui termini di prolungamento brevettuale e l'ambito di protezione*, in *Rivista di diritto industriale*, 2015, I, 6. Per quanto riguarda l'esperienza francese in tema di CPC si v. T. GISCLARD, *L'avenir des certificats complémentaires de protection à l'aune du brevet unitaire et de la Juridiction unifiée du brevet*, in *Propriétés intellectuelles*, 2023, 6 ss.

¹⁴ Una peculiarità delle invenzioni farmaceutiche che le distingue inconfutabilmente dalle invenzioni di qualsiasi altro comparto è proprio il fatto che queste non possono essere attuate e commercializzate sin dalla data di deposito della domanda di brevetto. Ciò in quanto normalmente tali invenzioni sono incorporate nel prodotto-farmaco e questo a sua volta necessita per essere commercializzato di un'apposita autorizzazione di immissione in commercio (AIC) fornita da un'Autorità amministrativa, quale l'AIFA (Agenzia Italiana del Farmaco) per l'Italia o l'EMA (European Medicines Agency) per l'intera Europa. Ecco dunque che per queste invenzioni si viene a creare un'inevitabile disparità di trattamento ed una sottrazione dei tempi effettivi del loro sfruttamento, che il legislatore nazionale ha voluto sanare con l'introduzione nel 1991 del certificato di protezione complementare, ovvero di un titolo che consentiva al titolare della tutela brevettuale di prolungarla, per un arco di tempo pari alla differenza tra la data di rilascio dell'AIC e la data di deposito della domanda di brevetto, ancorché limitatamente ai soli aspetti del brevetto interessati dall'AIC. Con la precisazione che la durata del CPC non potesse andare oltre i diciotto anni.

¹⁵ Questo certificato, diversamente da quello disciplinato dalla l. n. 349, segue una regola computazionale diversa, in quanto per determinarne la durata occorre sottrarre alla data della prima AIC ottenuta in Europa dal farmaco (*alias*: il medicamento in cui è incorporata l'invenzione brevettata), la data della domanda di brevetto, ed a questa differenza occorre obbligatoriamente togliere cinque anni fissi. Il risultato a sua volta può essere al massimo inferiore o uguale a cinque anni.

stro legislatore ha proceduto spontaneamente ed autonomamente ad innovare le regole proprie delle invenzioni farmaceutiche. Il secondo ed ultimo lo possiamo invece rinvenire nel più recente art. 56-*quater* d.l. n. 77/2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 108/2021, con cui l'Italia ha disciplinato, a seguito della pandemia da COVID-19, la licenza obbligatoria in caso di emergenza sanitaria. Novella normativa rimasta, però, dal punto di vista applicativo, inattuata.

Tutti gli altri interventi normativi aventi ad oggetto la brevettabilità delle invenzioni farmaceutiche, ed in particolare quelli recati al vigente codice della proprietà industriale, sono stati frutto invece di innesti esogeni voluti dal legislatore UE. Si pensi ad esempio alla direttiva n. 98/44/CE con cui sono state riconosciute brevettabili le invenzioni biotecnologiche ed introdotti nel codice della proprietà industriale gli artt. 81 *bis*-81 *octies*, ad esse dedicati¹⁶.

Il risultato è un assetto normativo stratificato, declinato il più delle volte per differenza o esclusione rispetto all'assoggettamento alle regole statuite quasi un secolo fa per le invenzioni tangibili, tipiche dell'industria pesante, e non certo pensate per i farmaci di nuova generazione e di tipo innovativo, come quelli sviluppati attraverso le tecniche di ricombinazione genetica¹⁷. Basta leggere l'art. 81-*quinquies*, rubricato "esclusioni", per accorgersi subito che è sottratta alla tutela brevettuale tutta una serie di trovati, quali a titolo di esempio: i protocolli di *screening* genetico, i procedimenti tecnici utilizzando cellule embrionali umane

¹⁶ La direttiva n. 98/44/CE si può considerare solo l'ultimo *step* di un lungo percorso che ha portato al riconoscimento della brevettabilità del materiale vivente, partito dal *Plant Patent Act* statunitense del 1930 ed approdato in Europa non senza ostacoli. Uno di questi è stato proprio il ricorso avverso la direttiva n. 44 presentato dall'Olanda presso la Corte di giustizia UE (con intervento *ad adiuvandum* dell'Italia e della Norvegia), con il quale si è richiesto di accertare le errate basi legali invocate per giustificare l'intervento armonizzatore, la violazione dei principi di sussidiarietà e di certezza del diritto, degli impegni internazionali e dei diritti fondamentali. Ricorso conclusosi con un rigetto (v. Corte di giustizia, sentenza del 9 ottobre 2001, causa C-377/98). Per le altre tappe di questo percorso estremamente accidentato, anche in virtù dell'interferenza prodotta dalla bioetica, si rinvia alle belle pagine di M. RICOLFI, *La brevettazione delle invenzioni relative agli organismi geneticamente modificati*, in *Rivista di diritto industriale*, 2003, I, 5 ss.

¹⁷ Si tratta genericamente dei nuovi medicinali a base RNA e per terapia genica, ovvero di quei farmaci sviluppati per mezzo del coinvolgimento di esperti con competenze che coprono gli aspetti biofisici, quelli computazionali ed infine quelli sperimentali della biologia RNA. Questa tipologia di farmaci segna il passaggio dalla medicina tradizionale basata sui medicinali a sintesi chimica, che taluna dottrina ha definito anche "farmaci-prodotto", F. MASSIMINO, O. D'OVIDIO, *Terapie avanzate e proprietà intellettuale*, in *Il diritto industriale*, 2023, 244-245, a quella avanzata dei "farmaci-processo", ossia di quei farmaci consistenti nel procedimento stesso di manipolazione cellulare del paziente. Questa seconda categoria di farmaci avrebbe il pregio di modificare la risposta autoimmunitaria del soggetto, così da indurre un effetto auto-curativo.

o i procedimenti tecnologici di clonazione umana, ecc. Ciò ha comportato per i giudici, e in talune occasioni per le autorità *antitrust*, che sono stati chiamati a decidere su questioni riguardanti i brevetti farmaceutici, lo sforzo di rinvenire nelle categorie giuridiche esistenti la soluzione di volta in volta più acconcia. Ad essi il legislatore sembra aver delegato anche il compito di arginare le mire espansionistiche delle imprese farmaceutiche, che – specie nel corso dell’ultimo ventennio – sono ricorse a vari stratagemmi per dilatare o prolungare i propri diritti di proprietà industriale. Si pensi in questo caso al deposito di una domanda di brevetto divisionale al fine di recuperare il termine temporale per poter richiedere un CPC¹⁸, oppure al deposito di una domanda di brevetto su di un prodotto composto da più principi attivi già oggetto singolarmente di tutela per mezzo di brevetto di base in vigore, sempre al fine di procrastinare la caduta in pubblico dominio dei diritti di proprietà industriale¹⁹.

Sicché il quadro normativo con cui si trovano ora a fare i conti le imprese farmaceutiche operanti in Italia è dunque alquanto articolato, e non ultimo risente anche degli orientamenti forniti dall’Ufficio europeo dei brevetti per mezzo della propria giurisprudenza interna e delle indicazioni contenute nelle *Guidelines for Examination* adoperate dagli esaminatori di tale Ufficio: queste ultime tra l’altro costantemente aggiornate (da marzo 2023, infatti, è in vigore la nuova edizione).

De iure condendo si può segnalare, infine, che anche il legislatore UE si è recentemente mobilitato, dando vita a tre proposte di regolamento europeo, tutte del 27 aprile 2023, costituenti alcuni pilastri della più ampia strategia farmaceutica europea adottata dalla Commissione europea con la comunicazione COM(2020) 761 *final* del 25 novembre 2020²⁰.

¹⁸ V. il provvedimento n. 23194 dell’AGCM nel caso *RATIOPHARM/PFIZER*, in *Bollettino* n. 2/2012.

¹⁹ V. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 35 luglio 2018, causa C-121/17, *Teva UK Ltd ed altri c. Gilead Sciences Inc.* La Corte di giustizia, in particolare, è stata più volte chiamata a pronunciarsi in tema di certificato di protezione complementare, anche prima del caso *Teva*, cosicché ne è scaturita un’ampia giurisprudenza, di cui una minuziosa rassegna è presente in C. GALLI, *Innovazione e concorrenza nella giurisprudenza UE in tema di SPC*, in *Il diritto industriale*, 2016, 111 ss.; mentre S.J.R. BOSTYN, *Is the European Patent System for (Bio)Pharmaceuticals in Need of Change?*, in *IIC*, 2023, 172, mette in evidenza come le imprese farmaceutiche abbiano negli ultimi anni fatto ricorso, sempre più di frequente, al “drug repurposing”, ossia al deposito di nuove domande di brevetto – ex art. 54, par. 5, della Convenzione sul brevetto europeo riveduta a Monaco di Baviera il 29 novembre 2000 – rivendicanti seconde o ulteriori indicazioni terapeutiche relative a sostanze o principi attivi già coperti da brevetto.

²⁰ In particolare con la nuova strategia farmaceutica europea si intendono perseguire i seguenti obiettivi: a) garantire ai pazienti l’accesso ai farmaci a buon mercato; b) favorire la competitività, la capacità di innovazione e la sostenibilità del comparto farmaceutico dell’UE e la produzione di medicinali di alta qualità, sicuri, efficaci e più ecologici; c) migliorare i

La prima proposta – COM(2023) 231 *final* – è destinata a rivisitare le disposizioni del reg. (CE) n. 469/2009 in tema di CPC europeo, al fine di tenere conto dell'evoluzione giurisprudenziale sulla materia compiuta dalla Corte di giustizia UE nel corso, in particolare, dell'ultimo ventennio, ed al contempo ad introdurre una nuova procedura centralizzata di concessione dei CPC nazionali, alternativa a quella oggi demandata ai soli uffici brevetti dei singoli Stati. La seconda – COM(2023) 222 *final* – è pensata per colmare una lacuna presente nel quadro normativo attualmente vigente, e consistente nell'assenza di un CPC riservato ai brevetti europei con effetto unitario nel frattempo divenuti operativi a partire dal 1° giugno 2023, grazie alla ratifica dell'Accordo sul Tribunale Unificato dei Brevetti. La terza – COM(2023) 224 *final* – è riservata alla regolamentazione dell'istituenda licenza obbligatoria accentrata per la gestione delle crisi.

Delle tre proposte di regolamento, la seconda è senz'altro quella che presenta minori profili di riflessione, ragion per cui la sua trattazione sarà esclusa dalle disamine condotte nelle pagine seguenti.

4. Come accennato sopra, la strategia farmaceutica da ultimo formulata dal legislatore comunitario comprende la proposta di regolamento COM(2023) 231 *final* deputata alla rifusione degli articoli già contenuti nel reg. (CE) n. 469/2009. Questa operazione si è resa necessaria in virtù del fatto che il sistema attualmente vigente prevede che il certificato di protezione complementare possa essere rilasciato solo dai singoli uffici brevetti nazionali, secondo procedure proprie, ancorché in applicazione di regole comuni contenute nel reg. n. 469. Il che ha portato nel corso degli anni a situazioni spesso contrastanti, contrassegnate da rilasci di CPC in alcuni Stati dell'UE e non in altri, ancorché relativi alla stessa invenzione farmaceutica. Da qui poi l'intensificarsi non solo del contenzioso giudiziario nazionale, ma anche di quello in seno alla Corte di giustizia, a cui spesso i giudici nazionali hanno fatto ricorso per mezzo di domande di pronuncia pregiudiziale. Ecco allora che la Commissione europea ha

meccanismi di preparazione e risposta alle crisi, predisporre catene di approvvigionamento diversificate e sicure, affrontare le carenze di farmaci; d) assicurare una posizione forte dell'UE sulla scena mondiale, promuovendo *standard* elevati in termini di qualità, efficacia e sicurezza. In dottrina A. BUCHER, *L'impact de la crise Covid sur les politiques de santé européennes*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2024, 137, ha evidenziato come «la réforme de la législation pharmaceutique adoptée par la Commission le 27 avril 2023 marque un tournant. D'une part, c'est la première fois que la Commission révisé en profondeur simultanément plusieurs actes juridiques relatifs aux produits pharmaceutiques. D'autre part, les objectifs politiques, précédemment liés au marché intérieur, et aux questions traditionnelles de l'innovation et de la sécurité des produits, sont élargis pour embrasser des enjeux plus larges de politique de santé».

compreso come tutto questo abbia determinato, e continui tuttora a determinare: *a*) una duplicazione del lavoro da parte del personale amministrativo degli uffici brevetti nazionali; *b*) la dilatazione dei costi per le imprese, spesso inaccessibili per le piccole e medie imprese innovative; *c*) una notevole incertezza giuridica per i titolari dei diritti di proprietà industriale sulle invenzioni farmaceutiche circa l'esito delle diverse, e spesso parallele, procedure nazionali di richiesta dei CPC.

Alla luce di questo riscontro, la Commissione ha proposto un nuovo testo per il regolamento sul certificato protettivo complementare per i medicinali, sostitutivo del reg. n. 469, così da rendere più prevedibile per i destinatari, e specie per le imprese operanti sul territorio dell'UE, il sistema di rilascio dei CPC. In particolare si è elaborata una riformulazione degli articoli del reg. n. 469 il cui vaglio ha formato oggetto di giudizio da parte della Corte di giustizia nelle cause C-322/10²¹, C-181/95²² e C-482/07²³.

Dalla soluzione ricavata dalla prima causa si è preso spunto per modificare il dettato del par. 1, art. 3, del reg. n. 469, riservato alle "condizioni di rilascio del certificato", che verrebbero ora a divenire cumulative.

²¹ Si tratta della causa *Medeva BV c. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*, decisa con sentenza del 24 novembre 2011, secondo la quale: «1) l'art. 3, lett. *a*, del regolamento (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio 6 maggio 2009, n. 469, sul certificato protettivo complementare per i medicinali, dev'essere interpretato nel senso che esso osta a che i competenti uffici della proprietà industriale di uno Stato membro rilascino un certificato protettivo complementare riguardante principi attivi non menzionati nel testo delle rivendicazioni del brevetto di base invocato a sostegno di una tale domanda; 2) l'art. 3, lett. *b*, del regolamento n. 469/2009 dev'essere interpretato nel senso che, sempre che ricorrano anche le altre condizioni previste da tale articolo, esso non osta a che i competenti uffici della proprietà industriale di uno Stato membro rilascino un certificato protettivo complementare per una composizione di due principi attivi, corrispondente a quella indicata nel testo delle rivendicazioni del brevetto di base invocato, qualora il medicinale, la cui autorizzazione di immissione in commercio viene presentata a sostegno della domanda di certificato protettivo complementare, comprenda non solo la suddetta composizione dei due principi attivi, ma anche altri principi attivi».

²² Ossia la causa *Biogen Inc. c. Smithkline Beecham Biologicals SA*, decisa con sentenza del 23 gennaio 1997, nella quale la Corte ha dichiarato che «allorché un medicinale è protetto da più brevetti base, [...], non osta a che sia concesso un certificato protettivo complementare a ciascun titolare di un brevetto base». Se poi il titolare del brevetto base e il titolare dell'autorizzazione di immissione in commercio del prodotto in quanto medicinale sono persone diverse e il titolare del brevetto base non è in grado di fornire copia di tale autorizzazione agli uffici, la domanda di certificato non deve, per questo solo motivo, essere respinta, in quanto non vi è alcuna disposizione nella normativa sui CPC che obblighi il titolare dell'AIC a fornirne copia di questa al titolare del brevetto base.

²³ Quest'ultima causa ha coinvolto l'*AHP manufacturing BV* e il *Bureau voor de Industriële Eigendom*, ed è stata definita con sentenza del 3 settembre 2009, secondo la quale il titolare di un brevetto di base per un prodotto per il quale, al momento del deposito della domanda di CPC, uno o più certificati sono stati già rilasciati ad uno o più titolari di uno o più altri brevetti di base, ha comunque diritto di ottenere il proprio CPC.

Mentre i giudizi espressi nelle ultime due cause sarebbero alla base dell'innesto di un terzo paragrafo all'art. 3 del regolamento, a mente del quale «il titolare di più brevetti riguardanti lo stesso prodotto non può ottenere più certificati per tale prodotto. Tuttavia, se sono state introdotte due o più domande riguardanti lo stesso prodotto da parte di due o più titolari di brevetti differenti, ciascuno di tali titolari può ottenere un certificato per tale prodotto, purché essi non siano economicamente collegati», e di un secondo paragrafo all'art. 6, in cui si recita che «qualora un brevetto di base sia stato rilasciato in relazione a un prodotto oggetto di un'autorizzazione detenuta da un terzo, al titolare del brevetto di base non è rilasciato alcun certificato per tale prodotto senza il consenso di tale terzo».

Inoltre, la Commissione ha voluto introdurre nella proposta un capo III, assente nel reg. 469, riservato appositamente alla codificazione di una procedura centralizzata del tutto nuova per i CPC sui medicinali, attribuita, per gli aspetti gestori, all'Ufficio dell'Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO), con sede ad Alicante. In altre parole, si sta cercando di istituire una procedura accentrata grazie alla quale il richiedente, titolare di molteplici AIC valide in più Stati dell'UE, possa ottenere un parere positivo dell'autorità esaminatrice centrale a che gli vengano rilasciati i vari CPC dagli uffici brevetti nazionali. Il parere in oggetto sarebbe inoltre vincolante per gli uffici brevetti concedenti, così che il titolare dei diritti di proprietà intellettuale non sia più esposto al rischio di esiti schizofrenici in merito ai rilasci dei CPC nei diversi Stati membri dell'UE.

Il rilascio finale dei CPC rimarrebbe quindi nella competenza esclusiva dei singoli uffici brevetti nazionali, ciò che varierebbe sarebbe invece l'esame della domanda, che nel caso della procedura centralizzata verrebbe ad essere espletato dall'EUIPO. A questo, infatti, spetterebbe il controllo della regolarità formale della domanda e la produzione del parere circa se e per quali Stati, tra quelli designati dal richiedente, sia concedibile il CPC. Il parere sarebbe espresso da un *panel* di tre membri, di cui uno nominato dall'EUIPO e due identificati tra gli esaminatori qualificati e con esperienza in materia di CPC, provenienti da due diversi uffici brevetti nazionali. Per coadiuvare l'attività del *panel* è previsto poi che qualsiasi persona fisica o giuridica possa presentare all'EUIPO delle proprie osservazioni scritte motivate circa la non ammissibilità alla protezione complementare del prodotto oggetto della domanda in uno o più degli Stati membri designati²⁴.

²⁴ Ai sensi dell'art. 25 della proposta di regolamento, le osservazioni possono essere fatte pervenire all'EUIPO entro tre mesi dalla pubblicazione della domanda centralizzata in un apposito registro dell'EUIPO.

Una volta espresso il parere da parte del *panel*, questo sarà pubblicato sul registro dell'EU IPO, disponibile in tutte le lingue ufficiali dell'UE, così da dargli evidenza e consentire sia ai terzi che allo stesso richiedente di poter presentare rispettivamente, un'istanza di opposizione o di ricorso. La prima potrà essere depositata presso l'EU IPO entro i due mesi successivi alla pubblicazione del parere, mentre la seconda potrà essere inoltrata alla Commissione dei ricorsi dell'EU IPO perentoriamente entro due mesi a decorrere dalla data di notifica della decisione. Nell'ipotesi in cui il ricorso, come pure l'opposizione, non dovessero risultare soddisfatti, od altrimenti accolti solo parzialmente, si potrà sempre fare appello al Tribunale della Corte di giustizia ed in ultima istanza alla Corte stessa.

Là dove il parere d'esame centralizzato dovesse essere positivo, questo sarà trasmesso a tutti gli uffici brevetti nazionali designati, tale che essi possano provvedere al rilascio del CPC secondo le proprie regole interne. Se però in uno o più specifici Stati dovessero essere mutate, dopo il deposito della domanda centralizzata, le condizioni richieste per il rilascio del CPC, come ad esempio nel caso in cui il brevetto di base non dovesse essere più in vigore nello Stato a seguito di sentenza passata in giudicato, l'ufficio brevetti di quello Stato dovrà necessariamente negare la concessione del certificato. Infine, anche dopo il rilascio del certificato è sempre fatta salva la facoltà per i terzi di ricorrere ai tribunali nazionali o al tribunale unificato dei brevetti (in caso di brevetto europeo ad effetto unitario), per far accertare la nullità del CPC²⁵.

Da ultimo deve sottolinearsi che, al fine di impedire ai titolari dei brevetti di base di poter evitare la procedura centralizzata d'esame, preferendo depositare tante domande nazionali di rilascio dei CPC, concentrandosi magari solo sugli uffici brevetti nazionali notamente più indulgenti e con procedure amministrative meno rigorose, si è statuito al 'considerando' 25 e all'art. 20, par. 2, della proposta di regolamento che nel caso in cui «il brevetto di base è un brevetto europeo, compreso un brevetto unitario, e l'autorizzazione all'immissione in commercio del prodotto è stata rilasciata mediante la procedura centralizzata a norma del regolamento (CE) n. 726/2004 o del regolamento (UE) 2019/6», non si potrà ricorrere alle procedure nazionali di concessione dei CPC, ma solo ed esclusivamente a quella centralizzata.

Sicché, la pratica già in voga per la ricerca del foro giudiziario più vantaggioso non potrà essere qui mutuata, in quanto ciò comprometterebbe altrimenti il sistema dei CPC.

²⁵ A questi tribunali competono inoltre anche le domande riconvenzionali di nullità del certificato di protezione complementare.

5. Prima di passare all'analisi degli aspetti salienti della proposta di regolamento COM(2023) 224 *final* riservata all'introduzione della licenza obbligatoria accentrata per la gestione delle crisi, è bene indugiare un attimo sull'istituto ad essa più prossimo, ossia sulla licenza obbligatoria in caso di emergenza nazionale sanitaria, previsto in Italia a partire dal 2021 grazie all'inserimento nel codice della proprietà industriale dell'art. 70-*bis*²⁶, di cui si è fatto cenno al § 3.

Questo tipo di licenza obbligatoria non esclusiva, non alienabile e di nuova concezione, è stato fortemente voluto dal Governo in carica durante il periodo della pandemia da COVID-19 e, per certi versi, sbandierato come la soluzione per garantire l'approvvigionamento nel mercato interno dei medicinali e dei dispositivi medici essenziali per le cure da impartire in occasione di un'emergenza nazionale sanitaria. L'art. 70-*bis* prevede così che là dove il Parlamento abbia dichiarato lo Stato di emergenza sanitaria a livello nazionale, e vi siano comprovate difficoltà di approvvigionamento sul territorio italiano dei medicinali e dei dispositivi medici essenziali per affrontare l'emergenza, qualsiasi terzo possa pretendere dai titolari dei brevetti posti a presidio delle facoltà esclusive di sfruttamento di tali medicinali o dispositivi, una licenza obbligatoria. Tale licenza verrebbe ad essere concessa con decreto del Ministero della salute, emanato di concerto con il Ministero dell'allora Sviluppo economico, oggi denominato Ministero delle imprese e del made in Italy. La durata della licenza obbligatoria sarebbe pari al periodo di emergenza o potrebbe al massimo spingersi sino ai dodici mesi successivi alla cessazione dello stato emergenziale. Mentre per quanto riguarda il corrispettivo economico che il licenziatario dovrebbe al titolare del brevetto è stabilito che questo debba essere adeguato e menzionato nel decreto. Inoltre, la norma prevede esplicitamente che il Ministero determini questo corrispettivo tenendo in considerazione il valore economico dell'autorizzazione insita nella licenza.

Se poi si volge lo sguardo all'art. 72 c.p.i. si potrà notare che affinché il terzo possa pretendere la licenza obbligatoria *ex art. 70-bis*, questo debba aver prima espletato con insuccesso il tentativo di ottenere dal titolare del brevetto il rilascio di una licenza volontaria ad eque condizioni. Questo tentativo, previsto anche per le ipotesi di licenza obbligatoria per mancata attuazione di un'invenzione brevettata e per il caso di invenzione dipendente da un'invenzione di base brevettata da altri, se da un lato può apparire giustificato da ragioni sistematiche e di parità di trattamento,

²⁶ L'articolo in questione è stato inserito nel corpo del codice della proprietà industriale per mezzo dell'art. 56-*quater* della l. n. 108/2021 di conversione con modificazioni del d.l. n. 77/2021.

dall'altro si scontra – come segnalato in dottrina²⁷ – con il dettato dell'art. 31, lett. b), dell'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (c.d. Accordo TRIPs, *Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights*²⁸). D'altronde proprio quest'ultimo articolo consente agli Stati aderenti all'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) di derogare al requisito del tentativo di ottenimento di una licenza volontaria proprio in caso di emergenza nazionale o in presenza di circostanze di estrema urgenza.

Senonché, il nostro legislatore sembra aver preferito non avvalersi di tale libertà, finendo così per rendere la licenza obbligatoria che qui occupa difficilmente tempestiva rispetto alle esigenze tipiche di un'emergenza sanitaria. I dubbi circa una reale praticità ed applicabilità dell'art. 70-*bis* c.p.i. si enfatizzano poi se si nota che il dato positivo della norma è in molti tratti estremamente vago. Si pensi ad esempio all'espressione «comprovate difficoltà nell'approvvigionamento di specifici medicinali o dispositivi medici ritenuti essenziali», utilizzata dall'art. 70-*bis* per indicare la *conditio sine qua non* necessaria affinché i terzi possano pretendere la licenza obbligatoria, ma che in punto di fatto non rende chiaro chi debba accertare o dichiarare tali difficoltà. Oppure si osservi il requisito dell'essenzialità preteso nei medicinali o nei dispositivi medici assoggettabili a licenza obbligatoria, al quale di nuovo non si accompagna una precisazione circa chi o come debba essere accertata tale essenzialità.

Senza altro tutto questo testimonia la fretolosità con cui il legislatore italiano ha operato nel coniare questa norma, sopraffatto forse dalla straordinarietà della situazione emergenziale che si stava vivendo in quel momento, ma ciò non toglie che le carenze e le imperfezioni presenti nel dato testuale non potranno che alimentare in futuro i ricorsi in sede giurisdizionale avverso i decreti di rilascio delle licenze obbligatorie. Tutto questo non farà altro che paralizzare l'azione ministeriale, con buona pace della reattività auspicata con l'introduzione di questa nuova tipologia di licenza obbligatoria.

Ecco allora che l'art. 70-*bis* c.p.i. sembra essere destinato, salvo ulteriori interventi correttivi, sempre possibili ed auspicabili alla luce delle

²⁷ V. G. CAVANI, *Una nuova ipotesi di licenza obbligatoria: l'art. 70-bis cod. prop. ind.*, in *Il diritto industriale*, 2021, 528.

²⁸ Per un approfondimento delle peculiarità distintive delle norme contenute nell'Accordo TRIPs rispetto a quelle degli altri Accordi dell'OMC, e per una sintesi del dibattito sviluppatosi in dottrina ed in giurisprudenza, specie per quest'ultima in sede di Corte di giustizia, in merito al riconoscimento di un'efficacia diretta del TRIPs Agreement, si rinvia a G. MORGESE, *L'efficacia delle norme dell'Accordo TRIPs nell'ordinamento comunitario*, in F.P. TRASCIA (a cura di), *Il «Diritto Privato Europeo»: dal mercato unico alla cittadinanza europea*, Napoli, 2010, 361 ss.

riflessioni appena riferite, a rimanere lettera morta, al pari tra l'altro degli articoli 70 e 71 c.p.i., di cui il 70-*bis* ne condividerebbe così le sorti.

6. Come si è accennato al par. 3, la strategia farmaceutica posta in campo dal legislatore UE all'indomani della fine dell'epidemia da COVID-19 si compone di un'ulteriore proposta di regolamento UE, la COM(2023) 224 *final*, con cui si intende riconoscere alla Commissione europea il potere di concedere licenze obbligatorie valide su tutto il territorio dell'Unione o su un determinato numero di Stati UE, a condizione che sia stata "attivata o dichiarata una modalità di crisi o una modalità di emergenza" non circoscritta ad un solo Stato.

In poche parole, con il regolamento *in fieri* la Commissione vuole avocare a sé la legittimazione a intervenire, forzando le normali regole che presiedono al riconoscimento e all'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale, tutte le volte in cui vi dovesse essere una crisi – non solo di natura sanitaria – di portata geografica più ampia rispetto ai confini di un solo Stato membro. La licenza in oggetto potrebbe essere concessa, stando all'art. 2, par. 1, della proposta, solo su: 1) brevetti già concessi (siano essi nazionali, europei od europei con effetto unitario); 2) domande di brevetto pubblicate; 3) modelli di utilità; 4) certificati di protezione complementare; vigenti in uno o più Stati membri e relativi a prodotti o processi essenziali per rispondere alla crisi o per affrontarne gli effetti.

Di qui un primo rilievo, relativo proprio all'ambito di applicazione della licenza obbligatoria, e consistente nell'assenza nell'elenco poc'anzi ricordato delle domande di brevetto segretate, in quanto non ancora accessibili al pubblico²⁹, ma notificate ad uno o più specifici soggetti, quali ad esempio i potenziali licenziatari obbligatori. Non si sa se si tratti di una svista dell'estensore della proposta o se invece sia il frutto di un'espunzione ponderata, sta di fatto però che nei confronti dei soggetti a cui il richiedente la tutela brevettuale abbia notificato il testo della domanda di brevetto, gli effetti della protezione retroagiscono alla data di notifica³⁰. Sicché, stante la sostanziale equiparazione tra le domande di brevetto pubblicate e quelle notificate (ancorché queste ultime con effica-

²⁹ Vale la pena ricordare che ai sensi dell'art. 53, co. 3, c.p.i., la domanda di brevetto depositata presso l'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi è resa accessibile al pubblico solo dopo 18 mesi dal suo deposito o dall'eventuale priorità rivendicata, salvo che il richiedente la tutela non abbia optato per l'immissione anticipata a disposizione del pubblico, nel qual caso la documentazione brevettuale è consultabile da parte di qualsiasi interessato dopo 90 giorni dal deposito.

³⁰ Si v., sul punto, l'art. 53, co. 4, c.p.i., rubricato proprio "effetti della brevettazione", a mente del quale «nei confronti delle persone alle quali la domanda con la descrizione, le rivendicazioni e gli eventuali disegni è stata notificata a cura del richiedente, gli effetti del brevetto per invenzione industriale decorrono dalla data di tale notifica».

cia relativa), non si ravvisano ragioni per cui le domande di brevetto non accessibili al pubblico, ma notificate al terzo, non siano state incluse tra le fattispecie per cui si possa pretendere una licenza obbligatoria. Sostiene vieppiù questo rilievo anche la circostanza per la quale, stando all'art. 8, par. 1, lett. *a*) e *b*) della proposta di regolamento, nel caso in cui la Commissione europea non riuscisse ad identificare tutti i diritti di proprietà intellettuale posti a tutela di uno specifico prodotto per il quale si intende concedere la licenza obbligatoria, questa potrà concedere comunque la licenza, limitandosi semplicemente ad indicare nell'atto d'esecuzione di rilascio della licenza la denominazione comune del prodotto da fabbricare.

Appare chiaro quindi che tra questi diritti di proprietà intellettuale vi potranno essere anche quelli relativi a domande di brevetto pendenti notificate a terzi. Ma c'è di più, perché a ben vedere la licenza obbligatoria potrà investire anche i diritti di proprietà intellettuale riconducibili a domande di brevetto appena depositate e neanche notificate a terzi. Pertanto, il dettato dell'art. 2, par. 1, della proposta di regolamento deve considerarsi del tutto fuorviante, e non in linea con quanto dichiarato al primo paragrafo dell'art. 8. Ciò fa sì che il campo di applicazione del futuro regolamento, almeno per come è ad oggi concepito, deve considerarsi comprensivo di brevetti già concessi, domande di brevetto (in qualsiasi stadio della procedura queste si trovino), modelli di utilità e loro relative domande, ed infine certificati di protezione complementare.

La licenza obbligatoria per la gestione delle crisi sarà come tutte le licenze obbligatorie senza esclusiva ed a titolo oneroso. La sua durata potrà essere pari al massimo alla durata della crisi che ne ha generato l'esigenza, anche se, nel momento in cui la Commissione dovesse aver deciso a favore del rilascio di una licenza obbligatoria in presenza di imperativi motivi d'urgenza debitamente giustificati, la licenza potrà decorrere immediatamente e terminare entro al massimo dodici mesi³¹.

Quanto al corrispettivo è previsto che questo debba essere determinato dalla Commissione europea tenendo in considerazione i seguenti fattori: *a*) il valore economico delle attività autorizzate con la licenza; *b*) l'eventuale sostegno pubblico ricevuto dal titolare dei diritti per conse-

³¹ Così l'art. 7, par. 7, della proposta di regolamento, in cui si richiamano le disposizioni contenute nel successivo art. 24, par. 4, che a sua volta rimanda all'art. 8 del reg. (UE) n. 182/2011, riservato agli atti di esecuzione della Commissione europea immediatamente applicabili. Va notato che mentre l'art. 8 dispone che «la Commissione adotta un atto di esecuzione che è immediatamente applicabile senza previa presentazione ad un comitato e rimane in vigore per un periodo non superiore a sei mesi, salvo che l'atto di base preveda altrimenti», nel caso dell'atto esecutivo con cui viene concessa la licenza obbligatoria, questo rimane in vigore per un periodo non superiore a dodici mesi.

guire l'invenzione o il modello d'utilità; *c*) il grado di ammortamento dei costi di sviluppo sostenuti dal titolare dei diritti; *d*) le circostanze umanitarie eventualmente legate alla licenza. Dopodiché si stabilisce all'art. 9, par. 2, della proposta di regolamento che in ogni caso questo corrispettivo non potrà mai superare il 4% delle entrate lorde totali ottenute dal licenziatario in virtù dello sfruttamento della licenza.

Ecco allora che anche questo passaggio della proposta sollecita nell'interprete un supplemento di riflessione. In particolare, ci si domanda come potrà la Commissione europea determinare il corrispettivo della licenza in tutti quei casi in cui essa non sarà in grado di comprendere quali diritti di proprietà intellettuale sussistano sul prodotto o sul procedimento oggetto di licenza obbligatoria? Se dunque la Commissione non conoscerà gli estremi dei brevetti o dei modelli d'utilità collegati al prodotto o al procedimento, come potrà questa risalire ai legittimi titolari e tenere conto, come recita la norma, degli eventuali aiuti economici che questi abbiano ricevuto o del grado di ammortamento dei costi di sviluppo che questi abbiano sostenuto? Sembra allora ragionevole attendersi che in questo tipo di situazioni, la Commissione opererà in maniera pragmatica e fisserà semmai la *royalty* della licenza ad una cifra di poco inferiore al 4%, salvo poi correggere il tiro con una modifica dell'atto di esecuzione, da realizzarsi una volta integrato il quadro informativo. Sicché la licenza stessa potrà essere con licenziante determinabile e non determinato.

Al fine di prevenire situazioni come quelle prospettate, si presume che la Commissione cercherà di identificare i titolari dei diritti di proprietà intellettuale prendendo contatto, per mezzo dell'organo consultivo di cui all'art. 6 della proposta di regolamento, con le imprese produttrici od esportatrici in Europa dei prodotti per i quali si intende concedere licenza obbligatoria. Ma queste potrebbero essere a loro volta delle licenziatarie, e quindi non è detto che siano in grado di fornire i dati richiesti dalle lett. *b*) e *c*) sopra menzionate, né tanto meno potrebbero essere legittimate a siglare una licenza volontaria, al fine di impedire il rilascio della licenza obbligatoria, se legate al titolare dei diritti da un contratto di licenza esclusiva non trasferibile.

Ciò vuol dire che il meccanismo approntato nella proposta di regolamento necessita per funzionare dell'imprescindibile collaborazione dei titolari dei diritti di proprietà intellettuale, i quali potrebbero essere anche degli operatori economici extra-UE, con un aggravio ulteriore della complessità dello scenario. Di certo è che se la licenza obbligatoria sarà concessa, le imprese che sino a quel momento producevano e vendevano in Europa il prodotto oggetto di licenza obbligatoria, a seguito di licenza contrattuale volontaria, non solo subiranno dei contraccolpi dovuti

all'ingresso nel mercato di un concorrente, quale è il licenziatario obbligatorio, ma potranno pretendere una rimodulazione delle condizioni contrattuali della loro licenza con il titolare dei diritti di proprietà intellettuale, e finanche risolvere il contratto, se siglato originariamente con esclusiva, poiché il licenziante è stato costretto dalla Commissione europea a concedere licenza anche ad altri. Si paventano quindi all'orizzonte delle conseguenze che forse la Commissione non ha ben scandagliato nel formulare questa proposta di regolamento e che potrebbero in alcuni casi risultare persino deleterie per il superamento delle crisi rispetto al *laissez faire* del libero gioco del mercato.

Un altro aspetto su cui la Commissione non sembra aver riflettuto a fondo è, a parere di chi scrive, il contenuto del 'considerando' 14 della proposta di regolamento, a cui non corrisponde alcun articolo interno alla proposta stessa, ma vi fa da contraltare l'art. 80, par. 4, della proposta di direttiva COM(2023) 192 *final*, recante un codice dell'Unione relativo ai medicinali per uso umano e che abroga le direttive 2001/83/CE e 2009/35/CE. In quest'ultimo articolo si trova codificata la sospensione dell'esclusività dei dati e della protezione del mercato prevista ai sensi della legislazione regolatoria, là dove sia stata rilasciata una licenza obbligatoria accentrata su di un farmaco per far fronte ad un'emergenza di sanità pubblica, ancorché limitatamente al licenziatario obbligatorio e per tutta la durata della licenza.

In altre parole il licenziatario obbligatorio avrà diritto di accesso al fascicolo depositato dal titolare del farmaco *originator* presso l'Autorità amministrativa che ha concesso l'autorizzazione di immissione in commercio (AIC) di tale farmaco, senza che a questo gli si possa opporre il periodo di riservatezza attualmente previsto e pari a otto anni a partire dalla prima AIC del farmaco *originator* ottenuta in Europa; né tanto meno il titolare dell'AIC sull'*originator* potrà pretendere l'astensione del licenziatario obbligatorio dalla commercializzazione del suo farmaco all'interno del periodo composto dagli otto anni di riservatezza più due anni, ovvero tre, se nel corso dei primi otto anni il titolare dell'*originator* abbia ottenuto un'autorizzazione per una o più indicazioni terapeutiche nuove ritenute tali da apportare un beneficio clinico rilevante rispetto alle terapie esistenti (c.d. formula 8+2+1)³².

³² Va detto che le tempistiche ad oggi vigenti, e sintetizzate con la formula 8+2+1, sono ritenute dal legislatore euro-unitario non più in linea con i tempi e per questo nella proposta di direttiva COM(2023) 192 *final* sono sostituite in maniera tale da prevedere che il periodo di protezione dei dati passi dagli attuali otto anni a sei, con possibilità, previa valutazione scientifica da parte dell'Autorità competente, di una proroga di: *i*) due anni se i titolari dell'AIC hanno immesso i medicinali di cui trattasi in tutti gli Stati membri coperti dall'autorizzazione; *ii*) sei mesi se rispondono ad esigenze mediche non soddisfatte; *iii*) sei mesi se conducono

Le intenzioni del legislatore sono chiare, si vuole con la sospensione dei vantaggi riconosciuti al titolare dell'*originator*, ai sensi della normativa in tema di autorizzazione d'immissione in commercio dei medicinali, fare in modo che il licenziatario obbligatorio possa avere accesso ai risultati delle prove precliniche e delle sperimentazioni cliniche riportati nel fascicolo dell'*originator*, così da poterli utilizzare per ottenere l'AIC sul proprio farmaco equivalente. Deve notarsi però che la soluzione ideata dalla Commissione europea con il combinato disposto del 'considerando' 14 della proposta di regolamento COM(2023) 224 *final* e dell'art. 80, par. 4, della proposta di regolamento COM(2023) 192 *final* riposa tutta sul presupposto che sia stata rilasciata una licenza obbligatoria. Ma se il farmaco di cui si vuole incrementare la disponibilità in Europa per superare la crisi sanitaria non è più tutelato né da brevetto né da certificato di protezione complementare, ed è invece ancora soggetto ai termini temporali della formula 8+2+1, non solo non vi sarà la possibilità per la Commissione europea di concedere una licenza obbligatoria, stante l'assenza di qualsivoglia diritto di proprietà intellettuale, ma neanche di sospendere i vantaggi del regime regolatorio. Muovendo da questa prospettiva, appare perspicuo che la soluzione approntata dalla Commissione europea nelle mentovate norme non può considerarsi totalmente efficace.

7. È pacifico che per produrre un farmaco necessiti non solo l'autorizzazione all'utilizzo della tecnologia brevettata ed impiegata per realizzarlo, ma anche la cognizione di tutto il *know-how* trattenuto gelosamente riservato dal produttore e adoperato per ottenere il farmaco così come commercializzato. Si tratta perlopiù di conoscenze tecniche e di accorgimenti che solo il produttore detiene e che spesso possono fare la differenza rispetto alla qualità di un farmaco³³. Sicché nella proposta di re-

sperimentazioni cliniche comparative; e iv) un anno se ottengono un'autorizzazione per un'indicazione terapeutica aggiuntiva. La proroga, inoltre, può essere concessa soltanto se i medicinali vengono immessi nella catena di approvvigionamento in quantità sufficiente a soddisfare le esigenze dei pazienti degli Stati membri in cui è stata concessa l'AIC. Di converso, l'ulteriore periodo di due anni di protezione del mercato resta invece inalterato rispetto alle norme attualmente vigenti. Per i medicinali innovativi viene infine prevista la possibilità di beneficiare di una protezione fino a dodici anni là dove sia stata aggiunta una nuova indicazione terapeutica dopo l'AIC iniziale. Su questi aspetti e sulle modifiche recate alla proposta di direttiva in occasione della sua approvazione da parte del Parlamento europeo in prima lettura, si rinvia a G. FARES, *Le recenti proposte della Commissione europea in tema di proprietà intellettuale e market exclusivity: alla ricerca dell'interesse pubblico*, accettato per la pubblicazione nel fasc. 4-24 di questa *Rivista*.

³³ Il *know-how* è stato oggetto in dottrina di molteplici studi, dove ciascuno di questi ha messo in evidenza come il *know-how* può sostanziarsi in un complesso di informazioni di natura economica o tecnica intrise di una loro utilità, vuoi isolatamente intese, vuoi nella loro unitarietà, e note ad un solo soggetto od a pochi privilegiati. Approdo comune delle analisi

golamento COM(2023) 224 *final*, il legislatore UE, non potendo costringere direttamente i titolari dei diritti di proprietà intellettuale a condividere con i licenziatari obbligatori il proprio *know-how* utile per la produzione del medicinale necessario per fronteggiare le crisi, è ricorso ad un *escamotage*. Ovvero ha previsto all'art. 13 della proposta, dedicato ai "rapporti tra titolare dei diritti e licenziatario" un obbligo di collaborazione reciproca ed in buona fede, così da poter richiedere ad entrambe le parti il massimo sforzo per conseguire l'obiettivo della licenza obbligatoria, pur nel rispetto degli interessi individuali. Se questi soggetti non osserveranno l'obbligo, ed in particolare i titolari dei diritti di proprietà intellettuale non faranno in modo che i licenziatari siano in grado di produrre i farmaci oggetto di licenza obbligatoria, la Commissione potrà comminare al soggetto inadempiente un'ammenda (*ex art.* 15 della proposta) non superiore al 6% del rispettivo fatturato totale realizzato nell'esercizio sociale precedente.

Come era naturale attendersi queste disposizioni non sono piaciute alle imprese del comparto farmaceutico. Anzi sono state considerate fonte di possibili problemi, specie in un'ottica globale³⁴. Il rischio infatti è che, se la proposta COM(2023) 224 *final* verrà approvata, così come è uscita dalla penna della Commissione europea, i grandi colossi mondiali

condotte è il riscontro che il *know-how* prima ancora che concetto giuridico, è un fenomeno economico, difficilmente incasellabile in un'unica definizione, tanto che sia nell'ordinamento giuridico nazionale che in quelli sovranazionali sono state coniate molteplici definizioni di *know-how*. Il polimorfismo del fenomeno ha dunque condizionato anche i vari legislatori, così F. MASSA FELSANI, *Contributo all'analisi del know-how*, Milano, 1997, e B. FRANCHINI STUFLER, *Studi sull'evoluzione economica e giuridica del know-how e della sua tutela*, in *Rivista di diritto industriale*, 2005, 363 ss. Di conseguenza volendo censire, senza pretesa di esaustività, i provvedimenti in cui albergano norme sul *know-how* si possono citare la l. 6 maggio 2004 n. 129 in tema di affiliazione commerciale, il regolamento (UE) n. 316/2014 sull'applicazione dell'art. 101, par. 3, TFUE agli accordi di trasferimento di tecnologie (*Technology Transfer Block Exemption Regulation*, TTBER) e gli articoli 98-99 c.p.i., da ultimo modificati a seguito del recepimento della direttiva (UE) n. 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, sulla protezione del *know-how* riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti. Al di là, dunque, delle diverse sfaccettature con cui il *know-how* può presentarsi, preme segnalare che in questa sede esso è inteso come l'insieme delle informazioni ricomprese nel novero dei diritti di proprietà industriale di cui all'art. 1 c.p.i., ancorché come fattispecie atitolata. Sulla differenza tra proprietà industriale titolata, quale quella discendente da una procedura amministrativa, come quella brevettuale, e la proprietà industriale atitolata, si v. A. VANZETTI, *Commento all'art. 1 c.p.i.*, in A. VANZETTI (a cura di), *Codice della proprietà industriale*, Milano, 2013, 11-12.

³⁴ V. l'intervista su *Il Sole24 ore* a Marcello Cattani, presidente di Farindustria, dal titolo *Farmaci: Cattani (Farindustria) boccia nuova licenza obbligatoria in riforma UE*, disponibile in <https://www.sanita24.ilsole24ore.com/art/impres-e-mercato/2023-04-27/farmaci-cattani-farindustria-boccia-nuova-licenza-obbligatoria-riforma-ue-200131.php?uuid=AEFYfwMD>.

del *biopharma* potrebbero decidere di dirottare i propri investimenti fuori dall'UE e di concentrarsi piuttosto su mercati diversi da quello dell'Unione³⁵.

Questo cambiamento sarà tanto più marcato, quanto più le imprese farmaceutiche siano detentrici di un *know-how* di grande valore strategico, persino più importante del proprio portafoglio brevetti. Ragion per cui queste non vorranno di certo esporsi al rischio di doverlo condividere con altri in forza di una licenza obbligatoria. Ed allora ecco che all'Europa potrebbero essere destinati solo quei farmaci la cui produzione non necessiti di particolari accorgimenti tecnici riservati, o quelli meno innovativi. Resta dunque da domandarsi se la Commissione europea abbia effettivamente colto tutti i risvolti che potranno derivare dall'introduzione di siffatte norme, e se sia disponibile a correre il rischio di un'alterazione al ribasso della distribuzione dei medicinali in Europa, soprattutto oggi che nelle farmacie vi è spesso carenza di medicinali.

8. Di recente il Parlamento europeo ha approvato in prima lettura, nella seduta plenaria del 13 marzo 2024, il testo della proposta di regolamento COM(2023) 224 *final* modificato da ben 98 emendamenti. Il che impone qui di riferire dei cambiamenti (ancorché interlocutori) apportati alle disposizioni normative chiamate in causa nei ragionamenti sviluppati *supra* nei §§ 6 e 7.

Orbene, il Parlamento ha innanzi tutto modificato il 'considerando' 24 e l'art. 8, par. 1, lett. *a*), della proposta di regolamento, e ha espunto così la facoltà da parte della Commissione europea di poter adottare l'atto di esecuzione di concessione della licenza obbligatoria, relativa ai prodotti di rilevanza per le crisi, citando semplicemente nella licenza la denominazione comune dei prodotti da fabbricare, in luogo della menzione di tutti i detentori dei diritti di brevetto, di certificato protettivo complementare o di modello di utilità vigenti su tali prodotti. Anzi il dettato normativo del nuovo 'considerando' 24 precisa che «prima della concessione della licenza obbligatoria, la Commissione dovrebbe identificare tutti i diritti di proprietà intellettuale interessati e i relativi titolari. L'atto di esecuzione dovrebbe specificare eventuali garanzie necessarie e il compenso da corrispondere a ciascun titolare dei diritti identificato».

Ciò significa che con queste prescrizioni molto difficilmente la Commissione europea sarà in grado di procedere al rilascio di una licenza

³⁵ Sul punto, il *position paper* sulla "Revisione della legislazione UE in materia di prodotti farmaceutici" della Presidenza del Consiglio dei ministri italiana del 29 marzo 2023, scatta una fotografia del settore e dichiara che «nelle altre aree del mondo, paesi quali USA, Cina, Emirati Arabi Uniti, Arabia Saudita e Singapore adottano politiche altamente incentivanti, mentre l'UE ha già perso un quarto della quota degli investimenti in 20 anni».

obbligatoria, e per giunta in tempi rapidi, così come normalmente richiesto in presenza di crisi o di emergenze. Piuttosto è ragionevole attendersi che questa, come pure l'organo consultivo previsto all'art. 7 a suo supporto, saranno completamente rallentati dalla ricerca di tutti i titolari dei diritti di proprietà intellettuale, e quindi anche di quelli titolari delle sole domande di brevetto non ancora pubblicate.

Ecco quindi che l'ambito di applicazione del futuro regolamento torna nuovamente ad esorbitare i limiti dichiarati all'art. 2, par. 1, così come già segnalato al § 6.

Degli altri emendamenti approvati dal Parlamento europeo vale la pena invece rimarcare l'eliminazione del limite massimo del 4% delle entrate lorde totali ottenute dal licenziatario obbligatorio a titolo di compenso per la licenza, originariamente previsto dall'art. 9, par. 2, della proposta di regolamento, nonché l'inserimento al par. 3 dello stesso articolo di una nuova lettera *d bis*). Quest'ultima stabilisce che la Commissione europea dovrà determinare il compenso per la licenza obbligatoria tenendo in considerazione anche la necessaria divulgazione a favore del licenziatario di segreti commerciali a norma della direttiva (UE) 2016/943, come pure prevedere a titolo di risarcimento per la divulgazione di tali segreti commerciali, un apposito compenso³⁶. Appare chiaro allora come, già solo gli emendamenti qui richiamati siano sufficienti per comprendere che la nuova versione della proposta di regolamento non fa altro che complicare l'azione della Commissione europea e rischia di non consentire il rilascio concreto di alcuna licenza obbligatoria. Non resta dunque che sperare nell'intervento correttivo del Consiglio UE, il quale potrà apportare le necessarie migliorie al testo, ai sensi della procedura legislativa ordinaria (*ex art. 294 TFUE*).

ABSTRACT

Patent Protection of Medicines in the Multilevel Legal System Between Past and Future

This essay traces the full development of patent protection legislation for pharmaceuticals in Italy. In particular, it illustrates, not without some critical remarks, which interventions have been made to the industrial property code in the aftermath of the Covid experience and which, on the other hand, are in the process of being decided in the context of the European pharmaceutical strategy recently adopted by the European Commission. A

³⁶ Così statuisce sia la lett. *d bis*) dell'art. 9, par. 3, che il nuovo art. 13 *bis*, par. 4 della posizione del Parlamento in prima lettura.

special attention is paid to the proposed introduction of new tools, such as the compulsory license decided by the European Commission to tackle crisis or emergencies with a cross-border dimension and the centralised procedure for granting Supplementary Protection Certificates (SPCs) for medicinal products.

ISTITUTI SPECIALIZZATI DELLE NAZIONI UNITE
E ALTRE ORGANIZZAZIONI E ISTITUZIONI INTERNAZIONALI
ORGANIZZAZIONI REGIONALI IN AMERICA LATINA E NEI CARAIBI

*L'attività nel 2020-2024
(prima parte)*

1. *Il quadro generale delle organizzazioni operanti in America Latina e nei Caraibi. Nuovi sviluppi: la Alianza para el desarrollo en democracia e il Consenso de Brasilia.* – Anche nel periodo in esame (luglio/agosto 2020-giugno/agosto 2024) l'attività delle numerose organizzazioni regionali e sub-regionali¹ presenti in America Latina e nei Caraibi non è stata particolarmente intensa e, soprattutto, ha prodotto risultati contraddittori, se non marginali². Pesano, come sempre, le contingenze politiche che si realizzano nei singoli Stati e che si riflettono in maniera diretta sull'attività della maggioranza delle forme associative in esame. Solo eccezionalmente le organizzazioni dell'area riescono ad operare con continuità e, in una prospettiva di medio termine, si sforzano di realizzare gli obiettivi istituzionali condivisi dai membri, senza essere direttamente condizionate da eventi politici contingenti (elezioni presidenziali, cambi di governo, contrasti tra i *leaders* dei singoli Paesi, etc.).

L'esempio tipico è espresso dalle vicende *politiche* dell'UNASUR, che rimane solo formalmente in vita, ma è da tempo inattiva, in quanto sembra che solo tre degli originari dodici Stati siano ancora membri a pieno titolo. Come rilevato nella precedente rassegna, la crisi dell'UNASUR risulta direttamente collegata alla mancata elezione del Segretario generale e, in una differente prospettiva politica, aveva portato nel 2019 all'istituzione dell'ennesima forma associativa denominata *Foro para el Progreso de América del Sur-PROSUR* (ora, come si dirà, anch'essa sostanzialmente inattiva). Attualmente, come si avrà modo di vedere, è in corso un rilancio della cooperazione sud-americana su iniziativa del nuovo Presidente brasiliano Lula Da Silva. In maniera analoga, contingenze politiche di singoli Stati hanno di fatto bloccato le attività di quella che sembrava la meno ideologizzata forma associativa dell'area, rappresentata dall'Alleanza del Pacifico³.

Altra contraddizione del regionalismo latino-americano e caraibico si ritrova nella moltiplicazione delle (già numerose) forme associative con competenze analoghe, cui aderiscono un numero più o meno ampio di Stati dell'area. Così, a complicare un quadro già intricato è stata la realizzazione di una ulteriore iniziativa nel set-

¹ Cfr. *Directorio de organismos, instituciones y agencias intergubernamentales latinoamericanas y caribeñas*, pubblicato dal SELA sub directorio.sela.org/listado-de-organismos.aspx ove si fa riferimento a 121 diverse fattispecie associative.

² Cfr. sull'integrazione latino-americana e caraibica, *América Latina y el Caribe frente a los desafíos de la integración del Siglo XXI*, SELA, Caracas, novembre 2023, e *Perspectivas del Comercio Internacional de América Latina y el Caribe 2023. Cambios estructurales y tendencias en el comercio mundial y regional: retos y oportunidades*, CEPAL, Santiago de Chile, 2023.

³ La crisi politica in corso sia nell'ambito dell'AP che del MERCOSUR ha, di fatto, interrotto il negoziato per la definizione di relazioni bilaterali, potenzialmente significative.

tembre del 2021, quando tre Paesi di lingua spagnola dell'America Centrale/Caraibi (Costa Rica, Panama e Repubblica Dominicana) hanno costituito l'*Alianza para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática*⁴. A tale iniziativa, ora denominata *Alianza para el desarrollo en democracia*⁵ (ADD), ha aderito nel 2022 l'Ecuador. Si tratta di una forma associativa di natura debole, non convenzionale (*soft organization*, ovvero organizzazione di concertazione) sorta su iniziativa dei Capi di Stato con competenze politico-economiche in via di progressiva definizione⁶. Rispetto a tale nuova ennesima iniziativa deve rilevarsi la frequenza degli incontri presidenziali⁷ e l'esplicito appoggio degli Stati Uniti⁸. La nuova *Alianza* si caratterizza per la volontà di coniugare sviluppo economico e democrazia parlamentare (intesa in senso ampio, come Stato di diritto, tutela dei diritti umani e delle minoranze)⁹. In proposito, può osservarsi come, nelle più recenti forme associative dell'area in esame, i cambiamenti interni di regime politico risultino direttamente connessi all'esplicita previsione dei principi della democrazia parlamentare e dello Stato di diritto¹⁰.

Per quanto riguarda le altre organizzazioni, una attività ridotta si ritrova in ALADI e SELA e quasi inesistente nel PROSUR, mentre un rilancio si è avuto nella CELAC, in passato a lungo inattiva. Viceversa, relativamente attiva appare, pur nella sua marginalità politico-ideologica, l'ALBA. Egualmente incerto appare il futuro delle più significative e pragmatiche espressioni del regionalismo latino-americano, rappresentate dal MERCOSUR e dall'AP. Ancora, marginale risulta l'attività della Comunità andina, anche se sembra superata la sostanziale inattività degli anni passati, mentre sempre significativa appare la giurisprudenza del Tribunale andino. Del pari, non particolarmente significative appaiono le attività svolte dalle organizzazio-

⁴ Il documento istitutivo della nuova *Alianza* è un brevissimo *Comunicado Conjunto* dei Presidenti (e un altrettanto breve documento) approvato a New York il 22.9.2021, in occasione della sessione ordinaria dell'AG delle NU, in stretto collegamento con la crisi haitiana e il conseguente flusso migratorio verso la Repubblica Dominicana.

⁵ Nell'ottobre del 2021 è stata approvata la c.d. *Declaración de Panamá*, ove la specificazione degli obiettivi emerge dalla nuova denominazione collegata alla congiunta declinazione di *democrazia* e di *sviluppo economico*; cfr. *Declaración de los Presidentes de la ADD*, Panamá, 20.10.2021 cui ha fatto seguito il *Memorandum de entendimiento (MdE) entre la República Dominicana, la República de Costa Rica y la República de Panamá*, Puerto Plata, 11.12.2021.

⁶ Cfr. *Declaración de Puerto Plata. III Reunión de los Presidentes de la ADD*, Panamá, 20.10.2021 relativa alle competenze d'attribuzione espresse nel *Diálogo Político, Cooperación* e nel *Comercio e Inversión*.

⁷ Cfr. *Declaración de San José, IV Reunión de los Presidentes de la ADD*, San José, 21.3.2022; *Declaración de la Alianza para el ADD*, New York, 21.9.2022, ove l'adesione dell'Ecuador e l'approvazione della *Declaración sobre la situación en Haití*. Da ultimo, nella *Declaración de Quito, VI Reunión de la ADD*, Quito, 6.3.2023 sono meglio specificate le competenze relative a *Diálogo político, Cooperación, Sostenibilidad ambiental y economía circular, Comercio e inversiones*.

⁸ Cfr. *Memorandum de entendimiento (MdE) entre los Estados Unidos de América, la República de Costa Rica, la República Dominicana, la República de Panamá en apoyo del Diálogo consultivo sobre asociaciones para el crecimiento económico y las cadenas de suministro*, Washington, D.C., 22.7.2022. In attuazione di tale iniziativa nel marzo 2024 si è tenuto a Punta Cana un incontro relativo a «(...) Esfuerzos Conjuntos en la Cadena de Suministros», cui hanno partecipato gli Stati interessati, il *Consejo Empresarial de la ADD* e il *Banco Interamericano de Desarrollo*.

⁹ Nella logica dell'ADD, sono stati emanati diversi atti di natura politica e di valore esortativo fra cui, *Comunicado de la ADD sobre la situación en Guatemala*, s.d.; *Declaración sobre los atentados en Ecuador*, 2.12.2022; *Comunicado de la ADD sobre la situación el Perú*, 9.12.2022; *Comunicado de la ADD sobre la situación en Brazil*, 3.1.2023; *Comunicado de la ADD sobre situación en República del Ecuador*, 24.5.2023; *Comunicado de la ADD sobre el proceso electoral en Venezuela*, 17.7.2024.

¹⁰ Così, in termini letteralmente assai simili nell'AP e nel PROSUR (cfr. la precedente rassegna), ma anche nel MERCOSUR e, come appena visto, anche nell'ADD.

ni regionali nell'area dei Caraibi. Infine, eccezionalmente articolato ha continuato ad essere il regionalismo centroamericano, di cui – però - non appare agevole render conto, anche limitatamente alle due espressioni più importanti del SICA e de SIECA.

2. *La Comunità degli Stati Latinoamericani e Caraibici (CELAC)*. – La CELAC costituisce la più ampia forma associativa dell'area e rappresenta per gli Stati partecipanti (tutti i Paesi a sud degli USA) un meccanismo di dialogo e di concertazione, in primo luogo politica. Nel periodo considerato, la CELAC ha ripreso gradualmente le sue attività (in passato sospese), anche se alle storiche difficoltà – soprattutto di ordine politico – si sono sommate le problematiche d'ordine sanitario. A partire dalla riunione del gennaio 2020, di cui nella precedente rassegna, il Messico ha attivamente contribuito ad un rilancio delle attività comuni. Viceversa, contraddittoria e legata a contingenze politiche è la posizione del Brasile, il cui Presidente Bolsonaro aveva nel 2020 sospeso la partecipazione, poi ripresa con l'elezione nel 2022 del nuovo Presidente Lula Da Silva.

Circa le attività della CELAC, il 24.7.2021 – in occasione della *XXI Riunione* dei Cancellieri tenuta a Città del Messico – si è approvato un sintetico ma denso documento denominato *Nota conceptual*¹¹, ove si valuta in maniera positiva l'esperienza della CELAC e, pragmaticamente, ci si pone l'obiettivo primario di attribuirle il ruolo di interlocutore comune dei suoi Stati nei confronti dei *socios extra regionales*¹².

Ha fatto seguito il *VI Summit* del 16-18.9.2021, sempre tenuto in Messico, che ha portato alla ripresa delle attività al livello dei Capi di Stato e di Governo (peraltro, non tutti presenti e, sovente, rappresentati). In tale occasione è stata approvata una lunga Dichiarazione finale di Città del Messico¹³ ove *scompare* il pragmatismo che caratterizzava la *Nota conceptual* e, oltre a contingenti considerazioni in materia sanitaria, si prende posizione su tutte le problematiche globali e regionali reiterando la tradizionale retorica *onnicomprensiva* tipica delle riunioni apicali dei *leaders* latino-americani e caraibici¹⁴. Le uniche considerazioni realistiche sono relative alla creazione dell'*Agencia Latinoamericana y Caribeña del Espacio*¹⁵, nonché il riferimento alle precedenti conclusioni dei Ministri degli esteri, così ribadendo il ruolo della CELAC come strumento d'azione comune agli Stati nelle relazioni internazionali, sia in ambito globale che bilaterale¹⁶.

¹¹ Cfr. *Nota conceptual sobre la conclusión del proceso de reflexión, XXI Reunión de Cancilleres de la CELAC*, 24.7.2021. Anche il *Plan de Trabajo para la PPT 2021 de la CELAC* proposto dal Messico era relativamente sintetico e prevedeva (sei) *Ejes transversales de acción* e (nove) *Areas de trabajo*.

¹² Cfr. *Nota conceptual sobre...* cit., pp. 3-4.

¹³ Cfr. *Declaración de la Ciudad de México. VI Cumbre de Jefes y Jefes de Estado y de Gobierno de la CELAC*, Ciudad de México, 18.9.2021.

¹⁴ La *Declaración de la Ciudad de México* compie un riferimento ai seguenti temi: Principi di diritto internazionale, Carta delle NU, Democrazia e Stato di diritto, Commercio multilaterale, Lotta alla corruzione, Lotta alla povertà, Equa ripresa economica post-pandemica, IMF e diritti speciali di prelievo, Gioventù, Uguaglianza di genere, Diritti umani, Popoli indigeni e afrodiscendenti, Lotta al colonialismo, Questione delle Malvine, Schiavitù e genocidio indigeno, Diritti umani dei migranti, Cambiamento climatico, Ambiente, Rischio di disastri, Armi nucleari, Traffico di stupefacenti, Terrorismo in tutte le sue forme, Tecnologia dell'informazione e della comunicazione. Per ciascuna di queste tematiche si auspicano comportamenti coerenti degli Stati membri e, più in generale della Comunità internazionale.

¹⁵ Cfr. *Declaración de la Ciudad de México...*, cit., sub 43.

¹⁶ Cfr. *Declaración de la Ciudad de México...*, cit., sub 44.

La ripresa delle attività della CELAC trova conferma nella continuità degli incontri dei Ministri degli esteri e la *XXII Riunione* è stata tenuta a Buenos Aires il 7.1.2022. In tale occasione di passaggio della Presidenza *pro tempore* all'Argentina, è stato presentato l'ampio *Plan de Trabajo* per il 2022 che, assai ottimisticamente, indica ben 15 punti relativi sia a problematiche interne (soprattutto sanitarie)¹⁷ sia, ancora una volta, relative al dialogo con *socios extra regionales*¹⁸.

Nella successiva *XXIII Riunione*, i Ministri degli esteri sembrano aver *definitivamente smarrito* il sano pragmatismo della *Nota conceptual* e hanno approvato una dichiarazione analoga per onnicomprensività a quelle del Summit del 2021¹⁹. Segue, negli ora regolari lavori della CELAC, il *VII Summit* biennale tenuto a Buenos Aires il 24.1.2023²⁰, cui hanno partecipato tutti gli Stati anche se, sovente, non rappresentati a livello apicale. La dichiarazione finale si muove sulla falsariga delle precedenti e ne aumenta l'ampiezza e la *retorica*, così le *tredici* pagine della Dichiarazione del 2021 diventano ben *ventotto* nel 2023. Sono oggetto di trattazione innumerevoli tematiche che vanno da problemi di dimensione globale, con ricadute regionali²¹, ad aspetti di dimensione strettamente regionale²². Inoltre, si moltiplicano dichiarazioni specifiche e documenti su temi eterogenei, di cui risulta evidente il carattere meramente esortativo e spesso, come detto, ampiamente retorico²³. Di un certo rilievo appare sia la conferma del ruolo potenziale della CELAC nella definizione delle relazioni esterne con soggetti terzi, sia il riferimento al possibile coordinamento delle azioni delle diverse organizzazioni attive nell'area²⁴.

Il più recente *VIII Cumbre de la CELAC*²⁵ è stato tenuto a Kingstown l'1.3.2024 e si è concluso con la tradizionale dichiarazione finale di ben trentatré

¹⁷ Cfr. *Plan de Trabajo 2022*, CELAC 2022 Argentina.

¹⁸ Cfr. *Comunicado: Celebración de la XXII Reunión de Cancilleres de la CELAC*, Buenos Aires, 7.1.2022.

¹⁹ Cfr. *Declaración Conjunta XXIII Reunión de los Ministros y Ministras de Relaciones Exteriores de los países miembros de la CELAC*, Buenos Aires, 26.10.2022. Anche in tale Dichiarazione l'unico realistico contributo è alle relazioni con soggetti terzi (sub 26-30), mentre dal punto di vista delle attività interne significativo è il riferimento (sub 31) ad un *Plan de Trabajo de la CELAC 2022* proposto dalla Presidenza argentina e che trova il consenso di tutti gli Stati membri.

²⁰ Cfr. *Declaración de Buenos Aires. VII Cumbre de Jefes y Jefes de Estado y de Gobierno de la CELAC*, Buenos Aires, 24.1.2023 che si articola in ben 111 punti.

²¹ Cfr. *Declaración de Buenos Aires...* ove il riferimento a: «i) recuperación económica, seguridad alimentaria y energética, ii) estrategia sanitaria, iii) abordaje del problema mundial de las drogas, iv) cooperación en materia ambiental, v) gestión integral de desastres, vi) ciencia, tecnología para la inclusión social, vii) transformación digital, viii) situación de las mujeres, jóvenes y niñas».

²² Cfr. *Declaración de Buenos Aires...* ove il riferimento a: «i) infraestructura para la integración, ii) juventudes, iii) afrodiscendientes, iv) lenguas indígenas, v) migraciones, vi) discapacidad; vii) cooperación entre academias diplomáticas, viii) integridad pública, prevención y lucha contro la corrupción».

²³ Fra i documenti approvati cfr. la *Declaración especial sobre migración*, Buenos Aires, 24.1.2023. Nella medesima occasione, sono state approvate anche altre *Declaraciones especiales* relative a: i) questione delle Malvine, ii) promozione della donna, iii) blocco economico di Cuba, iv) armonia con la natura, v) lotta al terrorismo, vi) disarmo nucleare, vii) traffico illecito di armi, viii) integrazione regionale energetica della CELAC, ix) conservazione degli oceani, x) lingue indigene, xi) sistemi alimentari e pratiche tradizionali. Peraltro, taluni temi di cui nelle dichiarazioni speciali si ritrovano anche nella Dichiarazione finale.

²⁴ Cfr. *Declaración de Buenos Aires...* ove il riferimento a: «i) intervención en foros multilaterales y coordinación con organismos regionales, ii) diálogo con socios extraregionales, iii) Cuba, iv) Venezuela, v) Malvinas, vi) Puerto Rico».

²⁵ Cfr. *Declaración de Kingstown. VIII Cumbre de Jefes y Jefes de Estado y de Gobierno de la CELAC*, Kingstown, 1.3.2024.

pagine, ove si tratta una sfera amplissima di tematiche, soprattutto di dimensione globale, ma anche, naturalmente, di dimensione regionale²⁶ (ivi compresa l'importanza dei *camelidi* e il loro apporto alla sicurezza alimentare²⁷). Nell'ambito della consueta retorica, di un certo interesse sotto la voce *integración regional* è l'attenzione a problemi infrastrutturali (linee aeree, corridoi di integrazione fisica, libertà di transito, etc.)²⁸. In tale quadro, si ritrova solo un cenno al rafforzamento istituzionale della CELAC e al suo ruolo di attore comune per un dialogo con *socios extra regionales* che viene trattato sub *Cooperación Sur-Sur y Relaciones Extraregionales*²⁹. A tal fine è stato firmato dai rappresentanti della CELAC e del SELA un *Memorando de Entendimiento*³⁰.

Di un certo rilievo è la partecipazione al Summit del 2024, in qualità di osservatori, dei Segretariati di SELA, AEC, ALADI, SICA, CAn, CARICOM, ALBA-TCP che hanno sottoscritto una Dichiarazione congiunta di cooperazione reciproca, mirante, fra l'altro, a evitare le duplicazioni, promuovere la convergenza e definire una agenda comune³¹. Si tratta di opportunità che dovrebbero essere colte, ma sulla cui reale futura realizzazione ci sia consentito, in relazione alle passate esperienze, di esprimere significative perplessità.

Nell'ambito della citata prospettiva di cooperazione interregionale, di indubbio interesse sono le relazioni tenute, oltre che con Stati, a partire dalla Cina³², con altre forme associative, in primo luogo con l'UE. In particolare, nel periodo considerato, a partire dal lavoro preparatorio dei Ministri degli esteri³³ e da una densa comunicazione della Commissione³⁴, è stato tenuto a Bruxelles nel 2023 il III Summit dei Presidenti UE-CELAC. In tale occasione è stata approvata una dichiarazione finale³⁵

²⁶ Le amplissime tematiche trattate sono relative a: i) stabilità economica, sicurezza alimentare e coesione sociale, ii) integrazione regionale, iii) salute e risanamento, iv) transizione energetica, telecomunicazioni e cooperazione spaziale, v) tecnologia dell'informazione e delle comunicazioni, vi) cooperazione Sud-Sud e relazioni extraregionali, vii) cambio climatico e mitigazione dei disastri, viii) pace e sicurezza, ix) popoli afrodiscendenti, popoli indigeni e decolonizzazione, x) crimine organizzato transnazionale, xi) uguaglianza di genere, donne, giovani e persone con incapacità, giustizia riparatoria.

²⁷ Cfr. *Declaración de Kingstown...*, cit., sub 21.

²⁸ Cfr. *Declaración de Kingstown...*, cit., sub 23-27.

²⁹ Cfr. *Declaración de Kingstown...*, cit., sub 43-47.

³⁰ Cfr. *Memorando de Entendimiento SELA-CELAC*, sottoscritto dalla Presidenza pro tempore della CELAC e dal Segretario permanente del SELA in occasione dell'*VIII Cumbre* di Kingston, Il testo non è stato sinora oggetto di pubblicazione e sembra, stranamente, riferirsi al solo anno 2024. Dovrebbero esservi definite le modalità dell'*assistenza* del SELA nella gestione delle relazioni esterne degli Stati aderenti, che sono 33 per la CELAC e 25 per il SELA. Gli otto Stati non aderenti al SELA sono *piccoli* Paesi dei Caraibi.

³¹ Cfr. *Declaración conjunta de SELA, AEC, CAn, ALADI, CARICOM, SICA, y ALBA-TCP en el marco de la VII Cumbre CELAC*, Kingstown, 1.3.2024. Si veda l'incontro tenuto in occasione del Summit UE-CELAC, di cui si dirà.

³² Cfr. *El Plan de Acción China-CELAC*, febbraio 2022.

³³ Cfr. *Hoja de ruta birregional 2022-2023, Renovando la asociación birregional para fortalecer la paz y el desarrollo sostenible*, Buenos Aires, 27.10.2022.

³⁴ Cfr. *Comunicazione congiunta al Parlamento europeo e al Consiglio. Una nuova agenda per le relazioni dell'UE con l'America latina e i Caraibi*, Bruxelles, 7.6.2023, JOIN(2023) 17 final.

³⁵ Cfr. *III Summit CELAC-UE Declaración de la Cumbre UE-CELAC Summit de 2023*, Bruxelles, 18.7.2023 (OR.en) 12000/23. La cooperazione bicontinentale UE-CELAC si articola in una pluralità di livelli istituzionali (apicali, ministeriali, sub-ministeriali, ma anche politico-parlamentari) e opera in una pluralità di settori di cui non è possibile dar conto. Si veda ancora *EU-CELAC Roadmap 2023 to 2035 indicative list of bi-regional events*, Brussels, 17.7.2023.

ove si dà conto sinteticamente delle diverse attività svolte in comune su base bicontinentale³⁶.

3. *Il Sistema Economico Latino-Americano (SELA) e l'Associazione Latino-americana di Integrazione (ALADI)* - Per quanto riguarda le storiche organizzazioni del SELA (1975) e dell'ALADI (1960/1980), si è detto come alla prima aderiscano 25 Stati latino-americani e caraibici, tutti membri della CELAC, e come analoghe risultino le competenze d'attribuzione. In particolare, le due organizzazioni *tienen concordancia* nella gestione comune dei rapporti sia politici che economici con Stati e organizzazioni terze. In tal senso si è osservato come, in assenza di una *auspicabile fusione*, si ipotizzi la definizione di una *agenda acordada*, nonché una gestione comune di tali relazioni esterne. Inoltre, come si è detto, in occasione del *VIII Cumbre de la CELAC* è stato firmato un *Memorando de Entendimiento* con la tenuta di riunioni ministeriali *ratione materiae*, fra l'altro, nei settori di infrastrutture, energia, competitività, migrazione. Il coordinamento reciproco SELA/CELAC si è sinora realizzato con cautela e una iniziativa presa dalla Presidenza argentina della CELAC ha portato ad un *Foro comune* tenuto il 16.12.2022 in presenza dei Segretariati dei *Mecanismos de Integración Regionales y Subregionales* (ALADI, SICA, MERCOSUR, CAn, AEC nonché di altre forme associative dell'area, quali OLADE, CEPAL, CAF, IICA)³⁷. In tale logica, in occasione del citato *VII Cumbre CELAC* del 2023, si sono incontrati i Segretari di SELA, AEC, SICA, CAn, ALADI, CARICOM, CELAC, ALBA-TCP, MERCOSUR³⁸. Hanno fatto seguito la riunione, a Bruxelles in occasione del III Summit CELAC/UE del 17-18.7.2023, delle Segreterie di alcune organizzazioni regionali (SELA, AEC, SICA, CAn, ALADI, CARICOM) in qualità di osservatori³⁹, e la riunione del 1.3.2024 delle Segreterie delle organizzazioni regionali (presenti sempre come osservatori: AEC, ALADI, CAn, CARICOM, SICA, ALBA-TCP, SELA). Si è così approvata una breve *Declaración conjunta* ove si assume l'impegno a lavorare insieme e ad evitare duplicazioni di sforzi nella esecuzione delle proprie competenze⁴⁰, auspicando una cooperazione e una convergenza dei diversi attori regionali⁴¹.

Nello svolgimento delle relazioni esterne per conto dei suoi Stati membri, il SELA, nel corso del 2023, ha firmato con la FAO un *Convenio Marco de cooperación para la cooperación técnica e institucional entre SELA e FAO*⁴² e con l'OIM

³⁶ Si ricorda come, indipendentemente dalle relazioni bicontinentali con la CELAC, l'UE mantenga rapporti differenziati (anche pattizi) con singoli Stati (Cile, Messico), con organizzazioni regionali (MERCOSUR, CAn), nonché con gruppi di Stati (CARIFORUM, Paesi centroamericani, AP).

³⁷ <https://www.sela.org/es/prensa/notas-de-prensa/...> 2023.

³⁸ <https://www.sela.org/es/prensa/notas-de-prensa/n/85270> ... Buenos Aires, 24.1.2023.

³⁹ <https://www.sela.org/es/prensa/notas-de-prensa/n/84970> ... 16.12.2022. Può osservarsi come varino i rappresentanti delle diverse forme associative dell'area latino-americana e caraibica, peraltro genericamente definite di *integrazione*.

⁴⁰ <https://www.sela.org/es/prensa/notas-de-prensa/...> 2024 *Declaración conjunta de sela-aec-can-aladi-caricom-sica-y-alba-tcp en el marco de la VIII Cumbre CELAC...*, Kingstown, 1.3.2024. Occorre osservare come si riconosca il «pleno respecto de la soberanía de nuestros pueblos, su diversidad económica, social y cultural».

⁴¹ <https://www.sela.org/es/prensa/notas-de-prensa/...> 21.4.2023. Nella stessa logica di razionalizzazione ma su base bilaterale (talora, allargata), si pone l'iniziativa del 21.4.2023 dei Segretariati di SELA e SICA per la gestione comune della sicurezza alimentare, cui hanno partecipato anche i rappresentanti di AEC, ALADI, CAn, ALBA-TCP, MERCOSUR.

⁴² <https://www.sela.org/es/prensa/notas-de-prensa/...> 8.6.2023.

un *Memorando de Entendimiento para el trabajo conjunto en materia migratoria*⁴³, mentre a Brasilia il 26.6.2023 si è tenuto il primo incontro fra SELA e OTCA⁴⁴.

Per quanto riguarda le attività ordinarie del SELA, sono state tenute le riunioni annuali del *Consejo Latinoamericano XLVI* (2020), *XLVII* (2021), *XLVIII* (2022)⁴⁵. In tali occasioni, come di consueto, è stato approvato il programma di lavoro annuale (peraltro assai limitato), il bilancio dell'organizzazione e si è provveduto a nomine interne (Tribunale amministrativo, etc.) e a quella dei membri della *Mesa directiva*⁴⁶. Inoltre, oltre a decisioni assolutamente marginali, è stata approvata la *tradizionale* dichiarazione contro il blocco economico degli USA a Cuba⁴⁷. Il *XLIX Consejo Latinoamericano* è stato tenuto a Caracas il 5-6.12.2023 ma non è noto il testo conclusivo, quanto piuttosto il *Programa de Trabajo 2022-2026* collegato al perseguimento degli obiettivi dello sviluppo sostenibile e relativo a tre tematiche specifiche: *recuperación económica, digitalización y desarrollo social*⁴⁸. In buona sostanza, si conferma, con tono declamatorio, il tradizionale approccio esortativo.

Ancor più ridotte sono state, nel periodo in analisi, le attività dell'ALADI e, dopo tre anni di pausa, i tredici Stati membri si sono riuniti nel 2023 con una partecipazione espressa a livello ministeriale. In tale occasione sono state approvate una risoluzione di carattere generale e alcune risoluzioni su tematiche specifiche, fra cui una relativa ai Paesi a minor sviluppo economico relativo. Si tratta sempre di atti di carattere esortativo e, in particolare, alcune risoluzioni ministeriali di carattere raccomandatorio invitano il *Comité de Representantes* ad operare attivamente. Tale approccio volontaristico è espresso con i termini di «encomendar» e «solicitar».

In maniera coerente con la natura dell'ALADI occorre analizzare gli atti, istruttori o di attuazione, approvati dal citato *Comité de Representantes* che costituisce l'elemento di continuità della cooperazione intergovernativa gerarchicamente organizzata. Le risoluzioni di tale organo, a parte alcuni atti interni di carattere organizzativo⁴⁹, si caratterizzano per il naturale rapporto gerarchico con il livello ministeriale e quali attuazione di opzioni così espresse dal livello superiore. In particola-

⁴³ <https://www.sela.org/es/prensa/notas-de-prensa/> ... 26.9.2023. Sul tema, si veda l'ulteriore iniziativa di dimensione regionale rappresentata dalla *Conferencia Suramericana de Migraciones* conclusa con la *Declaración de Santiago XX Conferencia suramericana sobre migraciones Presidencia pro tempore de Chile, Migración, integración y cooperación: hacia una agenda migratoria regional*, Santiago de Chile, 12-14.10.2022.

⁴⁴ <https://www.sela.org/es/prensa/notas-de-prensa/> ... 26.6.2023. L'OTCA è la storica organizzazione di cooperazione cui aderiscono gli Stati dell'area amazzonica.

⁴⁵ Sulle iniziative realizzate nell'ambito del SELA nel triennio 2020-2022, peraltro di rilevanza assolutamente marginale, cfr. *XLVI Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano*, Caracas, 16-17.11.2020, *SP/CL/XLVI.O/IF-20 REV.1* ove sono state approvate le *Decisiones nn. 587-594*; *XLVII Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano*, Caracas, 29-30.11.2021, *SP/CL/XLVII.O/IF-21*; *XLVIII Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano*, Caracas, 29-30.11.2022, *SP/CL/XLVIII.O/IF-22*; analogamente in tale occasione sono state approvate le *Decisiones nn. 596-602*.

⁴⁶ La *Mesa directiva* del SELA è un organo interstatale a composizione ristretta che opera con scarsi poteri in casi di urgenza, nel periodo fra le riunioni ministeriali annuali.

⁴⁷ Cfr. *XLVI, XLVII, XLVIII Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano*, Caracas, 16-17.11.2020, *Declaración: Fin del bloqueo económico, comercial y financiero de Estados Unidos contra Cuba*.

⁴⁸ Cfr. *Programa de Trabajo 2022-2026 XLIX Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano*, Caracas, 4.12.2023, *SP/CL/XLIX.O/DN°4-23*.

⁴⁹ Cfr. *Resolución 473 -ALADI/CR/Resolución 473- Reestructuración de los Grupos de Trabajo del Comité de Representantes*, Montevideo, 14.12.2022 e *Resolución 482 -ALADI/CR/Resolución 482-Normas para el funcionamiento de reuniones en la Asociación*, Montevideo, 1.12.2022.

re, sono state approvate tre risoluzioni del *Comité de Representates* di attuazione di analoghe risoluzioni ministeriali di *favor* per i Paesi a minor sviluppo economico⁵⁰.

Infine, per quanto riguarda gli accordi *parziali* conclusi nell'ambito dell'ALADI da alcuni suoi Stati membri, si è proceduto alla sottoscrizione di Protocolli addizionali a preesistenti accordi (cc.dd. *Protocolos Adicionales* ad *Acuerdos de Complementación Económica*). Si tratta, in genere, di trattati bilaterali (eccezionalmente multilaterali); nella specie, riguardano accordi fra i Paesi MERCOSUR e concernono aspetti secondari in materia commerciale approvati, nell'ambito del MERCOSUR, con atti imputabili all'organizzazione⁵¹.

4. *Unione delle Nazioni Sudamericane (UNASUR) e suo possibile superamento*

– Nei primi anni del periodo in esame (2020-2022), la crisi dell'UNASUR si è ulteriormente aggravata e deve prendersi atto dell'assoluta inattività dei suoi organi istituzionali (in particolare, in assenza di un Segretario). Tuttavia, tale inattività non ha portato al suo formale scioglimento⁵². Più di recente (2023-2024), come già detto, i nuovi Presidenti di alcuni Stati (Brasile, Colombia, Cile) si sono espressi in favore di una ripresa della cooperazione fra i Paesi dell'America meridionale. Si tratta, in particolare, dell'iniziativa del Presidente brasiliano Lula Da Silva di procedere ad un deciso rilancio dell'integrazione sudamericana. Così, è stato tenuto a Brasilia il 30.5.2023 il *Cumbre de Presidentes de América del Sur* concluso con l'approvazione di un sintetico documento denominato *Consenso de Brasilia*⁵³, ove si ipotizza una ripresa della cooperazione fra i dodici Paesi sud-americani, anche se, significativamente, non si compie alcun riferimento all'UNASUR⁵⁴. Nel *Consenso* si indicano i principi dell'azione comune, in primo luogo il dialogo fra le parti⁵⁵. Sono altresì indicate le ampie (potenziali) aree di competenza⁵⁶, mentre solo cenni sono dedicati agli aspetti istituzionali e alle modalità d'azione della nascente forma associativa⁵⁷.

⁵⁰ Si tratta delle Risoluzioni nn. 485, 486 e 487 del 19.12.2023.

⁵¹ A titolo di esempio, la direttiva del MERCOSUR N°115/23, *Acciones puntuales en el ámbito arancelario por razones de abastecimiento*, approvata dalla Commissione di Commercio (MERCOSUR/CCM/DIR: N°115/23) corrisponde, nell'ambito dell'ALADI, al *Acuerdo de Complementación Económica N° 18 Centésimo Nonagésimo Protocol Adicional Apéndice 78 - ALADI/AAP.CE/18.190/Apéndice 78*, 23.10.2023.

⁵² L'UNASUR rimane formalmente in vita, anche perché alcuni Paesi che si erano ritirati o che avevano sospeso la loro adesione hanno dichiarato che intendono riprendere la partecipazione.

⁵³ *Consenso de Brasilia*, Brasilia, 30.5.2023.

⁵⁴ Peraltro, come si vedrà, il *Consenso de Brasilia* è richiamato dai Presidenti del MERCOSUR e Paesi associati nel Comunicato congiunto del LXII Summit del luglio del 2023 (sub 41), ove sembra si intenda rafforzare il ruolo del MERCOSUR e dei suoi membri associati.

⁵⁵ Nel *Consenso de Brasilia* non è presente alcun riferimento all'aggressione russa dell'Ucraina e ad altri casi di *interferenze negli affari interni* degli Stati, anche se una delle competenze sembra essere quella di *proiettare* la voce dell'America del sud nel mondo.

⁵⁶ Nel *Consenso de Brasilia*, le tematiche rilevanti sono: i) cambiamento climatico; ii) lotta al crimine organizzato; iii) commercio e investimenti; iv) connettività digitale; v) cooperazione transfrontaliera; vi) difesa; vii) sviluppo sociale; viii) educazione e cultura; ix) energia; x) finanziamento allo sviluppo; xi) genere; xii) gestione dei rischi dei disastri naturali; xiii) infrastrutture e trasporti; xiv) integrazione produttiva; xv) migrazioni; xvi) salute e xvii) sicurezza alimentare.

⁵⁷ Nel *Consenso de Brasilia* le modalità d'azione del *grupo de contacto liderado por los Ministros de relaciones exteriores* si manifestano in dichiarazioni o decisioni che richiedono il consenso degli Stati partecipanti.

A tale iniziativa ha fatto seguito, nell'ottobre 2023, una riunione a livello di Ministri degli esteri e l'approvazione di un secondo documento denominato *Hoja de Ruta para la Integración de América del Sur* che, in maniera meno vaga, indica i termini della nuova integrazione sud-americana⁵⁸. Si definiscono le competenze denominate settori di lavoro⁵⁹, specificando la priorità per «iniciativas concretas con un impacto positivo en le condiciones de vida de las poblaciones» e sottolineando la necessità di evitare duplicazioni con «otros mecanismos internacionales o regionales»⁶⁰.

Nel medesimo incontro dell'ottobre 2023 sono stabilite alcune regole istituzionali, peraltro tipiche e paradigmatiche della concertazione di carattere politico-diplomatico⁶¹ come declinata nell'area latino-americana e anche altrove. Si tratta della previsione di riunioni annuali dei *Presidenti*, di quelle almeno semestrali dei *Ministri degli affari esteri*, nonché di più frequenti incontri dei *Coordinatori nazionali*.

In realtà, tali regole sono state rapidamente superate e, già nel novembre del 2023, è stata tenuta, sempre a Brasilia, una riunione congiunta dei Ministri della difesa e degli affari esteri che ha ulteriormente definito principi e regole del nuovo *potenziale* regionalismo sudamericano⁶². Ha fatto seguito, nel gennaio 2024, il passaggio della Presidenza semestrale dal Brasile al Cile e sono state convocate riunioni ministeriali in ambito specialistico. Si sono così tenute la *I Reunión de Ministros y Ministras de Educación del Consenso de Brasilia*⁶³, la *I Reunión de Ministros y Altas Autoridades de Seguridad Pública y Crimen Organizado*⁶⁴.

In buona sostanza, il *Consenso de Brasilia* sembra operare in piena autonomia, senza alcun riferimento – come detto – alla fallimentare esperienza dell'UNASUR, e si fonda su principi astrattamente condivisi da tutti i partecipanti: rispetto della sovranità degli Stati partecipanti (e non interferenza negli affari interni), rispetto dei

⁵⁸ Cfr. *Hoja de Ruta para la Integración de América del Sur*, 5.10.2023. Dai primi documenti non si comprende se si tratti di una nuova iniziativa che sostituisce l'UNASUR. Nei successivi, però, si rileva l'assoluta autonomia rispetto alla precedente esperienza che, coerentemente, non viene mai nominata.

⁵⁹ Per i 17 settori di lavoro, cfr. *Hoja de Ruta para la Integración ...*, cit., 2-3.

⁶⁰ Cfr. *Hoja de Ruta para la Integración ...*, cit., 3.

⁶¹ Cfr. *Implementación del Punto 7 del Consenso de Brasilia Hoja de Ruta para la Integración de América del Sur*, 5.10.2023. Si prevedono vari livelli istituzionali (Capi di Stato o di Governo; Ministri degli esteri; Coordinatori nazionali) con una Presidenza a rotazione e riunioni informali. Si prevede altresì la creazione di reti di contatto regionali su temi di interesse comune. Secondo indicazioni informali, le riunioni apicali dovrebbero perdere il ruolo di cassa di risonanza politica espressa nelle retoriche dichiarazioni finali per concentrarsi su incontri personali e su temi specifici, secondo il modello delle organizzazioni asiatiche.

⁶² Cfr. *I Reunión Sudamericana de Diálogo entre de Ministros y Ministras de Defensa y de Relaciones Exteriores*, Brasilia, 22.11.2023. Nel documento conclusivo si sottolinea come il dialogo fra gli Stati sudamericani si fondi (sub 2) sul rispetto della diversità, «comprometida con la democracia y los derechos humanos, el desarrollo sostenible y la justicia social, el Estado de derecho y la estabilidad institucional, la defensa de la soberanía e integridad territorial, la no injerencia en asuntos internos y la resolución pacífica de disputas».

⁶³ La fonte è un breve comunicato del Ministero degli esteri del Cile relativo alla «presidencia pro tempore del mecanismo». Sempre nel gennaio 2024 è stata approvata la «Declaración de los Países sudamericanos miembros del Consenso de Brasilia» sulle vicende avvenute in Ecuador relative a minacce dell'ordine pubblico da parte della delinquenza organizzata.

⁶⁴ Tale riunione tenuta in Cile il 18.4.2024 ha visto l'intervento del Presidente cileno Boric, a sottolineare l'importanza dell'iniziativa.

diritti umani⁶⁵, dei principi della democrazia parlamentare e dello Stato di diritto. In che misura si riuscirà a sviluppare in concreto tale approccio non retorico e poco ideologizzato è tutto da verificare. Forse potrà contribuire la limitata area di competenza materiale della costituenda nuova forma associativa che, almeno nell'attuale Presidenza cilena, sembra concentrarsi su pochi settori d'azione⁶⁶. Circa la sovrapposizione fra UNASUR, formalmente ancora in vita e *Consenso de Brasilia* sembra improbabile una loro contemporanea coesistenza, onde c'è da augurarsi che gli Stati dell'America meridionale decidano quale formula dare alla loro cooperazione. Al momento sembra prevalere l'informale *Consenso de Brasilia* ove, come detto, non sembrano ancora essere emerse le (potenziali) contraddizioni politico-ideologiche che hanno caratterizzato in passato l'UNASUR.

5. *Il Mercato Comune del Sud (MERCOSUR)*. – Come anticipato, anche il MERCOSUR, pur nella sua relativa solidità rispetto alle altre forme associative dell'area, *soffre* delle contingenze politico-economiche che si manifestano nei diversi Stati membri. Dal punto di vista politico, basti qui ricordare l'elezione di nuovi Presidenti, in particolare nei due Paesi più significativi dell'organizzazione (Brasile e Argentina). Peraltro, la crisi politica in Venezuela aveva portato, già nel 2017, alla sospensione del Paese caraibico dallo *status* di membro, mentre nel senso dell'ampliamento si pone l'avvenuta ratifica del trattato di adesione della Bolivia da parte del Parlamento brasiliano. Sì che lo Stato andino dovrebbe divenire il quinto Paese aderente al MERCOSUR anche se, secondo le previsioni del Protocollo di adesione, adotterà la disciplina in vigore, in particolare quella in maniera commerciale (unione doganale imperfetta), in un periodo di quattro anni a partire dalla data della sua adesione⁶⁷. Peraltro, immediatamente prima del *LIV Summit* del luglio 2024, la Bolivia ha ratificato il trattato e, quindi, sembra aver assunto la veste di membro pieno⁶⁸.

Nella valutazione dell'attività del MERCOSUR, va osservato come, nonostante le relazioni politiche a livello apicale risultino spesso assai problematiche, non si è mai giunti ad una rottura (e ad una sostanziale inattività della cooperazione). Anzi, i risultati concreti conseguiti in ambito istituzionale non appaiono negativi in ragione di approfondimenti di un certo rilievo, di cui si dirà. Viceversa, relativamente ridotta è stata la produzione normativa in ambito materiale, ove si è sempre alla ricerca di

⁶⁵ Si ricorda come il Venezuela abbia receduto nel 2012 dalla Convenzione panamericana di tutela dei diritti umani e da diversi Stati sudamericani non sia considerato come uno Stato *democratico* e rispettoso dei diritti umani

⁶⁶ Secondo dichiarazioni non ufficiali, durante la sua Presidenza il Cile concentrerà la sua azione nei tre settori privilegiati relativi a «gestión de riesgo de desastres naturales, transformación digital e migración (ma anche, tema de género – combate al crimen organizado)».

⁶⁷ La Bolivia partecipa alla CAN, che prevede l'instaurazione di una unione doganale fra i suoi Stati membri, ma di tale aspetto non si dà alcun conto nel Protocollo di adesione. Viceversa, si compie un esplicito riferimento agli accordi con il Venezuela nell'ambito dell'ALBA-TCP, anche se al tempo della firma (2015) lo Stato caraibico era membro del MERCOSUR. Non è chiaro come tali multiple adesioni possano essere risolte nei quattro anni in cui la Bolivia si è impegnata ad adeguare la propria legislazione a quella del MERCOSUR. Logica vorrebbe il recesso della Bolivia sia dalla CAN che dall'accordo commerciale nell'ambito dell'ALBA-TCP.

⁶⁸ Ancora, a fine agosto del 2024, il sito ufficiale del MERCOSUR indica come non conclusa la procedura di adesione della Bolivia

un equilibrio complessivo fra le diverse e contraddittorie esigenze degli Stati membri, differenti per dimensione economica e prospettive politiche⁶⁹.

Nel periodo in esame, sono stati tenuti i tradizionali Vertici presidenziali, cui, talora, hanno partecipato uno o più fra i Paesi associati e, come tradizione, è stato approvato un comunicato finale dal contenuto estremamente eterogeneo e, spesso, fortemente retorico⁷⁰. A tali incontri apicali hanno partecipato Presidenti in scadenza di mandato o appena eletti (talora, i vice) e, come osservato, anche per tale ragione, talora i diversi documenti hanno spesso un carattere sostanzialmente interlocutorio⁷¹. Caratterizzato, invece, da sano realismo appare il comunicato congiunto approvato in occasione del *LXIII Summit* tenuto a Río de Janeiro il 7.12.2023⁷², mentre più problematico è risultato essere il *LXIV Summit* dell'8.7.2024, preceduto da polemiche personali fra i Presidenti di Brasile e Argentina⁷³. Ciò nonostante, nel Comuni-

⁶⁹ Per riferimenti periodici sulle attività, si veda *Informe Semestral*, curato con scadenze regolari dalla *Secretaria* del MERCOSUR.

⁷⁰ Gli incontri tenuti fra dicembre 2020 e dicembre 2021 si sono svolti in video-conferenza. Cfr. *Cumbre 2/2020 Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes y Bolivia del MERCOSUR - (LVII Cumbre - LVII CMC ACTA 2/2020)* e *Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes y Estados Asociados del MERCOSUR*, 16.12.2020, ove le difficoltà di funzionamento dell'organizzazione, anche collegate alla crisi pandemica, emergono chiaramente dalle espressioni usate «tomaron nota, reafirmaron, reiteraron (...)» e si sottolinea il carattere raccomandatorio dei comunicati. Cfr. *Cumbre 2/2021 Comunicado conjunto dos Presidentes dos Estados Partes do MERCOSUL e Estados Asociados*, 8.7.2021 (*LVIII Cumbre - LVIII CMC - Acta 2/2021*) durante la quale è stata sottoscritta dai Ministri degli esteri la *Declaración Especial de los cancilleres de los Estados partes del MERCOSUR Y Estados asociados. Condena al asesinato del Presidente de Haiti Jovenel Moïse*, LVIII CMC, 7.7.2021. Cfr. *Cumbre 3/2021 Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados*, 17.12.2021 (*LIX Cumbre - LIX CMC ACTA 3/2021*), ove trovano spazio realistici riferimenti ad attività concrete, come in materia infrastrutturale, e il richiamo a potenziali attività, da parte sia degli Stati interessati, sia di Stati e organizzazioni terze. Cfr. *Cumbre 1/2022 Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados*, Asunción, 21.7.2022 (*LX Cumbre - LX CMC ACTA 1/2022*), durante la quale è stata sottoscritta anche la *Declaración especial de los Estados partes del MERCOSUR sobre seguridad alimentaria y la producción agropecuaria sostenible en el MERCOSUR*.

Dal 2022 le riunioni hanno ripreso a svolgersi in presenza. Cfr. *Cumbre 2/2022 Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados*, Montevideo, 6.12.2022 (*LXI Cumbre - LXI CMC ACTA 2/2022*). In tale occasione sono state sottoscritte anche la *Declaración especial sobre ciberdelincuencia* e la *Declaración especial sobre cultura del MERCOSUR y Estados Asociados*. Nel *Comunicado conjunto ...* in maniera paradossale, a parte riferimenti generali a principi di diritto internazionale e alle NU (sub 2), l'unico riferimento all'aggressione russa all'Ucraina può cogliersi (sub 4) per gli effetti negativi per la popolazione civile, per la stabilità regionale e per la sicurezza alimentare. Cfr. *Cumbre 1/2023 Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR e Estados Asociados*, Iguazú, 4.7.2023 (*LXII Cumbre - LXII CMC ACTA 1/2023*) ove è nuovamente presente il Presidente brasiliano Lula da Silva. Stranamente, in tale occasione si procede (sub 35 e sub 38) ad un potenziale rilancio della cooperazione fra MERCOSUR e Can, si tace su quella con l'AP e si richiama (sub 41) il *Consenso de Brasilia*.

⁷¹ In realtà, sinora non si è messa in dubbio l'esistenza dell'organizzazione. L'approccio del neo eletto Presidente Milei appariva originariamente contrario alla permanenza dell'Argentina nel MERCOSUR, ma tali posizioni non sono state espresse nel Summit del luglio 2024, di cui si dirà.

⁷² Cfr. *Cumbre 2/2023 Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR y Bolivia*, Río de Janeiro, 7.12.2023 (*LXIII Cumbre - LXIII CMC ACTA 2/2023*). Tale comunicato si caratterizza per una ridotta retorica e per la concreta indicazione delle future azioni; di particolare rilievo è il riferimento (4) al FOCEM come strumento di superamento delle *asimmetrie*. A Río è stata sottoscritta anche la *Declaración especial de los Presidentes del MERCOSUR sobre democracia y sobre la integridad de la información en entornos digitales* mentre è opera dei Ministri degli esteri, la *Declaración sobre el estatuto de la ciudadanía del MERCOSUR*, Río de Janeiro, 6.12.2023.

⁷³ Cfr. *Cumbre 1/2024 Comunicado conjunto de los Presidentes de los Estados Partes del MERCOSUR y Bolivia*, Asunción, 8.7.2024. Nella medesima occasione è stata sottoscritta anche la

cato finale si è confermata, in primo luogo, la volontà di continuare nella cooperazione, ribadendo i principi e i valori fondamentali elaborati a partire dall'istituzione del MERCOSUR⁷⁴. Inoltre, in un articolato documento, si indica un amplissimo spettro di attività materiali⁷⁵ per le quali ci si impegna (peraltro vagamente) a realizzare un rafforzamento dell'integrazione, a partire dal «desarrollo de la integración física y las negociaciones externas»⁷⁶. Al momento, sembrano definiti i campi d'azione della cooperazione e il futuro sembra collegato alla volontà politica degli Stati membri di operare concretamente. In maniera contingente (ma reale), il nodo da sciogliere appare oggi il superamento dei contrasti personali fra i Presidenti di Argentina e Brasile⁷⁷.

Gli approfondimenti in ambito istituzionale cui si è fatto cenno⁷⁸ hanno riguardato norme intese come *di diritto interno dell'organizzazione* e, come tali, direttamente applicabili, sì che non risulta necessaria l'«incorporación (...) al ordenamiento jurídico de los Estados Partes». Tale *singolare* metodologia d'azione evita il passaggio nelle *spire* del consenso dei Governi e dei Parlamenti nazionali⁷⁹ e risulta utilizzata con una certa frequenza. Si tratta, in primo luogo, di tre decisioni due delle quali (nn. 01/21 e 04/22) relative alla *actualización* della struttura istituzionale⁸⁰, ed

Declaración presidencial de lucha contra el Crimen Organizado Transnacional. La delegazione argentina era rappresentata non dal Presidente Milei ma dal suo Ministro degli esteri. I settori di attività erano stati oggetto di un *Seminario de Alto Nivel* «Reflexión sobre el futuro del MERCOSUR» tenuto sotto la Presidenza *pro tempore* del Paraguay nel maggio del 2024.

⁷⁴ Il *Comunicado conjunto de Cumbre 1/2024...* cit., si apre con la riaffermazione degli «objetivos y principios de los Tratados fundacionales..., así como los principios de consenso y reciprocidad de derechos y obligaciones, con miras a fortalecer el proceso de integración regional». Segue il richiamo al «fortalecimiento de las instituciones democráticas, la plena vigencia del Estado de derecho, los principios del derecho internacional, la protección de los derechos humanos y el crecimiento económico».

⁷⁵ I campi d'azione indicati nelle quindici pagine del *Comunicado conjunto de Cumbre 1/2024...*, cit., sono «Arancel externo común, Medidas que afectan al comercio intrazona, Régimen de origen, Coordinación de políticas macroeconómicas, Sector automotor, Sector azucarero, Temas regualtorios, Propiedad intelectual, Mujeres y comercio, Micro, pequeñas y medianas empresas, Foro Empresarial..., FOCEM, Cooperación, Asuntos aduaneros y facilitación del comercio, Agenda digital, Comercio electrónico, Comunicación, Energía, Comercio y desarrollo sostenible, Medio ambiente, Defensa de la competencia, Defensa del consumidor, Estadísticas de comercio exterior, Ciencia y tecnología, Salud, Integración fronteriza, Industrias creativas, Agricultura familiar, Transporte terrestre, Transporte aéreo, Infraestructura física, Aspectos institucionales y sociales, Centro de arbitraje y mediación, Relacionamiento externo, Agenda externa regional, Agenda externa extraregional, Incorporación de Bolivia».

⁷⁶ Il *Comunicado conjunto Cumbre 1/2024...*, cit., 1 indica come aree d'azione prioritarie la lotta alle asimmetrie con lo strumento del FOCEM e relazioni esterne, sia in ambito globale che regionale.

⁷⁷ Il Summit del luglio 2024, così come i precedenti, costituisce il risultato del lavoro preparatorio realizzato, dagli organi intergovernativi non apicali: CMC, GMC, *Comisión de comercio* nonché dai contributi degli altri organi come il *Foro Empresarial* e il *Parlasur*.

⁷⁸ L'attuale migliore definizione dell'apparato istituzionale di cui nel testo non trova alcun riferimento nel comunicato finale del Summit del 2024 e sembra essere di fatto acquisita, infatti i Presidenti, (p. 13) 1/2024 «tomaron nota del informe» del contributo delle istituzioni Parlasur, TPR, IISM, etc.

⁷⁹ Talora potrebbe trattarsi di norme da incorporare a livello amministrativo ma, anche in tali casi, si tende ad escludere il passaggio *nazionale*.

⁸⁰ Cfr. *MERCOSUR/CMC/DEC. N° 01/21, Estructura institucional del MERCOSUR*, Montevideo, 27.7.2021. Si tratta di una razionalizzazione di due organi sussidiari, relativi rispettivamente all'organizzazione e funzionamento del *Instituto de Políticas Públicas de Derechos Humanos (IPPDDHH)* e del *Instituto Social del MERCOSUR (ISM)* e *Actualización de la estructura institucional del MERCOSUR*, MERCOSUR/CMC/DEC. N° 04/22, Montevideo, 15.6.2022. Tali norme mirano a una

un'altra (n. 10/22) riguardante la modifica della struttura istituzionale già prevista⁸¹. Ancora, di rilievo è l'approvazione da parte del CMC di due decisioni in materia giurisdizionale relative rispettivamente al *Reglamento del Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR* che sostituisce il precedente regolamento del 2003⁸² e al *Reglamento del Procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por el Parlamento del MERCOSUR*⁸³. Nel primo atto si dettano, fra l'altro, regole relative a controversie fra Stati (art. 1), pareri consultivi (articoli 3-14), negoziati diretti (art. 15), procedimento arbitrale *ad hoc* (articoli 19-31), procedimento di revisione (articoli 32-39), lodi arbitrali (articoli 40-42). Il secondo regolamento costituisce una novità e consente al Parlasur di chiedere al TPR un parere consultivo. Tale possibilità era già prevista nel trattato istitutivo del Parlamento ma non ne erano ancora state approvate le regole procedurali di attuazione.

Nella medesima logica, si pongono due decisioni del 2020⁸⁴ relative rispettivamente alla struttura e delle regole di funzionamento degli «órganos y foros dependientes y auxiliares del CMC e del GMC», e a nuove regole relative all'entrata in vigore del singolo atto normativo⁸⁵.

Ancora in ambito istituzionale, nel periodo in esame, si è proceduto a dettare le regole circa l'elezione a suffragio universale dei membri del Parlasur che avrebbe dovuto essere tenuta in maniera simultanea in tutti gli Stati membri. In presenza della mancata entrata in vigore del Protocollo addizionale del 2019, si è deciso di prorogare la fase di transizione sino al 2030, ovvero sino quando non si possano tenere le elezioni dei parlamentari del MERCOSUR «de forma simultanea en todos los Estados Partes»⁸⁶. Sempre nella logica della previsione di norme che regolamentano l'organizzazione e il suo funzionamento si pone la decisione sul Patrimonio culturale⁸⁷. Si tratta di un regolamento che disciplina i criteri di un tale riconoscimento, da parte dei Ministri della cultura, dei beni e delle manifestazioni culturali⁸⁸.

Come appena visto, relativamente attivo appare il MERCOSUR per quanto riguarda la definizione di una più adeguata struttura istituzionale, peraltro prevalen-

razionalizzazione dell'apparato istituzionale in particolare in materia di «participación social (...) y del Sistema Integrado de Movilidad del MERCOSUR (SIMERCOSUR)».

⁸¹ Cfr. *MERCOSUR/CMC/DEC. N° 10/22, Estructura institucional del MERCOSUR (modificación de la decisión CMC N°15/15)*, Montevideo, 15.6.2022.

⁸² Cfr. *MERCOSUR/CMC/DEC. N° 05/22, Reglamento del Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR*, Asunción, 20.7.2022.

⁸³ Cfr. *MERCOSUR/CMC/DEC. N° 06/22, Reglamento del procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por el Parlamento del MERCOSUR*, Asunción, 20.7.2022.

⁸⁴ Cfr. *MERCOSUR/CMC/DEC. N° 8/20, Programas de trabajo (modificación de la decisión CMC N°36/10)*, Montevideo, 28.10.2020.

⁸⁵ Cfr. *MERCOSUR/CMC/DEC. N° 05/20, Incorporación al ordenamiento jurídico de los estados partes y vigencia de la normativa MERCOSUR (Complementación de la decisión CMC N° 23/00)*, Montevideo, 24.8.2020. È peraltro noto come circa la metà degli atti normativi del MERCOSUR, approvati dal CMC, non siano in vigore.

⁸⁶ Cfr. *MERCOSUR/CMC/DEC. N° 09/20, Funcionamiento del Parlamento del MERCOSUR*, Montevideo, 4.12.2020.

⁸⁷ Cfr. *MERCOSUR/CMC/DEC. N° 08/23, Patrimonio cultural del MERCOSUR*, Puerto Iguazú, 3.7.2023.

⁸⁸ In *Anexo* alla *Dec. N° 08/23* è previsto il *Reglamento para el reconocimiento del Patrimonio cultural del MERCOSUR*.

temente intergovernativa⁸⁹; viceversa, assai prudente risulta l'approccio in materia sostanziale. Infatti, in presenza di oggettive difficoltà politiche, economico-finanziarie nonché, da ultimo, sanitarie, si è cercato con difficoltà di conseguire un equilibrio fra gli interessi degli Stati più sviluppati e le istanze sociali dei Paesi minori. In tal senso, nei comunicati finali dei Summit e nei diversi atti di produzione normativa, si è soliti prevedere norme di favore per gli Stati a minor sviluppo relativo, sia in materia commerciale sia, attraverso l'azione del FOCEM, nella definizione di una politica regionale.

Nel merito della disciplina sostanziale sub specie pattizia⁹⁰, è stato sottoscritto l'*Acuerdo celebrado en el marco del MERCOSUR* in materia di commercio elettronico⁹¹, nonché altri *Acuerdos* non ancora in vigore⁹² e per i quali si specifica il numero di ratifiche necessarie per l'entrata in vigore (anche da parte dei Paesi associati). Così, l'*Acuerdo sobre comercio electrónico* è in vigore in quanto ratificato da due Stati membri⁹³ mentre sono numerosi gli *Acuerdos celebrados...* non in vigore, in quanto non hanno raggiunto il numero previsto di ratifiche⁹⁴.

Per quanto riguarda la produzione normativa con atti di diritto del MERCOSUR, fonti di terzo tipo imputabili all'organizzazione, è noto come siano, in primo luogo, di competenza del livello ministeriale. Si tratta del *Consejo del Mercado Común (CMC)* che si riunisce non solo nella sua composizione ordinaria (Ministri degli esteri e dell'economia) ma anche in quella specialistica (Ministri dell'economia e Presidenti delle Banche centrali, ma anche Ministri dell'educazione, cultura, lavoro, giustizia, ambiente, salute, industria, turismo, sviluppo, sociale,

⁸⁹ Nel MERCOSUR la prospettiva politico-parlamentare è rappresentata dal Parlasur caratterizzato da poteri limitati, peraltro esercitati in maniera poco incisiva; cfr. da ultimo, *Comunicado de la Presidencia del Parlamento del Parlasur sobre el proceso electoral en Venezuela*, 24.7.2024.

⁹⁰ In proposito, va ricordato come, nel singolare ordinamento del MERCOSUR, il singolo *Acuerdo* sia approvato con una *decisione* del CMC e come (formalmente) si specifichi la non necessità di un atto interno di recepimento. In realtà, per l'entrata in vigore dell'*Acuerdo*, di cui è evidente la natura pattizia, sono necessarie un numero variabile di ratifiche nazionali (stabilito nella singola fattispecie) e talora (ma non di frequente) anche solo due.

⁹¹ Cfr. *MERCOSUR/CMC/DEC. N° 15/20, Acuerdo sobre comercio electrónico del MERCOSUR*, Montevideo, 29.4.2021. Il trattato è in vigore in quanto ratificato da Uruguay e Paraguay.

⁹² Sono approvate come *decisioni* ma non sono in vigore, in quanto trattati internazionali e mancano le tre ratifiche previste: *Enmienda al Protocolo de Montevideo sobre el comercio de servicios del MERCOSUR* e *Enmienda al Protocolo de Montevideo sobre el comercio de servicios del MERCOSUR – Lista de compromisos específicos*, Rio de Janeiro, 6.12.2023. Non sono in vigore pur richiedendo solo due ratifiche, l'*Acuerdo del MERCOSUR para la prevención y lucha contra la corrupción en el comercio y las inversiones internacionales*, Montevideo, 6.7.2022; l'*Acuerdo marco del MERCOSUR de reconocimiento recíproco y otorgamiento de matrículas para el ejercicio profesional temporaneo de la agrimensura, agronomía, arquitectura, geología e ingeniería*, Montevideo, 6.7.2022 (dec.16/21); l'*Acuerdo marco del MERCOSUR para reconocimiento de estudios, títulos y diplomas de enseñanza superior, técnico-profesional, tecnológica, artística, y de formación docente y en educación*, Rio de Janeiro, 6.7.2022.

⁹³ Si tratta di una procedura particolare ove rileva sia il diritto del MERCOSUR che il diritto internazionale. Infatti, la decisione che approva l'accordo, in quanto atto interno del MERCOSUR, non richiede l'*incorporación* ma l'accordo, in quanto trattato internazionale, richiede, per la sua entrata in vigore, la ratifica di almeno due Stati membri. Il citato *Acuerdo* è in vigore solo per i due Stati che sinora lo hanno ratificato.

⁹⁴ Tali *Acuerdos celebrados en el marco...* sono in genere sottoscritti in occasione dei Summit allargati ai Paesi associati. Costituisce un trattato *allargato* (a Bolivia, Cile, Ecuador) concluso nel periodo in esame, ma non ancora entrato in vigore, l'*Acuerdo sobre reconocimiento mutuo de medidas de protección para mujeres en situación de violencia de género entre los Estados partes del MERCOSUR y Estados asociados*, Asunción, 20.7.2022.

etc.)⁹⁵ che approvano, per le materie di loro competenza, singoli atti sia di carattere obbligatorio che raccomandatorio⁹⁶. Nel merito di tali atti, rilevante appare l'approvazione nel periodo considerato delle decisioni relative all'*Arancel Externo Común*⁹⁷ ove, non senza difficoltà, si cerca di garantire un equilibrio fra i diversi interessi dei singoli Stati.

Nel MERCOSUR si realizza anche una intensa attività esterna, definendo rapporti di dialogo e di cooperazione sia con singoli Stati che con organizzazioni internazionali⁹⁸ e tale dimensione esterna, come accennato, è stata considerata prioritaria nel recente *LXIV Summit*. Peraltro, ancora una volta, possono cogliersi diverse sensibilità nazionali in relazione alla *flessibilità* che tali relazioni esterne dovrebbero assumere.

In concreto, si è detto nella precedente rassegna come, nel corso del 2019 si fosse giunti, dopo circa venti anni di negoziato, alla conclusione *politica* dello storico negoziato con l'UE e come tale negoziato continuasse per la definizione delle *revisiones legales*, dei dettagli tecnici e della traduzione, e avrebbe dovuto concludersi nel corso del secondo semestre del 2020. Questo non è accaduto e la definizione finale del contenuto del trattato UE-MERCOSUR e la sua sottoscrizione sono ancora oggetto di dibattito sia negli Stati membri delle due organizzazioni, che negli ambienti politici ed economici e, più in generale, nell'opinione pubblica dei due continenti⁹⁹. Sì che la stessa reale conclusione del negoziato è apparsa dubbia anche in relazione alla campagna elettorale per le elezioni del Parlamento europeo del giugno 2024 e ai suoi risultati. Pertanto, ancora una volta, appare prudente un rinvio a quando (e se!) il contenuto materiale del trattato sia almeno concretamente definito e sottoscritto da tutte le parti interessate.

Infine, in materia di relazioni esterne, nel periodo in esame sono stati conclusi un accordo di libero scambio con Singapore¹⁰⁰, nonché due Memorandum d'intesa con la *Comunidad de Países de Lengua Portuguesa*, con l'*Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia e la Cultura*¹⁰¹. Inoltre, sono in cor-

⁹⁵ Così, a titolo di esempio nella *LVI Reunión ordinaria del CMC*, MERCOSUR/CMC/ACTA N° 01/20, 1.7.2020, in video conferenza.

⁹⁶ Nel MERCOSUR vale il principio della *vigenza simultanea* e, per entrare in vigore, un atto deve essere incorporato da ciascuno Stato membro. La prassi in proposito è assai varia, se non contraddittoria, circa i tempi del recepimento che spesso, soprattutto per provvedimenti di carattere tecnico, sono particolarmente brevi.

⁹⁷ Cfr. *MERCOSUR/CMC/DEC*. N° 05/20, *Regimen de origen MERCOSUR*, LXII CME Puerto Iguazu, 3.7.2023 e *MERCOSUR/CMC/DEC*. N° 06/20, *Regimen de origen MERCOSUR*, LXII CME Puerto Iguazu, 3.7.2023, in vigore dal 18.7.2024.

⁹⁸ Sulle relazioni esterne del MERCOSUR, si veda una sintesi in *XXIII Reunión del Grupo de relacionamiento externo*, Asunción 7-8.2.2024, MERCOSUR/GRELEX/ACTA N° 01/24.

⁹⁹ Cfr. i riferimenti contraddittori che possono cogliersi nel *Comunicado Conjunto* conclusivo del LXIII Summit di Rio de Janeiro del dicembre del 2023, 9.

¹⁰⁰ Cfr. *Free Trade Agreement between the Southern Common Market (MERCOSUR) and the Republic of Singapore*, Rio de Janeiro, 7.12.2023.

¹⁰¹ Cfr. *MERCOSUR/CMC/DEC*. N° 14/23, *Memorando de entendimiento entre MERCOSUR y Comunidad de Países de Lengua Portuguesa*, LXIII CMC – Rio de Janeiro, 6.12.2023 e *MERCOSUR/CMC/DEC*. N° 15/23, *Memorando de entendimiento entre MERCOSUR y la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia e la Cultura*, LXIII CMC – Rio de Janeiro, 6.12.2023.

so negoziati ovvero contatti preliminari e negoziati con altri attori internazionali, sia in area regionale¹⁰² che extraregionale¹⁰³.

PIERO PENNETTA, ELISA TINO

¹⁰² Da ultimo, è stato sottoscritto quale trattato in forma semplificata il *Memorando de entendimiento entre el Mercado común del sur (MERCOSUR) y la República Dominicana para el establecimiento de un grupo de trabajo conjunto para la promoción del comercio, las inversiones y encadenamiento productivo*, 16.12.2021/17.3.2022. *Comunicado Conjunto* conclusivo del LXIII Summit del 2023 (9-10), mentre il *Comunicado Conjunto* conclusivo del LXIV Summit (14) richiama la fine del negoziato di un accordo commerciale con il Cile, nonché rapporti negoziali con Bolivia, Colombia, Ecuador, Perù e contatti diplomatici con El Salvador e Panama. Sullo stato dell'arte del *relacionamiento externo* del MERCOSUR, cfr. *MERCOSUR/GRELEX/ACTA* N° 02/24 XXIII, *Reunión del Grupo de relacionamiento externo*, Asunción, 7-8.2.2024, in particolare per i rapporti con i paesi ALADI (1-2).

¹⁰³ Il *Comunicado Conjunto* conclusivo del LXIV Summit (14-15) fa riferimento, oltre che ai rapporti con UE e Singapore, anche ai negoziati in corso con EAU, EFTA e Giappone.

RECENSIONI

EWA LATOSZEK, AGNIESZKA KŁOS (edited by), *Global Public Goods and Sustainable Development in the Practice of International Organizations: Responding to Challenges of Today's World*, Brill, Boston, 2023, pp. XXVI-386.

Scegliere un tema così vasto per un volume scientifico è senz'altro un atto di coraggio ed il risultato di questa sfida intellettuale fa onore alle curatrici Ewa Latoszek e Agnieszka Kłos e all'intera squadra, ancor più perché il volume è disponibile in accesso aperto, al fine di garantirne al massimo la diffusione.

Due le principali dimensioni della ricerca che appaiono chiare nei primi capitoli dell'opera: anzitutto, affrontare il tema dei *global commons* significa tentare di definirli, operazione complessa, effettuata con rigore sistematico da due economiste – Zajc Kežar e Ponikvar – alla luce delle principali teorie economiche. La scelta – sin dal titolo – di osservare i *global commons* attraverso il prisma della sostenibilità, è pienamente condivisibile: i Sustainable Development Goals, sono infatti il più autorevole tentativo classificatorio in tal senso, pur con grandi limiti.

Tuttavia, ed è questa la seconda dimensione, elencare i beni pubblici globali senza porsi il tema della *governance* degli stessi sarebbe esercizio sterile. Si tratta quindi in ultima analisi di un libro sulla global governance e sulla capacità dell'attuale contesto internazionale di istituzioni pubbliche e private, internazionali e transnazionali, di garantire la tutela e il godimento di beni pubblici globali materiali e immateriali. Willem Molle, professore emerito nel campo delle relazioni internazionali, inquadra così la sfida: verificare l'incremento della globalizzazione e la progressiva istituzionalizzazione della sfera pubblica globale, inquadrarla teoricamente e verificarne la capacità di rispondere ai bisogni della comunità internazionale, verificarne punti di forza e di debolezza, vale a dire legittimazione ed efficienza.

Da tale doppio inquadramento economico e politologico appare subito chiaro il punto di forza del libro: l'interdisciplinarietà. Il tema – in larga misura lo stesso su cui ci siamo misurati nel XXV Convegno SIDI (e nel volume che ne raccoglie gli atti), che abbiamo avuto l'onore di ospitare in Università del Salento nel settembre 2021 – è per sua natura interdisciplinare e, per quanto la prospettiva giuridica sia il nostro privilegiato punto di osservazione, confrontarsi con un volume interdisciplinare in cui numericamente domina la prospettiva economica offre un indiscusso arricchimento.

La seconda e la terza parte del volume entrano nello specifico di una serie di beni pubblici/obiettivi globali, raggruppati secondo un comune denominatore. Questo è la sicurezza nella parte seconda, intesa tanto in senso stretto, nel capitolo 3, quanto in senso più ampio con uno sguardo alle crisi migratoria, democratica e ambientale. Il capitolo 5 è di particolare interesse per gli studiosi del diritto della *rule of law* dell'Unione europea, poiché ne fa un interessante caso di studio sul rispetto della *rule of law* e dei diritti fondamentali. Questo, di cui la collega Angela Maria Romito è coautrice insieme ad Aleksandra Szczerba, si segnala anche per essere l'unico di cui è chiara la dimensione giuridica, particolarmente preziosa alla luce dell'oggetto.

Le vicende giudiziarie recenti che hanno interessato Polonia e Ungheria illustrano bene come la difesa di valori democratici possa fondarsi su un paniere articolato di misure giuridiche di natura eterogenea.

Il denominatore che accomuna i capitoli della parte terza è invece il commercio internazionale, anch'esso atto ad incidere, trasversalmente, su beni comuni come l'ambiente, lo sviluppo e la libertà del mercato stesso. Anche qui, il ruolo dell'Unione nella cornice multilaterale è oggetto di uno specifico approfondimento.

La parte quarta si focalizza su un altro bene comune largamente sottovalutato, la stabilità finanziaria, la cui enorme importanza è percepita solo quando viene meno, nonché sulla crescita sostenibile. Ne sono protagoniste le organizzazioni di Bretton Woods il cui mandato – sviluppo per la Banca mondiale e stabilità finanziaria per il Fondo monetario – le rende chiaramente attori privilegiati, anche se non esclusivi. Un capitolo si focalizza sul coordinamento delle politiche economiche nell'Unione, nel quadro di stabilità rinforzato richiesto dall'Unione monetaria. La presenza di approfondimenti tematici sull'Unione in ogni sezione del volume ne tradisce l'origine europea, ma allo stesso tempo ben illustra la capacità dell'UE di essere avanguardia nel campo della regolamentazione che travalica i confini nazionali e protagonista nel promuovere il multilateralismo.

Infine, la parte quinta contiene dei *focus* tematici su altri importanti beni comuni: la salute, l'energia pulita, la proprietà intellettuale, l'interconnessione digitale e l'Internet.

Nell'insieme il volume fotografa una realtà complessa e si offre come un ricco compendio – che per impossibilità oggettiva non può certamente dirsi esaustivo – dell'interdipendenza contemporanea tra popoli, tra beni pubblici globali, tra crisi solo apparentemente settoriali e tra attori internazionali. Questi ultimi, nell'esercizio delle rispettive funzioni, sono fatalmente destinati a sovrapporsi, a sconfinare, a cercare di compensare l'inadeguatezza degli strumenti con soluzioni creative e spesso più politiche che giuridiche.

Ne esce un quadro preoccupante, che merita la crescente attenzione degli studiosi e richiede sempre maggiore collaborazione tra tutti gli ambiti delle scienze sociali. Che un volume su questo tema e con una così ampia prospettiva sia in open access è un merito ulteriore che merita di essere sottolineato, un motivo in più per augurare all'opera un'ampia diffusione. Lo spazio della ricerca e della conoscenza meriterebbe forse di essere aggiunto alla lista dei beni pubblici globali.

Susanna Cafaro

COLLABORATORI DEL PRESENTE FASCICOLO

Per la sezione *Articoli e Saggi*:

- FRANCESCA ROMANIN JACUR – Professoressa associata di Diritto internazionale – Università degli Studi di Brescia.
- ANDREA MENSI – Professore a contratto di Diritto internazionale – Alma Mater Studiorum Università di Bologna.
- LUCA MARTELLI – Dottore di ricerca in “Governo dell’Impresa, dell’Amministrazione e della Società nella Dimensione Internazionale” (GIASDI) – Università degli Studi di Teramo.
- MARIO PASQUALE AMOROSO – Dottorando di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei – Università degli Studi di Trento.
- ROSA STELLA DE FAZIO – Assegnista di ricerca in Diritto internazionale – Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

Per la sezione *Osservatorio Diritti Umani*:

- ANTONINO ALÌ – Professore associato di Diritto internazionale – Università degli Studi di Trento.
- GRAZIA ELEONORA VITA – Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche – Alma Mater Studiorum Università di Bologna.

Per la sezione *Osservatorio Europeo*:

- FABIOLA MASSA – Ricercatrice di Diritto commerciale – Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”.

Per la sezione *Rassegne*:

- PIERO PENNETTA – Già Professore ordinario di Diritto internazionale – Università degli Studi di Salerno.
- ELISA TINO – Professoressa associata di Diritto internazionale – Università degli Studi di Napoli Parthenope.

Per la sezione *Recensioni*:

- SUSANNA CAFARO – Professoressa ordinaria di Diritto dell’Unione europea – Università del Salento.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2024
Presso la *Vulcanica Print* Nola (Na)