

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXX

2025

N. 3

RIVISTA TRIMESTRALE
DELLA SOCIETÀ ITALIANA PER L'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE

INDICE

STORIA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

- ARNO DAL RI JR. – La circolazione dei modelli giuridici italiani nella scienza del diritto internazionale in Brasile tra impero e “*Estado Novo*” (1822-1945).....425

ARTICOLI E SAGGI

- PIETRO PUSTORINO – Cyberattacks and the Evolution of the Regime on the Prohibition of the Use of Force.....451
- ANTONIO MARICONDA – Commercio di armamenti e diritto internazionale penale: quali prospettive per la complicità degli esportatori di materiale bellico nello Statuto di Roma?.....475
- FRANCESCO SEATZU, NICOLAS CARRILLO SANTARELLI – Cyberattacks and NATO’s Article 5: A Credible Deterrent or a Strategic Vulnerability?.....509
- MARIA VITTORIA PREST – Licensing Lunar Resource Activities: The Case of the Japan-Based Company ispace.....525

OSSERVATORIO EUROPEO

- EMMANUEL PAGANO – Recenti sviluppi delle iniziative europee in tema di difesa comune tra tendenza al riarmo, rimediazione dei vincoli di bilancio e *deficit* democratico.....547
- EMILIA MARIA MAGRONE – Il *Meta Oversight Board*: sistema interno di gestione dei reclami o “tribunale” indipendente?.....571

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

- GIUSEPPE GIOFFREDI – Consiglio dei diritti umani e *Universal Periodic Review*: il rapporto del IV ciclo di revisione sull’Italia.....587

RASSEGNE

ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Istituti Specializzati delle Nazioni Unite e altre organizzazioni e istituzioni internazionali

ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE DEL LAVORO

Conferenza generale dell'OIL del 2025: rafforzamento della funzione normativa e di controllo, e rilancio del multilateralismo, p. 609

Claudio Di Turi

ORGANIZZAZIONE DEL TRATTATO DELL'ATLANTICO DEL NORD

Vertice annuale NATO 2025. La Dichiarazione dell'Aja: continuità e nuove direttrici strategiche dell'Alleanza Atlantica, p. 615

Francesco Gaudiosi

LA COMUNITÀ INTERNAZIONALE

Vol. LXXX

2025

N. 3

QUARTERLY JOURNAL
OF THE ITALIAN SOCIETY FOR INTERNATIONAL ORGANIZATION

SUMMARY

HISTORY OF INTERNATIONAL LAW

- ARNO DAL RI JR. – The Circulation of Italian Legal Models of International Law in Brazil between the Empire and the “*Estado Novo*” (1822-1945).....425

ARTICLES AND ESSAYS

- PIETRO PUSTORINO – Cyberattacks and the Evolution of the Regime on the Prohibition of the Use of Force.....451
ANTONIO MARICONDA – Arms Trade and International Criminal Law: What Prospects for Holding Arms Exporters Complicit under the Rome Statute?.....475
FRANCESCO SEATZU, NICOLAS CARRILLO SANTARELLI – Cyberattacks and NATO’s Article 5: A Credible Deterrent or a Strategic Vulnerability?.....509
MARIA VITTORIA PREST – Licensing Lunar Resource Activities: The Case of the Japan-Based Company ispace.....525

EUROPEAN OBSERVATORY

- EMMANUEL PAGANO – Recent Developments in European Common Defence Initiatives between the Trend Towards Rearmament, Reconsideration of Budgetary Constraints and Democratic Deficit.....547
EMILIA MARIA MAGRONE – The *Meta Oversight Board*: An Internal Complaint Management System or an Independent “Tribunal”?.....571

HUMAN RIGHTS OBSERVATORY

- GIUSEPPE GIOFFREDI – The Human Rights Council and the Universal Periodic Review: Italy’s Fourth Cycle Report.....587

SURVEYS

ACTIVITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

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

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION

2025 ILO General Conference: Strengthening the Regulatory and Control Function, and Relaunching Multilateralism, p. 609.

Claudio Di Turi

NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION

NATO annual summit 2025. The Hague Declaration: Continuity and New Strategic Directions of the Atlantic Alliance, p. 615.

Francesco Gaudiosi

STORIA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

LA CIRCOLAZIONE DEI MODELLI GIURIDICI ITALIANI NELLA SCIENZA DEL DIRITTO INTERNAZIONALE IN BRASILE TRA IMPERO E “ESTADO NOVO” (1822-1945)*

ARNO DAL RI JR.¹

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le dottrine italiane e la scienza del diritto internazionale in Brasile nell’Impero: un panorama di menzioni sporadiche. – 3. La scienza del diritto internazionale in Brasile nella Prima Repubblica: i primi timidi ingressi dei giuristi italiani. – 4. L’“*Estado Novo*” e le affinità italiane. – 5. Tre modelli giuridici italiani in Brasile i cui dibattiti proseguono oltre gli anni dell’“*Estado Novo*”. – 6. Conclusioni.

1. La seconda metà del XIX secolo rappresentò per la scienza del diritto internazionale in Brasile l’inizio di un lungo e tortuoso periodo

* Le riflessioni che hanno dato origine a questo articolo sono maturate nel corso di oltre 25 anni di dialoghi. Il primo di questi scambi risale al professor Piero Ziccardi, ordinario di diritto internazionale all’Università di Milano e Maestro del mio tutor. Fu proprio durante le lunghe conversazioni avute nel suo studio nei pressi del Castello Sforzesco, negli anni del mio dottorato, che si consolidò il mio interesse per le scuole italiane di diritto internazionale, tema di un suo articolo pubblicato nel 2002. Sulla scia di questi incontri, nei mesi del mio corso all’Accademia dell’Aia, nel 2001, ho avuto modo di confrontarmi a lungo sulla genealogia accademica degli internazionalisti italiani in piacevoli pomeriggi estivi insieme al caro collega Roberto Virzo, oggi professore ordinario a Messina. Successivamente, con Naiara Posenato, professore di diritto privato comparato alla Statale di Milano, si è mantenuto vivo l’interesse per la ricezione dei modelli giuridici italiani in Brasile. Una riflessione lunga e costante sul tema, anch’essa ormai decennale, si è sviluppata con i miei ex allievi che hanno poi conseguito il dottorato in Italia e oggi insegnano all’università, Lucas Carlos Lima, a Belo Horizonte, e Airton Ribeiro, a Recife. A tutti loro va il mio sincero ringraziamento per i contributi offerti, che hanno arricchito questo saggio. Sul tema delle scuole italiane, si veda l’articolo di P. ZICCARDI, *Evolução e perspectivas da escola italiana de Direito Internacional no século XX*, in *Seqüência*, 26, 2005, 203-228. Si veda, inoltre A.P. SERENI, *The Italian Conception of International Law*, New York, 1943, e F. MESSINEO, *Is There an Italian Conception of International Law*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2013, 879-905; I. INGRAVALLO, *Il contributo delle riviste scientifiche alla formazione della dottrina internazionalistica italiana*, in AA.VV., *Liber Amicorum Angelo Davì, La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, Napoli, 2019, 137 ss.

¹ Professore ordinario di Teoria e Storia del Diritto Internazionale all’Universidade Federal de Santa Catarina. Dottore di Ricerca in Diritto Internazionale dell’economia per l’Università Bocconi. E-mail: arnodalri@gmail.com.

di trasformazione paradigmatica. Come accadeva in molte altre realtà europee e americane, le dottrine si dividevano in gruppi tra loro molto eterogenei². Da un lato si trovavano le correnti giusnaturalistiche, fino ad allora predominanti; dall'altro, una pluralità di correnti ispirate all'idea di un "*direito positivo*" o di matrice contrattualista, ancora in fase di consolidamento nel panorama nazionale.

Alla fine dello stesso secolo, alle correnti che aspiravano a un "*direito positivo*" si affiancò un altro gruppo di dottrine, riconducibili a un paradigma "scientifico", immerse in letture antropologiche e sociologiche del diritto. Anche queste si contrapponevano all'influenza del giusnaturalismo, che, paradossalmente, restava ancora piuttosto forte. Radicate in antiche tradizioni lusitane, ormai superate persino nell'antica metropoli, le interpretazioni di un diritto naturale alla brasiliana continuavano a mantenere vigore sia nella dottrina, sia, soprattutto, nella giurisprudenza di diritto internazionale privato, in un fenomeno eloquentemente descritto negli studi storiografici di Guilherme Braga da Cruz³ e di Orlando Gomes⁴. Le dottrine italiane di diritto internazionale in Brasile trovarono dunque un panorama piuttosto frammentato.

I manuali e i trattati di diritto internazionale pubblicati all'estero che giungevano nel grande Paese sudamericano nel XIX secolo erano prevalentemente in lingua francese. Considerata non solo l'idioma della cultura e delle relazioni diplomatiche, era anche la lingua franca del mondo accademico. Salvo rare eccezioni, i testi dottrinali di autori tedeschi, austriaci, olandesi e italiani venivano presi in esame solo se tradotti nella lingua di Domat. Contestualmente, le opere di autori francesi, belgi e svizzeri che scrivevano e pubblicavano in francese godevano di ampia diffusione, tanto che i loro principali dibattiti e presupposti teorici si ritrovavano spesso alla base delle dottrine brasiliane. Il primo contatto della scienza del diritto internazionale in Brasile con le dottrine italiane avvenne, dunque, con un forte accento francese.

In questo contesto, non va sottovalutato un altro fenomeno linguistico che ha inciso sull'accesso alle dottrine redatte in lingua italiana. Diversamente da quanto avveniva in Argentina, dove le facoltà di giu-

² D. KENNEDY, *International Law and the Nineteenth Century: History of an Illusion*, in *Nordic Journal of International Law*, 1990, 390.

³ G. BRAGA DA CRUZ, *A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1955, 32-77.

⁴ O. GOMES, *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*, São Paulo, 2003.

risprudenza attive nel XIX secolo erano situate in aree caratterizzate da una forte immigrazione italiana, con corpo docente e discente composti in larga misura da figli di immigrati, ovvero da persone con una buona conoscenza se non addirittura padronanza della lingua di Dante, in Brasile solo una delle facoltà di giurisprudenza si trovava in un'area che era stata meta di flussi migratori dalla penisola. Anche per effetto di questo fenomeno, la scienza giuridica argentina ebbe l'opportunità di recepire i modelli giuridici italiani in modo molto più rapido e approfondito.

Emersi in questo ambiente culturale, i modelli giuridici⁵ elaborati nel campo del diritto internazionale da studiosi italiani iniziarono a giungere in Brasile, assumendo forme differenti a seconda del contesto in cui erano inseriti e degli autori che li utilizzavano.

L'obiettivo di questo saggio è, innanzitutto, analizzare come si sia sviluppata la circolazione dei modelli giuridici italiani tra il 1822 e il 1946, ossia dall'anno dell'indipendenza del grande Paese latino-americano fino alla promulgazione della sua quinta costituzione, momento in cui il patrimonio dottrinale italiano consolida il proprio spazio come riferimento significativo nel dialogo con la realtà brasiliana. Inoltre, si intende mettere in luce in che modo i modelli teorici proposti dai protagonisti della scienza italiana del diritto internazionale siano stati recepiti e interpretati dai loro omologhi brasiliani.

2. La prima generazione di giuristi brasiliani che si dedicò all'analisi di temi di diritto internazionale ebbe come protagonisti José Maria Avelar Brotero⁶, Pedro Autran da Mata Albuquerque⁷, José Antonio Pimenta Bueno⁸, Antonio Pereira Pinto⁹ e Antonio de Va-

⁵ Ai fini di questo saggio si adotta il concetto di "circolazione delle idee" così come definito da P. BOURDIEU, *Les conditions sociales de la circulation internationale des idées*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2002, 3-8, e quello di "modello giuridico", distinto da "modello normativo" – secondo A. GESLIN, *La circulation des modèles normatifs ou la pensée juridique du mouvement*, in P. BOURGUES, C. MONTAGNE, *La circulation des modèles normatifs*, Grenoble, 2017, 11. Si veda inoltre É. AGOSTINI, *La circulation des modèles juridiques*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1990, 461-467, e, in particolare, J.-L. HALPERIN, *Profils des mondialisations du droit*, Paris, 2009.

⁶ J.M.A. BROTERO, *Princípios de direito público universal. Análise de Alguns Parágrafos de Vattel*, São Paulo, 1837.

⁷ P.A.M. ALBUQUERQUE, *Elementos do Direito das Gentes*, Recife, 1851. Su questo a. si veda A. RIBEIRO, *Pedro Autran da Mata Albuquerque: O papel de mediação de um jurista periférico na difusão do Direito Internacional*, in G.R.B. GALINDO (org.), *Direito Internacional no Brasil. Pensamento e Tradição*, vol. I, Rio de Janeiro, 2021, 59 ss.

⁸ J.A. PIMENTA BUENO, *Direito Público Brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*, Rio de Janeiro, 1857.

sconcelos Drumond¹⁰. Attivi nel periodo dell'Impero, tra il 1822 e il 1889, gli autori che componevano questo ristretto gruppo si distinguevano anzitutto per uno stile didattico caratteristico: i loro manuali erano concepiti per l'uso in aula. Contraddistinti da una scrittura molto oggettiva e diretta, si limitavano a descrivere i vari istituti evitando analisi più approfondite e, soprattutto, ricorrendo raramente a citazioni di opere o giuristi.

Gli scritti di Vattel¹¹, Klüber¹², von Martens¹³ e, con minore impatto, anche quelli di Heffter¹⁴ e di Rayneval¹⁵, fornivano gli schemi di organizzazione della materia, risultando talvolta oggetto di riproduzioni fedeli senza menzione della fonte, come avvenne nel caso di Paulo Autran da Mata Albuquerque rispetto al manuale del Klüber¹⁶. Come ha opportunamente osservato Airton Ribeiro, in occasione di un intenso dibattito tenutosi a Lille nel 2024, il fatto che gran parte della cultura internazionalistica brasiliana del XIX secolo fosse immersa nelle prospettive del diritto naturale portava i giuristi dell'epoca a ritenere che tutto ciò che era stato scritto fino ad allora sullo "ius", dal punto di vista teorico e dottrinale, appartenesse a una sorta di "patrimonio universale", senza la necessità di fare riferimenti precisi ad autori specifici¹⁷ e, tanto meno, di ipotizzare casi di appropriazione indebita. In un ambiente accademico che raramente ricorreva a riferimenti espliciti alle fonti, risulta quindi difficile individuare connessioni culturali e l'uso di modelli giuridici specifici. Ciononostante, l'esame dei testi dimostra che questi difficilmente si discostavano dalle configurazioni offerte da Vattel, Martens, Klüber o Heffter, presen-

⁹ A.P. PINTO, *Apontamentos para o direito internacional ou Collecção completa dos tratados celebrados pelo Brasil com diferentes nações estrangeiras*, Rio de Janeiro, 1864.

¹⁰ A. DE MENEZES E VASCONCELOS DE DRUMOND, *Preleções de Direito Internacional*, Recife, 1867.

¹¹ E. DE VATTEL, *Le droit des gens, ou Principes de la loi naturelle*, Neuchâtel, 1758.

¹² J.L. KLÜBER, *Droit des Gens Moderne de l'Europe*, Stuttgart, 1819.

¹³ G.F. VON MARTENS, *Precis du droit des gens modernes de l'Europe fondé sur les traités et l'usage*. Göttingen, 1789.

¹⁴ A.W. HEFFTER, *Le Droit International Public de l'Europe*, Paris 1857.

¹⁵ J.M.G. DE RAYNEVAL, *Institutions du droit de la nature et des gens*, Paris, 1803.

¹⁶ Si veda, a riguardo, A. RIBEIRO, *Entre autógrafo e fac-símile: os compêndios de Direito das Gentes no Brasil oitocentista*, disponibile in <http://ila-brasil.org.br>.

¹⁷ Si veda A. RIBEIRO, *Teaching International law in the Nineteenth-Century Brazil: A history of appropriation and assimilation (1827-1914)*, Tesi (dottorato di ricerca), Università degli Studi di Firenze, 2018, disponibile in: <http://hdl.handle.net>; nonché Id., *Brazilian literature on international law during the empire regime. Or the diffusion of international law in the peripheries through appropriation and adaptation*, in *Revista de Direito Internacional*, 2018, 49-66.

tando, al massimo, le riletture elaborate nel nuovo continente nella metà del XIX secolo da Bello¹⁸ e da Wheaton¹⁹.

La cultura giuridica brasiliana, compresa quella internazionalistica, attraversò tutto il periodo imperiale e il primo decennio della Repubblica sostanzialmente immersa nelle dottrine francofone o nei testi di autori germanici pubblicati nella lingua franca dell'accademia e della diplomazia dell'epoca, il francese, con solo lievissime influenze ispaniche e nordamericane. Fu un secolo in cui, fatta eccezione per gli scritti dei giuristi del Medioevo e del Rinascimento, come Bartolo, Belli e Gentili, che pubblicavano in latino, i testi degli autori della scienza italiana del diritto internazionale non giungevano nelle aule delle due scuole giuridiche brasiliane.

3. La possibilità di individuare concretamente l'inserimento di modelli provenienti dalla cultura giuridica italiana in Brasile iniziò a manifestarsi a partire dalla fine dell'Impero e, in modo più evidente, nei primi anni del XX secolo. Due fenomeni ebbero un ruolo centrale in questo processo. In primo luogo, il lento declino, nell'ambito della scienza del diritto internazionale, del paradigma giusnaturalista, che, per le ragioni già esposte, non prevedeva la necessità di menzionare o citare gli autori utilizzati nella ricerca per la stesura dei testi; parallelamente, l'ascesa delle correnti "scientifiche" fondate su presupposti e metodi di analisi più recenti e ancorate a nuove discipline, che, invece, richiedevano l'uso dell'"argomento di autorità", ossia la citazione degli autori come elemento di legittimazione accademica. In secondo luogo, il concetto di "diritto d'autore" nel senso moderno del termine, ancora inesistente fino agli ultimi decenni del XIX secolo, iniziò a consolidarsi²⁰. Il fatto che le fonti di una ricerca, primarie o secondarie che fossero, venissero menzionate, iniziò ad essere considerato in ambito accademico non solo come prova di serietà, rispetto di regole etiche ben definite e legalità, ma anche come comportamento distintivo dell'appartenenza alla comunità scientifica.

¹⁸ A. BELLO, *Principios de Derecho Internacional*, Lima, 1844.

¹⁹ H. WHEATON, *Éléments du droit international*, Leipzig, 1852.

²⁰ In Brasile la materia è stata regolamentata per la prima volta con la legge n. 496 del 1898. A livello internazionale, invece, il riferimento fondamentale è la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche del 1886. Tuttavia tale convenzione è entrata in vigore in Brasile quasi un secolo più tardi, con il decreto n. 75.699 del 1975.

Il manuale pubblicato nel 1902 da Lafayette Rodrigues Pereira²¹ rappresenta un esempio concreto di questo fenomeno, segnando una netta rottura con la tradizione precedente. Il contrasto con le opere pubblicate nel corso del XIX secolo, spesso prive di riferimenti bibliografici, è particolarmente evidente. Trattati e manuali di autori europei ed americani venivano sistematicamente citati nelle note a piè di pagina purché fossero stati scritti o debitamente tradotti in francese, inglese o spagnolo, lingue da lui conosciute, oltre al latino. Non vengono dunque citate opere redatte in tedesco, italiano o olandese che non fossero state tradotte in francese.

Esiste un ulteriore elemento, legato in modo specifico al profilo dell'autore, che contribuì al cambiamento di atteggiamento nei confronti delle citazioni e dei riferimenti bibliografici. Lafayette era originariamente civilista, ambito nel quale pubblicò la maggior parte delle sue opere prima di espandere la sua attività anche al diritto internazionale. Il manuale da lui redatto in questo secondo campo fu elaborato adottando tecniche già ampiamente utilizzate nella sua disciplina d'origine, come si può osservare nei suoi due trattati di diritto civile²². Il divario metodologico esistente tra questi due lavori e gli scritti coevi di Pimenta Bueno, Autran da Mata Albuquerque, Pereira Pinto e Vasconcelos Drumond mette in evidenza il lento declino del paradigma giusnaturalista nell'ambito del diritto internazionale, a fronte di una transizione già avanzata nello stesso periodo nell'ambito delle dottrine civilistiche e penalistiche, ormai influenzate dalla scuola francese dell'esegesi e dal positivismo logico tedesco. Il manuale di Lafayette segnò, dunque, una rottura dal punto di vista metodologico con la tradizione internazionalista precedente, essendo stato concepito e strutturato secondo i parametri della sua scienza di origine, la disciplina civilista.

I riferimenti bibliografici presenti nelle note a piè di pagina dei "Princípios" offrono spunti significativi per un'analisi preliminare della circolazione dei modelli giuridici italiani nella scienza del diritto internazionale in Brasile. Tra questi spicca il fenomeno eloquente dell'abbondante utilizzo delle traduzioni francesi delle opere di Pa-

²¹ L.R. PEREIRA, *Princípios de Direito Internacional*. Rio de Janeiro, 1902. Sulla produzione di Lafayette nel diritto internazionale, si veda A. DAL RI Jr., *Lafayette Rodrigues Pereira, o último "internazionalista" do Império*, in G.R.B. GALINDO (org.), *op. cit.*, 131 ss.

²² L.R. PEREIRA, *Direito das Cousas*, Rio de Janeiro, 1877, in due tomi; ID., *Direitos de Família*, Rio de Janeiro, 1889.

squale Fiore²³, citate ben 154 volte, in quasi tutti i capitoli dell'opera. È questo il momento in cui si apre il primo ciclo di riferimenti alle teorie e ai giuristi della penisola, ciclo che si sarebbe protratto fino alla Grande Guerra del 1914-1919.

In questo primo ciclo vengono citati gli scritti di Pasquale Stanislao Mancini²⁴, Ludovico Casanova²⁵, Giuseppe Sandonà²⁶, Terenzio Mamiani²⁷, Giuseppe Carnazza Amari²⁸, Alessandro Corsi²⁹, Andrea Ferrero Gola³⁰, Pasquale Fiore e Giovanni Lomonaco³¹. Le menzioni a Mancini, Fiore e Carnazza Amari³² si riferivano alle traduzioni francesi dei loro scritti o alle citazioni presenti in testi di autori francofoni, come riportato nel manuale di Rivier³³, ad esempio. Si trattava di riferimenti piuttosto superficiali, privi di un'analisi approfondita. I nomi di Casanova, Sandonà, Esperson, Corsi, Ferro Gola e Lomonaco, a loro volta, comparivano soltanto nelle note a piè di pagina che si limitavano a riportare il titolo dell'opera e una sintesi in una o due frasi dei rispettivi contributi, senza ulteriori approfondimenti. Tutto lascia intendere, dunque, che tali autori non siano stati effettivamente letti dai giuristi brasiliani, ma conosciuti solo indirettamente attraverso fonti secondarie, citati nei manuali francofoni disponibili nelle biblioteche universitarie di San Paolo, Recife, Rio de Janeiro e Belo Horizonte.

Emblematici tra gli autori brasiliani che presentarono queste pri-

²³ P. FIORE, *Nouveau droit international public suivant les besoins de la civilisation moderne*, Traduit par CH. ANTOINE, Paris, 1868; ID., *Le Droit International Codifié*, Paris, 1890; ID., *Droit International Privé ou Principes pour résoudre les conflits entre les législations diverses en matière de droit civil et commercial*, Traduit de l'italien par P. PRADIER-FODERE, Paris, 1875, e, ancora, ID., *Traité de droit pénal international et de l'extradition*, Traduit par CH. ANTOINE, Paris, 1880.

²⁴ P.S. MANCINI, *Dalla vocazione del nostro secolo per la riforma e la codificazione del diritto delle genti e per l'ordinamento di una giustizia internazionale*, Roma, 1874, opera pubblicata in Brasile, in lingua portoghese, all'interno della raccolta P.S. MANCINI, *Direito Internacional*, Tradução de C. MIORANZA, Ijuí, 2003 (Collezione "Clássicos do Direito Internacional").

²⁵ L. CASANOVA, *Del Diritto Internazionale. Lezioni*, vol. I, Firenze, III ed., 1876.

²⁶ G. SANDONÀ, *Trattato di diritto internazionale moderno*, Firenze, 1870.

²⁷ T. MAMIANI, *D'un Nuovo Diritto Europeo*, Torino, 1859.

²⁸ G. CARNAZZA AMARI, *Trattato sul diritto internazionale pubblico di pace*, vol. I, Milano, 1875.

²⁹ A. CORSI, *Arbitrati internazionali: note di critica dottrinale e storica*, Pisa, 1894.

³⁰ A. FERRERO GOLA, *Corso di Diritto Internazionale, Pubblico, Privato e Marittimo*, vol. I, Parma, 1866.

³¹ G. LOMONACO, *Trattato di diritto civile internazionale*, Napoli, 1874.

³² G. CARNAZZA AMARI, *Traité de Droit International Public en temps de Paix*, t. I, Paris, 1880.

³³ A. RIVIER, *Principes du droit des gens*, t. I, Paris, 1896.

me citazioni, oltre al già menzionato Lafayette Rodrigues Pereira, vi è anche Manuel de Souza Sá Viana³⁴. Entrambi fecero riferimento all'opera di Alberico Gentili³⁵, considerata non tanto come un classico della tradizione italiana, quanto piuttosto appartenente a un momento e a un movimento di creazione del diritto internazionale moderno che oltrepassa i confini statali³⁶. Un ulteriore elemento accomuna Lafayette e Sá Vianna agli italiani da loro citati: tutti possono essere considerati figure di transizione tra diverse fasi della scienza giuridica internazionalista e la loro attività coincide proprio con il passaggio dal XIX al XX secolo. Essi furono testimoni della fine del paradigma oratorio-forense, caratterizzato dall'azione del "giurista-eloquente" tipico dell'Ottocento e dell'affermarsi del paradigma scientifico, che richiede invece il "giurista-scienziato", proprio del Novecento³⁷.

L'opera pubblicata nel 1908 da Sá Vianna cita largamente Lomonaco e Corsi³⁸, ma attribuisce un ruolo di rilievo a Carnazza Amari, che viene inserito tra i membri della "escola dominante"³⁹. A differenza degli altri autori, nel caso di Carnazza Amari le citazioni presenti indicano chiaramente che la sua opera è stata letta in lingua italiana.

³⁴ M. DE SOUZA SÁ VIANNA, *Elementos de Direito Internacional*, vol. 1, Rio de Janeiro, 1908. In quest'opera l'autore cita Fiore nella versione francese, oltre a Lomonaco, Corsi (117) e Carnazza Amari (72). Per un'analisi del contributo di Sá Vianna alla scienza brasiliana del diritto internazionale, si veda P.R. BARROS, F.F. CARVALHO, *Un universalista brasileiro: Manuel Alvaro de Souza Sá Vianna y el derecho internacional en Brasil a principios del siglo XX*, in *Latin American Law Review*, 2022, 1-17.

³⁵ Entrambi lo citano in corsivo come «Alberico Gentil» e sembrano non aver consultato l'originale in latino, ma solo aver ripreso i commenti presenti nel capitolo scritto da H. NÉZARD, *Albericus Gentilis*, in A. PILLET, *Les fondateurs du Droit International*, Paris, 1904, 78 ss. Sá Vianna cita inoltre l'opera di J. WESTLAKE, *Études sur les principes du Droit International*, Traduit de l'anglais par E. NYS, Bruxelles, 1895, 38, per una comparazione tra Gentili e Francisco de Vitória. Si vedano a riguardo, L.R. PEREIRA, *Principios de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, 1902, 48, e M. DE SOUZA SÁ VIANNA, *op. cit.*, 11, 15, 17, 18 e 52. L'opera di Gentili è stata pubblicata in Brasile, in traduzione portoghese, soltanto un secolo dopo: A. GENTILI, *O Direito da guerra*, Tradução de C. MIORANZA, Ijuí, 2005 (Collezione "Clássicos do Direito Internacional").

³⁶ Si veda, a riguardo di questo momento storico, S. GONZÁLEZ HAUCK, *History of International Law*, in S. GONZÁLEZ HAUCK, *Public International Law. A Multi-Perspective Approach*, New York, 2024, 5; sui tentativi di agiografia dei "padri fondatori" del diritto internazionale nel XIX secolo, cfr. A. O'DONOGHUE, *Bluntschli, C'est Moi? International legal history and hagiography*, in *Transnational Legal Theory*, 1, 2024, 67 ss.

³⁷ P. BENEDEUCE, *Il corpo eloquente: identificazione del giurista nell'Italia liberale*, Bologna, 1996; e C. PETIT CALVO, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal*, Huelva, 2000.

³⁸ M. DE SOUZA SÁ VIANNA, *op. cit.*, 117.

³⁹ Ivi, 65 e 66, 92.

Per quanto riguarda Fiore, invece, i riferimenti sembrano limitarsi alle traduzioni francesi⁴⁰.

La pubblicazione del manuale di Clóvis Beviláqua⁴¹, nel 1910, segna l'inizio di una fase più incisiva nella circolazione dei modelli giuridici italiani in Brasile. L'opera, nota per attingere non solo alla produzione di autori francofoni, ma anche per introdurre nel panorama brasiliano quelli germanofoni, si distingue per la presenza di numerose citazioni tratte dalla dottrina italiana che sembrano derivare da una consultazione diretta delle fonti. Tra queste, spiccano in particolare le opere di Lomonaco e di Arrigo Cavaglieri⁴². Al contrario, Fiore continua a essere citato prevalentemente attraverso le traduzioni francesi dei suoi scritti.

Mancini, Casanova, Mamiani, Esperson sono i grandi assenti, ma non per caso. Laureatosi presso la Facoltà di Giurisprudenza di Recife, istituzione che avviò la ricezione delle idee del positivismo scientifico tedesco nella realtà brasiliana, Beviláqua ebbe cura di prendere una ragionevole distanza dalle opere dottrinali riconducibili al paradigma oratorio-forense, alle teorie giusnaturaliste⁴³ e a quelle considerate espressione del romanticismo giuridico. Il relatore del primo Codice civile brasiliano intendeva presentare le proprie ricerche come frutto dell'attività di un "giurista-scienziato" e non di un "giurista-oratore", evitando così qualsiasi semplice riferimento a teorie che non fossero compatibili con la sua impostazione. Per questi stessi motivi, i modelli proposti da Fiore, Cavaglieri e Lomonaco, autori caratterizzati da una impostazione tecnica più solida rispetto ai loro predecessori, costituiscono il nucleo principale del dialogo con l'impianto teorico elaborato dal giurista brasiliano.

Il volume pubblicato nel 1913 da João Mendes, che segna la prima incursione del positivismo sociologico nella scienza brasiliana del diritto internazionale⁴⁴, mantenne come letteratura di riferimento i testi in lingua francese⁴⁵, con rarissime menzioni a opere originaria-

⁴⁰ Ivi, 72.

⁴¹ C. BEVILÁQUA, *Direito Público Internacional. A synthese dos princípios e a contribuição do Brasil*, Rio de Janeiro, 1910.

⁴² A. CAVAGLIERI, *La consuetudine giuridica internazionale*, Padova, 1907.

⁴³ Il rifiuto di Beviláqua nei confronti del giusnaturalismo, condiviso da Silvio Romero e Tobias Barreto, è chiaramente illustrato in C. BEVILÁQUA, *Estudos jurídicos: historia, philosophia e critica*, Rio de Janeiro, 1916, 170.

⁴⁴ Si veda a riguardo, A.S. DE BRITO, *José Mendes (1861-1918): O internacionalista spenceriano de São Paulo*, in G.R.B. GALINDO (Org.), *op. cit.*, 367 ss.

⁴⁵ Grazie a questo approccio l'autore ebbe accesso anche a opere originariamente pubblicate in tedesco e successivamente tradotte nella lingua di Domat. È il caso, ad esempio, di F.

mente pubblicate in tedesco⁴⁶ o in inglese⁴⁷. Tra gli autori italiani compaiono soltanto due nomi: Fiore, sempre citato nella traduzione francese⁴⁸, e Giacomo Grasso, menzionato nell'originale⁴⁹. La preoccupazione principale di Mendes era offrire una lettura del fenomeno internazionale attraverso gli strumenti teorici forniti da Herbert Spencer nel suo "*The principles of sociology*"⁵⁰, approccio che diede buoni risultati nella prima parte del manuale. Nella seconda parte, Mendes ha dato maggior rilievo ad autori e correnti che fornivano una struttura teorica più raffinata dal punto di vista tecnico; fu proprio in questa fase che entrarono in scena i giuristi tedeschi e italiani, a complemento degli elementi già introdotti soprattutto da autori brasiliani e francesi.

4. Il ciclo successivo prende avvio negli anni che precedono la fine della Prima Repubblica, rafforzandosi a partire dal 1930, con l'ascesa di Getúlio Vargas alla guida dell'esecutivo. Si apre così una fase contrassegnata da una crescente attenzione da parte della scienza giuridica brasiliana nei confronti degli autori italiani. Le politiche di Vargas, in generale, si ispirarono alle nuove esperienze sviluppatesi in diversi contesti europei, incluso quello giuridico. In questo quadro il diritto penale, il diritto del lavoro, il diritto commerciale e il diritto processuale divennero veri e propri laboratori in cui le innovazioni proposte dalle dottrine italiane furono oggetto di approfondite discussioni.

A partire da questo momento, i modelli provenienti dall'Italia iniziarono a essere consultati direttamente in lingua originale, senza più ricorrere alle traduzioni francesi. Questo cambiamento di atteggiamento si deve a tre fattori principali. In primo luogo, le innovazioni introdotte dai giuristi italiani nei campi del diritto penale, processuale e commerciale spinsero numerosi studiosi brasiliani a dedicarsi allo studio della lingua di Dante, con l'obiettivo di poter accedere diretta-

HOLTZENDORFF, *Éléments de Droit International Public*, Paris, 1891, e di J. K. BLUNTSCHLI, *Le droit international codifié*, Paris, 1895.

⁴⁶ Il classico di F. von LISZT, *Das Völkerrecht. Systematisch dargestellt*, Berlin, 1898.

⁴⁷ È il caso, ad esempio, di J. LORIMER, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, London, 1883.

⁴⁸ P. FIORE, *Le Droit international codifié et sa sanction juridique*, Traduite de l'italien par CH. ANTOINE, Paris, 1911.

⁴⁹ G. GRASSO, *Principi di diritto Internazionale pubblico e privato*, Firenze, 1890. Sebbene Grasso non fosse propriamente un internazionalista, ma piuttosto parte del più ampio mosaico dottrinale italiano, viene citato da P. MENDES GOGLIOLO, *Filosofia del diritto privato*, Firenze, 1888.

⁵⁰ H. SPENCER, *The principles of sociology*, London, 1882-1898, in tre tomi.

mente alle fonti. In secondo luogo, a partire dagli anni Trenta, diverse università brasiliane accolsero giuristi italiani di prestigio, costretti all'esilio dalle persecuzioni del regime fascista: tra i più noti vi sono il processualista Enrico Tullio Liebman e il commercialista Tullio Ascarelli, entrambi docenti presso l'Università di San Paolo. Infine, l'ingresso nelle università brasiliane dei figli e nipoti degli immigrati italiani, con diversi livelli di padronanza della lingua dei loro avi, favorì una massiccia presenza di studenti e docenti di origine italiana nelle facoltà di giurisprudenza di San Paolo, Porto Alegre, Curitiba, Florianópolis, Vitória e Belo Horizonte. Il filosofo del diritto Miguel Reale rappresenta probabilmente l'esempio più emblematico di questo fenomeno, in cui le origini familiari hanno agevolato la trasmissione culturale delle dottrine giuridiche italiane.

È in questo contesto che, nel 1931, a Rio de Janeiro, tra un vivace ambiente artistico-culturale e una realtà accademica prevalentemente improntata a una certa formalità, Raul Pederneiras pubblicò il suo manuale. L'opera affronta la disciplina da una prospettiva tecnico-giuridica, con linguaggio e impostazione orientati a un approccio "scientifico". Non manca, tuttavia, una sensibilità storiografica, probabilmente riconducibile al fatto che l'autore, prima di assumere la cattedra di Diritto internazionale, aveva ricoperto il ruolo di professore supplente di Storia del diritto presso la Facoltà Libera di Diritto di Rio de Janeiro,⁵¹. È proprio da questa prospettiva storica che Pederneiras considera le figure di Gentili e Mancini, collocandosi così in continuità con l'approccio già adottato da Lafayette e successivamente ripreso da Sá Vianna. I riferimenti a Gentili⁵², il cui nome compare tra i "Decemvros do direito internacional", si ispirano chiaramente all'opera collettiva coordinata da Antoine Pillet⁵³, pubblicata in Francia quasi trent'anni prima. Mancini⁵⁴, invece, viene citato in due passaggi, nel contesto della discussione sul principio di nazionalità. Numerosi altri

⁵¹ P.K. RIBEIRO, *Prof. Dr. Raul Pederneiras. A invenção do homem "plurivocacional"*, in *Ars Historica*, 2013, 277.

⁵² R. PEDERNEIRAS, *Direito internacional compendiado*, Rio de Janeiro, 1931, 36. Gentili è anche citato nel capitolo dedicato all'Alto mare, ivi, 204.

⁵³ A. PILLET, *op. cit.* Tra i "decemvros" vengono analizzati gli stessi giuristi, nello stesso ordine, con una notevole coincidenza nelle frasi. Oltre a Gentili, figurano Vitória, Suarez, Grotius, Zouch, Puffendorf, Bynkershoek, Wolff, Vattel, de Martens. L'inquadramento di Gentili tra i "padri del diritto internazionale" è stato a sua volta esaminato in Brasile in P.E.V. BORGES DE MACEDO, *A literatura sobre a paternidade do direito internacional*, in *Novos Estudos Jurídicos*, 2008, 83 ss.

⁵⁴ Il manuale riporta la teoria sia nel commento al "caráter positivo da doutrina" sia nel trattare delle "pessoas internacionais". Si veda, R. PEDERNEIRAS, *op. cit.*, 26 ss. e 70 ss.

autori italiani sono menzionati in lunghi elenchi di riferimenti dottrinari, ma non vi è alcun elemento che lasci supporre una consultazione diretta delle loro opere⁵⁵.

L'elemento di maggiore novità è tuttavia rappresentato dai riferimenti a Dionisio Anzilotti⁵⁶, che compaiono per la prima volta nella letteratura brasiliana. Il giurista toscano viene annoverato tra gli "autores de conceito" che sostenevano la regola *pacta sunt servanda* come principio fondamentale degli obblighi internazionali tra Stati. Dalla lettura dell'opera emerge l'impressione che le due principali pubblicazioni di Anzilotti in materia di diritto internazionale pubblico siano state effettivamente consultate in lingua originale⁵⁷.

Pederneiras operò in un periodo in cui gli autori e i modelli italiani stavano già guadagnando spazio nella cultura giuridica brasiliana, soprattutto nel campo del diritto penale, pur restando ancora poco diffusi tra gli studiosi di diritto internazionale. I riferimenti presenti nel suo manuale, così come in quello di Beviláqua, riflettono chiaramente questa dinamica. Tra gli autori italiani più frequentemente consultati figurano Cavaglieri, Lomonaco e Fiore⁵⁸, cui si aggiungono anche Dionisio Anzilotti, Giulio Diena, Scipione Gemma⁵⁹, Enrico Catellani⁶⁰, Luigi Olivi e Luca Antonio Tosi-Bellucci⁶¹. Tuttavia, sia Fiore sia Catellani continuavano a essere citati attraverso le traduzioni francesi.

Il grande impulso al consolidamento degli autori italiani come interlocutori della scienza brasiliana del diritto internazionale fu dato dalla pubblicazione, nel 1933, del trattato in tre volumi di Hildebrando

⁵⁵ Un esempio si trova nelle pagine 51 e 52, dove sono riportate indicazioni bibliografiche di diversi autori stranieri, tra cui Catellani, Cavaglieri, Diena, Farnese, Gemma, Grasso e Olivi.

⁵⁶ R. PEDERNEIRAS, *op. cit.*, 27.

⁵⁷ D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1923; ID., *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905, pubblicato in Brasile, in traduzione portoghese, come D. ANZILOTTI, *O Direito Internacional nos julgamentos internos*, Tradução de A. DAL RI JR., Ijuí, 2021 (Collezione "Clássicos do Direito Internacional").

⁵⁸ Nel caso del manuale di Beviláqua, gli scritti di Fiore attraversano praticamente tutti i capitoli del manuale e i modelli da lui proposti fungono da parallelo per commentare quasi tutte le sue proposte relative al contesto brasiliano.

⁵⁹ S. GEMMA, *Introduzione allo studio del diritto pubblico internazionale considerato nel suo svolgimento scientifico*, Bologna, 1900; ID., *Appunti di diritto internazionale: diritto pubblico*, Bologna, 1923.

⁶⁰ E. CATELLANI, *Lezioni di diritto internazionale. Anno accademico 1905-1906*, Padova, 1906.

⁶¹ L.A. TOSI-BELLUCCI, *Le azioni giudiziarie contro gli stati stranieri. Studio di diritto internazionale*, Torino, 1909. Citato da Beviláqua, 28 e 56.

Accioly⁶². Pur avendo dichiarato pubblicamente la propria appartenenza alla scuola francese e la sua devozione a Louis Le Fur⁶³, l'erudizione e la conoscenza della scienza giuridica italiana, maturate durante il suo incarico come ambasciatore del Brasile presso la Santa Sede, tra il 1939 e il 1944, contribuirono in modo decisivo alla diffusione dei modelli italiani in Brasile. Grazie ad Accioly la scienza brasiliana del diritto internazionale ebbe accesso a una nuova generazione di autori italiani, caratterizzati da un elevato rigore tecnico, tra cui spicca Anzilotti, le cui opere sono state citate almeno 65 volte nel solo primo volume del trattato. Attraverso la prima e la seconda edizione del trattato entrarono nel panorama dottrinale brasiliano anche i contributi di Gabriele Salvio⁶⁴, Prospero Fedozzi⁶⁵, Tomaso Perassi⁶⁶, Giuseppe Ottolenghi⁶⁷, Giorgio Balladore-Pallieri⁶⁸, Roberto Ago⁶⁹, Edoardo Vitta⁷⁰, Antonio Messineo⁷¹, Giancarlo Venturini⁷², Riccardo Monaco⁷³, Rolando Quadri⁷⁴, Giuseppe Sperduti⁷⁵, Giuseppe Biscottini⁷⁶, Mario Miele⁷⁷, Giuseppe Casoria⁷⁸ e Giorgio Cansacchi⁷⁹. Sebbene gli autori francesi rappresentino ancora il gruppo più numeroso

⁶² H. ACCIOLY, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, Rio de Janeiro, II ed., 1956.

⁶³ J. RORIZ, *Um dever do "homem culto": Hildebrando Accioly, jurista, diplomata*, in GALINDO (org.), *George Rodrigo Bandeira, Direito Internacional no Brasil. Pensamento e Tradição*, vol. II, Rio de Janeiro, 2021, 42.

⁶⁴ G. SALVIOLI, *La responsabilité des états*, in *Recueil des Cours*, t. 28, 1929; ID., *Les règles générales de la paix*, ivi, t. 46, 1933.

⁶⁵ P. FEDOZZI, *Trattato di diritto internazionale*, Padova, 1933.

⁶⁶ T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Roma, 1936.

⁶⁷ G. OTTOLENGHI, *Lezioni di diritto internazionale*, Torino, 1936.

⁶⁸ G. BALLADORE-PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, Milano, 1937; ID., *La formation des traités dans la pratique internationale contemporaine*, in *Recueil des Cours*, t. 74, 1949.

⁶⁹ R. AGO, *Le délit international*, in *Recueil des Cours*, t. 68, 1939; ID., *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano, 1950.

⁷⁰ E. VITTA, *La validité des traités internationaux*, Leiden, 1940; ID., *La responsabilità internazionale dello stato per atti legislativi*, Milano, 1953.

⁷¹ A. MESSINEO, *Il diritto internazionale nella dottrina cattolica*, Roma, 1942.

⁷² G. VENTURINI, *Il Riconoscimento nel Diritto Internazionale*, Milano, 1946.

⁷³ R. MONACO, *Manuale di diritto internazionale pubblico e privato*, Torino, 1949.

⁷⁴ R. QUADRI, *Diritto Internazionale pubblico*, Palermo, 1949.

⁷⁵ G. SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale. Contributo all'interpretazione del diritto internazionale secondo il principio dell'effettività*, Milano, 1950; ID., *Il riconoscimento internazionale di stati e di governi*, Milano, 1953.

⁷⁶ G. BISCOTTINI, *Contributo alla teoria degli atti unilaterali nel diritto internazionale*, Milano, 1951.

⁷⁷ M. MIELE, *Principi di diritto internazionale*, Firenze, 1953.

⁷⁸ G. CASORIA, *Concordati e ordinamento giuridico internazionale*, Roma, 1953.

⁷⁹ G. CANSACCHI, *Istituzioni di diritto internazionale pubblico*, Torino, 1956.

tra quelli citati, gli italiani si collocano indubbiamente al secondo posto per frequenza di menzione. Infine, anche Alberico Gentili viene menzionato⁸⁰, sempre riconosciuto come uno dei “fundadores do direito internacional”.

Negli anni successivi Braz de Sousa Arruda⁸¹ pubblicò sulla rivista della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di São Paulo una raccolta di brevi testi introduttivi al diritto internazionale, frutto delle lezioni tenute nell’ambito dei seminari del corso di dottorato. Nelle sue quasi centocinquanta pagine emergono due intenti: da un lato, l’autore cerca di presentare il lavoro come l’abbozzo di un futuro manuale, sebbene risulti evidente la totale mancanza di organicità nella proposta⁸²; dall’altro, affronta una pluralità di temi da una prospettiva sociologica e storiografica⁸³, prendendo chiaramente le distanze sia dal positivismo logico sia dal giusnaturalismo⁸⁴. Il volume, in questo senso, riveste un valore significativo in quanto rappresenta un primo tentativo di lettura critica del diritto internazionale⁸⁵.

Gentili⁸⁶ occupa una posizione di assoluto rilievo tra i fondatori

⁸⁰ «A Itália, por sua vez, apresentou na mesma época, dois nomes ilustres: Pietro Belli (1502-1575) e Alberico Gentili (1552-1608); o segundo de muito mais valor que o primeiro. Gentili foi professor em Oxford durante muitos anos; e a maioria, talvez, de suas obras apareceu na Inglaterra. Em 1585, foi ali publicado o seu *De legationibus*, pouco depois o *De jure belli*, além de vários outros», H. ACCIOLY, *op. cit.*, 59. Come fonti, nella nota a piè di pagina riportata nella stessa pagina, cita anche le opere di H. NÉZARD, *Albericus Gentilis*, in A. PILLET, *op. cit.*, 37-93; e di A. CAVAGLIERI, *Corso di diritto Internazionale*, Napoli, 1925, 27.

⁸¹ B. DE SOUSA ARRUDA, *Estrutura do direito internacional. Preleções para o curso de doutorado*, in *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 34, 1938, 465.

⁸² Il tentativo, tuttavia, si concretizzò con la pubblicazione dell’opera alcuni anni dopo, con alcune piccole aggiunte che non ne modificarono l’aspetto di inorganicità: B. DE SOUSA ARRUDA, *Curso de Direito Internacional na era atômica*, Curitiba, 1946.

⁸³ B. DE SOUSA ARRUDA, *Estrutura do direito internacional*, cit., 505.

⁸⁴ La proposta dell’autore diventa ancora più chiara in questo passo: «Edificado por ‘juristas e diplomatas’ sempre prontos a curvar a espinha diante dos poderosos e justificar os crimes dos triunfadores, distingue-se pelo seu ‘reacionismo’. No nosso curso, exporemos uma ‘concepção popular, democrática’, que contrapomos á concepção tradicional, ‘clássica, aristocrática e nacionalista’, exposta, quasi sempre, nos cursos de ‘Direito Internacional Oficial’». In B. DE SOUSA ARRUDA, *Estrutura do direito internacional*, cit., 515.

⁸⁵ Molti dei paragrafi che compongono il testo del 1938 erano già stati pubblicati quindici anni prima dallo stesso autore in un articolo sulla stessa rivista: B. DE SOUSA ARRUDA, *Resumo das preleções de direito internacional publico*, in *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 23, 1923, 19 ss.

⁸⁶ «Grócio teve precusores: Machiavel, Legnano, Belli, Victoria, Ayala, Suarez e Gentili (1552-1608), italiano, professor em Oxford. O livro de Gentili, *De Jure Belli*, foi mesmo o modelo de Grócio, mas, conquanto Grócio muito deva a Gentili, foi o maior e com justiça foi cognominado ‘Pai do Direito Internacional’». In B. DE SOUSA ARRUDA, *Estrutura do direito internacional. Preleções para o curso de doutorado*, in *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 34, 1938, 571.

del diritto internazionale, come evidenziato anche da Cavaglieri, il quale nei suoi scritti sostiene che Grotius avrebbe preso a modello l'opera del giurista marchigiano. Anche Mancini riveste un ruolo importante nel volume. Nel capitolo dedicato specificamente alle *Lições de história do direito internacional*, Sousa Arruda assume una posizione piuttosto critica nei confronti del principio di nazionalità elaborato dal giurista avellinese⁸⁷, contribuendo così a rafforzare il processo di storicizzazione avviato alcuni decenni prima da Carlos Carvalho⁸⁸ nell'ambito del diritto internazionale privato.

Le proposte di Santi Romano⁸⁹, Donato Donati⁹⁰, Umberto Borsi⁹¹, Attilio Focherini⁹² e Massimo Pilotti⁹³, furono introdotte nella letteratura giuridica brasiliana da Brás de Arruda che li cita direttamente in lingua italiana. Giulio Diena⁹⁴, invece, fu recepito attraverso le traduzioni spagnole delle sue opere. Risultano inoltre più volte citati in lingua originale giuristi come Anzilotti, Catellani, Cavaglieri, Corso, Carnazza Amari, Balladore Pallieri⁹⁵ e Olivi⁹⁶, i cui modelli erano già stati presentati al pubblico brasiliano da Sá Viana, Beviláqua e Accioly. Più che semplici citazioni, il dialogo instaurato da Sousa Arruda con Diena, Olivi e Cavaglieri rappresenta un fenomeno di particolare rilievo. Questi tre giuristi italiani sono divenuti vere e proprie

⁸⁷ «Mancini, levado pelo seu patriotismo, formulou o princípio das nacionalidades em épocas anormais de fermentação e de paixões, e levado pelo seu patriotismo foi longe demais e, em vez de retratar um princípio, caricaturou-o». In B. DE SOUSA ARRUDA, *Estrutura do direito internacional*, cit., 611.

⁸⁸ C.A. DE CARVALHO, *Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis*, Rio de Janeiro, 1899, LXXVII.

⁸⁹ Per primo S. ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1926, si veda anche ID., *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918. La seconda edizione di quest'ultima opera, pubblicata nel 1946, è stata tradotta e pubblicata in Brasile come S. ROMANO, *O ordenamento jurídico*, trad. di A. DAL RI JR., Florianópolis, 2008.

⁹⁰ D. DONATI, *Stato e territorio*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1914, 319.

⁹¹ U. BORSI, *La neutralizzazione di Lussemburgo e la sua ammissione nelle Società delle Nazioni*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1925, 3 ss.

⁹² A. FOCHERINI, *Le successioni degli stati. Loro effetti sulla nazionalità degli abitanti e sulle questioni giuridiche pendenti*, Modena, 1910.

⁹³ M. PILOTTI, *Les unions d'états*, in *Recueil des Cours*, t. 24, 1928, 445 ss.

⁹⁴ G. DIENA, *Derecho internacional público*, Barcelona, 1932, tradotto sulla base del testo originale italiano della terza edizione: G. DIENA, *Diritto Internazionale*, Milano, III ed., 1930.

⁹⁵ G. BALLADORE-PALLIERI, *La forza obbligatoria della consuetudine internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1928, 338.

⁹⁶ L. OLIVI, *Diritto Internazionale Pubblico e Privato*, Milano, 1902. Il riferimento a quest'opera in lingua italiana non risulta evidente in R. PEDERNEIRAS, *Direito internacional compendiado*, Rio de Janeiro, 1931, 51.

fonti privilegiate, segnando un movimento senza precedenti nelle dottrine brasiliane⁹⁷.

La padronanza delle teorie elaborate nella penisola, unita all'elevato numero di opere citate nella lingua di Dante nei riferimenti bibliografici, lascia intuire che Sousa Arruda avesse una solida conoscenza dell'italiano. Alcuni episodi specifici confermano non solo la sua competenza linguistica, ma anche la consultazione diretta di un'ampia gamma di fonti originali: le numerose note a piè di pagina che rimandano a opere sul diritto romano e sul diritto medievale, tutte in italiano⁹⁸, non lasciano dubbi sul fatto che egli abbia avuto accesso alle biblioteche universitarie della penisola, non solo per consultare testi di diritto internazionale.

Figure di transizione tra due contesti molto diversi nella Comunità internazionale, gli ultimi autori di rilievo sono stati Jorge Americano, che nel 1945 pubblicò *O novo fundamento do direito internacional*⁹⁹, e Ilmar Penna Marinho, che nel 1947 presentò il suo *Características essenciais do novo Direito Internacional*¹⁰⁰. Entrambe le opere segnano la conclusione di un ciclo storico e l'avvio delle prime fasi di una nuova era, caratterizzata dall'istituzione delle Nazioni Unite e dall'avvento della guerra fredda. L'influenza della dottrina francese rappresenta il tratto distintivo di Jorge Americano, il quale, pur citando pochissimi autori, la fa emergere nelle sue scelte teoriche e nelle sue affermazioni più rilevanti. Penna Marinho, invece, riprende gli stessi autori e modelli italiani già menzionati dai brasiliani che lo avevano preceduto, senza tuttavia introdurre elementi di reale innovazione¹⁰¹. L'impressione che si ricava è che entrambi non avessero accesso a testi in lingua italiana o forse che non conoscessero affatto la lingua della penisola.

5. Con il passare degli anni, il dialogo tra la scienza italiana del

⁹⁷ Due autori italiani non internazionalisti sono frequentemente citati da Arruda: F. NITTI, *La Democrazia*, vol. I, Paris, 1932, le cui citazioni si alternano tra lingua originale e la traduzione francese; e G. FUSINATO, *Dei feziali e del diritto feziale. Contributo alla storia del diritto pubblico esterno di Roma*, Roma, 1884.

⁹⁸ È il caso della nota 124, riportata a pagina 564.

⁹⁹ J. AMERICANO, *O novo fundamento do direito internacional e seu esteio na consciência universal*, São Paulo, 1945.

¹⁰⁰ I.P. MARINHO, *Características essenciais do novo Direito Internacional*, Rio de Janeiro, 1947.

¹⁰¹ Tra questi, Ago, Balladori-Pallieri, Cavaglieri, Fedozzi, Romano e Venturini. L'unico nuovo autore inserito è stato F. ROCCO, con il suo *Sistema di Diritto Internazionale* (Napoli, 1938).

diritto internazionale e quella brasiliana si è progressivamente intensificato, favorendo una circolazione sempre più ampia dei modelli elaborati in Italia all'interno dei manuali e dei trattati giuridici brasiliani. Tuttavia, le reazioni a tali modelli si sono rivelate eterogenee, variando in funzione della sensibilità delle questioni da essi sollevate.

Tre modelli possono essere considerati quelli che hanno conosciuto una discreta circolazione nella dottrina brasiliana, anche se ciò non implica necessariamente una loro piena accoglienza. Il primo riguarda il principio di nazionalità, fondato sulla celebre lezione tenuta da Pasquale Stanislao Mancini¹⁰² nel 1851, cui si affiancano due versioni successive, una proposta da François Laurent¹⁰³, in Belgio, e l'altra da Ernest Renan¹⁰⁴, in Francia. Tanto la dottrina di diritto pubblico quanto quella di diritto privato hanno mosso numerose critiche al modello manciniano, individuando nei giuristi Carlos Carvalho¹⁰⁵ e Clóvis Beviláqua¹⁰⁶ i principali oppositori. Al centro di tali critiche vi era la questione della nazionalità degli emigrati italiani giunti in Brasile durante i grandi flussi migratori della fine del XIX secolo. La conservazione della cittadinanza italiana e la trasmissione *iure sanguinis* di tale *status* ai figli e ai nipoti degli emigrati venivano considerate da molti in contrasto con l'ordine pubblico brasiliano. Si sosteneva, infatti, che l'ordinamento della “*República*” non potesse ammettere, sul proprio territorio, l'applicazione di un principio volto a perpetuare il diritto esclusivo alla nazionalità di origine degli emigrati e dei loro discendenti, a scapito dell'acquisizione della nazionalità del Paese di destinazione¹⁰⁷.

¹⁰² P.S. MANCINI, *Dalla vocazione del nostro secolo*, cit.

¹⁰³ F. LAURENT, *Droit civil international*, vol. I, Bruxelles, 1880, 390.

¹⁰⁴ E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation?*, Paris, 1882.

¹⁰⁵ C.A. DE CARVALHO, *op. cit.*

¹⁰⁶ C. BEVILÁQUA, *Princípios elementares de Direito Internacional Privado*, Salvador, 1906, 42.

¹⁰⁷ Due episodi emblematici nella storia del diritto brasiliano si pongono in netto contrasto con il Principio di Mancini: il primo riguarda la naturalizzazione di massa prevista dalla “*Grande Naturalização*”, introdotta dal decreto n. 58-A del 14 dicembre 1889, il cui primo articolo stabiliva: «são considerados cidadãos brasileiros todos os estrangeiros que já residiam no Brasil no dia 15 de novembro de 1889, salvo declaração em contrário feita perante a respectiva municipalidade, no prazo de seis mezes da publicação deste decreto»; il secondo riguarda le politiche di sicurezza nazionale adottate durante l’“*Estado Novo*”, nel pieno della Seconda guerra mondiale. Queste misure portarono gli stranieri e i loro discendenti, stabilitisi definitivamente nel territorio brasiliano, a essere progressivamente allontanati dalla patria d'origine e, successivamente, a essere naturalizzati come cittadini brasiliani. Su quest'ultimo tema, cfr. A. DAL RI Jr., *El tratamiento jurídico del extranjero en Brasil: de la “gran naturalización” de la Primera República a la seguridad nacional en el Estado nuevo (1889-1945)*,

Dichiarato dalla dottrina come inconciliabile con l'ordinamento brasiliano, il modello manciniano è stato infine oggetto di storizzazione, poiché faceva riferimento a contesti storici e sociali che non riflettevano né la realtà del Brasile né quella del continente americano¹⁰⁸. Emblematica, in questo dibattito, è la posizione assunta da Accioly nel suo *Tratado*, in cui il Principio viene delegittimato anche sul piano tecnico. Accioly afferma infatti che «não é possível, entretanto, levar aos últimos extremos a aplicação do dito princípio»¹⁰⁹, perché «difícilmente se podem precisar os limites de uma nacionalidade»¹¹⁰. Coerentemente con la visione secondo cui Stati a composizione etnica eterogenea possano costituire una nazione, come nel caso del Brasile, Accioly non esitava a sostenere che la nazione è «constituída por um conjunto de fatores que não se confundem com os do próprio Estado, nem com os dos agrupamentos de homens a que se dá o nome de povo. Seu elemento básico é o fator subjetivo, representado pela consciência nacional»¹¹¹.

Il secondo modello italiano ad affermarsi nella dottrina brasiliana è quello fondato sull'idea di "dualismo" nei rapporti tra ordinamento internazionale e ordinamento interno. L'introduzione di questa impostazione nel contesto brasiliano avvenne a partire dal 1938 con la diffusione della proposta di Anzilotti¹¹², a opera di Sousa Arruda. In questo contesto, il dualismo italiano viene presentato come parte integrante di una teoria più ampia, sviluppata anche da studiosi di altri Paesi europei. Accanto al modello italiano emersero infatti quello tedesco

in P. PALCHETTI, M. MECCARELLI (eds.), *Derecho en movimiento. Personas, derechos y derecho en la dinámica global*, Madrid, 2015, 107-144.

¹⁰⁸ Diversi autori hanno seguito orientamenti analoghi, come ad esempio, R. PEDERNEIRAS, *Direito internacional compendiado*, Rio de Janeiro, 1931, 70; J. AMERICANO, *O novo fundamento do direito internacional e seu esteio na consciência universal*, São Paulo, 1945, 21; H. ACCIOLY, *op. cit.*, 110; G. DE BRITTO MELLO BOSON, *Curso de Direito Internacional Público*, Belo Horizonte, 1958, 247; L.P.F. FARO Jr., *Direito Público Internacional*, Rio de Janeiro, 1956, 96; O. LITRENTO, *Manual de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, 1968, 57.

¹⁰⁹ H. ACCIOLY, *op. cit.*, 111.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*, 110. Continua l'autore: «diz-se, assim, que uma nação é um conjunto de pessoas que possuem a mesma origem, as mesmas tradições, os mesmos costumes e aspirações comuns. Ordinariamente, os membros de uma nação falam língua idêntica, possuem a mesma religião, habitam o mesmo território. Mas há exemplos em sentido contrário. O que liga os membros de uma nação é um laço puramente moral, ao passo que no Estado existe um vínculo político».

¹¹² D. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905.

proposto da Heinrich Triepel¹¹³ e quello britannico elaborato da Lassa Oppenheim¹¹⁴, che divennero praticamente inseparabili nell'analisi della dottrina brasiliana. Va tuttavia osservato che, sebbene il modello di Triepel sia stato citato da quasi tutti i manuali, esso non è stato oggetto di un'analisi critica approfondita, molto probabilmente perché era stato presentato originariamente in lingua tedesca, il che costituiva un ostacolo significativo all'accesso e alla diffusione dei suoi presupposti teorici. Il modello elaborato da Oppenheim, invece, quando menzionato, non veniva analizzato, forse perché fondato sui presupposti del *common law* scarsamente compatibili con la cultura giuridica brasiliana. Il modello di Anzilotti, al contrario, ha iniziato a essere oggetto di analisi costante, in particolare dopo la pubblicazione del *Curso* di Celso Albuquerque de Mello¹¹⁵, sempre accompagnato da altri due importanti esponenti della scuola italiana¹¹⁶: Tomaso Perassi¹¹⁷ e Rolando Quadri¹¹⁸.

Il modello dualista assunse un ruolo di rilievo anche nella giurisprudenza brasiliana a partire dal 1937, anno di inizio della dittatura di Getúlio Vargas, consolidandosi ulteriormente durante il regime civile-militare, tra il 1964 e il 1985. Il suo apice fu raggiunto nel 1977, quando il Supremo Tribunal Federal adottò una posizione di chiusura dell'ordinamento giuridico interno nei confronti del diritto internazionale. Tale orientamento si manifestò nella decisione relativa al ricorso straordinario 80.004/1977, in cui si affermava che «pur avendo la Convenzione di Ginevra, che prevedeva una Legge Uniforme su cambiali e pagherò, applicabilità nell'ordinamento giuridico brasiliano, essa non prevaleva sulle leggi nazionali. Da ciò derivava la costituzionalità e la validità del Decreto-Legge n. 427/69 che imponeva la registrazione obbligatoria del pagherò presso un ufficio fiscale». Il dualismo adottato dalla Corte Suprema risultava quindi particolarmente

¹¹³ C.H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1899. Solo nel 1924 è apparsa in Brasile la traduzione di parte del corso pubblicato nei *Recueil* dell'Accademia dell'Aja: K. H. TRIEPEL, *As relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, 1966, 7-65.

¹¹⁴ L.F.L. OPPENHEIM, *International law: A treatise*. Nova York, 1905, 25.

¹¹⁵ Si veda a riguardo C. ALBUQUERQUE DE MELLO, *Curso de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, 1967, 44.

¹¹⁶ E. CANNIZZARO, *Il mutamento dei paradigmi della scienza giuridica internazionalista e la dottrina italiana*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2014, 90 ss.

¹¹⁷ T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, cit., 35; ID., *Ordine di esecuzione di convenzione di estradizione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1924, 583 ss.; ID., *La Costituzione e l'ordinamento internazionale*, Milano, 1951.

¹¹⁸ R. QUADRI, *op. cit.*, 41.

te rigido, in alcuni aspetti persino più severo delle teorie di Anzilotti e, in certi punti, oltrepassava anche quella di Triepel. Nemmeno la precisazione contenuta nella sentenza, secondo cui «la legge non lo abroga, ma semplicemente sospende, finché in vigore, le norme del trattato con essa incompatibili; queste torneranno ad applicarsi se la legge che ne impediva l'applicazione verrà abrogata», fu sufficiente a mitigare gli effetti della chiusura adottata nei confronti dell'ordinamento internazionale¹¹⁹.

Questa rigidità giurisprudenziale trova la sua ragione nelle ripetute e sistematiche violazioni dei diritti umani commesse dai regimi dittatoriali brasiliani, diritti che stavano diventando oggetto di una crescente regolamentazione da parte delle Nazioni Unite. Di conseguenza, si affermò una prospettiva interna diffidente nei confronti del diritto internazionale, percepito come un baluardo inflessibile dei diritti umani e, proprio per questo, come un potenziale strumento di ingerenza negli ordinamenti giuridici nazionali. Il risultato fu l'adozione di strategie volte a una protezione esasperata della sovranità nazionale, con il tentativo di blindare l'ordinamento giuridico interno contro l'influenza delle norme internazionali¹²⁰. In questo scenario segnato da forte tensioni, il modello dualista teorizzato da Anzilotti finì per consolidarsi progressivamente come uno dei temi più frequentemente analizzati nella quasi totalità dei manuali e dei trattati di diritto internazionale pubblico, in particolare negli ultimi quarant'anni del XX secolo¹²¹.

Infine, il terzo modello italiano ad aver influenzato la scienza bra-

¹¹⁹ Le timide contestazioni sollevate all'epoca in ambito legislativo, come quella prevista nell'art. 98 del *Código Tributário Nacional*, e in sede dottrinale, non furono sufficienti a modificare l'orientamento dei tribunali, che mantennero questo dualismo rigido fino alla promulgazione della *Constituição Federal* del 1988. Solo a partire da tale momento, inizialmente grazie al suo eloquente silenzio in materia, poi con la decisione del Supremo Tribunal Federal nell'Habeas Corpus n. 72.131/1995 e, infine, con l'inserimento del terzo comma dell'articolo V della Costituzione tramite l'Emendamento n. 45/2004, si sono poste le basi per l'affermarsi di un dualismo moderato, in un processo di ridefinizione determinato non tanto da una chiara e univoca adesione al monismo, quanto piuttosto dalle numerose eccezioni che, nel tempo, hanno progressivamente attenuato il precedente dualismo rigido.

¹²⁰ Al contrario, la dottrina si è mostrata nel tempo ampiamente favorevole al monismo di rilevanza internazionale, come attestano G. DE BRITTO MELLO BOSON, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. 1, Belo Horizonte, 1958, 169; N.F. DA LUZ, *Introdução ao Direito Internacional Público*, São Paulo, 1963, 139; G. RUSSOMANO, *Estudos de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, 1965, 160; C. ALBUQUERQUE DE MELLO, *op. cit.*, 50-51; A.P. DE ANDRADE, *Manual de Direito Internacional Público*, São Paulo, II ed., 1980, 18.

¹²¹ Tra cui H. ACCIOLY, *op. cit.*, 44 ss.; C. ALBUQUERQUE DE MELLO, *op. cit.*, 47; G. RUSSOMANO, *op. cit.*, 201; O. LITRENTO, *op. cit.*, 107; J.F. REZEK, *Direito Internacional Público. Curso elementar*, São Paulo, 1991, 4.

siliana del diritto internazionale è quello elaborato da Roberto Ago sul tema della responsabilità internazionale degli Stati. Gli elementi di tale modello compaiono già in opere degli anni Trenta¹²² e, in particolare, nel corso tenuto da Ago all'Accademia dell'Aja nel 1939¹²³, che si è concluso quasi mezzo secolo più tardi con le sue relazioni presentate alla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite¹²⁴. La diffusione di questo modello, tuttavia, si è distinta rispetto ai due precedenti. La proposta di Ago cominciò a circolare in Brasile grazie all'opera di Penna Marinho¹²⁵ del 1947, fu successivamente approfondita nel trattato di Accioly¹²⁶ e infine oggetto di analisi più rigorosa ad opera di Albuquerque de Mello¹²⁷. Si è trattato, però, di un processo graduale, in cui i presupposti teorici sono spesso giunti in Brasile mediante commenti riportati in manuali anglofoni e francofoni citati dalla dottrina nazionale. Tale dinamica si spiega in parte con il fatto che gli aspetti tecnici più complessi del modello di Ago sono stati discussi in modo più approfondito in inglese e in francese nell'ambito dei lavori della Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite¹²⁸, i cui rapporti sono stati oggetto di studio e analisi da parte della dottrina brasiliana solo negli ultimi decenni del XX secolo¹²⁹.

¹²² R. AGO, *La responsabilità indiretta nel diritto internazionale*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, 12-63; ID., *La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni in tema di responsabilità internazionale*, ivi, 1938, 181-249; ID., *Illecito commissivo e illecito omissivo in diritto internazionale*, in *Diritto internazionale*, 1938, 9-16.

¹²³ R. AGO, *Le délit international*, in *Recueil des Cours*, t. 68, 1939.

¹²⁴ Eighth report on State responsibility by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur – The internationally wrongful act of the State, source of international responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, II (1980), UN Doc. A/CN.4/318/Add.5-7. Si veda, inoltre, R. AGO, *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*, Napoli, 1978, in tre volumi; e A. PELLET, *Les rapports de Roberto Ago à la CDI sur la responsabilité des États*, in *Forum du Droit International*, 2002, 222-229.

¹²⁵ I.P. MARINHO, *op. cit.*, 82.

¹²⁶ Nella prima edizione del suo manuale, pubblicata nel 1948, Accioly dedica numerose pagine al tema, affrontandolo anche da prospettive molto affini a quelle di Ago, pur senza menzionarlo esplicitamente. Al contrario, vengono citati gli scritti di Anzilotti e di Ballardore-Pallieri. Si veda H. ACCIOLY, *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, 1948, 76 ss. La prima citazione esplicita di Ago da parte di Accioly comparirà soltanto nella seconda edizione del Trattato, pubblicata nel 1956.

¹²⁷ C. ALBUQUERQUE DE MELLO, *op. cit.*, 275, 278. Il tema è stato ripreso con un nuovo slancio nella dottrina brasiliana, grazie agli interventi di F. REZEK, *op. cit.*, 268, e A.A. CANÇADO TRINDADE, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, 2002, 1039.

¹²⁸ Si veda, ad esempio, G. AMADO, *O direito internacional e as nações unidas*, in *Revista Forense*, 1951, 335-357, che offre un inquadramento della responsabilità internazionale nell'ambito delle attività della Commissione di diritto internazionale dell'ONU.

¹²⁹ L'argomento era già presente all'inizio del XX secolo nella dottrina brasiliana attraverso gli scritti di Amaro Cavalcanti e di Clóvis Beviláqua ed era inquadrato in una prospettiva

I principali presupposti del modello elaborato da Ago¹³⁰ a circolare in terra brasiliana riguardano l'idea secondo cui «le problème de la détermination de la nature juridique du délit international, c'est-à-dire le problème de l'origine de la responsabilité internationale des Etats, constitue sans doute l'une des questions les plus délicates et les plus graves du droit international public»¹³¹ e «la condition nécessaire pour que le droit des gens impute un tort à l'État, c'est qu'il se trouve en face d'une conduite d'une personne physique qui, dans l'organisation interne de l'État, soit qualifiée d'organe»¹³². Tra i fattori che hanno favorito la circolazione di questo modello vi è il fatto che si basa sul concetto di illecito elaborato dalla scienza penale italiana, le cui dottrine furono ampiamente discusse in Brasile a partire dal processo che portò alla codificazione penale del 1940.

La circolazione del modello elaborato da Ago si è verificata, tuttavia, su scala decisamente più ridotta rispetto a quella dei presupposti teorizzati da Mancini e da Anzilotti. Le riserve espresse dai governi dittatoriali che si sono succeduti in Brasile nel periodo in cui Ago sviluppava le sue teorie contribuirono a scoraggiare gli studi sulla responsabilità internazionale. Questo fenomeno è stato ulteriormente accentuato da alcune scelte storiche di politica estera brasiliana, come quella adottata dopo la sconfitta nel caso *Brazilian loans* dinanzi alla Corte permanente di giustizia internazionale nel 1929, orientate a evitare il coinvolgimento del Paese in giurisdizioni arbitrali o nelle due corti internazionali di giustizia dell'Aia. L'assenza del Brasile come parte attiva in tali sedi giurisdizionali per quasi un secolo contribuì a rafforzare la scarsità di studi dottrinali sul tema, situazione che ha iniziato a cambiare solo nell'ultimo decennio del XX secolo, quando il Brasile ha riconosciuto la giurisdizione di organismi come il Mercosul, l'Organizzazione mondiale del commercio e la Corte interamericana dei diritti umani.

eminentemente civilistica, mantenendosi così fino alla fine del XX secolo. Si veda a riguardo A. CAVALCANTI, *A responsabilidade civil do Estado*, Rio de Janeiro, 1905; e C. BEVILÁQUA, *Direito Público Internacional*, cit., 179 ss.

¹³⁰ R. AGO, *Le délit international*, cit., 415-554, in gran parte ribadito nel 1971, nel periodo in cui ricopriva uno ruolo centrale all'interno della Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite, in R. AGO, *Le fait internationalement illicite de l'État, source de responsabilité internationale*, in *Annuaire de la Commission du droit international*, II, 1971, UN Doc. A/CN.4/246 et Add.1 à 3, 209 ss.

¹³¹ R. AGO, *Le délit international*, cit., 419.

¹³² Ivi, 465.

6. Il processo di circolazione dei modelli giuridici elaborati nell'ambito della scienza italiana del diritto internazionale nella dottrina brasiliana tra il periodo dell'Impero e i primi decenni della Repubblica non si è svolto in modo continuo, lineare né armonico. Al contrario, è stato contraddistinto da oscillazioni e dibattiti talvolta intensi, alternando fasi di forte interlocuzione ad altre di solenni rifiuti. Queste oscillazioni sono state in gran parte determinate dall'influenza di fattori ideologici legati a momenti storici ben precisi della politica estera brasiliana: la realizzazione del colpo di Stato che portò all'instaurazione della Repubblica; l'avvento della dittatura di Getúlio Vargas; e, più tardi, la dittatura civile-militare degli anni '60-70. In ognuno di questi frangenti, orientamenti ideologici ispirati a differenti forme di autoritarismo e nazionalismo si sono dimostrati chiaramente refrattari nei confronti di aspetti fondamentali del diritto internazionale, promuovendo in modo esacerbato la difesa della sovranità nazionale e della sicurezza interna¹³³.

Il predominio della lingua francese nel panorama culturale giuridico, e successivamente della lingua inglese, ha influito su questo processo, contribuendo a rallentare l'accesso dei brasiliani ai principali esponenti della dottrina italiana di diritto internazionale. Solo a partire dai primi decenni del XX secolo, quando i testi in lingua italiana hanno iniziato ad esercitare un'influenza significativa nei campi del diritto penale, processuale, commerciale e del lavoro, si è potuta osservare una più ampia diffusione, nelle opere brasiliane di diritto internazionale, degli scritti redatti nella lingua di Dante. Le barriere linguistiche hanno dunque avuto un impatto rilevante, superate solo in parte grazie a un fenomeno tipicamente latino-americano: l'ascesa accademica dei figli e dei nipoti degli immigrati italiani nelle principali facoltà di giurisprudenza del sud del Paese, molti dei quali padroneggiavano, in parte o integralmente, la lingua del Risorgimento.

Se il modello proposto da Mancini conobbe una diffusione piuttosto travagliata, segnato fin dagli esordi da aspre critiche in Brasile, ben diverso fu il destino del modello dualista proposto da Anzilotti. Affiancata dalle teorie di Triepel e da Oppenheim, la proposta del giurista toscano godette un ampio successo, divenendo oggetto di analisi approfondite ed estesi commenti nella dottrina brasiliana. Tra le varie ragioni che possono spiegare approcci così divergenti, è possibile sottolineare che il principio manciniano si poneva in aperto contrasto con il naziona-

¹³³ Così come osservato da P. BOURDIEU, *Les conditions sociales de la circulation internationale des idées*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2002, 3.

lismo di matrice militarista che permeava le ideologie politiche brasiliane dell'epoca. Al contrario, l'impostazione di Anzilotti risultava maggiormente in sintonia con quei medesimi orientamenti. La difesa del dualismo nei rapporti tra ordine giuridico interno ed ordine giuridico internazionale appariva quindi funzionale all'adozione di una postura di chiusura dell'ordinamento giuridico interno su sé stesso, fenomeno che ha contribuito in modo significativo al consolidamento dei regimi dittatoriali brasiliani. In tal modo, la retorica costruita attorno al modello dualista finì per offrire, seppur indirettamente, una sorta di scudo giustificativo alle sistematiche violazioni dei diritti umani perpetrate nei sotterranei della polizia politica brasiliana.

L'ultimo modello italiano preso in esame nella presente ricerca, quello proposto da Ago, che ridefinisce la responsabilità internazionale introducendo, nel campo del diritto internazionale, elementi derivati dal tecnicismo penale italiano, non ha avuto in Brasile lo stesso impatto dei due modelli precedenti. La scienza brasiliana del diritto internazionale, ancora profondamente ancorata a dibattiti sulla morale internazionale nell'universo dei diritti e dei doveri degli Stati, fino alla seconda metà del XX secolo non disponeva ancora degli strumenti teorici per assimilare l'alto grado di tecnicismo richiesto dalle analisi di Ago. Di conseguenza, la circolazione effettiva di questo modello si è verificata con notevole ritardo, circa mezzo secolo dopo la pubblicazione dei primi scritti di Ago sul tema, risalenti al 1934. Tuttavia, anche tra la fine del XX e l'inizio del XXI secolo, solo gli scritti di Penna Marinho, Accioly, Albuquerque de Mello, Rezek e Cançado Trindade offrivano analisi dettagliate sulla responsabilità internazionale.

La circolazione dei modelli italiani nella scienza brasiliana del diritto internazionale si estende per un arco temporale di circa centotrent'anni, segnato da una notevole ascesa che ha portato tali modelli ad occupare un posto di rilievo nel dialogo con le dottrine giuridiche del grande Paese sudamericano. Ciò ha fatto sì che i modelli italiani, secondi solo a quelli francesi, per molti decenni fossero i più citati, anche se tale tendenza oggi risulta meno marcata. Ciononostante, si può affermare con sicurezza che praticamente non esiste un manuale di diritto internazionale pubblicato in Brasile a partire dal XX secolo che non abbia riservato un posto di rilievo a diversi protagonisti della cultura giuridica italiana, presentandone teorie e modelli. Il nome di Dionisio Anzilotti e i suoi numerosi contributi occupano senza dubbio il primo posto, seguito principalmente dagli esponenti attivi dagli anni Settanta del Novecento in poi.

ABSTRACT

*The Circulation of Italian Legal Models of International Law
in Brazil between the Empire and the “Estado Novo” (1822-1945)*

The legal models developed within Italian international law doctrines began arriving in Brazil in the 19th century, taking on different forms depending on their context and the authors who used them. This article aims to analyze the circulation of these legal models between 1822 and 1946, that is, from the year of independence of this great Latin American country until the promulgation of its fifth constitution. These periods saw Italian doctrinal heritage compete with French and German ones in its dialogue with Brazilian realities. Furthermore, it aims to highlight how the theoretical models proposed by the protagonists of Italian international law were received and interpreted by their Brazilian counterparts. This research draws on the writings of Pierre Bourdieu on the international circulation of ideas.

ARTICOLI E SAGGI

CYBERATTACKS AND THE EVOLUTION OF THE REGIME ON THE PROHIBITION OF THE USE OF FORCE

PIETRO PUSTORINO

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Cyber operations and International Law. – 3. Criteria for evaluating the lawfulness of cyberattacks under the prohibition of the use of force. – 4. The impact of cyberattacks on the evolution of the regime on the prohibition of the use of force. – 4.A. Impact on the threshold to trigger the prohibition of the use of force. – 4.B. Impact on attribution and on time and method of the assessment of the violation of the prohibition of the use of force. – 4.C. Impact on the prohibition of the threat of the use of force. – 4.D. Impact on the application of the use of force to non-state actors. – 4.E. Impact on anticipatory self-defence regime. – 4.F. Impact on the application of countermeasures and use of force. – 4.G. Impact on the due diligence principle and the use of force. – 5. Conclusions.

1. Due to the rapid increase of cyberattacks by States and non-state actors¹, there is a broad consensus that cyber operations must be

¹ To limit ourselves to a few well-known and particularly serious cases of cyberattacks: 1) 2007, Estonia (massive loss of functionality to civil essential and non-essential infrastructure). The decision of the Estonian government to relocate the statue of the Bronze Soldier of Tallinn and war graves, part of a Soviet war memorial, from Tallinn's city centre was met by several days of riots by ethnic-Russians and by a concomitant vast and elaborate Distributed Denial of Service (DDoS) attack, website defacements and email spamming, extending over the course of three weeks. The attack relied both on a vast botnet network and on individual ping-flood attacks, which defaced or shut down government websites, newspapers, TV stations, banks and other targets. It was of unprecedented scale and sophistication but did not cause material damage, injuries or loss of life. While the Estonian government accused Russia of being behind the attack, it admitted that it had no evidence to back up that allegation. Russia in turn denied any involvement. 2) 2010, Iran (massive and prolonged loss of functionality and physical damage to critical civil infrastructure). The first known use of malicious software (Stuxnet) designed to produce material damage by attacking the Supervisory Control and Data Acquisition (SCADA) system of national critical infrastructure.

assessed also in light of international law and the UN Charter.

As stated in the 2013 Report of the Group of Governmental Experts, set up by the UN General Assembly to examine threats in cyberspace, «[i]nternational law, and in particular the Charter of the United Nations, is applicable and is essential to maintaining peace and

Stuxnet was allegedly designed to force a change in the gas centrifuges' rotor speed at the Natanz uranium enrichment plant in Iran, inducing excessive vibrations or distortions that would eventually damage the centrifuges. The State allegedly responsible is Israel with the support of the United States. 3) 2014, Germany (loss of functionality and physical damage to civil non-essential infrastructure). It seems that the cyber attack against a steel facility caused an accumulation of breakdowns of individual components of the control system or of entire facilities, making it impossible to shut down a blast furnace and causing serious physical damage to the machinery and the entire system. The attack has not been attributed by Germany's Federal Office for Information Security to anyone in particular: see Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, *Die Lage der IT-Sicherheit in Deutschland 2014*, www.bsi.bund.de, 31. 4) 2015-17, Ukraine (massive loss of functionality to civil essential infrastructure and destruction of data as part of a broad cyber offensive strategy). 2015-16 BlackEnergy and Industroyer cyber attacks against Ukrainian power-grid and 2017 NotPetya cyber attacks against Ukrainian financial institutions and supply-chain: both sets of attacks caused extensive loss of functionality to critical civil infrastructure. The former attacks were directed against Ukrainian energy companies, and while they both lasted for short periods of time (from 1 to 6 hours), they disrupted the electricity supply to hundreds of thousands of consumers. The 2017 NotPetya attack targeted the Ukrainian Treasury and other financial institutions and supply-chain infrastructure. It caused major financial losses to companies all over the world and its main purpose was destructive (i.e. data loss), causing major loss of functionality in the energy, transport, supply and financial sectors of Ukraine. For a strong condemnation of the attacks under international law, generally attributed to Russia, see the EU Council's conclusions of 16 April 2018, available online. 5) 2019, Iran (massive and prolonged loss of functionality to critical military infrastructure). A cyber attack allegedly conducted by the United States against the weapons systems used by Iran's Islamic Revolutionary Guard Corps, which had shot down a US drone and which the US argues also attacked oil tankers in the Persian Gulf. It has been reported that the systems were disabled for a long period of time. 6) 2022, Ukraine (massive loss of functionality to civil/military essential infrastructure in the context of a physical armed attack). 24 February 2022 – Acid Rain, KA Sat Attack: the cyber attack rendered Viasat KA-SAT modems inoperable in Ukraine while also causing serious spillover effects throughout Europe. It was carried out *just before* the Russian military invasion of Ukraine and was arguably an attempt at disrupting military communications. On 10 May 2022 the High Representative of the EU stated: «The European Union and its Member States (...) strongly condemn the malicious cyber activity conducted by the Russian Federation against Ukraine, which targeted the satellite KA-SAT network, owned by Viasat. The cyber attack took place one hour before Russia's unprovoked and unjustified invasion of Ukraine on 24 February 2022 thus facilitating the military aggression. This unacceptable cyber attack (...) formed an integral part of its illegal and unjustified invasion of Ukraine»: see www.consilium.europa.eu. 7) 2024, Iran (alleged serious loss of functionality of military defence infrastructure in the context of a physical armed attack). Although there is, at the time of writing, no reliable and independent information on the cyber operation, it is likely that, prior to the Israeli armed retaliation against Iran carried out in October 2024 by a series of air strikes by the Israeli Air Force, coordinated cyber attacks were carried out to render Iranian air defence systems inoperative or to make them malfunction.

stability and promoting an open, secure, peaceful and accessible ICT [Information and Communications Technologies] environment»².

Moreover, there are several States and international organisations³, such as NATO, the EU and more recently the African Union⁴, and even the ICC⁵, that have accepted this view, especially regarding the application of the prohibition of the use of force to cyber actions, which is the main subject of this work⁶. In particular, the African Union has asserted that «cyber operations would fall within the scope of the prohibition of the use of force when the scale and

² See the *Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security*, UN Doc A/68/98 of 24 June 2013, 8. For an overall analysis of the most recent acts adopted within the UN framework on cyber operations, see J. KENNY, *Cyber Operations and the Status of Due Diligence Obligations in International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2024, 135-136.

³ For an extensive analysis of the positions advocated by States and international organisations, see M. ROSCINI, *Cyber Operations and the Use of Force in International Law* Oxford, 2014, 2, in general, and 20 with particular regard to the application of the existing law on the use of force to cyber operations. See also L. SIMONET, *L'usage de la force dans le cyberspace et le droit international*, in *Annuaire français de droit international*, 2012, 117; M. BENATAR, *The Use of Cyber Force: Need for Legal Justification?*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2009, 376; M. HOISINGTON, *Cyberwarfare and the Use of Force giving rise to the Right of Self-Defense*, in *Boston College International & Comparative Law Review*, 2009, 439; A. COCO, T. DE SOUZA DIAS, *Cyber Due Diligence: A Patchwork of Protective Obligations in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2021, 779-780.

⁴ See Peace and Security Council of the AU, PSC/PR/COMM/1196(2024) of 29 January 2024, *Communiqué on Common African Position on the Application of International Law to the Use of Information and Communication Technologies in Cyberspace*. For a comment, see Y.E. AYALEW, Y. SHANY, *The 2024 AU Common Position on the Application of International Law in the Cyberspace: Some implications for the development of Digital Human Rights*, in *EJIL:Talk!*, 2024, www.ejiltalk.org; S. VENIER, *The Common African Position on the Application of International Law to the Use of Information and Communication Technologies in Cyberspace*, in P. GARGIULO, D. GIOVANNELLI, A.L. SCIACOVELLI (eds.), *Cybersecurity Governance and Normative Frameworks: Non-Western Countries and International Organizations Perspectives*, Naples, 2024, 291 ff.

⁵ See the statement of the Chief Prosecutor Karim A.A. Khan, *Technology Will Not Exceed Our Humanity*, August 2023, according to whom «As States and other actors increasingly resort to operations in cyberspace, this new and rapidly developing means of statecraft and warfare can be misused to carry out or facilitate war crimes, crimes against humanity, genocide, and even the aggression of one State against another», available online at <https://digitalfrontlines.io>. On 6 March 2025 the Office of the Prosecutor of the ICC published a draft Policy on cyber-enabled crimes, which, inter alia, states that «all crimes within the jurisdiction of the Court can, in principle, be committed by cyber means» and similarly that all the offences against the administration of justice ex Article 70 of the ICC Statute «can be committed by cyber means», see www.icc-cpi.int, paragraphs 45 and 79.

⁶ To pinpoint the national positions regarding the impact of cyber activities on international law, see the very useful work of K. MAČÁK, T. DIAS, Á. KASPER, *Handbook on Developing a National Position on International Law and Cyber Activities: A Practical Guide for States*, 2025, in particular 76 ff., available online.

effects of the operation are comparable to those of a conventional act of violence covered by the prohibition»⁷.

In light of this indisputable development in international practice, however, scholars have noted that existing international law norms «do not offer a clear and comprehensive framework within which States can shape policy responses to the threat of hostile cyber operations»⁸.

Among the most problematic preliminary issues in this regard, the chief one is the definition of cyber operations. The concept of cyber exploitation has been distinguished from that of cyberattack in legal literature. Cyber exploitation refers to the use of actions and operations – perhaps over an extended period of time – to obtain information that would otherwise be kept confidential (thus without the authorisation of its owners) and is resident on – or transiting through – an adversary’s computer systems or networks, but without affecting the functionality of the accessed system or changing/destroying the data resident therein⁹.

On the other hand, a cyberattack «is a cyber operation designed to alter, delete, corrupt or deny access to computer data or software in order to 1) influence or deceive; 2) disrupt the functioning of the targeted computer, computer system or network, and the physical infrastructure they operate (if any); and/or 3) cause material damage to persons or objects»¹⁰. In terms of the form and purpose of a cyberattack, Benatar notes that cyber force can take on one of three forms: a syntactic attack, which targets the operating system of a computer; a semantic attack, which is aimed at altering the accuracy of information retained by computers; and a mixed attack, which involves a combination of syntactic and semantic attacks¹¹.

A second preliminary aspect of great importance concerns the

⁷ Ivi, par. 39.

⁸ See M.N. SCHMITT, *Cyber Operations and the Jus Ad Bellum Revisited*, in *Villanova Law Review*, 2011, 569-571. In a similar vein, with specific reference to the law on armed conflicts, P.R. DEV, “Use of Force” and “Armed Attack” Thresholds in Cyber Conflict: The Looming Definitional Gaps and the Growing Need for Formal U.N. Response, in *Texas International Law Journal*, 2014, 382.

⁹ H.S. LIN, *Offensive Cyber Operations and the Use of Force*, in *Journal of National Security Law & Policy*, 2010, 63; M. ROSCINI, *Cyber Operations and the Use of Force*, cit., 10; ID., *International Law and the Principle of Non-Intervention. History, Theory, and Interactions with Other Principles*, Oxford, 2024, 376.

¹⁰ M. ROSCINI, *International Law and the Principle of Non-Intervention*, cit., 376; H.S. LIN, *op. cit.*, 63.

¹¹ M. BENATAR, *op. cit.*, 378-380.

attribution of unlawful cyber conduct to States or non-state actors¹², an issue made more complex by the fact that claims to have perpetrated these actions tend to be rare whereas denials of engagement in potentially unlawful cyber operations are much more numerous.

This has prompted some experts to propose the idea of constituting an international mechanism on cyber operations to address the issue of attribution. A mechanism that would be open to States and non-state actors, with the aim of developing common standards of proof and evidentiary practices and thus resolving some issues on the subject of attribution of unlawful cyber acts to States and non-state actors¹³. In any case, it is widely acknowledged that cyberattacks perpetrated by non-state actors can be attributed to States on the basis of the general rules on state responsibility concerning the attribution of wrongful conduct¹⁴.

Finally, there is an ongoing debate in legal literature in connection with the criteria for assessing the lawfulness of cyber actions in international law, particularly with regard to the legality or, more specifically, the inconsistency with the use of force or, even more so, to their characterisation as an armed attack¹⁵.

Despite the aforesaid difficulties, the application of international law and more specifically the legal regime on the prohibition of the use of force to cyber actions cannot be called into question today. Conversely, the *opposite* aspect of the actual impact of such actions on the content and evolution of the general prohibition of the use of force¹⁶, on the distinction between grave and less grave violations of

¹² On the issues of attribution of cyber wrongdoing to a State in the light of the ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts of 2001, see M. ROSCINI, *Cyber Operations and the Use of Force*, cit., 33; M.C. VITUCCI, *Le ciberoperazioni e il diritto internazionale, con alcune considerazioni sul conflitto ibrido russo-ucraino*, in *La Comunità Internazionale*, 2023, 20 ss.; I. BRUNNER, *Attributing Cyber operations under International Law: Political and Legal Aspects*, in *Questions of International Law*, 2025, 27 ff., available online.

¹³ On this issue, see the favourable opinion of F. DELERUE, *Reflections on the Opportunity of an International Attribution and Accountability Mechanism for Cyber Operations*, in *Questions of International Law*, 2024, 5 ff., and the misgivings expressed by N. TSAGOURIAS, *Cyber Attribution Agencies: A Sceptical View*, in *Questions of International Law*, 2024, 23 ff.

¹⁴ See in particular Articles 8 (Conduct directed or controlled by a State) and 11 (Conduct acknowledged and adopted by a State as its own).

¹⁵ *Infra*, par. 3. There is no shortage of legal literature that seems to equate cyberattacks with armed attacks, on the basis of the instrument used and the damaging effects produced. See L. SIMONET, *op. cit.*, 123, according to whom «deux séries de remarques conduisent à l'assimilation de la cyberattaque – ou d'une succession de cyberattaques – à une attaque armée».

¹⁶ On the existing scholarly debate on this issue, see M.E. O'CONNELL, *Cyber Security*

that prohibition¹⁷, on the notion of the threat of the use of force and on the right to act in self-defence and to take countermeasures appears to be less explored in legal literature and practice.

In fact, the analysis conducted so far has mainly concerned the possibility of bringing cybernetic practice within the scope of the current law governing the use of force, whereas we believe that the time has come to assess the impact that cybernetic actions have *already* had on the development of the regulatory framework in question. In this regard, it is my opinion that the impact is significant. At the same time, that impact poses some risks but also exhibits some positive developments in light of the new and devastating offensive instruments of a cyber nature.

Indeed, on the one hand, cyber actions may undermine compliance with the principles and rules on the use of force, which risk being *circumvented* by cyber conducts that are difficult to attribute to States and to legally classify under the existing legal framework. On the other hand, cybernetic practice underscores the need to change the content and application of the existing law on the use of force and to reflect on the rules for identifying pertinent violations in this domain, thus exercising an overall impact that in my opinion goes far beyond cybernetic practice, since it can be applied to any kinetic or cyberattack.

That being said, the following Section 2 considers the general application of some fundamental principles of international law to cyberattacks. Section 3 deals with the specific criteria to evaluate the lawfulness of cyberattacks under the prohibition of the use of force while Section 4 analyses the specific impact that cyber operations exercise towards the evolution of the aforesaid principle considering the main aspects of its applicable regime. Section 5 will provide some final and general considerations on the positive and negative impact of cyberattacks on the prohibition of the use of force.

2. Although kinetic and cyber operations are clearly different in nature, the legal assessment thereof should not differ, i.e. kinetic and cyber actions must be examined in accordance with the same existing international rules. Moreover, it is well known that the use of kinetic

without Cyber War, in *Journal of Conflict & Security Law*, 2012, 189-190.

¹⁷ For the well-recognised distinction, see International Court of Justice, Judgment of 27 June 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, 101, par. 191.

and cyber actions in the same event and especially as part of an armed attack occurs very frequently, at times with a logic of *offensive complementarity*, as happened in the above-mentioned case of the Russian aggression of Ukraine preceded by the Acid Rain, KA Sat attack in February 2022¹⁸.

Therefore, in my opinion it would be improper to apply different regulatory frameworks to actions that share similar objectives and aims. The above also applies in relation to the rules on the prohibition of the use of force. It follows that a grave violation of the prohibition of the use of force may arise, as it is the case for kinetic actions, from a single serious violation or from a series of less serious violations (kinetic and cyber), where these have a *cumulative effect* to the extent that they amount to an armed attack or aggression¹⁹.

In instances where cyber activities do not meet the threshold of gravity that would allow them to be addressed under the prohibition of the use of force, other pertinent international principles and standards must be applied. Some legal scholars consider that most cyber actions fall short of the threshold required for the application of the *jus contra bellum*²⁰. They assert that it would be more appropriate to apply the principle of non-intervention, whose links with the prohibition of the use of force and other fundamental principles of international law have been extensively examined in the legal literature, including in relation to cyberattacks²¹. In particular, Buchan supports the view that in the absence of material damage only the non-intervention principle would apply²². A principle that takes on particular importance when

¹⁸ See above footnote 1, n. 6.

¹⁹ The issue is explored in depth by F. DELERUE, *Cyber Operations and International Law*, Cambridge, 2020, 334-335; N. TSAGOURIAS, *Cyber-Attacks, Self-Defence and the Problem of Attribution*, in *Journal of Conflict & Security Law*, 2012, 233.

²⁰ F. DELERUE, *Cyber Operations and International Law*, cit., 273. The author adds that «in most inter-state cyber operations the qualification of the threat of force is arguably more appropriate than attempting to qualify them as an actual use of force at any cost», 312 and 342. In a similar vein, A. STIANO, *Attacchi informatici e responsabilità internazionale degli Stati*, Naples, 2023, 265, argues that, under the current state of the relevant practice on the subject, the prohibition of the use of force has a marginal scope in the area of cyberattacks.

²¹ See M. ROSCINI, *International Law and the Principle of Non-Intervention*, cit., 374. For a further and original analysis of the prohibition of intervention, also applicable to cyberattacks, see M. MILANOVIĆ, *Revisiting Coercion as an Element of Prohibited Intervention*, in *American Journal of International Law*, 2023, 601 ff.

²² R. BUCHAN, *Cyber Attacks: Unlawful Uses of Force or Prohibited Interventions?*, in *Journal of Conflict & Security Law*, 2012, 211 ff., compares in this respect the Stuxnet case of 2010, in which serious material damage can be found, and the cybernetic actions against Estonia in 2007 (see above footnote 1, nos. 1-2), the latter of which, according to the author, can only fall within the realm of the prohibition of intervention.

assessing cyberattacks, inasmuch as it is «a powerful (albeit often unrecognised) international legal tool that can be used by States in order to protect them from coercive cyber attacks»²³.

There is a strong inclination in the legal literature and international practice towards applying fundamental principles of international law, such as those of state sovereignty²⁴, prohibition of the use of force²⁵ and non-intervention to cyber operations²⁶.

As summarised by Corten, «the lawfulness of a cyber attack – or a reaction to such an attack – involving neither the use of force, nor *a fortiori* an armed attack, should be appraised not with respect to the law against war but to rules like the principle of non-intervention, observance of rights of individuals, more specific provisions governing the Internet or, as the case may be, the regime of circumstances excluding unlawfulness»²⁷.

While the view that the fundamental principles of international law, including the prohibition of the use of force, apply to cyber activities seems well-established, there is still uncertainty in legal literature and practice regarding whether the prohibition of the use of force applies to cyber activities in the same way as it applies to kinetic operations. This is due to the unique characteristics of cyberattacks and whether the exceptions to the prohibition in question, particularly self-defence, apply in the same manner as they do in the context of kinetic activities.

In my opinion, however, this approach should be reversed, as cybernetic practice has in fact already had a significant impact on the content and concrete application of the international prohibition of the

²³ Ivi, 227.

²⁴ Regarding the application of the principle of sovereignty in cyberspace, the United Kingdom has however ruled out that «the general concept of sovereignty by itself provides a sufficient or clear basis for extrapolating a specific rule or additional prohibition for cyber conduct going beyond that of non-intervention». See *Application of international law to states' conduct in cyberspace: UK statement*, 3 June 2021, par. 10, in the context of the Group of Governmental Experts process, available online.

²⁵ On the *opinio juris* of States concerning the application of the prohibition of the use of force to cyberattacks, see *infra*, par. 3.

²⁶ On the *opinio juris* of States which have explicitly affirmed that the principle of non-intervention applies in cyberspace, see M. ROSCINI, *International Law and the Principle of Non-Intervention*, cit., 379-380. On the application of the principle of non-intervention to cyber activities, see also A. SARDU, *Non-intervention and Cyberspace*, in *Questions of International Law*, 2025, 5 ff., available online.

²⁷ O. CORTEN, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, Oxford, II ed., 2021, 99; M.C. VITUCCI, *op. cit.*, 18-19.

use of force, which needs to be highlighted and which does not seem to have been adequately explored in legal literature.

3. The unique characteristics of cyberattacks have prompted a broad debate in legal literature and practice regarding the establishment of the most suitable criteria for assessing the lawfulness of a cyber operation in the light of the prohibition of the use of force²⁸.

1) The «instrument-based approach», which focuses on the means used to commit an act, i.e. weapons, and that has been traditionally employed to distinguish armed force from economic and political coercion. In relation to this criterion the ICJ, in its Advisory Opinion of 1996 on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, stated that the prohibition of the use of force and the right of self-defence contained in the UN Charter «do not refer to specific weapons. They apply to any use of force, regardless of the weapons employed. The Charter neither expressly prohibits, nor permits, the use of any specific weapon, including nuclear weapons»²⁹. Consequently, there is a significant degree of neutrality in international law regarding the use of one weapon as opposed to another when assessing violations of the prohibition of the use of force. Therefore, according to Roscini, «worms, viruses, botnet codes, and other malware» are now treated as new weapons³⁰, which are moreover cheaper and easier to use than other traditional weapons. The instrument-based approach is thus a useful test for classifying offensive cyber tools as new weapons in international law.

2) The «target-based approach», which analyses the target hit, and is premised on the assumption that cyber operations reach the threshold for being deemed a use of armed force when they are conducted against national critical infrastructure (civil or military), regardless of the effects on such infrastructure or of the very nature of the operation.

3) The «effects-based approach», which is the most widely

²⁸ For a critical analysis of the various criteria see M. ROSCINI, *Cyber Operations as a Use of Force*, in N. TSAGOURIAS, R. BUCHAN (eds.), *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Cheltenham-Northampton, II ed., 2021, 300-301; S. HAATAJA, *Cyber Attacks and International Law on the Use of Force. The Turn to Information Ethics*, London-New York, 2019, 115; F. DELERUE, *Cyber Operations and International Law*, cit., 288.

²⁹ See International Court of Justice, Advisory Opinion of 8 July 1996, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 244, par. 39.

³⁰ M. ROSCINI, *Cyber Operations and the Use of Force*, cit., 52.

followed in legal literature and practice³¹, and focuses on the damaging effects produced by the cyberattack on persons and property³². This criterion seems to be the closest to the well-known ICJ criterion of «scale and effects»³³. According to Roscini, «[i]t is virtually uncontested that a cyber attack that causes or is reasonably likely to cause physical damage to property, loss of life or injury to persons would fall under the prohibition contained in Article 2(4) of the UN Charter»³⁴.

Each of these criteria is specified and applied in concrete terms on the basis of a number of additional factors extensively analysed in the legal literature³⁵. The *Tallinn Manual*³⁶ has elaborated a set of non-exhaustive factors to establish when the scale and effects of cyber operations that produce harmful consequences of a non-physical nature sufficiently resemble those of a kinetic use of force: severity, immediacy, directness, invasiveness, measurability of effects, military character, state involvement and presumptive legality³⁷.

³¹ See M.N. SCHMITT, *Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1999, 885; H.S. LIN, *op. cit.*, 72; L. SIMONET, *op. cit.*, 124. See also Rule 11 of the Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Operations of 2017 which provides that «[a] cyber operation constitutes a use of force when its scale and effects are comparable to non-cyber operations rising to the level of a use of force».

³² A.L. SCIACOVELLI, *Malicious Cyber Operations Committed by States and Non-State Actors: The International Legal Landscape*, in P. GARGIULO, D. GIOVANNELLI, A.L. SCIACOVELLI (eds.), *Cybersecurity Governance and Normative Frameworks*, cit., 22, correctly points out that the effects approach is based «on the effects of the cyberoperation from a quantitative and qualitative perspective».

³³ International Court of Justice, Judgment of 27 June 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, cit., par. 195.

³⁴ M. ROSCINI, *Cyber Operations and the Use of Force*, cit., 50; ID., *Cyber Operations as a Use of Force*, cit., 300-301.

³⁵ See P.R. DEV, *op. cit.*, 391.

³⁶ The Manual was prepared by experts on cyber operations, but with the exclusion of experts from certain countries, notably China and Russia. This raises some concerns about the content of the rules included in the Manual even if the members participated in their individual capacities. Although the Manual cannot be considered a codification of general international law, it is in any case one of the reference points on the subject. For a critique of the methodological approach and the content of some of the Manual's rules, see K. BANNELIER, 'Rien que de la *lex lata*?' *Etude critique du Manuel de Tallinn 2.0 sur le droit international applicable aux cyber-opérations*, in *Annuaire français de droit international*, 2017, 126.

³⁷ See Commentary to Rule 69. In particular: 1) Severity: Analyse the level of harm or damage that was caused to individuals and property, based on the scale, scope, and duration of consequences. 2) Immediacy: Analyse whether the act had more immediate effects or consequences; if a violated state was given the opportunity to avoid or forestall the consequences (i.e., the consequences were less immediate), it is less likely that the act should constitute a use of force. 3) Directness: Analyse how direct the causation between the initial

However, some legal scholars maintain that the effects-based approach can be used in conjunction with the other criteria above analysed. Indeed, Roscini states that «[a]t a closer look, then, the debate between the supporters of the instrument-based and effects-based approaches to establish whether cyber operations are a use of force loses much of its significance, as the two approaches should be combined: it is the instrument used that defines armed force, but the instrument is identified by its (violent) consequences»³⁸.

The combination of some of the criteria examined above, in particular the target-based and the effects-based approaches, currently seems to be the most appropriate solution to assess the lawfulness of cyberattacks in light of the prohibition of the use of force. However, it must be emphasised that the relevant cyber effects are not only those that are immediate or otherwise foreseeable, but also those that are unforeseeable and unfold after a limited or long period of time. These *delayed* effects may even be of greater severity than the immediate ones and thus change the legal framework under which a specific cyberattack is to be assessed.

Although there is no shortage of States that have currently adopted a restrictive approach to the application of the prohibition of the use of force and the right to self-defence to cyberattacks (generally confining classification as an armed attack only to cyberattacks that produce physical damage and lethal effects)³⁹, I concur with the view

act and resulting consequences is; the more direct, the more likely it should constitute a use of force. 4) Invasiveness: Analyse the degree to which a network system was penetrated; the penetration of a classified system should fall closer to a use of force than that of a declassified system. 5) Measurability: The more quantifiable and identifiable the consequences, the more likely the act is to constitute a use of force. 6) Presumptive Legitimacy: Consider whether the act is presumptively unlawful; if the act is explicitly unlawful, then the act is more likely to constitute a use of force. 7) State Responsibility: The greater the state involvement in the act, the greater the threat to international stability and the more likely the act is to constitute a use of force.

³⁸ M. ROSCINI, *Cyber Operations and the Use of Force*, cit., 50.

³⁹ The United Kingdom, for example, insists on the latter type of harmful (i.e. lethal) effects when discussing the applicability of self-defence to hostile cyber operations (Attorney General Wright, *Cyber and international law in the 21st century*, 2018, www.gov.uk). This position can be compared to that of the United States, which, while referring to cyberattacks the physical consequences of which «work the kind of physical damage that dropping a bomb or firing a missile would» (*National position of the United States of America*, 2012, online at [https://cyberlaw.ccdcoe.org/wiki/National_position_of_the_United_States_of_America_\(2012\)](https://cyberlaw.ccdcoe.org/wiki/National_position_of_the_United_States_of_America_(2012))) does not appear to have excluded the possibility of classifying as an armed attack cyber operations that do not have lethal consequences. This is mainly because of that country's longstanding position that «the inherent right of self-defence potentially applies against any illegal use of force. In our view, there is no threshold for a use of deadly force to qualify as an 'armed attack' that may warrant a forcible response» (H.H KOH, *International Law in*

that is gaining traction in the *opinio juris* of States⁴⁰ and international organisations⁴¹, to the effect that a cyber operation resulting in the destruction of – or the causation of – serious and prolonged physical damage to critical State infrastructure (not only its malfunctioning or temporary disabling), even without human casualties, may constitute a grave violation of the prohibition of the use of force and thus be classified as an armed attack.

Therefore, having regard to the combined application of the target-based and effects-based approaches, I maintain that

Cyberspace, in *Harvard International Journal*, 2012, 3-4, 7-8). Like the UK, other States seem to rule out that a cyber attack that indirectly causes physical damage or disables critical infrastructure can qualify as an armed attack, as it is not sufficiently serious in light of the scale and effects test (see e.g. Austria: *Position Paper of the Republic of Austria: Cyber Activities and International Law*, 2024, 6-7; Germany, *On the Application of International Law in Cyberspace Position Paper*, 2021, 4, 8-9, 15-16; Japan, *Basic Position of the Government of Japan on International Law Applicable to Cyber Operations*, 2021, 3; and China, *China's Positions on International Rules-making in Cyberspace*, 2021, and *China's Views on the Application of the Principle of Sovereignty in Cyberspace*, 2021, 3).

⁴⁰ States mostly declare that – based on an assessment to be carried out on a case-by-case basis – a cyber attack that has lethal effects or causes destruction or physical damage to critical infrastructure of the State can be classified as a violation of the prohibition of the use of force and, if these effects are particularly serious, as an armed attack. More specifically, such an assessment – i.e. classifying as an armed attack a cyber operation that does not have lethal consequences but (only) causes destruction or physical damage provided that the effects are serious and particularly extensive – can be considered to be accepted in principle by States. In this regard, compare the positions of, among others: Australia (*Australia's position on how international law applies to State conduct in cyberspace*, 2020, 2-3), Denmark (*Denmark's Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace*, 2023, 6-7), Estonia (*International law also applies in cyber space*, 29 May 2019; see also *Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States*, UNODA, A/76/136, August 2021, 26, 30), France (*International Law Applied to Operations in Cyberspace*, Paper shared by France with the Open-ended working group established by resolution 75/240, 2019, 5-6; Id, *Manuel de droit des opérations militaires*, 2022, par. 4.3.1.3, 302-303), Iran (*Declaration of General Staff of the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran Regarding International Law Applicable to the Cyberspace*, August 2020), Italy (*Italian position paper on international law and cyberspace*, 2021, 9), New Zealand (*The Application of International Law to State Activity in Cyberspace*, 1 December 2020, 2), Norway (*Official compendium of voluntary national contributions*, cit., 65, 70), and Peru (*Improving Transparency: International Law and State Cyber Operations-Fifth Report*, 7 August 2020, OEA/Ser.Q, CJI/doc. 615/20 rev.1, 19).

⁴¹ The NATO Allied Joint Publication-3.20, in assessing whether cyber operations (COs) «cause effects that, if caused by traditional physical means, would be regarded as a use of force under Article 2(4) of the UN Charter or an armed attack under *jus ad bellum*», states that, Member States can take into account, among other criteria, an «interference with critical infrastructure or functionality» (Allied Joint Doctrine for Cyberspace Operations, AJP-3.20, January 2020, 20, paragraphs 3.6-3.7, available online). See also the similar position of the Peace and Security Council of the AU, *Communiqué on Common African Position on the Application of International Law*, cit., paragraphs 39-41.

cyberattacks carried out against critical civil infrastructure (Iran, 2010 and Ukraine 2016-17), critical military infrastructure or critical civil/military infrastructure (Ukraine, 2022 with regard to the Acid Rain, KA Sat Attack, considering it in the general context of the Russian aggression)⁴² that cause serious and long-lasting/permanent disruptions or physical damage are violations of the prohibition of the use of force (as well as of the principle of non-intervention)⁴³. And at least some of them (Iran 2010 and Ukraine 2022) constitute armed attacks unless they can be justified on the basis of self-defence (Israel against Iran, 2024).

With reference to the most controversial cases of only serious and long-lasting/permanent loss of functionality of critical civil or military infrastructure (Iran 2019), without material damage, as matters currently stand one can rule out a violation of the specific prohibition of armed attack or aggression⁴⁴. That said, in the latter cases, on the

⁴² See footnote 1, examples 2, 4 and 6.

⁴³ On the application of both the prohibition of the use of force and the principle of non-intervention in some of the cases indicated above, see M. ROSCINI, *International Law and the Principle of Non-Intervention*, cit., 385.

⁴⁴ Cyberattacks that cause only the malfunctioning or disabling (temporarily or permanently) of critical State infrastructure or that cause damage of an economic nature, without causing destruction or physical damage, are classified in a variety of ways in the position papers published by States and international organisations. The States mentioned above (see the positions of Germany, Austria, Japan and China (cit.), but also Sweden: *Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace*, July 2022, 3-4) classify such attacks only as violations of the principle of sovereignty or non-intervention. By contrast, others have adopted interlocutory positions (i.e. Denmark, cit., 6, stating that «it generally cannot be ruled out that acts of economic or political coercion can fall within the purview of Article 2(4) of the UN Charter if, for example, a cyber operation resulting in the malfunctioning of a State's financial system leads to significant economic damage»; The Netherlands, (*Appendix: International Law in Cyberspace*, 2019, 3-4, 8-9), while sharing this view adds that «[a]t present there is no international consensus on qualifying a cyberattack as an armed attack if it does not cause fatalities, physical damage or destruction yet nevertheless has very serious non-material consequences»; Brazil: *Official compendium of voluntary national contributions*, cit., 17, at 19; Finland: *International law and cyberspace, Finland's national positions*, 2020, 6; Israel: *Israel's Perspective on Key Legal and Practical Issues Concerning the Application of International Law to Cyber Operations*, in *International Law Studies*, 2021, 395, 399).

While other States believe it is possible to classify as violations of the prohibition of the use of force at least cyberattacks that merely and generally «affect vital national infrastructures, including defensive infrastructures - whether owned by the public or private sector» (Iran: *Declaration of General Staff of the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran*, cit., emphasis added); or cyberattacks that cause «disruption in the functioning of critical infrastructure» (Italy: *Italian position paper*, cit., 8) or only «of military facilities» (*Report of the Secretary General on Developments in the field of information and telecommunications in the context of international security*, UN Doc. A/64/129/Add.1 of 9 September 2009, 8, par. 22); or, more restrictively, cyberattacks «permanently disabling operating systems controlling

basis of the target hit (i.e. the critical or vital nature of the target infrastructure), the scale of the attack and the effects produced, one cannot exclude a violation *minoris generis* of the principle of the prohibition of the use of force and obviously of the principle of non-intervention.

4. Ruling out in the short term that the international community will manage to conclude a treaty⁴⁵ or that States will (undesirably in my view) «adopt a new set of rules – an international law for information operations or “ILIO”»⁴⁶, it should be noted that cyberattacks have already had a considerable impact on the regime on the prohibition of the use of force, including the rules on countermeasures and self-defence. Some aspects of this impact are of concern, while others may contribute to developments regarding the principle of the prohibition of the use of force in order to adapt it to the new means and methods of resorting to force, including by non-state actors.

4.A. A first impact of cybernetic practice concerns the reinforcement of the tendency to reduce the minimum threshold required for

critical infrastructure, such as an electrical grid or a water and sanitation station» (Costa Rica *Costa Rica's Position on the Application of International Law in Cyberspace*, July 2023, 11, par. 36, emphasis added).

For the purposes of qualifying a cyber attack as a use of force and possibly as an armed attack, others such as Norway (*Official compendium of voluntary national contributions*, cit., 70), Ireland (*Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace*, July 2023, 7, par. 28) and Singapore (*Official compendium of voluntary national contributions*, cit., 84) have expressly declared that they consider the causation of physical damage not necessary. For France the causation of economic damage is sufficient (France: *International Law Applied To Operations in Cyberspace*, cit., 5-6) while Guatemala has expressed a willingness to rethink the notion of «violent effects», suggesting that in such sectors as health, security, and others' lasting consequences that produce «death, anxiety, and poverty» should be considered violent (Guatemala, *Improving Transparency: International Law and State Cyber Operations-Fifth Report*, 7 August 2020, OEA/Ser.Q, CJI/doc. 615/20 rev.1, 19). Finally, with regard to international organisations, NATO has declared: «[cyber operations] that generally would not constitute a use of force or armed attack might involve effects that create only temporary disruptions or denials of service, or those intended merely for disseminating or gathering information. However, if done to enable or facilitate a wider, concurrent (or an imminent threat of) conventional attack, COs which independently would not ordinarily constitute a use of force, like a temporary denial of service, could be considered an armed attack» (AJP-3.20, cit., 20, par. 3.7).

⁴⁵ On the thus far ineffective initiatives to negotiate a future treaty on cyberattacks, see M. HOISINGTON, *op. cit.*, 445-446.

⁴⁶ See D.B. HOLLIS, *Why States Need an International Law for Information Operations*, in *Lewis & Clark Law Review*, 2007, 1029. In a similar vein, B. LOUIS-SIDNEY, *La dimension juridique du cyberspace*, in *Revue internationale et stratégique*, 2012, 87-88.

establishing the commission of both grave and minor violations of the prohibition of the use of force. As mentioned above, there is no shortage of States that have adopted a restrictive approach to the application of the prohibition of the use of force to cyberattacks so far (generally requiring physical damage and lethal effects to assess a possible armed attack through cyber operations). That said, I again outline that the *opinio juris* of the States and international organisations referred to above⁴⁷ is gradually shifting towards a view that considers that cyber operations causing the destruction of or serious/prolonged physical damage to critical State infrastructure (not only a malfunctioning or temporary disabling thereof), even without entailing a loss of human life, may actually constitute a grave violation of the prohibition of the use of force and therefore be classified as an armed attack.

One could also share the view that the notion of essential State infrastructure⁴⁸ should not be limited to military infrastructure or infrastructure specifically for the protection of State security (Iran 2019 and 2024, and Ukraine 2022). Rather, it should encompass national infrastructure for the protection of vital State interests like public safety, the national economy, including the banking and financial system, and the availability of key resources⁴⁹, as in the *Black Energy* and *NotPetya* cases in 2016-17.

On the other hand, it is much more doubtful, in light of the *opinio juris* of States and international organisations also cited above⁵⁰, that a cyberattack that does not result in a loss of human life or physical damage to critical State infrastructure (which can be ascertained immediately or after a reasonable period of time due to the possible delayed effects of some cyberattacks) can be framed under the prohibition of the use of force⁵¹. In this regard, however, I believe that

⁴⁷ See footnotes 38-39.

⁴⁸ On the concept of essential state infrastructure, see F. DELERUE, *Cyber Operations and International Law*, cit., 298.

⁴⁹ N. TSAGOURIAS, *Cyber-Attacks*, cit., 231, is of the view that a cyberattack on essential state infrastructure «which paralyzes or massively disrupts the apparatus of the State should be equated to an armed attack, even if it does not cause any immediate human injury or material damage». In a similar vein, BENATAR, *op. cit.*, 393-394, according to whom serious damage to essential state infrastructure can be classified as an armed attack.

⁵⁰ See footnote 42.

⁵¹ S. HAATAJA, *op. cit.*, does not rule out that the prohibition of the use of force is applicable even in the absence of material damage caused by cyber actions: «viewing cyber attacks with non-material effects as forms of non-violence outside the scope of Article 2(4), and as potential violations of the non-intervention principle alone, does not adequately recognise the harm such attacks can cause», 123.

a disruption or a long-lasting/permanent and serious loss of functionality of operating systems that control critical infrastructure may constitute at least a less grave violation of the prohibition of the use of force, even in the absence of physical damage or loss of life.

That said, the so-called dollar-based approach to damages⁵², which considers solely economic damage to the State for the purpose of framing a cyberattack producing a serious loss of functionality within the scope of the prohibition of the use of force, is not persuasive. The assessment cannot be only economic but it must be based on the overall damaging impact of the cyberattack, considering the seriousness of the harm caused as well as the temporary or long-term nature of the loss of functionality of the critical state infrastructure. A purely economic assessment of the damage to the State would excessively dilute the scope of the prohibition of the use of force with regard to cyber actions.

4.B. A second already noticeable impact of cybernetic practice concerns the issue of attribution of the harmful conduct as well as ascertainment of when and how to determine a violation of the prohibition of the use of force or other international norms. In fact, as mentioned above, on the one hand, there are specific peculiarities in cybernetic practice when it comes to attributing unlawful conduct to States or non-state actors due also to the relative ease with which the perpetrator of the attack, whether a public or private entity, can mask its identity. This raises the need to reconsider the regime on the attribution of cyberattacks to States, since the rules in the ILC Draft Articles on the Responsibility of States would appear to be inadequate considering that the provisions are based on *physical* and therefore rather easily identifiable State conduct.

On the other hand, in the case of violations of a kinetic nature there is generally a simultaneous relationship between the wrongful conduct and the harmful effects on the victim of the violation, or at any rate the passage of a limited period of time. However, in the case of cybernetic violations, the time between the adoption of the unlawful conduct and the harm may be measured in months and even years⁵³,

⁵² See P.R. DEV, *op. cit.*, 391-392, who proposes this test as an alternative to the test of material damage from cybernetic action: «Under a dollar-based approach, if the total value of loss to network connectivity and the immediate financial repercussions exceed the dollar amount threshold, the act would constitute a use of force».

⁵³ See P.R. DEV, *op. cit.*, 390.

also because of the unpredictability of certain harmful effects. In my opinion, this has effects in several general regulatory respects.

First and foremost, this situation poses significant challenges in applying the general principle *tempus regit actum* for the purposes of evaluating the unlawful acts of the State, both with regard to the question of the determination of the international obligation in force for a State (ILC Draft, Article 13)⁵⁴ and with regard to the principle of the extension in time of the breach of an international obligation, both for acts «not having a continuing character» as well as for those «having a continuing character» (ILC Draft, Article 14)⁵⁵. The problem is that, with reference to certain cyberattacks (e.g. Stuxnet), the damaging effects resulting from the original unlawful conduct are unpredictable and can only be detected long after the occurrence of the unlawful conduct. This implies the need to progressively change the applicable legal framework, including the prohibition of the use of force, with regard to cyber actions with delayed and/or unpredictable effects.

A partially different situation from the previous one occurs where cyber actions have some immediately perceptible damaging effects, which imply the immediate violation of certain international norms (e.g. principle of sovereignty and/or prohibition of intervention), whereas for other damaging effects it is possible to ascertain them only after a limited or extensive period of time. Accordingly, further and more relevant international norms have to be applied after the lapse of a significant period of time from the original unlawful conduct.

Secondly, it cannot be ruled out that, in the wake of later cyber actions that are connected to earlier cyberattacks, other and more serious wrongdoing may turn out to have been committed «through a series of actions or omissions defined in aggregate as wrongful» in the light of Article 15 of the ILC Draft Articles on the Responsibility of States. This situation can occur both in cases of the original planting of malware that is subsequently triggered through physical or cyber conduct and in cases of independent but interconnected cyber actions

⁵⁴ «An act of a State does not constitute a breach of an international obligation unless the State is bound by the obligation in question at the time the act occurs».

⁵⁵ Article 14, par. 1: «The breach of an international obligation by an act of a State not having a continuing character occurs at the moment when the act is performed, even if its effects continue». Article 14, par. 2: «The breach of an international obligation by an act of a State having a continuing character extends over the entire period during which the act continues and remains not in conformity with the international obligation».

on the basis of the theory of cumulative effects of the harmful actions, once again changing the legal framework applicable to the case at issue.

4.C. A further impact of cyberattacks concerns establishing violations of the prohibition of the threat of use of force, which currently seems difficult to apply to many of the actions in question⁵⁶. One of the problematic issues is that the threat of a cyberattack, like any other threat of use of force, must be real and concrete. As noted by Roscini, «to fall under the scope of Article 2(4), the threat must be clearly identifiable and must be made known to the target State so as to exercise its coercive effect»⁵⁷. However, verification of the threat of cyberattacks appears to be more difficult to accomplish, especially where it is not accompanied by physical actions indicative of overt and *parallel* instances of threat, e.g. the massing of troops at the border or other visible hostile conduct, as happened on the frontier with Ukraine before the Russian aggression in 2022. Consideration must therefore be given to whether, in this case, it is possible to establish the existence of the threat of a cyberattack based on uncertain evidence but supported by the existence of a simultaneous and overt kinetic threat, or just *ex post* following the actual carrying out of such threats, kinetic and cyber.

4.D. Practice regarding cyber actions also re-proposes the need, particularly urgent in my opinion, for an adequate legal framework governing wrongdoing by non-state actors in at least two respects.

First and foremost, from the point of view of attribution to a State of conduct carried out by private parties, it appears very difficult if not impossible – under the current state of IT knowledge – to use the strict ICJ control test elaborated in the *Nicaragua* case and reiterated in the *Genocide* case. A test under which what has to be proved is that the State «had effective control of the military or paramilitary operation in the course of which the alleged violations were committed»⁵⁸. By

⁵⁶ On the application of the prohibition of the threat of force to cyber operations, see F. DELERUE, *Cyber Operations and International Law*, cit., 311.

⁵⁷ M. ROSCINI, *Cyber Operations and the Use of Force*, cit., 68.

⁵⁸ International Court of Justice, Judgment of 27 June 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, cit., 64-65, par. 115; International Court of Justice, Judgment of 26 February 2007, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, 208, par. 400.

contrast, the «overall control» test elaborated by the ICTY in the *Tadić* case for assessing individual criminal responsibility would seem better suited to cyberattacks⁵⁹, although, in relation to the ICTY, the test operates only in the case of an organised and hierarchically structured group and thus in relation solely to certain limited cyberattacks. However, it should be noted that the overall control test may also be used in relation to less structured groups of private individuals, if their particularly offensive capacity is demonstrated with specific regard to cyberattacks.

Secondly, the peculiar relevance of cyberattacks conducted by non-state actors once again raises the *old question* of the right of self-defence against non-state actors perpetrating armed attacks⁶⁰. It is my opinion that the right of self-defence is already exercisable today towards non-state entities perpetrating armed attacks that control, albeit in violation of international law, the territory of a State, provided they have carried out an actual armed attack or aggression. Reference can be made in this regard to Al-Qaeda in 2001, to Hezbollah for the attack on Israel in 2006, but also in relation to the cumulative attacks against Israel between the end of 2023 and 2024, and to Hamas in relation to a series of connected actions and in an autonomous way for the heinous attack of 7 October 2023. In some of these cases, moreover, there is a very intense relationship between the non-state actors involved, some of them with an obvious terrorist background (Al-Qaeda and Hamas), and the States in which they had or still have territorial control (Afghanistan/Al-Qaeda and Lebanon/Hezbollah). Consequently, the actions in question can be considered as carried out by private parties controlled and directed by those States⁶¹, also in relation to only some acts of force. However, this does not apply to ISIS, which, as it is widely recognised, has

⁵⁹ International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, Appeals Chamber Judgment of 15 July 1999, *Prosecutor v Duško Tadić*, par. 120. For the ICTY the overall control test means in particular that the State «has a role in organising, coordinating or planning the military actions of the military group, in addition to financing, training and equipping or providing operational support to that group (...) regardless of any specific instructions by the controlling State concerning the commission of each of those acts» (par. 137).

⁶⁰ On the application of this issue to the cyber context, see F. DELERUE, *Cyber Operations and International Law*, cit., 335, according to whom «Cyber operations carried out by a non-state actor without any State sponsorship cannot at present amount to an armed attack in international law. However, the legal situation may evolve in the future to extend the notion of armed attack to the conduct of non-state actors not acting on behalf of a State», 338-339. See also N. TSAGOURIAS, *Cyber-Attacks*, cit., 240-241.

⁶¹ This is in accordance with Article 8 of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

operated autonomously from the governmental regimes of Iraq and Syria, large parts of whose territory it has controlled in the past.

Cyber actions classifiable as armed attacks can also be carried out by non-state actors that *do not* control parts of a national territory. In my opinion, it is possible that the *opinio juris* of States, which is limited at current times⁶², could well develop in the direction of considering recourse to self-defence as being legitimate vis-à-vis non-state actors that lack territorial control but have significant economic and cyber capabilities and are therefore capable of launching an armed attack, even if only by cyber means. Here too, the test of the actual offensive capacity, in terms of cyberattacks, of non-state actors may be a decisive factor in making recourse to self-defence lawful against them, thus rendering the element of territorial control referred to above less important or even irrelevant.

4.E. Unlawful cyber actions also raise the question of anticipatory self-defence against imminent cyber armed attacks, since the aggressor State (or non-state actor) could be planning but not yet have carried out a large-scale cyber armed attack that is difficult to detect and to address before the attack⁶³. From this point of view, it is correct to adopt «more flexible reasonability standards that take into account the peculiar features of cyber operations and the nature and magnitude of the threat»⁶⁴. However, proof of a certain and imminent attack by a State is still required to avoid an abuse of force. Therefore, one cannot share the view of those who support the possibility of acting in self-

⁶² *Position Paper of the Republic of Austria*, cit., 7-8: «Armed attacks can be committed both by state and non-state actors. Given the fact that most cyber activities are not carried out by state authorities, it is important to note that acts of non-state actors can amount to an armed attack in the sense of Article 51 UN Charter, provided that the following two conditions are fulfilled: 1) there is a 'transboundary element', e.g. the non-state actor operates from the jurisdiction of another state; and 2) the other state is harbouring or otherwise substantially supporting the operations of the non-state actor under its jurisdiction, or is unable, as a consequence of the complete absence of state authority and effective control over the respective territory, to prevent or suppress the non-state actor's operations». See also Germany, *On the Application of International Law*, cit., 11, 16. Other States generally deem self-defence applicable also with respect to non-state actors without further elaborating on their stance in their national position papers. See e.g., Denmark: *Denmark's Position Paper*, cit., 6-7; Israel: *Israel's Perspective*, cit., 399; Italy: *Italian position paper*, cit., 9; Netherlands: *Appendix*, 8-9; Poland: *The Republic of Poland's position on the application of international law in cyberspace*, 2022, 5-6; United States: *Official Compendium of voluntary national contributions*, cit., 137.

⁶³ On the possibility of resorting to anticipatory self-defence «if all other means of neutralising the cyber threat fail», see N. TSAGOURIAS, *Cyber-Attacks*, cit., 232.

⁶⁴ M. ROSCINI, *Cyber Operations and the Use of Force*, cit., 80.

defence, both «without first attributing and characterising the attack» and without respecting «an inflexible requirement on States to fully satisfy the traditional necessity requirements when acting in self-defence of vital state interests»⁶⁵. This would lead to anarchy in the use of force and self-defence, already severely tested in recent years.

4.F. The legal literature also underscores the difficulty of applying the legal framework on countermeasures outlined by the ILC to cyber operations⁶⁶. It is arguable that State practice on countermeasures no longer corresponds, and perhaps has never corresponded, to the regime set out by the ILC in the 2001 Draft. However, it is crucial to recognise that the escalating frequency of cyberattacks by States in possession of important technology capabilities could, in the future, give rise to a welcome and more accommodating regime that would allow, albeit not oblige, the *omnes* to adopt non-forcible countermeasures against the State responsible for cyber violations of *erga omnes* obligations. Such having regard to the various forms of recourse to collective countermeasures recently well identified in the legal literature⁶⁷. This approach would allow one to strike a more desirable and greater balance between the State responsible for the cyber wrongdoing and the victim State unable to counteract independently. That would also appear consistent with the need to protect international law regime on *erga omnes* obligations.

4.G. Lastly (but certainly not least!), the impact of cyber actions on the content and application of the principle of due diligence should be recalled, both in the case of acts of private parties and in the case of state acts for which proof of direct attribution of the unlawful conduct to the State cannot be provided. In this regard, some legal scholars

⁶⁵ M. HOISINGTON, *op. cit.*, 453.

⁶⁶ According to G. CORN, E. TALBOT JENSEN, *The Use of Force and Cyber Countermeasures*, in *Temple International and Comparative Law Journal*, 2018, 129, the legal framework on countermeasures (such as the prohibitions on collective countermeasures and the requirement for prior notice) entails excessive limitations that «limit the effectiveness of cyber countermeasures».

⁶⁷ On collaboration among States in the taking of countermeasures against other States see M. JACKSON, F. PADDEU, *The Countermeasures of Others: When can States Collaborate in the Taking of Countermeasures?*, in *American Journal of International Law*, 2023, 231 ff., who distinguish five different types of collaboration, some of which are especially apt in responding to malicious cyberoperations, «for example where the injured State does not possess all the technical or legal expertise to respond to internationally wrongful cyber acts». See also *National Position of Canada*, 2022, available online, par. 37.

maintain that due diligence is a general principle applicable to all areas of international law, while other authors observe that the said principle is provided only for some primary rules of international law and that «there is actually insufficient state practice and *opinio juris* to support the crystallization of a rule of customary international law containing binding due diligence obligations in cyberspace»⁶⁸. Another academic opinion takes a different approach to the issue: according to Coco and de Souza Dias, irrespective of whether or not a general principle of due diligence applies to information and communication technologies or a specific due diligence rule exists in cyber international law, «States continue to be bound by a patchwork of duties to prevent, stop and redress harm applying by default to cyberspace» that are contained in different and overlapping primary rules of international law⁶⁹.

Although the current analysis is not aimed at discussing this issue in depth, I believe that the general principle of due diligence, or some specific obligations to prevent and redress, may constitute an effective *safeguard clause* to more quickly ascertain the unlawfulness of certain cyber actions that are difficult to assess as rapidly on the basis of other international rules. For example, the prohibition of the use of force, the violation of which can sometimes only be ascertained after a long period of time, considering the delayed and unpredictable damaging effects of certain cyber actions and their actual establishment.

5. Cyber operations have already produced a particularly significant impact on the interpretation and application of fundamental principles of international law: however, this impact has not yet been fully explored in the legal literature and by States.

The actual impact of cyber actions on international law constitutes a multifaceted issue that triggers both challenges and opportunities. It is imperative to analyse both sides of the same coin, in order to defend the resilience of the fundamental principles of international law and, where necessary, to adapt the content and application of some of these principles to the momentous changes brought about by the constant recourse of States and non-state actors to lawful and unlawful cyber actions. This implies, *inter alia*, an

⁶⁸ See J. KENNY, *op. cit.*, 137, 173, and 138 for a detailed analysis of the legal literature, case-law and the practice of States and international organisations on due diligence obligations.

⁶⁹ See A. COCO, T. DE SOUZA DIAS, *op. cit.*, 774.

appreciation for the inherent challenges in attributing harmful cyber conduct, the comparative ease with which cyber-attacks, even those perpetrated by non-state actors, can be launched, and the prevailing acceptance of the equivalence of harm caused by kinetic and cyber actions in the context of the use of force.

With specific regard to the prohibition of the use of force, it was noted that the impact of the use of cyberattacks raises several problematic aspects, including the reluctance of States to legally classify cyberattacks. However, it also constitutes an opportunity to reflect on the need to modify the content and application of the regime of this prohibition, which already exhibits serious difficulties in its application to new means and methods of using force, with specific regard to kinetic actions by States and especially non-state actors. These challenges are further compounded in the context of cybernetic practice, underscoring the necessity for a comprehensive re-evaluation of the regime's application concerning the prohibition of the use of force.

ABSTRACT

Cyberattacks and the Evolution of the Regime on the Prohibition of the Use of Force

Cyberattacks by States and non-state actors have now become very frequent and increasingly sophisticated and harmful. It is common opinion that cyber operations must be examined in light of the fundamental principles of international law, including the prohibition of the use of force. Starting from this assumption, this analysis seeks to demonstrate that the current issues regarding cyberattacks no longer concern whether they should be examined in light of the prohibition of the use of force, as it has instead been taken for granted so far; rather it is time to assess how cyberattacks have already affected the application of the regime regarding the use of force. From this perspective, the article highlights that such incidence brings some risks but also positive aspects, especially regarding the development of the prohibition of the use of force in relation to the spread of new tools for resorting to force.

COMMERCIO DI ARMAMENTI E DIRITTO INTERNAZIONALE PENALE: QUALI PROSPETTIVE PER LA COMPLICITÀ DEGLI ESPORTATORI DI MATERIALE BELLICO NELLO STATUTO DI ROMA?¹

ANTONIO MARICONDA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Persone giuridiche e diritto internazionale penale: la possibilità di perseguire i vertici delle imprese esportatrici di armi tramite il modello nominalistico. – 3. L'interazione tra le licenze all'esportazione e la responsabilità penale individuale. – 4. La responsabilità penale degli esportatori di armi per *aiding and abetting*: l'art. 25(3)(c). – 4.1. Le incertezze interpretative sull'*actus reus* dell'art. 25(3)(c). – 4.2. L'aver agito «con il fine di facilitare il crimine»: la *mens rea* come ostacolo all'applicazione dell'art. 25(3)(c). – 5. La responsabilità penale degli esportatori di armi per il contributo alle azioni di un gruppo: l'art. 25(3)(d)(ii) – 5.1. L'aver contribuito «in ogni altra maniera alla perpetrazione o al tentativo di perpetrazione»: l'*actus reus*. – 5.2. L'intenzionalità e la consapevolezza del crimine principale: la *mens rea* come elemento dirimente per preferire l'applicazione dell'art. 25(3)(d)(ii) a quella dell'art. 25(3)(c). – 6. Conclusioni.

1. L'11 dicembre 2019, sei Organizzazioni Non-Governative (ONG)² hanno inviato una comunicazione al Procuratore della Corte Penale Internazionale (CPI), con la quale sollecitavano l'avvio di un'indagine volta a verificare la responsabilità penale individuale dei dirigenti di alcune società europee attive nel settore della difesa³, in relazione al trasferimento di armamenti alla coalizione a guida saudita operante nel conflitto in Yemen. Come riportato in dettaglio nelle 350 pagine della comunicazione, infatti, sarebbero riconducibili a tale coalizione 26 bombardamenti contro edifici residenziali, scuole, ospedali, un museo e un sito patrimonio dell'UNESCO, qualificabili ai sensi dell'art. 8 dello Statuto di Roma come crimini di guerra⁴. Dal momen-

¹ Studio finanziato dall'Unione Europea – Next-GenerationEU - PNRR – MISSIONE 4 - COMPONENTE 2 - INVESTIMENTO 1.1 - PRIN 2022 PNRR D.D. 1409 del 14-09-2022 - P20223XFXK - Arms, Peace and Sustainability (ArPeSu) - CUP G53D23007820001.

² Si tratta di Amnesty International, Campaign Against Arms Trade, Centre Delàs d'Estudis per la Pau European, Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR), Mwatana for Human Rights e Rete Italiana Pace e Disarmo.

³ Si tratta di Airbus Defence and Space S.A., Airbus Defence and Space GmbH, BAE System Plc., Dassault Aviation S.A., Leonardo S.p.A, MBDA UK Ltd., MBDA France S.A.S., Raytheon Systems Ltd., Rheinmetall AG, RWM Italia S.p.A e Thales France.

⁴ La comunicazione non è stata resa pubblica. Tuttavia, le ONG hanno congiuntamente pubblicato un documento riassuntivo dal titolo *Made in Europe, Bombed in Yemen: How the ICC Could Tackle the Responsibility of Arms Exporters and Government Officials*, 2020, reperibile *online*.

to che tali attacchi sarebbero stati sferrati impiegando materiale bellico fornito dalle citate società europee, si chiede al Procuratore di verificare se e in che misura i dirigenti di tali società e i funzionari delle autorità amministrative che hanno concesso le licenze all'esportazione dei materiali possano essere ritenuti complici nella commissione dei crimini asseritamente perpetrati⁵. Come notato dalle stesse ONG autrici della comunicazione⁶, infatti, la giurisdizione della CPI non si estende alle condotte dei presunti autori materiali dei crimini, dal momento che lo Yemen non ha ratificato lo Statuto di Roma, ma esclusivamente a quelle degli esportatori di armamenti e ai funzionari che hanno rilasciato le licenze, in quanto cittadini di Stati parti⁷. Nel 2020, l'Ufficio del Procuratore ha dichiarato nel *Report on Preliminary Examination Activities* di star finalizzando la risposta alla comunicazione⁸; tuttavia, nonostante le sollecitazioni delle sei ONG⁹, ad oggi nessun organo della CPI si è pronunciato su di essa. La situazione rimane quindi nella c.d. «fase 1», cioè quella in cui si valuta la serietà e rilevanza delle informazioni contenute nelle comunicazioni ricevute¹⁰.

Al netto di tale inerzia, la comunicazione ha rappresentato un primo storico tentativo di coinvolgere la Corte dell'Aja nella prevenzione dell'impunità dell'industria della difesa, che è andato ad aggiungersi agli sforzi sul piano domestico, anche in Italia¹¹, di utilizzare

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ Art. 12 (2)(b) dello Statuto di Roma, su cui v., tra gli altri, R. CRYER, D. ROBINSON, S. VASILIEV, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, 2019.

⁸ International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, *Report on Preliminary Examination Activities*, 2020, reperibile online, 11.

⁹ CENTRE DELÀS D'ESTUDIS PER LA PAU EUROPEAN, *Arms Transfers by Spanish Company Airbus to Saudi Arabia and UAE May Have Contributed to War Crimes in Yemen. Prosecutor's Office of the International Criminal Court, Urged to Open an Investigation into These Atrocities*, 2022, reperibile online.

¹⁰ Art. 15 dello Statuto di Roma.

¹¹ Il riferimento è al recente tentativo di far valere la responsabilità penale dei dirigenti della società RWM Italia S.p.A. e dei dirigenti dell'autorità deputata al rilascio delle licenze all'esportazione (UAMA) per il trasferimento di armi alla coalizione saudita, poi asseritamente impiegate per commettere crimini di guerra in Yemen. La vicenda si è recentemente conclusa con l'archiviazione del procedimento. V. M. CRIPPA, *Licenze all'esportazione di armamenti verso l'Arabia Saudita: il G.i.p. di Roma ordina la prosecuzione delle indagini sulle responsabilità italiane per i bombardamenti in Yemen*, in *Sistema Penale*, 2021, reperibile online; C. MAZZOLENI, *Commercio di armi e diritti umani in Yemen. Il primo caso giudiziario italiano*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2023, 1022 ss. Un caso molto simile a quello italiano sembra essere la denuncia presentata il 2 giugno 2022 davanti al tribunale di Parigi da alcune ONG contro i dirigenti di tre società francesi produttrici di armi per l'esportazione di materiale bellico alla coalizione saudita in Yemen, su cui v. BUSINESS AND

il contenzioso penale allo stesso fine¹².

Negli anni successivi al 2019, con il proliferare degli scenari di conflitto, si è assistito a un crescente impegno, tanto nella prassi quanto in dottrina, verso l'elaborazione di costruzioni giuridiche idonee a garantire un accesso effettivo alla giustizia¹³ e a superare la storica reticenza all'intervento dei giudici da parte degli attori operanti nel settore del commercio di armamenti, tradizionalmente dominato da logiche politico-strategiche¹⁴. In tale contesto, e alla luce dell'ampio impiego di armamenti esportati da Stati parti dello Statuto di Roma nei conflitti contemporanei¹⁵, il dibattito circa il ruolo del diritto internazionale penale nel far valere la responsabilità degli esportatori di armamenti è tornato di drammatica attualità¹⁶.

Il presente contributo, inserendosi in tale dibattito, mira a chiarire se e in che modo tale *corpus*, ed in particolare lo Statuto di Roma della CPI, possa contribuire a far valere la responsabilità delle società esportatrici di armi per complicità con la commissione di crimini internazionali.

A tal fine, la seconda sezione ricostruisce le modalità attraverso cui il diritto internazionale penale trova applicazione nei confronti delle persone giuridiche, dal momento che è questa la forma in cui gli esportatori di armi più spesso operano; la terza dà conto di come il di-

HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTRE, *Complicité de crimes de guerre au Yémen : Une plainte déposée contre des entreprises d'armement françaises*, 2022, reperibile online.

¹² V. AZAROVA ET AL., *Domestic Accountability for International Arms Transfers: Law, Policy and Practice, Briefing No. 8 - ATT Expert Group*, 2021, reperibile online, e M. KANETAKE, C. RYNGAERT, *Due Diligence and Corporate Liability of the Defence Industry*, Flemish Peace Institute, 2023, reperibile online, 26 ss.

¹³ J. VAN DIJK, F. HARTNER, V. SCHMIDT, N. BEN YAHIA, *Access to Justice for Gun Violence: Seeking Accountability for European Arms Export*, in *Asser Institute for International and European Law*, 2023, 9 ss.; L. CASTELLANOS-JANKIEWICZ, A. GUZMÁN MUTIS, *The Right to Remedy for Wrongful European Arms Export: Minding the Accountability Gap?*, in *George Washington International Law Review*, 2025, 277 ss.

¹⁴ Sul punto, v. M. BOTHE, T. MARAUHN, *The Arms Trade: Comparative Aspects of Law*, in *Revue belge de droit international*, 1993, 25; R. AL. JOHNSON, S.L. WILLARDSON, *Human Rights and Democratic Arms Transfers: Rhetoric Versus Reality with Different Types of Major Weapon Systems*, in *International Studies Quarterly*, 2018, 453 ss.; J.L. ERICKSON, *Punishing the Violators? Arms Embargoes and Economic Sanctions as Tools of Norm Enforcement*, in *Review of International Studies*, 2020, 142.

¹⁵ V. i dati riportati in M. GEORGE ET AL., *Trends in International Arms Transfers*, 2024, in *Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI) Factsheet*, 2025, reperibile online.

¹⁶ Per limitarsi ai lavori più recenti, v. M. AKSENOVA, *The Arms Industry and International Criminal Liability: Challenging the Status Quo?*, in *Business and Human Rights Journal*, 2025, in corso di pubblicazione; T. HAMILTON, *The Arms Trade and International Criminal Law*, Oxford, 2025.

ritto internazionale penale interagisce con il quadro giuridico internazionale in materia di controllo del commercio di armi convenzionali, così da chiarire se l'ottenimento di una licenza metta gli esportatori al riparo dalla responsabilità penale individuale; sgombrato il campo da queste due questioni preliminari, la quarta e la quinta sezione riflettono su quali norme dello Statuto di Roma possano applicarsi alla complicità degli esportatori di armamenti: la quarta esamina la possibile applicazione dell'art. 25(3)(c) sull'*aiding and abetting*, mentre la quinta quella dell'art. 25(3)(d)(ii) sul contributo prestato alla commissione di un crimine da parte di un gruppo; infine, la sesta sezione conclude.

2. Le imprese del settore della difesa operano nella maggior parte dei casi tramite strutture societarie che si articolano in grandi gruppi oligopolistici¹⁷. Pertanto, il primo aspetto da chiarire è se e fino a che punto le persone giuridiche siano soggetti del diritto internazionale penale, in quanto tali suscettibili di essere chiamati a rispondere di complicità con crimini internazionali¹⁸. Tale questione diviene tanto più cruciale se si considera che delle forme di responsabilità penale delle società sono oramai previste in un crescente numero di ordinamenti interni¹⁹, e che, come testimoniato dal recentissimo caso *Lafarge* davanti alle giurisdizioni francesi²⁰, ciò si è dimostrato di grande utilità per la punizione dei crimini internazionali.

Ebbene, nella storia della giustizia penale internazionale, la responsabilità delle persone giuridiche, con l'unica eccezione del Tribu-

¹⁷ K. HARTLEY, *The Economics of Arms*, Cambridge, 2017, 73 ss.

¹⁸ Il tema è stato ampiamente dibattuto in dottrina. Si pensi, a titolo di esempio, alla *special issue* interamente dedicata al tema della responsabilità delle imprese nel diritto internazionale già nel 2001 dalla *Hastings International and Comparative Law Review* (vol. 24, n. 3) o a quella dedicata nel 2010 dal *Journal of International Criminal Justice* (vol. 8, n. 3) al tema della responsabilità delle persone giuridiche per crimini internazionali; più di recente, v. A. DE TOMMASO, *Corporate Liability and International Criminal Law*, Abingdon, 2024 ed E. VAN SLIEDREGT, *The Future of International Criminal Law is Corporate*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2025, 1 ss.

¹⁹ Per un'analisi comparata completa, v. D. ROEF, *Corporate Criminal Liability*, in J. KELLER, D. ROEF (eds.), *Comparative Concepts of Criminal Law*, Cambridge, 2019, 333 ss.

²⁰ La società francese Lafarge SA e quattro dirigenti di essa sono stati sottoposti a procedimento penale e condannati davanti alle giurisdizioni francesi per complicità con i crimini contro l'umanità di diversi gruppi armati operanti in Siria. Su questo caso, v. N. BELHOSTE, B. NIVET, *The Organization of Short-Sightedness: The Implications of Remaining in Conflict Zones. The Case of Lafarge during Syria's Civil War*, in *Business and Society*, 2021, 1573 ss.; sulla vicenda giudiziaria, fino alle sue più recenti declinazioni, v. EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS (ECCHR), *Multinational Lafarge and Four of Its Former Executives to Stand Trial for Financing of Terrorism in Syria*, 2024, reperibile online.

nale Speciale per il Libano²¹, è stata sistematicamente esclusa²². Lo Statuto di Roma, pur a seguito di un vivace dibattito durante i lavori preparatori²³, ha finito per aderire a questa impostazione, e l'art. 25(1) sancisce che «La Corte è competente per le persone fisiche».

Con il passare degli anni, però, una parte della dottrina ha severamente criticato questa scelta, asserendo che le ragioni di fondo che la giustificavano all'inizio del millennio siano ad oggi venute meno²⁴,

²¹ Il tribunale esercitò la propria giurisdizione sulle società interpretando estensivamente il termine «persona» incluso nel proprio Statuto, arrivando ad affermare che «la responsabilità penale delle imprese è sul punto di ottenere almeno lo *status* di principio generale del diritto applicabile ai sensi del diritto internazionale» (traduzione nostra). V. il caso Tribunale Speciale per il Libano, Appeals Panel, decisione del 2 ottobre 2014, *New TVS A.L. Karma Mohamed Thasin Al Khayat*, STL-14-05, par. 67, e Appeals Chamber, decisione del 23 gennaio 2015, *Akhbar Beirut S.A.L. and Al-Amin*, STL-14-06/, par. 45 ss., su cui v. G. WEHRLE, F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, Oxford, 2020, 145.

²² Il Tribunale di Norimberga, l'International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY) e l'International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), per espressa disposizione dei relativi statuti, estendevano la propria giurisdizione alle sole persone fisiche. V. Charter of the International Military Tribunal □ Annex to the Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis («London Agreement»), reperibile *online*, art. 6. Vale la pena di precisare che però, la giurisdizione del tribunale di Norimberga si estendeva a «persons [who], acting in the interests of the European Axis countries, *whether as individuals or as members of organizations*»; per l'ICTY, v. Updated Statute of the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY), reperibile *online*, Art. 6; Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), reperibile *online*, Art. 5. Le Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) e la Special Court for Sierra Leone, pur in mancanza di esplicita disposizione statutaria, sono altresì state ritenute dalla dottrina prive di giurisdizione sulle persone giuridiche (v. N. FARRELL, *Attributing Criminal Liability to Corporate Actors: Some Lessons from the International Tribunals*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010, 873).

²³ La delegazione francese avanzò la proposta di estendere la giurisdizione della costituenda Corte alle persone giuridiche, che fu però prima ridimensionata, e poi abbandonata. V. UN Report of the Preparatory Committee of the Establishment of an International Criminal Court, Vol. I, 44, par. 194, reperibile *online*; Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole in Official Records of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June-17 July 1998, Vol. II, UN Doc A/Conf.183/C.1/L.3, 132, 252; Official Records of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June-17 July 1998, vol. III, A/CONF.183/2, Art. 23, par. 6, nota 71, su cui v. A. CLAPHAM, *The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court*, in M. KAMMINGA, S. ZIA-ZARIFI (eds.), *Liability of Multinational Corporations Under International Law*, Leiden, 2001, 142.

²⁴ Il riferimento è al fatto che, nel 1998, diversamente da quanto avviene oggi, la responsabilità penale delle persone giuridiche non era prevista nella maggior parte degli ordinamenti interni degli Stati partecipanti alla Conferenza di Roma. Ciò rappresentava un elemento critico, dal momento che la Corte penale internazionale opera su base complementare rispetto ai sistemi giudiziari nazionali; v. A. ESER, *Individual Criminal Responsibility*, in A. CASSESE ET AL. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Law: A Commentary*, Oxford, 2002, 767 ss.

e che dunque sia necessario emendare lo Statuto di Roma, soprattutto alla luce della menzione della responsabilità penale delle persone giuridiche nei *Draft Articles on the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity* della Commissione del diritto internazionale²⁵.

Tale auspicata evoluzione non si è però mai realizzata. Al contrario, la principale iniziativa in questa direzione è nata proprio in polemica con la Corte dell'Aja²⁶: si tratta del Protocollo di Malabo, che paventa l'istituzione di una Corte africana di giustizia e dei diritti umani unificata, con una sezione dedicata ai crimini internazionali e avente giurisdizione anche sulle persone giuridiche²⁷.

De jure condito, quindi, tutto ciò che si può dire è che, sebbene i casi di complicità delle imprese con crimini internazionali siano sempre più frequenti davanti alle giurisdizioni nazionali²⁸, la giustizia penale internazionale continui ad interessarsi alle sole persone fisiche.

Ciò non ha però rappresentato un ostacolo insormontabile, poiché i *corporate officials* sono stati perseguiti in quanto persone fisiche responsabili per la condotta delle persone giuridiche sotto il loro controllo²⁹. Con specifico riguardo alla fornitura di armi, vi sono degli esempi che risalgono agli albori della disciplina. Infatti, sia il Tribunale di Norimberga che i tribunali militari britannici del dopoguerra perseguirono, insieme ai vertici politici del regime nazista, anche alcuni industriali che erano stati un ingranaggio cruciale dello sforzo bellico nazista durante la Seconda guerra mondiale. Il riferimento è al caso degli imprenditori Alfried e Gustav Krupp³⁰, che avevano fornito sup-

²⁵ UN Doc. A/74/10, 2019, art. 6, par. 8. Per questa posizione, v. M. BIGGS, *International Criminal Law and Corporate Actors—Part 2: The Rome Statute and Its Aftermath*, in *Doing Business Right Blog*, 2019, reperibile online.

²⁶ Il riferimento è alla reazione degli Stati africani alle inchieste della Corte penale internazionale contro al-Bashir, Kenyatta e Gheddafi: v. G. PASCALE, *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo nel continente africano*, Napoli, 2017, 359.

²⁷ V. I. INGRAVALLO, *Recenti sviluppi in tema di repressione dei crimini internazionali in Africa*, in *Annali del Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture*, 2019, reperibile online, 239 ss.

²⁸ Per dei dati sul fenomeno, v. TRIAL INTERNATIONAL, *Universal Jurisdiction: Annual Reviews*, reperibili online e, in particolare, la *Annual Review 2023*, 11.

²⁹ V., oltre agli esempi citati nel testo, Tribunale internazionale penale per il Ruanda, Trial Chamber I, sentenza del 3 dicembre 2003, *The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze*, ICTR-99-52-T, in cui i dirigenti dell'emittente ruandese *Radio Télévision des Mille Collines* (RTLM) furono condannati per genocidio, incitamento al genocidio e crimini contro l'umanità, perpetrati per il tramite della società che controllavano.

³⁰ Nuremberg Military Tribunals. Sentenza dell'International Military Tribunal, 6 FRD 69, 1946, 76, su cui v. D. CASSEL, *Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts*, in *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2008, 304.

porto al regime nazista in vario modo, anche attraverso la produzione di armi; al caso *IG Farben*³¹, in cui 24 dirigenti dell'omonima azienda vennero giudicati per complicità con i crimini contro la pace del regime nazista per aver fornito armi allo stesso e al caso *Zyklon B*³², in cui furono sottoposti a giudizio tre industriali che avevano fornito il gas alle SS poi impiegato nei campi di sterminio.

Tale forma di responsabilità penale è detta «modello nominalistico»³³: rispondono dell'eventuale responsabilità della persona giuridica coloro i quali ne possono orientarne la condotta, come membri del consiglio di amministrazione o azionisti di maggioranza³⁴. Ai nostri fini esso rileva poiché lo Statuto di Roma, pur escludendo la giurisdizione della CPI sulle società del settore della difesa, permette ad essa di giudicare gli individui che, nell'ambito di esse, esercitano attività di direzione³⁵. In assenza di pronunce chiare della CPI sul punto³⁶, è discusso in dottrina quale sia la norma più adeguata allo scopo: secondo alcuni, traendo spunto da alcune pronunce di tribunali *ad hoc*³⁷, si potrebbe paventare l'applicazione dell'art. 28 sulla responsabilità da comando, valorizzando le affinità tra le strutture gerarchiche

³¹ Office of Military Government for Germany (US), Indictment, Trial 6, IG Farben Case (1947), 1, 2, 85, su cui v. F. JESSBERGER, *On the Origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activity: IG Farben on Trial*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010, 783 ss.

³² Judgment, *Trial of Bruno Tesch and Two Others*, British Military Court, 1-8 March 1946, Law Reports of Trials of War Criminals (1947), vol. I, 93 ss.

³³ D. ROEF, *op. cit.*, 335-339.

³⁴ H. VEST, *Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010, 852.

³⁵ D. SCHEFFER, *Corporate Liability under the Rome Statute*, in *Harvard International Law Journal Online Symposium*, 2016, 38; L. BRYK, M. SAAGE-MAASZ, *Individual Criminal Liability under the ICC Statute for Arms Exports – A Case Study of Arms Exports from Europe to Saudi-led Coalition Members Used in the War in Yemen*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2019, 1117 ss.; T. HAMILTON, *Arms Transfer Complicity Under the Rome Statute*, in N.H.B. JORGENSEN (ed.), *The International Criminal Responsibility of War's Funders and Profiteers*, Cambridge, 2020, 148 ss.

³⁶ Un'opportunità di sciogliere questo nodo si è presentata in CPI, Pre-Trial Chamber II, decisione del 23 gennaio 2012, *The Prosecutor v. Ruto et al.*, ICC-01/09-01/11. Nella situazione oggetto di tale pronuncia, Joshua Arap Sing era stato accusato di aver diffuso, tramite la radio di cui era dirigente, messaggi in codice funzionali al compimento di crimini internazionali, dei quali era quindi accusato di essere *indirect co-perpetrator*. Tuttavia, le prove presentate dal Procuratore in questo senso sono state ritenute insufficienti dalla Trial Chamber V (A), sentenza del 5 aprile 2016, *Prosecutor v. Ruto et al.*, ICC-01/09-01/11.

³⁷ Nuremberg Military Tribunals, sentenza dell'International Military Tribunal, *Flick Case*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals, n. 10, vol. VI, 1202; Tribunale internazionale penale per il Ruanda, Trial Chamber I, sentenza del 27 gennaio 2000, *The Prosecutor v. Alfred Musema*, ICTR-96-13-T.

oggetto di tale articolo e le società³⁸; altra parte della dottrina propugna l'applicazione delle regole sulla responsabilità individuale dettate dall'art. 25, dividendosi però su quale dei diversi modelli che tale articolo contiene sia più adeguato³⁹.

Quest'ultimo nodo sarà sciolto, con specifico riferimento alla potenziale complicità dell'industria delle armi, nelle sezioni finali dell'articolo. Ciò che era importante segnalare sin d'ora è che, sebbene lo Statuto di Roma, e più in generale il diritto internazionale penale, non includa le persone giuridiche tra i propri soggetti, ciò non impedisce in sé il perseguimento dei crimini commessi dalle imprese. Il cosiddetto «modello nominalistico», già adottato in passato da alcuni tribunali penali internazionali, consente infatti di attribuire responsabilità penale ai vertici dell'ente, in quanto capaci di orientare la condotta dell'impresa.

3. È a questo punto necessario sgombrare il campo da un'altra questione preliminare, relativa alle interazioni tra il diritto internazionale penale e l'emissione di licenze da parte delle competenti autorità amministrative dello Stato.

Il quadro giuridico sul controllo del commercio di armi convenzionali pone infatti in capo agli Stati dal cui territorio gli armamenti siano trasferiti un obbligo di *due diligence*, in ossequio al quale essi sono tenuti a negare la concessione di licenze per l'esportazione quando vi sia il rischio che il materiale bellico venga impiegato in attività illecite, tra cui, ovviamente, figurano i crimini internazionali⁴⁰. Così, ad esempio, il regime convenzionale più organico in materia, rappresentato dall'*Arms Trade Treaty* del 2013⁴¹, obbliga gli Stati contraenti

³⁸ E. VAN SLIEDREGT, *The Future of International Criminal Law*, cit., 9.

³⁹ P. KOTZAMANI, *Corporate Criminality and Individual Criminal Responsibility in International Law: Removing the Hurdles from the International Criminal Court's Approach to Perpetration through Control of a Collective Entity*, in *International Criminal Law Review*, 2020, 1108 ss., ritiene che il modello della c.d. *indirect co-perpetration* sarebbe il più adeguato; al contrario, L. DE LEEUW, *Corporate Agents and Individual Criminal Liability under the Rome Statute*, in *State Crime Journal*, 2016, 242 ss., suggerisce l'applicazione dell'art. 25(3)(d)(ii).

⁴⁰ E. BATTAGLIA, *Il commercio internazionale di armi e la tutela dei diritti umani*, in S. MARCHISIO (a cura di), *Disarmo, limitazione degli armamenti e diritti umani*, Napoli, 2016, 161 ss., e, con specifico riferimento ai crimini internazionali, N. JORGENSEN, *State Responsibility for Aiding or Assisting International Crimes in the Context of the Arms Trade Treaty*, in *Current Developments*, 2014, 722 ss.

⁴¹ Adottato dall'Assemblea Generale il 2 aprile 2013 ed entrato in vigore il 24 dicembre 2014, in *UNTS* vol. 3013, 269 ss., su cui v. N. RONZITTI, *Il trattato internazionale sul commercio delle armi*, in *Osservatorio di politica internazionale*, 2013, reperibile online, e C.

a negare la concessione di una licenza quando, tra le altre ipotesi, «lo Stato sia a conoscenza, al momento dell'autorizzazione, che le armi o i materiali oggetto del trasferimento possano essere utilizzati per commettere genocidio, crimini contro l'umanità, gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949, o altri crimini di guerra come definiti negli accordi internazionali di cui lo Stato è parte» (art. 6, par. 3)⁴² e obiettivi non dissimili si pongono anche altri importanti documenti, tra i quali spiccano l'intesa di Wassenaar⁴³ o la Posizione comune 2008/944/PESC dell'Unione Europea⁴⁴. Il quadro internazionale e sovranazionale è stato poi variamente recepito, sebbene spesso con lacune o disallineamenti, negli ordinamenti interni degli Stati, con leggi deputate a governare la concessione delle licenze⁴⁵.

I profili normati dal quadro giuridico sul controllo del commercio di armamenti e dal diritto internazionale penale sono quindi distinti: il primo ha l'obiettivo di *prevenire* il rischio che le armi esportate possano essere utilizzate per compiere diverse gravi violazioni del diritto internazionale, come i crimini internazionali, mentre il secondo si occupa di evitare l'impunità per i crimini che siano stati effettivamente compiuti⁴⁶.

Tuttavia, secondo alcune ricostruzioni, questi due settori sarebbero interconnessi, nella misura in cui l'esistenza di una licenza per l'esportazione di armamenti regolarmente emessa da uno Stato dovrebbe escludere *ipso iure* la responsabilità, penale e non,

PONTI, *Trasferimenti di armi, diritti umani e diritto umanitario. Spunti di riflessione dopo l'adozione del Trattato sul commercio delle armi convenzionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, 643 ss.

⁴² Per un commento dedicato a queste disposizioni del Trattato, v. A. COCO, *I divieti di trasferimento ai sensi degli articoli 6 e 7 del Trattato sul commercio delle armi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, 1221 ss., e L. ZUCCARI, *Gli obblighi di valutazione dello Stato esportatore di armi verso zone di conflitto secondo la Corte d'appello del Regno Unito*, *ivi*, 2020, 551 ss.

⁴³ Si tratta di un'Intesa non vincolante conclusa nel 1995 e che attualmente annovera 42 Stati partecipanti, con l'obiettivo di promuovere una maggiore trasparenza a una più ampia responsabilità per i trasferimenti di armi convenzionali verso zone di conflitto. Per un approfondimento, v. L. ZUCCARI, *Il commercio di armi convenzionali nel diritto internazionale*, Napoli, 2024, 112 ss.

⁴⁴ Per un approfondimento sul quadro europeo, v. R. PALLADINO, *Il controllo sulle esportazioni di armi in zone di conflitto: regole e responsabilità dell'Unione Europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, 1170 ss.

⁴⁵ Per un'analisi comparata completa sul recepimento nazionale di tali obblighi, v. S. PARKER, *The Arms Trade Treaty: A Practical Guide to National Implementation*, in *Small Arms Survey*, 2016, reperibile *online*.

⁴⁶ Sull'interazione tra queste due dimensioni, v. T. HAMILTON, *The Arms Trade*, *cit.*, 18 ss.

dell'esportatore⁴⁷. Ciò perché la valutazione del rischio operata dallo Stato al momento della concessione della licenza, essendo qualificata, ingenera in esso un'aspettativa legittima che il trasferimento sia lecito e fa venir meno l'elemento oggettivo del crimine internazionale (*actus reus*)⁴⁸.

Così ragionando, quindi, si dovrebbe distinguere tra due situazioni: quella in cui l'invio di armi è illegittimo, perché frutto di un aggiramento del quadro sul commercio internazionale di armi, da quella in cui l'impresa ha ottenuto una licenza per l'esportazione, e trasferito dunque regolarmente gli armamenti.

Nel primo caso, *nulla quaestio*: se l'esportatore ha, ad esempio, aggirato il quadro giuridico sul controllo delle armi convenzionali fornendo informazioni false, manchevoli, o finanche contrabbandato le armi ricorrendo a canali illegali, ovviamente l'elemento oggettivo del crimine non potrà ritenersi escluso. Particolarmente esplicita in questo senso è la giurisprudenza olandese⁴⁹: nel caso *Kouwenhoven*, l'imprenditore fu giudicato complice dei crimini di guerra del dittatore liberiano Charles Taylor per avergli fornito armamenti aggirando il regime di embargo imposto dalla Nazioni Unite tramite due società di legname operanti in Liberia sotto il suo controllo⁵⁰; nel caso *Van Anraat*, l'imputato fu giudicato complice nei crimini di guerra compiuti dal regime di Saddam Hussein tra il 1980 e il 1988 per aver fornito i

⁴⁷ Ad esempio, diversi casi discussi da punti di contatto nazionali OCSE si sono conclusi con la statuizione che la condotta delle imprese produttrici di armi che hanno regolarmente ottenuto una licenza non può essere scrutinata alla luce delle Linee Guida OCSE per le Imprese Multinazionali. Su tali casi v. C. SCHLIEMANN, L. BRYK, *Arms Trade and Corporate Responsibility Liability, Litigation and Legislative Reform, Friedrich-Ebert-Stiftung Study*, 2019, reperibile *online*, 21 ss.

⁴⁸ In senso critico, v. K. AMBOS, *Complicity in War Crimes through (Legal) Arms Supplies?*, in *EJIL: Talk!*, 20 gennaio 2020, reperibile *online*.

⁴⁹ W. HUISMAN, E. VAN SLIEDREGT, *Rogue Traders: Dutch Businessmen, International Crimes and Corporate Complicity*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010, 803 ss.

⁵⁰ *Public Prosecutor v. Guus Kouwenhoven*, Corte Distrettuale dell'Aia, sentenza del 7 giugno 2006, AX7098; *Public Prosecutor v. Guus Kouwenhoven*, Corte d'Appello dell'Aia, sentenza del 10 marzo 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BC6068; *Public Prosecutor v. Guus Kouwenhoven*, Corte Suprema dei Paesi Bassi, sentenza del 20 aprile 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK8132; *Public Prosecutor v. Guus Kouwenhoven*, Corte d'Appello di Hertogenbosch, sentenza del 21 aprile 2017, 20/001906-10; *Public Prosecutor v. Guus Kouwenhoven*, Corte Suprema dei Paesi Bassi, sentenza del 18 dicembre 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1394. Per ulteriori dettagli, v. G. SLUITER, S. SHUN MING YAU, *Aiding and Abetting and Causation in the Commission of International Crimes – The Cases of Dutch Businessmen Van Anraat and Kouwenhoven*, in N.H.B. JORGENSEN (ed.), *op. cit.*, 304 ss.

materiali chimici grezzi precursori dell'iprite, usata poi dal regime iracheno per estesi attacchi contro la popolazione civile curda⁵¹.

In ipotesi di tal fatta, oltre a non essere esclusa la responsabilità per complicità con i crimini degli *end-users*, può anche sorgere una responsabilità penale autonoma per il fatto di aver aggirato fraudolentemente il quadro giuridico sulle licenze all'esportazione, come avvenuto nei casi *Heckler & Koch*⁵² e *Sig. Sauer*⁵³, in cui le corti tedesche hanno condannato i vertici di due aziende per aver ottenuto le licenze per le esportazioni fornendo false informazioni sulla destinazione finale degli armamenti.

Nel caso di trasferimenti «leciti», l'antigiuridicità della condotta sarebbe, secondo le citate ricostruzioni, da escludersi. Tale questione è di primaria importanza, dal momento che anche le esportazioni che sono oggetto della comunicazione alla CPI sono state autorizzate dagli Stati di partenza⁵⁴, e che le esportazioni verso i teatri di conflitto contemporanei da parte delle grandi società europee ricevono una previa autorizzazione all'esportazione.

Lo Statuto di Roma sul punto è silente e non si traggono orientamenti utili a questo fine nella giurisprudenza dei tribunali penali *ad hoc*.

Ciò nonostante, ad avviso di chi scrive sarebbe scorretto ritenere che la responsabilità penale individuale sia esclusa in ragione del rilascio di una licenza da parte dello Stato di partenza⁵⁵. Ciò perché la responsabilità dello Stato e quella delle imprese (e degli individui che agiscono per esse) esportatrici per complicità con crimini internazionali operano su due piani distinti. Le regole sulla responsabilità inter-

⁵¹ *Public Prosecutor v. Van Anraat*, Corte Distrettuale dell'Aia, sentenza del 23 dicembre 2005, LJN: AX6406; *Public Prosecutor v. Van Anraat*, Corte d'Appello dell'Aia, sentenza del 9 maggio 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA4676; *Public Prosecutor v. Van Anraat*, Corte Suprema dei Paesi Bassi, sentenza del 30 giugno 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4822. Su tale vicenda, v. H. VAN DER WILT, *Genocide v. War Crimes in the Van Anraat Appeal*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2009, 239 ss.

⁵² Landgericht Stuttgart, sentenza del 21 febbraio 2019, Az: 13 KLS 143 Js 38100/10, su cui v. M. KANETAKE, C. RYNGAERT, *op. cit.*, 35; la decisione è stata poi confermata dalla Corte federale di giustizia tedesca nel 2021, su cui v. EUROPEAN CENTER FOR CONSTITUTIONAL AND HUMAN RIGHTS (ECCHR), *Brutal Police Operation in Mexico: German Arms Manufacturer Heckler & Koch Responsible*, reperibile online.

⁵³ Landgericht Kiel, sentenza del 3 aprile 2019, Az: 3 KLS 3/18, su cui v. C. SCHLIEMANN, L. BRYK, *op. cit.*, 17.

⁵⁴ V. *Made in Europe, Bombed in Yemen*, cit.

⁵⁵ K. AMBOS, *Corporate Complicity in International Crimes through Arms Supplies despite National Authorisations?*, in *International Criminal Law Review*, 2021, 181 ss.; ID., *Complicity in War Crimes*, cit.; T. HAMILTON, *The Arms Trade*, cit., 36.

nazionale dello Stato, come emerge dal ricorso del Nicaragua contro la Germania pendente davanti alla Corte Internazionale di Giustizia, prevedono che uno Stato possa, al ricorrere di determinate circostanze, essere giudicato complice nei crimini internazionali compiuti con armi trasferite dal proprio territorio e la cui esportazione è stata da essi autorizzata⁵⁶.

Parallelamente, e su un diverso piano, la responsabilità degli individui per complicità in crimini internazionali sorge direttamente dalle norme di diritto internazionale penale, la cui operatività non può di certo essere considerata condizionata all'emissione di un'autorizzazione di un'autorità amministrativa nazionale. In questo caso, infatti, si discorre della responsabilità indiretta per complicità con i crimini compiuti tramite le armi trasferite, non della responsabilità diretta per violazione del quadro sul commercio di armi, quest'ultima si esclude dall'ottenimento di una licenza (salvo condotte fraudolente)⁵⁷.

Nel caso delle imprese, tale conclusione è ulteriormente corroborata dagli ormai diversi strumenti, soprattutto di *soft law*⁵⁸ ma con

⁵⁶ Corte internazionale di giustizia, domanda introduttiva d'istanza del 1° marzo 2024, *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany)*. Con essa, lo Stato ricorrente chiede alla Corte di affermare la responsabilità dello Stato tedesco per complicità nella presunta violazione da parte di Israele della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio. Tale responsabilità deriverebbe, tra le altre cose, proprio dal supporto fornito dallo Stato convenuto tramite l'invio di armi e supporto militare a Israele. Lo Stato ricorrente ha altresì richiesto delle misure cautelari, la cui concessione è stata negata in Corte internazionale di giustizia, ordinanza del 30 aprile 2024, *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany)*. Su tale vicenda, v. G. PERRONE, *Trasferimento di armi e complicità dello Stato nella commissione dell'illecito: considerazioni a partire dal caso Nicaragua c. Germania*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2024, 820 ss. Vale poi la pena di sottolineare che la responsabilità dello Stato per autorizzazioni in materia di armi può essere fatta valere anche davanti agli organi di controllo delle convenzioni sui diritti umani. Ne è un esempio la Corte europea dei diritti dell'uomo, davanti alla quale è pendente un ricorso contro l'Italia per violazione dell'art. 2 CEDU (diritto alla vita). In tale ricorso, le organizzazioni ricorrenti chiedono di affermare la responsabilità dello Stato convenuto per aver concesso licenze per l'esportazione di armi che sono poi state impiegate nella commissione di crimini internazionali a Deir Al-Zajār, in Yemen, da parte della coalizione saudita. Su tale caso, v. ARMS LITIGATION MONITOR, *Arms in Yemen at the European Court of Human Rights*, 2023, reperibile *online*. Più in generale, sulla possibilità di far valere la responsabilità dello Stato per il tramite dei regimi convenzionali sui diritti umani, v. E. BALDI, *Arms Exports and the Right to Life: The RWM Italia Case*, in corso di pubblicazione in *Business and Human Rights Journal*, 2025.

⁵⁷ K. AMBOS, *Corporate Complicity*, cit., 195 ss.

⁵⁸ V., *inter alia*, ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, adottate il 27 giugno 2000; revisione aggiornata con Decision of the Council on the Guidelines, 8 giugno 2023 (OECD/LEGAL/0307) (v. OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible*

recenti tentativi di *hardening*⁵⁹, sulla *human rights corporate due diligence*, in ossequio ai quali gli operatori economici dovrebbero valutare che le proprie attività, e, in una certa misura, quelle dei soggetti con cui contrattano, non comportino violazioni dei diritti umani⁶⁰ e non avallino il compimento di crimini internazionali⁶¹. Queste regole si rivolgono all'impresa indipendentemente dagli obblighi in capo allo Stato⁶², e richiedono una autonoma valutazione

Business Conduct, Parigi, 2023); INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, adottata nel novembre 1977 (Ginevra), con modifiche del 2000 e del 2006, pubblicata in *ILO Official Bulletin*, vol. LXXXIII, 2000 (ILO, *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, 2017, reperibile online); UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework*, UN Doc. A/HRC/17/31 del 21 marzo 2011.

⁵⁹ Il riferimento è alla Direttiva 2024/1760 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 e il regolamento (UE) 2023/2859, recentemente ridimensionata dal c.d. pacchetto «Omnibus» (Direttiva 2025/794 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 aprile 2025, che modifica le direttive (UE) 2022/2464 e (UE) 2024/1760 per quanto riguarda le date a decorrere dalle quali gli Stati membri devono applicare taluni obblighi relativi alla rendicontazione societaria di sostenibilità e al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità). Per una ricostruzione onnicomprensiva di questa evoluzione normativa, v. A. BONFANTI, *Corporate Sustainability Due Diligence Directive: A Human Rights-based Assessment*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2025, 857 ss. Peraltro, è appena il caso di osservare che tale direttiva esclude dal proprio ambito di applicazione proprio l'industria delle armi. Sul punto, v. L. CASTELLANOS-JANKIEWICZ, M. SCHNEIDER, *Including the Arms Sector in the EU Corporate Due Diligence Directive*, in *Verfassungsblog*, 2023, reperibile online. Un altro tentativo di adottare uno strumento vincolante in materia è il lavoro dello *Open-Ended Intergovernmental Working Group on Transnational Corporations and Other Business Enterprises With Respect to Human Rights* (IGWG), creato dal Consiglio dei diritti umani nel 2014 (*Resolution 26/9, Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with respect to Human Rights*, UN Doc. A/HRC/RES/26/9 del 14 luglio 2014) con l'obiettivo di elaborare un trattato in materia di *business and human rights* in seno alle Nazioni Unite: v. United Nation Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *BHR Treaty Process*, reperibile online.

⁶⁰ V., tra gli altri, A. BONFANTI, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente: profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Milano, 2012; E. CORCIONE, *La tutela dei diritti umani nelle catene globali del valore*, Torino, 2024; M. FASCIGLIONE, *Imprese e diritti umani nel diritto internazionale: teoria e prassi*, Torino, 2024.

⁶¹ W. HUISMAN, *Business as Usual? The Involvement of Corporations with International Crimes*, L'Aia, 2010, e, più di recente, J. KYRIAKAKIS, *Corporations before International Criminal Courts: Implications for the International Criminal Justice Project*, in *Leiden Journal of International Law*, 2017, 221 ss.

⁶² In questo senso, nettamente e con specifico riferimento all'industria delle armi, UN WORKING GROUP ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS, *Responsible Business Conduct in the Arms Sector: Ensuring Business Practice in line with the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2022, reperibile online.

del rischio⁶³. Ciò è di particolare rilievo nel ragionamento che ci occupa, in quanto gli esportatori di armi sono spesso in possesso di informazioni più circostanziate e corrette rispetto a quelle a disposizione dello Stato, essendo quindi in una posizione migliore rispetto all'autorità amministrativa per valutare i rischi dell'*export*⁶⁴. Ne deriva che non sarebbe ragionevole esentare *de plano* gli esportatori dalla propria responsabilità penale per aver ottenuto una licenza da parte dello Stato, poiché è possibile che essi, essendo in possesso di informazioni più approfondite di quelle dell'autorità amministrativa, e agendo quindi in mala fede, abbiano operato il trasferimento con la consapevolezza che nel luogo di arrivo vi sia il rischio che siano impiegate per la commissione di crimini internazionali.

Tale ragionamento si fonda giuridicamente sulla circostanza che la responsabilità individuale per crimini internazionali sorge indipendentemente da quella dello Stato, e che essa debba leggersi alla luce degli strumenti sulla *human rights corporate due diligence* che si rivolgono all'impresa stessa, i quali prevedono una valutazione del rischio parallela e distinta da quella operata dallo Stato.

4. Chiarito che la limitazione della giurisdizione della CPI alle persone fisiche e l'emissione di licenze non sono ostativi all'affermazione della responsabilità degli esportatori di armi, è ora necessario dare conto di quali norme, all'interno dello Statuto di Roma, sarebbero più adeguate a farla valere.

Anzitutto, vale la pena di precisare che si tratterebbe di una responsabilità per complicità, indiretta e secondaria, che nel diritto internazionale penale, così come nel diritto penale nazionale, si traduce nel punire un soggetto diverso dall'autore diretto (o primario) del crimine per il fatto di aver in qualche modo contribuito alla commissione dello stesso; chiaramente, quindi, essa presuppone che un crimine sia stato compiuto⁶⁵. La forma e l'entità del contributo al crimine principale necessario per essere ritenuto complice varia al variare delle giurisdizioni, e la nozione di complicità ha ricevuto declinazioni diffe-

⁶³ Per quel che riguarda specificamente l'industria delle armi, v., diffusamente, H. ALWISHEWA, *Human Rights Due Diligence for Arms Companies: Lessons from Supply Chain Regulation*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2024, 1 ss.

⁶⁴ K. AMBOS, *Corporate Complicity*, cit., 198.

⁶⁵ A.P. SIMESTER, *Fundamentals of Criminal Law: Responsibility, Culpability and Wrongdoing*, Oxford, 2021, 154 ss.

renti anche nella giurisprudenza dei diversi tribunali penali internazionali che si sono succeduti⁶⁶.

Lo Statuto di Roma dedica alla complicità diverse disposizioni, di cui due sono state invocate dalla dottrina che si è occupata della complicità degli esportatori di armi: l'art. 25(3)(c) e l'art. 25(3)(d).

La giurisprudenza della CPI su tali articoli è scarsa e non sempre risolutiva; pertanto, al fine di cogliere appieno il potenziale applicativo di queste due norme alla condotta degli esportatori di armi, sarà necessario far riferimento anche alle pronunce dei tribunali penali *ad hoc*, come peraltro suggerito dalla stessa Corte dell'Aja⁶⁷. Seguendo tale metodo, le prossime due sezioni affronteranno rispettivamente le questioni interpretative suscitate dall'art. 25(3)(c) e dall'art. 25(3)(d).

4.1. Prendendo le mosse dall'art. 25 (3)(c), la condotta richiesta da tale norma può essere scomposta in un elemento oggettivo (o *actus reus*), ossia la condotta complice, e un elemento soggettivo (o *mens rea*), ossia lo stato psicologico con cui tale condotta è posta in essere⁶⁸. Per quel che riguarda l'elemento oggettivo, l'art. 25(3)(c) richiede che un soggetto, per essere considerato complice, fornisca «il suo aiuto, la sua partecipazione o ogni altra forma di assistenza alla perpetrazione o al tentativo di perpetrazione di [tale] un reato, ivi compresi i mezzi per farlo»⁶⁹. Tale formulazione include l'assistenza materiale alla commissione del crimine (*aiding*) ed il supporto morale (*abetting*) ad esso, cui si aggiunge la formula di chiusura «ogni altra forma di assistenza» (*otherwise assists*). Dal canto suo, la giurisprudenza della CPI tende a considerare queste espressioni come un'unica forma di complicità⁷⁰ dai confini piuttosto ampi⁷¹. Infine, ciò che ha reso l'art. 25(3)(c) il fulcro del dibattito che ci occupa è che esso include tra le ipotesi di complicità la fornitura dei mezzi per compiere un crimine (*providing the means for its commission*), formulazione che sembra-

⁶⁶ V., estesamente, M. AKSENOVA, *Complicity in International Criminal Law*, Oxford, 2016.

⁶⁷ CPI, Pre-Trial Chamber I, decisione del 16 dicembre 2011, *The Prosecutor v. Mbarushimana*, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/10, par. 280.

⁶⁸ K. AMBOS, *Rome Statute of the International Criminal Court: Article-by-Article Commentary*, Oxford, 2022, 1218 ss.

⁶⁹ Nella versione inglese: «aids, abets, or otherwise assists in its commission, including providing the means for its commission».

⁷⁰ CPI, Appeals Chamber, sentenza dell'8 marzo 2018, *The Prosecutor v. Bemba Gombo*, Judgement, ICC-01/05-01/13-2275, par. 1324 s.

⁷¹ S. FINNIN, *Elements of Accessorial Modes of Liability: Article 25 (3)(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Leiden, 2012, 91.

rebbe particolarmente indicata per far valere la responsabilità di esportatori di armi⁷².

Ciò nonostante, ai fini della sussunzione della condotta degli esportatori di armi nell'*actus reus* richiesto dalla norma in oggetto, occorre dare risposta ad alcuni interrogativi: se e fino a che punto la condotta del presunto complice debba raggiungere una soglia determinata per essere considerata rilevante ai fini dell'insorgere della responsabilità, fornendo un contributo «sostanziale» al crimine principale; se sia necessario dimostrare il nesso causale tra la condotta complice e la commissione del singolo crimine e se una condotta lontana nel tempo e nello spazio dal crimine principale possa comunque far insorgere la responsabilità *ex art. 25(3)(c)*.

Rispondere a tali domande è dirimente poiché potrebbe accadere che soltanto una quantità trascurabile degli armamenti trasferiti sia utilizzata per commettere crimini, e che la restante parte sia impiegata per fini legittimi; inoltre, l'*export* di armamenti precede cronologicamente, spesso anche di molto, la commissione del crimine e potrebbe non essere facile provare la connessione causale tra il trasferimento di armi e l'uso che se ne fa.

Su tali questioni, necessariamente interconnesse⁷³, la giurisprudenza della CPI e dei tribunali penali *ad hoc*, i cui statuti includono articoli che contemplano l'*aiding and abetting* come forma di complicità, è particolarmente vaga e non sempre coerente⁷⁴.

Anzitutto, la giurisprudenza dell'ICTY, a partire dalle sentenze *Furundžija* e *Tadić*, ha chiarito che la condotta, per essere qualificata come *aiding and abetting*, debba necessariamente avere un impatto «diretto e sostanziale» sulla commissione del crimine principale⁷⁵ ma che non necessariamente «debba esserci un nesso causale, o che sia

⁷² T. HAMILTON, *An Arms Trade Case at the International Criminal Court: Would the Article 25(3)(c) 'Purpose' Requirement Really Matter?*, in *Rethinking SLIC*, 2021, reperibile online.

⁷³ Sulla connessione tra tali due aspetti, v. J.G. STEWART, *The End of 'Modes of Liability' for International Crimes*, in *Leiden Journal of International Law*, 2012, 1 ss.

⁷⁴ M.J. VENTURA, *Aiding and Abetting*, in J. DE HEMPTINNE ET AL. (eds.), *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge, 2019, 208; per un'ampia ricostruzione di tale giurisprudenza, v. L. SAMMARTINO, *La ricerca di regole applicabili al «commercio» internazionale di armi convenzionali*, Roma, 2021, 396 ss.

⁷⁵ Tribunale penale internazionale per l'ex-Iugoslavia, Trial Chamber, sentenza del 7 maggio 1997, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T, paragrafi 674, 688-692; Appeals Chamber, sentenza del 15 luglio 1999, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-A, par. 229; Trial Chamber, sentenza del 10 dicembre 1998, *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, par. 235 (traduzione nostra).

una *conditio sine qua non*, con il crimine principale»⁷⁶. Nelle applicazioni concrete di tale affermazione di principio, la stessa Corte ha affermato che sono inclusi tutti gli atti di assistenza materiale o verbale che forniscano incoraggiamento o supporto⁷⁷ e che finanche la mera presenza fisica può in talune circostanze ritenersi sufficiente⁷⁸. Per l'ICTY, dunque, è sufficiente che la condotta complice produca un impatto significativo sulla commissione dell'atto criminale⁷⁹.

Tale patrimonio interpretativo ha poi trovato applicazione concreta alla materia della fornitura di armi nella giurisprudenza dell'ICTR e della SCSL: la prima, nel caso *Kamuhanda*, ha affermato che la fornitura di armi a membri di una milizia concreta un atto di *aiding and abetting*, e ciò anche se le armi non dovessero poi essere usate, dal momento che la loro mera distribuzione si traduce *per se* in un atto di incoraggiamento al massacro⁸⁰; la seconda, nel caso *Taylor*, ha esplicitamente incluso tra gli atti costituenti *aiding and abetting* la fornitura di armi⁸¹, avendo però a disposizione la prova che i ribelli della Sierra Leone non avrebbero potuto commettere i crimini senza il contributo delle armi fornite dal complice⁸².

Dal canto suo, la CPI ha affrontato la questione dell'elemento oggettivo dell'*aiding and abetting* nella propria giurisprudenza, ma senza fugare in modo netto i dubbi in oggetto. Da un lato, infatti, la *Trial Chamber I* nella sentenza *Lubanga* e la *Pre-Trial Chamber I* nella de-

⁷⁶ *Prosecutor v. Furundžija*, Trial Chamber, cit., par. 223 (traduzione nostra).

⁷⁷ Tribunale penale internazionale per l'ex-Iugoslavia, Trial Chamber, sentenza del 7 maggio 1997, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T, par. 689; Trial Chamber, sentenza del 16 novembre 1998, *Prosecutor v. Delalić et al.*, IT-96-21-T, paragrafi 325-329; Trial Chamber, sentenza del 31 marzo 2003, *Prosecutor v. Naletilić and Martinović*, IT-98-34-T, par. 726; Trial Chamber, sentenza del 17 gennaio 2005, *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, IT-02-60-T, par. 726.

⁷⁸ Tribunale penale internazionale per l'ex-Iugoslavia, Trial Chamber, sentenza del 10 dicembre 1998, *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, par. 232.

⁷⁹ Tribunale penale internazionale per l'ex-Iugoslavia, Appeals Chamber, sentenza del 21 luglio 2000, *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-A, par. 126. Peraltro, la Corte ha sostenuto che questo *standard* è corrispondente al diritto consuetudinario, v. Trial Chamber, sentenza del 10 dicembre 1998, *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, par. 234; Appeals Chamber, sentenza del 29 luglio 2004, *Prosecutor v. Blaškić*, IT-95-14-A, paragrafi 45-46; Appeals Chamber, sentenza del 26 novembre 2006, *Prosecutor v. Simić*, IT-95-9-A, par. 85.

⁸⁰ Tribunale internazionale penale per il Ruanda, Trial Chamber II, sentenza del 22 gennaio 2004, *Prosecutor v. Kamuhanda*, ICTR-99-54-TCII; Appeals Chamber, sentenza del 19 settembre 2005, *Prosecutor v. Kamuhanda*, ICTR-99-54A, par. 384, su cui v. C. SCHLIE-MANN, L. BRYK, *op. cit.*, 13.

⁸¹ Corte speciale per la Sierra Leone, Trial Chamber II, sentenza del 18 maggio 2012, *Prosecutor v. Taylor*, SCSL-03-01-T, paragrafi 6907-6915.

⁸² Corte speciale per la Sierra Leone, Appeals Chamber, sentenza del 26 settembre 2013, *Prosecutor v. Taylor*, SCSL-03-01-A, paragrafi 313-315.

cisione *Mbarushimana* hanno affermato che l'articolo 25(3)(c) richiede un contributo «sostanziale» da parte del complice⁸³; dall'altro, le successive pronunce nel caso *Bemba* hanno statuito che tale articolo non richiede che il contributo sia sostanziale, e che quindi si superi una soglia quantitativa⁸⁴, ma solo che il complice abbia in qualche modo promosso, avanzato o facilitato la commissione del crimine⁸⁵.

Dunque, la più recente giurisprudenza della CPI, sebbene in modo non completamente limpido, sembra rigettare la necessità che il contributo sia sostanziale, emergente dalla giurisprudenza dell'ICTY, ma non per questo conformarsi alla più larga interpretazione dell'*aiding and abetting* ad opera dell'ICTR, dal momento che richiede comunque che vi sia un effetto della condotta del complice sul crimine principale.

Questa posizione intermedia fa concludere ad una parte della dottrina che l'*actus reus* richiesto dall'articolo 25(3)(c) sarebbe concretato da un trasferimento di armi ad una parte belligerante che commette un crimine⁸⁶. Altri autori rimangono invece più cauti, sottolineando che il fatto che la CPI non escluda in radice la necessità di provare il nesso tra la condotta complice e il crimine sia un ostacolo di non poco conto al far valere la responsabilità degli esportatori di armi⁸⁷. Infatti, in un contesto bellico, potrebbe essere estremamente complesso provare il nesso causale tra l'arma trasferita e il crimine, come nel caso dei crimini di guerra compiuti per mezzo di attacchi aerei⁸⁸.

Al riguardo, vale la pena di sottolineare che non è *a priori* escluso

⁸³ CPI, Trial Chamber I, sentenza del 14 marzo 2012, *The Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842, par. 997; Pre-Trial Chamber I, decisione del 16 dicembre 2011, *The Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, par. 280.

⁸⁴ CPI, Pre-Trial Chamber II, decisione del 11 novembre 2014, *The Prosecutor v. Bemba Gombo et al.*, ICC-01/05-01/13, par. 35; Trial Chamber VII, sentenza del 19 ottobre 2016, *The Prosecutor v. Bemba Gombo et al.*, ICC-01/05-01/13, par. 93. Tale conclusione è argomentata dalla Corte sottolineando che il testo originario del *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind of the International Law Commission* conteneva un riferimento al fatto che il contributo dovesse essere diretto e sostanziale, e che poi esso sia stato rimosso nella definitiva redazione dello Statuto di Roma. Da ciò, i giudici dell'Aja desumono che, se i redattori avessero voluto precisare che il contributo del complice dovesse essere diretto e sostanziale, avrebbero mantenuto tale riferimento testuale.

⁸⁵ CPI, Trial Chamber VII, sentenza del 19 ottobre 2016, *The Prosecutor v. Bemba Gombo et al.*, ICC-01/05-01/13, par. 94; Appeals Chamber, sentenza dell'8 marzo 2018, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/13-2275, par. 1327.

⁸⁶ L. BRYK, M. SAAGE-MAAB, *op. cit.*, 1129.

⁸⁷ M. AKSENOVA, *Corporate Complicity in International Criminal Law: Potential Responsibility of European Arms Dealers for Crimes Committed in Yemen*, in *Washington International Law Journal*, 2021, 269.

⁸⁸ *Ibid.*

che, in taluni casi, l'elemento oggettivo richiesto dall'articolo 25(3)(c) possa essere provato, e proprio la comunicazione alla CPI del 2019 fornisce un esempio in questo senso: in essa, le sei ONG notano che, in occasione del compimento dei presunti crimini di guerra ascrivibili alla coalizione saudita, sono stati rinvenuti dei frammenti di ordigni inequivocabilmente riconducibili agli esportatori di armi europei su cui si chiede di indagare, ciò rendendo possibile ricostruire il nesso causale⁸⁹. Inoltre, più in generale, anche in assenza di tali prove, potrebbe farsi ricorso ai documenti che attestano la destinazione finale delle armi e i passaggi intermedi da essa seguiti. Infine, è altresì possibile considerare l'esportazione come incoraggiamento alla commissione di crimini, il che permetterebbe almeno di qualificare la condotta come *abetting* ai sensi dell'art. 25(3)(c)⁹⁰. Ciò, ad esempio, potrebbe accadere nell'ipotesi in cui l'esportatore di armi sia l'unico disponibile sul mercato, e quindi la fornitura continuativa di armamenti da parte di esso finisce per avere un indubbio effetto di incoraggiamento della condotta di chi perpetra il crimine principale⁹¹.

Al problema del nesso causale è strettamente connesso l'altro nodo sopra evocato: se e come attribuire la responsabilità nel caso in cui vi sia una considerevole distanza temporale o spaziale tra la condotta del complice ed il crimine principale (*c.d. specific direction*)⁹². Tale aspetto è chiaramente centrale nel valutare la condotta di un esportatore di armi, dal momento che essa precede cronologicamente, anche di molto, la commissione del crimine, e si verifica in un luogo differente da quello del crimine e quindi, ad esempio, le armi esportate potrebbero essere utilizzate, dopo un lungo lasso di tempo, sia per fini leciti che per la commissione di crimini.

Tale problema si è posto anzitutto nella giurisprudenza dell'ICTY, che, dopo una serie di pronunce in cui ha escluso la responsabilità del complice in casi in cui la sua condotta era remota da un punto di vista spazio-temporale dal crimine principale⁹³, ha netta-

⁸⁹ *Made in Europe, Bombed in Yemen*, cit.

⁹⁰ M. AKSENOVA, *Corporate Complicity*, cit., 269.

⁹¹ Sul punto, v. T. HAMILTON, *The Arms Trade*, cit., 73, e M. AKSENOVA, *Nestlé & Cargill v. Doe Series: Toward a Harmonized Test for Complicity of Corporate Officials?*, in *Just Security*, 2020, reperibile online.

⁹² Su questo concetto, v. M. AKSENOVA, *The Specific Direction Requirement for Aiding and Abetting: A Call for Revisiting Comparative Criminal Law*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2015, 88 ss.

⁹³ V. Tribunale penale internazionale per l'ex-Iugoslavia, Appeals Chamber, sentenza del 28 febbraio 2013, *Prosecutor v. Perišić*, IT-04-81-A, paragrafi 44, 73, 122, e Trial Chamber, sentenza del 30 maggio 2013, *Prosecutor v. Stanišić & Simatović*, IT-03-69-T, par. 2362; Ap-

mente mutato orientamento nella sentenza *Popović*, affermando che la *specific direction* non è un elemento costitutivo dell'*aiding and abetting* nel diritto consuetudinario⁹⁴. Per quel che riguarda la CPI, al di là di quanto già detto, tale nodo non è affrontato in modo esplicito.

Tuttavia, è agevole osservare come la giurisprudenza della CPI sull'*aiding and abetting* tenda ad affrontare il problema della *remoteness* causale mettendo l'accento sull'elevato requisito di *mens rea* dettato dall'art. 25(3)(c)⁹⁵ che, richiedendo che la condotta sia posta in essere *con lo scopo* di facilitare la commissione del crimine, finisce per escludere le condotte complici che non hanno un sufficiente nesso con il crimine principale⁹⁶. Dunque, non sarebbe necessario indagare tale aspetto in sede di valutazione dell'*actus reus*.

4.2. Tale ultima considerazione permette quindi di cogliere come il reale nodo da sciogliere per valutare l'applicabilità dell'art. 25(3)(c) alle condotte degli esportatori di armi sia quello della *mens rea*: se infatti l'*actus reus* suscita le menzionate incertezze interpretative, l'elemento soggettivo richiesto da tale norma sembra sollevare ostacoli sostanzialmente insormontabili. Infatti, al contrario di quanto emerge dalla giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*, che hanno ritenuto sufficiente per l'*aiding and abetting* che il complice fosse a conoscenza della commissione del crimine principale⁹⁷, lo Statuto di Roma sceglie all'art. 25(3)(c) di dettare una soglia più alta, richiedendo che il complice agisca «*con il fine* di facilitare la commissione del crimine principale».

Tale modo di intendere la *mens rea* rende dunque molto arduo considerare complici degli operatori economici, come gli esportatori di armi, il cui obiettivo diretto è generalmente il profitto, non la facili-

peals Chamber, sentenza del 23 gennaio 2014, *Prosecutor v. Šainović et al.*, IT-05-87-A, par. 1649. Su tale giurisprudenza, v. C. PONTI, *op. cit.*, 643 ss.; G. ACQUAVIVA, *Aiding and Abetting International Crimes and the Value of Judicial Consistency: Reflections Prompted by the Perisic, Taylor and Sainovic Verdicts*, in *Questions of International Law, Zoom-In*, 2014, 3 ss.; D. JAKOBS, *The Mythical Unities of International Criminal Law: Some Thoughts on Perisic, Taylor and Sainovic*, *ivi*, 23 ss.

⁹⁴ Tribunale penale internazionale per l'ex-Iugoslavia, Appeals Chamber, sentenza del 30 gennaio 2015, *Prosecutor v. Popović et al.*, IT-05-88-A, par. 1765.

⁹⁵ V., ad esempio, CPI, Trial Chamber VII, sentenza del 19 ottobre 2016, *The Prosecutor v. Bemba Gombo et al.*, ICC-01/05-01/13, par. 95.

⁹⁶ M. AKSENOVA, *Corporate Complicity*, *cit.*, 281.

⁹⁷ E. VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford, 2012, 121.

tazione del crimine in sé⁹⁸. Non a caso, infatti, i casi che sono pervenuti ad una condanna di esportatori di armi per complicità con crimini internazionali sono stati decisi in giurisdizioni in cui la *mens rea* richiesta per la complicità era il dolo eventuale, come nei già citati casi olandesi⁹⁹, o la mera conoscenza del crimine, come nel caso *Taylor*¹⁰⁰, deciso dalla SCSL. Similmente, dai già citati casi *IG Farben* e *Krupp* si evince che i tribunali militari del dopoguerra ritenevano la produzione e il commercio di armi un'attività di per sé legittima, che poteva integrare complicità nei crimini nazisti nei soli casi in cui gli industriali erano a conoscenza dell'uso criminale fatto delle armi da loro fornite¹⁰¹.

La dottrina più recente ha provato a superare questo ostacolo insito nella lettera dello Statuto di Roma¹⁰²: alcuni autori, per suggerire un'interpretazione della *mens rea* che includa anche la condotta degli esportatori di armi, fanno leva su un *obiter dictum* della *Trial Chamber VII* della CPI nella sentenza *Bemba*, in cui si afferma che, quando l'articolo 25(3)(c) richiede che la condotta sia posta in essere *con l'obiettivo di facilitare*, si riferisce «alla facilitazione della condotta complice, non del crimine principale»¹⁰³. Pertanto, tale norma non richiederebbe che il complice condivida l'intenzione di compiere il crimine principale, ma solo che ne sia a conoscenza, e che invece ponga

⁹⁸ Esplicitamente in questo senso R. CRYER ET AL., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, 2010, 377; v. anche W. A. SCHABAS, *Enforcing International Humanitarian Law: Catching the Accomplices*, in *International Review of the Red Cross*, 2001, 439, e M. AKSENOVA, L. BRYK, *Extraterritorial Obligations of Arms Exporting Corporations: New Communication to the ICC*, in *Opinio Iuris*, 2020, reperibile online.

⁹⁹ In particolare, v. *Public Prosecutor v. Guus Kouwenhoven*, Corte d'Appello di Hertogenbosch, sentenza del 21 aprile 2017, cit., par. L.2.3.

¹⁰⁰ In tale caso, infatti, la SCSL ritenne sufficiente per la *mens rea* che il fornitore fosse a conoscenza degli elementi essenziali del crimine principale alla luce delle informazioni disponibili, v. Corte speciale per la Sierra Leone, Appeals Chamber, sentenza del 26 settembre 2013, *Prosecutor v. Taylor*, SCSL-03-01-A, par. 445.

¹⁰¹ V., in questo senso, C. SCHLIEMANN, L. BRYK, *op. cit.*, 13.

¹⁰² V. le posizioni dei differenti esperti che hanno contribuito sul tema con dei *blogpost* pubblicati in un apposito *symposium online* del *James G. Stewart Blog*, le cui posizioni sono riassunte in J. G. STEWART, *An Important New Orthodoxy on Complicity in the ICC Statute?*, in *James G. Stewart Blog*, 2015, reperibile online; v. anche, A. HEYER, *Corporate Complicity under International Criminal Law*, in *Human Rights & International Legal Discourse*, 2012, 14; C. PLOMP, *Aiding and Abetting*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 2014, 14.

¹⁰³ CPI, Trial Chamber VII, 19 ottobre 2016, *The Prosecutor v. Bemba Gombo et al.*, ICC-01/05-01/13, par. 97 (traduzione nostra).

in essere intenzionalmente la sola condotta complice, cioè nel nostro caso il trasferimento di armi¹⁰⁴.

Tale modo di vedere sembra però provare troppo, per due ordini di ragioni: la prima è che si tratta di un *obiter dictum* di un'unica sentenza della CPI, che, senza argomentare in modo approfondito la questione, contraddice la giurisprudenza maggioritaria della stessa Corte, che invece interpreta letteralmente questo aspetto dell'art. 25 (3)(c)¹⁰⁵; e la seconda è che, di fatto, concepire in questo modo la *mens rea* significherebbe privare di effetto utile una parte dell'art. 25(3)(c). Infatti, se tale articolo non specificasse che l'atto deve essere compiuto con l'obiettivo di facilitare la commissione del crimine, la *mens rea* sarebbe quella prevista in via generale dall'art. 30 dello Statuto di Roma, che richiede soltanto che l'atto sia commesso intenzionalmente e consapevolmente, facendo salva diversa disposizione nello Statuto. Pertanto, scegliere di interpretare l'elemento soggettivo dell'*aiding and abetting* nel modo suggerito dalla *Trial Chamber VII* significherebbe di fatto abrogare tacitamente una parte dell'art. 25(3)(c), ricadendo nell'ambito di applicazione dell'art. 30¹⁰⁶.

Insomma, sembra più conforme alla lettera dello Statuto di Roma e all'intenzione dei redattori della norma interpretare la *mens rea* richiesta dall'art. 25 (3)(c) come richiedente che il complice agisca con l'obiettivo di facilitare la commissione del crimine. Ciò rende estremamente arduo far ricadere la condotta degli esportatori di armi in questa norma, salvo il caso, poco probabile, che si provi che l'esportatore aderiva alla commissione del crimine principale al punto da fornire le armi con lo scopo di facilitarne la perpetrazione.

In conclusione, l'art. 25(3)(c), pur essendo la norma della quale più si è discusso in relazione alla complicità degli esportatori di armi, sembra difficilmente invocabile in un caso come quello oggetto della comunicazione al Procuratore della CPI del 2019. Infatti, se già la prova dell'elemento oggettivo richiesto da tale norma solleva delle

¹⁰⁴ L. BRYK, M. SAAGE-MAAB, *op. cit.*, 1130; M. AKSENOVA, L. BRYK, *Extraterritorial Obligations of Arms Exporting Corporations*, cit.; M. AKSENOVA, *Corporate Complicity*, cit., 263.

¹⁰⁵ CPI, Pre-Trial Chamber I, decisione del 13 dicembre 2014, *The Prosecutor v. Gbagbo*, ICC-02/11-02/11-186; Pre-Trial Chamber II, decisione del 23 marzo 2016, *The Prosecutor v. Ongwen*, ICC-02/04-01/15; Pre-Trial Chamber I, decisione del 24 marzo 2016, *The Prosecutor v. Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15; su tale precisazione v. T. HAMILTON, *An Arms Trade Case*, cit.

¹⁰⁶ In questo senso, v. E. VAN SLIEDREGT, A. POPOVA, *Interpreting «for the Purpose of Facilitating» in Article 25(3)(c)?*, in *James G. Stewart Blog*, 2015, reperibile online.

difficoltà interpretative, quella dell'elemento soggettivo, che richiede di provare che il complice abbia agito con l'intenzione di facilitare il crimine, si traduce in una *probatio diabolica* quando si ha riguardo alla condotta dell'industria europea delle armi.

5. Alla luce degli ostacoli menzionati, in dottrina si è discusso della possibilità di applicare l'art. 25(3)(d) alla condotta degli esportatori di armamenti¹⁰⁷.

Tale articolo prevede che una persona è penalmente responsabile e può essere punita per un crimine di competenza della CPI quando «contribuisce in ogni altra maniera alla perpetrazione o al tentativo di perpetrazione di tale crimine da parte di un gruppo di persone che agiscono di comune accordo. Tale contributo deve essere intenzionale e, a seconda dei casi: i) mirare a facilitare l'attività criminale o il progetto criminale del gruppo, nella misura in cui tale attività o progetto comportano l'esecuzione di un crimine sottoposto alla giurisdizione della Corte; oppure ii) essere fornito in piena consapevolezza dell'intento del gruppo di commettere il crimine».

La *ratio* di tale forma di complicità è punire le condotte di coloro i quali contribuiscono ai crimini di un gruppo, essendo a conoscenza degli intenti criminali di esso. In ciò si differenzia dall'*aiding and abetting*, che punisce invece il contributo prestato, con l'obiettivo di facilitare il crimine, ad uno specifico atto criminale¹⁰⁸. Al netto della formulazione di compromesso di tale articolo¹⁰⁹, che determina alcune difficoltà interpretative¹¹⁰, è proprio tale differenza che rende la norma

¹⁰⁷ Per i dirigenti di impresa in generale, v. N. FARRELL, *op. cit.*; C. BURCHARD, *Ancillary and Neutral Business Contributions to «Corporate–Political Core Crime»: Initial Enquiries Concerning the Rome Statute*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010, 919 ss.; K. AMBOS, *International Economic Criminal Law: The Foundations of Companies' Criminal Responsibility Under International Law*, in *Criminal Law Forum*, 2018, 499 ss.; in particolare, per quel che riguarda il commercio di armi, v. M. AKSENOVA, *Corporate Complicity*, cit., 264 ss.; L. ZUCCARI, *Il commercio di armi*, cit., 305 s.; T. HAMILTON, *The Arms Trade*, cit., 70 ss.

¹⁰⁸ M. AKSENOVA, *Complicity in International Criminal Law*, cit., 157.

¹⁰⁹ La formulazione di tale articolo è infatti frutto di un compromesso tra gli Stati che intendevano riprodurre le norme sulla responsabilità per cospirazione presenti nei tribunali di Norimberga e Tokyo e quelli che si opponevano a questa scelta, ritenendola poco rispettosa del principio di legalità in materia penale (v. Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, U.N. Doc. A/51/22, 1996, par. 94 s., nonché K. AMBOS, *Rome Statute*, cit., 1226).

¹¹⁰ Su cui v. J. OHLIN, *Joint Criminal Confusion*, in *New Criminal Law Review*, 2009, 417; M. CUPIDO, *Group Acting with a Common Purpose*, in J. DE HEMPTINNE ET AL. (eds.), *op. cit.*, 310 ss.; J. BLOCK, *Reconciling Responsibility with Reality: A Comparative Analysis of Modes of Active Leadership Liability in International Criminal Law*, *L'Aja*, 2023, 81 ss.

potenzialmente funzionale al far valere la responsabilità per complicità degli esportatori di armi. Per comprendere come, occorre condurre un'analisi separata di *actus reus* e *mens rea*, alla stregua di quanto già fatto per l'art. 25(3)(c).

5.1. Per quel che riguarda l'elemento oggettivo, deve anzitutto osservarsi come la CPI abbia chiarito nella decisione *Ruto et al.* che la formulazione secondo cui è complice chiunque «contribuisca in ogni altra maniera alla perpetrazione o al tentativo di perpetrazione di tale reato» si traduce nella soglia più bassa per l'*actus reus* tra tutte quelle dettate dall'articolo 25¹¹¹. Ciò detto, però, si pongono comunque le stesse questioni già sollevate in riferimento all'*aiding and abetting*, vale a dire se sia necessario un contributo sostanziale o la sussistenza del nesso causale tra la condotta del complice e il crimine principale, e che ruolo abbia la c.d. *specific direction*.

Sui primi punti, le diverse camere della CPI non concordano. Da un lato, infatti, la *Pre-Trial Chamber I*, affrontando per la prima volta tale questione nella decisione *Mbarushimana*, ha stabilito che l'art. 25(3)(d) richiede che il contributo da parte del complice sia «sostanziale», con ciò escludendo che condotte di scarso rilievo possano tradursi in responsabilità penale¹¹²; dall'altro, la *Pre-Trial Chamber II*, nella decisione *Ruto et al.*, ha affermato che «se sia la lettera (c) sia la lettera (d) richiedessero un contributo 'sostanziale', la struttura gerarchica delle diverse forme di partecipazione previste all'articolo 25, paragrafo 3, sarebbe priva di significato. Ne consegue che il requisito previsto dalla lettera (d) può ritenersi soddisfatto anche da un contributo meno che sostanziale, purché esso abbia effettivamente concorso alla commissione dei crimini contestati»¹¹³; infine, la *Trial Chamber II*, adottando una posizione intermedia nella sentenza *Katanga*, ha affermato che il contributo del complice deve aver influenzato la messa

¹¹¹ CPI, *Pre-Trial Chamber II*, decisione del 23 gennaio 2012, *The Prosecutor v. Samoei Ruto, Kiprono Kosgey and Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, par. 354.

¹¹² Sentenza del 16 dicembre 2011, *The Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, par. 283.

¹¹³ CPI, *Pre-Trial Chamber II*, decisione del 23 gennaio 2012, *The Prosecutor v. Samoei Ruto, Kiprono Kosgey and Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, par. 354 (traduzione nostra); v. anche, in senso conforme, *Pre-Trial Chamber I*, decisione del 24 marzo 2016, *The Prosecutor v. Al Faqi Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15-84, par. 27; *Pre-Trial Chamber II*, decisione del 23 marzo 2016, *Prosecutor v. Ongwen*, ICC-02/04-01/15-422, par. 44.

in atto del crimine o il modo in cui esso è stato commesso, e che in questo modo esso diviene «sostanziale»¹¹⁴.

Ad uno sguardo superficiale, la scelta di uno di questi modelli interpretativi appare dirimente per la valutazione della condotta degli esportatori di armi: se si aderisce all'orientamento suggerito dalla decisione *Mbarushimana*, infatti, la vendita di armi rientra senz'altro nell'elemento oggettivo richiesto dall'art. 25(3)(d), dal momento che l'idea che il contributo debba essere «sostanziale» mira ad escludere le sole condotte che contribuiscono in modo «infinitesimale» alla commissione del crimine, come il vendere cibo agli autori diretti del crimine¹¹⁵, e che certamente la vendita di armi non rientra in tale categoria; se invece si privilegia l'interpretazione suggerita dalla sentenza *Katanga*, il riferimento all'*influenza* della condotta complice sul crimine principale ripropone la questione del nesso causale tra condotta complice e crimine principale che, come si è già visto, è particolarmente problematica nel caso dell'*export* di armi.

Tuttavia, ad uno scrutinio più attento, anche questa seconda interpretazione permette di includere il trasferimento di armi nell'*actus reus* richiesto dall'art. 25(3)(d). Infatti, è la stessa sentenza *Katanga* a precisare che «non è necessario stabilire un nesso diretto tra la condotta del complice e quella dell'autore materiale del crimine. La Camera ritiene che rilevi l'effetto della condotta sulla commissione del crimine – a prescindere dal fatto che il contributo sia prestato a un soggetto che sia o meno l'autore materiale del crimine – e che tale contributo possa riferirsi tanto agli elementi materiali del crimine (potendo, ad esempio, consistere nella fornitura di mezzi, *come le armi*) quanto a quelli soggettivi (potendo, ad esempio, tradursi in un'attività di incoraggiamento)»¹¹⁶. Ne deriva che, anche se si accetta l'interpretazione dell'elemento oggettivo proposta dalla sentenza *Katanga*, non è comunque necessario, ai fini del concretarsi dell'*actus reus* richiesto dall'art. 25 (3)(d), dimostrare che una specifica arma sia stata usata per uno specifico crimine, ma soltanto che il materiale bellico trasferi-

¹¹⁴ Sentenza del 7 marzo 2014, *The Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07, par. 1632 ss.

¹¹⁵ È la stessa Corte che in Pre-Trial Chamber I, decisione del 16 dicembre 2011, *The Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, par. 269, nota 656, citando J. D. OHLIN, *Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2007, 79, menziona gli esempi riportati nel testo.

¹¹⁶ Trial Chamber II, sentenza del 7 marzo 2014, *The Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07, par. 1635 (traduzione nostra).

to abbia avuto un effetto diretto sulla commissione del crimine¹¹⁷. E la differenza tra questi due approcci ha avuto un considerevole rilievo pratico in quella pronuncia, e proprio con riferimento alla fornitura di armi: la difesa sostenne infatti che, sebbene l'imputato avesse fornito le armi alle milizie della regione di Bogoro, non poteva essere considerato complice dei crimini di queste ultime che non implicavano l'uso diretto di proiettili, come lo stupro, la schiavitù sessuale o l'uso di bambini soldato, poiché non aveva fornito alcun contributo diretto a essi¹¹⁸; la Corte ha rigettato tale argomentazione, sostenendo che il supporto offerto da Katanga aveva permesso alla milizia di ottenere il vantaggio militare necessario a creare un ambiente che permettesse la commissione anche dei crimini che non richiedevano l'impiego diretto di armi¹¹⁹.

E, nella stessa pronuncia, la Corte ha anche sciolto il già citato nodo della *specific direction*, cioè di come considerare il problema della *remoteness* spazio-temporale della condotta. Nel caso di specie, il problema si era declinato nella possibilità che le armi trasferite fossero utilizzate sia per fini criminali che per fini legittimi. La giudice van den Wyngaert sostenne nella sua opinione dissenziente che, dal momento che le milizie facevano sia un uso legittimo che criminale delle armi, ai fini della complicità di Katanga si sarebbe dovuto dimostrare che la componente criminale delle attività era parte di un piano comune¹²⁰; al contrario, la Corte non lo ritenne necessario e, come già osservato, ritenne Katanga complice¹²¹.

Infine, un ulteriore elemento richiesto dall'art. 25(3)(d) è che la condotta del complice contribuisca alla commissione del crimine da parte di un gruppo di persone che agiscono per un fine comune. Tale condizione tradisce le origini dell'articolo, che è ispirato alla Convenzione antiterrorismo del 1997, avente ad oggetto la responsabilità dello Stato per il finanziamento a gruppi terroristici, ed è dunque stato concepito per scopi diversi¹²². Tuttavia, dal momento che il «fine co-

¹¹⁷ T. HAMILTON, *The Arms Trade*, cit., 85.

¹¹⁸ CPI, Trial Chamber II, memoria della difesa del 15 aprile 2013, *Prosecutor v Germaine Katanga*, ICC-01/04-01/07-3369, par. 88.

¹¹⁹ Sentenza del 7 marzo 2014, *The Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07, par. 1633.

¹²⁰ CPI, Trial Chamber II, opinione dissenziente della giudice van den Wyngaert, *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07, par. 287.

¹²¹ M. AKSENOVA, *Corporate Complicity*, cit., 282.

¹²² Art. 2(3)(c) della Convenzione internazionale per la repressione degli attentati terroristici con esplosivo, conclusa il 15 dicembre 1997 ed entrata in vigore il 23 maggio 2001, in *UNTS* vol. 2149, 256 ss.

mune», secondo la giurisprudenza della CPI, non deve necessariamente essere formalmente affermato, ma può dedursi dall'azione concertata dei membri¹²³, non sembra che ciò rappresenti un ostacolo all'applicazione dell'articolo nel caso di assistenza prestata ad uno Stato o ad una coalizione militare¹²⁴.

In conclusione, ai fini del verificarsi dell'*actus reus* richiesto dall'art. 25(3)(d), come interpretato dalla CPI, non è necessario provare un nesso diretto tra l'utilizzo dell'arma e il crimine commesso né che, in un contesto in cui le armi sono utilizzate sia per fini leciti che criminali, l'esportatore di armi fosse parte del piano criminale; deve invece dimostrarsi che il trasferimento di armamenti ha generato un effetto diretto sulla commissione del crimine, che può anche essere concretato dall'aver generato un vantaggio militare che si è tradotto in un contesto propizio alla commissione del crimine principale. Ne deriva che, provata tale ultima condizione, nulla osta a che la condotta degli esportatori di armi occidentali in teatri di guerra in cui si compiono crimini sia sussunta nell'elemento oggettivo di tale articolo. Come evidenziato, però, ciò richiede almeno due scelte interpretative non scontate: la prima è il rigetto dell'interpretazione della *specific direction* suggerita dall'opinione dissenziente della giudice van den Wyngaert, dal momento che un'adesione a quest'ultima si tradurrebbe nella necessità di provare un «piano comune» nella commissione del crimine, il che sarebbe molto arduo nel caso della complicità delle industrie della difesa; e la seconda è un'interpretazione estensiva del termine «gruppo» che, originariamente inserito nella norma pensando a gruppi terroristici o ribelli, dovrebbe includere anche gli eserciti e le coalizioni militari statali.

¹²³ CPI, Appeals Chamber, sentenza dell'8 marzo 2018, *Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07 A3 A4 A5, par. 227.

¹²⁴ Alcune pronunce della CPI in cui si è sostenuto che tale forma di complicità può applicarsi ai membri del gruppo stesso (v. Trial Chamber II, sentenza del 7 marzo 2014, *The Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07, par. 1631 e Pre-Trial Chamber I, decisione del 16 dicembre 2011, *The Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, par. 275) ha suscitato il dubbio che quindi essa non intendesse riferirsi a coloro i quali di quel gruppo non fanno parte (v. T. HAMILTON, *The Arms Trade*, cit., 88). Tuttavia, la lettera della norma, la sua *ratio* e la sua radice storica, che è appunto la punizione del supporto esterno al terrorismo, non sembrano lasciare dubbi sul fatto che essa intenda riferirsi anche e soprattutto a coloro i quali non sono membri del gruppo che compie il crimine principale (v. A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2007, 213, e K. AMBOS, *Comments on Article 25*, in K. AMBOS, O. TRIFFERRER (eds.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford, 2016, 1013).

5.2. La differenza più sostanziale tra l'art. 25(3)(c) e l'art. 25(3)(d) risiede però nella *mens rea*: si è visto come il primo richiede che il complice agisca *con il fine* di facilitare il crimine, e che ciò rende difficile che l'articolo venga applicato ad operatori economici come gli esportatori di armi, che agiscono con l'obiettivo primario di generare profitto. Diversamente, l'articolo 25(3)(d) richiede che il contributo sia intenzionale e che i) miri a facilitare l'attività criminale o il progetto criminale del gruppo, nella misura in cui tale attività o progetto comportano l'esecuzione di un crimine sottoposto alla giurisdizione della Corte *oppure* ii) che sia fornito nella piena consapevolezza dell'intento del gruppo di commettere il crimine principale. Mentre l'ipotesi prevista dall'i) solleva dei problemi analoghi a quelli analizzati con riferimento all'elemento soggettivo dell'*aiding and abetting*, quella prevista dal ii) stabilisce una soglia più bassa, potenzialmente utile ad includere la condotta degli esportatori armi.

In sostanza, esso richiede che la condotta sia intenzionale e messa in atto nella consapevolezza degli intenti criminali degli autori principali del crimine. Al riguardo, l'art. 30(2) dello Statuto di Roma chiarisce che «vi è intenzione quando: a) trattandosi di un comportamento, una persona intende adottare tale comportamento; b) trattandosi di una conseguenza, una persona intende causare tale conseguenza o è consapevole che quest'ultima avverrà nel corso normale degli eventi». Si tratta, in altre parole, del dolo¹²⁵, e la CPI ha chiarito che il riferimento all'intenzionalità incluso nell'art. 25(3)(d) debba essere interpretato in modo conforme all'art. 30¹²⁶. Pertanto, tale articolo richiede che la condotta sia dolosa.

A ciò deve aggiungersi la consapevolezza, che è invece definita dall'art. 30(3) come la «cognizione che una circostanza esiste o che una conseguenza si verificherà nel corso ordinario degli eventi». La giurisprudenza che ha applicato l'art. 25(3)(d)(ii) ha chiarito che, affinché tale requisito possa dirsi soddisfatto, «l'imputato deve essere a conoscenza del fatto che l'intento [criminale] esisteva quando ha messo in atto la condotta che sostanzia il suo contributo»¹²⁷ e che ciò implica che il complice deve essere a conoscenza dell'intenzione del

¹²⁵ Sul dibattito circa quale forma di dolo (*i.e.*, solo diretto od anche eventuale) sia incluso in questa formulazione, v. K. AMBOS, *Rome Statute*, cit., 1229 s.

¹²⁶ CPI, Pre-Trial Chamber I, decisione del 16 dicembre 2011, *The Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, par. 288.

¹²⁷ CPI Trial Chamber II, sentenza del 7 marzo 2014, *The Prosecutor v. Katanga*, ICC-01/04-01/07, par. 1641 (traduzione nostra)

gruppo di commettere «ciascuno dei crimini che compongono lo scopo comune», non semplicemente di un generico intento criminale¹²⁸.

Ebbene, l'applicazione del requisito dell'intenzionalità alla condotta dell'esportatore di armi non è particolarmente problematica: il trasferimento di armi sostanzia sicuramente una condotta dolosa.

La conoscenza dell'intenzione del gruppo di commettere determinati crimini, invece, può tradursi in due ipotesi, che richiedono ulteriori precisazioni.

La prima è che si riesca a dimostrare che l'esportatore di armamenti era a conoscenza dell'intenzione del gruppo di commettere uno specifico crimine. Ciò si è verificato, ad esempio, nel caso *Van Anraat*, in cui si riuscì a dimostrare che l'imputato conosceva l'intento criminale del regime di Saddam Hussein¹²⁹. In tali casi, *nulla quaestio*: l'esportatore soddisferebbe il requisito della «conoscenza» dettato dall'art. 25(3)(d)¹³⁰, alla sola condizione che egli era consapevole dell'intento di commettere uno specifico crimine, e non genericamente di propositi criminali.

Come appena visto, però, l'articolo in oggetto, letto alla luce dell'art. 30(3), include nella «conoscenza» anche la seconda ipotesi della «cognizione che (...) una conseguenza si verificherà nel corso ordinario degli eventi», e tale ipotesi può essere di grande utilità nei casi frequenti in cui non si riesca a dimostrare la conoscenza dello specifico proposito criminale. In particolare, essa è particolarmente appropriata per la valutazione della condotta degli esportatori europei nei conflitti contemporanei, alla luce di due aspetti.

Il primo è che ad essi si applicano i già citati standard di *human rights due diligence*, che richiedono agli attori economici transnazionali di valutare gli impatti della propria attività sui diritti umani, e quindi anche il potenziale contributo prestato alla commissione di crimini internazionali; tale valutazione, nel caso delle armi, non potrà che essere ancor più attenta, dato l'intrinseco maggior rischio che il trasferimento di esse possa facilitare la commissione di crimini inter-

¹²⁸ Ivi, par. 1642 (traduzione nostra). In senso difforme invece è la giurisprudenza dell'ICTY, che, in Trial Chamber, sentenza del 10 dicembre 1998, *Prosecutor v. Furundžija*, IT-95-17/1-T, par. 246, afferma che non è necessario che il complice conosca lo specifico crimine che sarà commesso.

¹²⁹ *Public Prosecutor v. Van Anraat*, Corte d'Appello dell'Aia, sentenza del 9 maggio 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA4676, cit., paragrafi 11.10-11.12.

¹³⁰ M. AKSENOVA, *Corporate Complicity*, cit., 272.

nazionali¹³¹. Inoltre, come suggerito dallo *UN Working Group on Business and Human Rights*¹³² e dalla dottrina¹³³, le imprese operanti in situazioni di conflitto armato dovrebbero condurre una *heightened human rights due diligence*, cioè una più stringente valutazione del potenziale impatto sui diritti umani e sulla commissione di crimini nel contesto in cui operano.

Il secondo è che, se già in passato poteva dedursi la conoscenza della commissione di crimini da fonti ufficiali, i conflitti contemporanei sono ormai oggetto di un'attenzione continua, che rende in alcuni casi trasparente la commissione di crimini in un determinato teatro di guerra¹³⁴. Si pensi a contesti come le ostilità a Gaza o la guerra in Ucraina, nell'ambito dei quali diverse *fact-finding missions* delle Nazioni Unite¹³⁵ e report di ONG¹³⁶ hanno ampiamente testimoniato la

¹³¹ M. KANETAKE, C. RYNGAERT, *op. cit.*; M. AKSENOVA, *Arms Trade and Weapons Export Control*, in M. GIBNEY ET AL. (eds.), *The Routledge Handbook on Extraterritorial Human Rights Obligations*, Abingdon, 2021, 379 ss.; E. KATZ, *Human Rights Due Diligence: A Defense Industry Business Necessity*, in *Just Security*, 2022, reperibile online; A. A. ACOSTA, J. ABRAMSON, *As War Leads to More Orders, Weapons Makers Should Embrace Human Rights*, in *Forum on The Arms Trade*, 2023, reperibile online; H. ALWISHEWA, *The Move Towards Human Rights Due Diligence Policies by the Arms Industry*, in *Forum on the Arms Trade*, 2024, reperibile online; L. BAYDAS, *Human Rights Due Diligence Within the Arms Industry: Challenges, Practices and Opportunities*, in *Business and Human Rights Journal*, 2025, 1 ss.

¹³² UN WORKING GROUP ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS, *Responsible Business Conduct in the Arms Sector*, cit.

¹³³ M. TIGNINO, *Corporate Human Rights Due Diligence and Liability in Armed Conflicts: The Role of the ILC Draft Principles on the Protection of the Environment and the Draft Treaty on Business and Human Rights*, in *Questions of International Law, Zoom-in*, 2021, 47 ss.; D. NAGAIVSKA, O. UVAROVA, *Companies Operating in Conflict-Affected Environments Without Impacting the Conflict: Between Regular and Heightened Human Rights Due Diligence*, in *Business and Human Rights Journal*, 2024, 315 ss.

¹³⁴ Si pensi, ad esempio, all'evoluzione in questo senso rappresentata dalla possibilità di attingere ad un grande patrimonio di prove digitali, su cui v. L. FREEMAN, *Digital Evidence and War Crimes Prosecutions: The Impact of Digital Technologies on International Criminal Investigations and Trials*, in *Fordham International Law Journal*, 2018, 283 ss.

¹³⁵ V., tra le altre, per la situazione nella Striscia di Gaza, Commissione internazionale indipendente d'inchiesta delle Nazioni Unite sui Territori palestinesi occupati, compresa Gerusalemme Est, e Israele, *Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel*, UN Doc. A/79/232 dell'11 settembre 2024, e Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Press Release*, «*Arms Exports to Israel Must Stop Immediately: UN Experts*», 23 febbraio 2024, reperibile online; per la situazione in Ucraina, v. Commissione d'inchiesta internazionale indipendente delle Nazioni Unite sull'Ucraina, *Report of the Independent International Commission of Inquiry on Ukraine*, UN Doc. A/79/549 del 25 ottobre 2024.

¹³⁶ V., tra le altre, per la situazione nella Striscia di Gaza, Human Rights Watch, *Israel's Crimes Against Humanity in Gaza Mass Forced Displacement and Widespread Destruction*, 2024, reperibile online; per la situazione in Ucraina, v. Amnesty International, *Ukraine 2024*, 2024, reperibile online.

commissione di crimini internazionali.

Queste due circostanze fanno sì che la «cognizione che (...) una conseguenza si verificherà nel corso ordinario degli eventi» assuma dei connotati del tutto peculiari per gli esportatori di armi: da un lato, la loro valutazione del rischio deve essere particolarmente attenta, alla luce dei principi di *business and human rights* che, dettando standard di *due diligence*, richiedono una valutazione particolarmente attenta da parte di chi trasferisce materiali intrinsecamente pericolosi (e in situazioni di conflitto armato) come le armi; dall'altro, per l'esportazione in alcuni teatri di guerra particolarmente sensibili, è ormai difficile affermare, alla luce dell'ampia documentazione risultante dal lavoro delle Nazioni Unite e delle ONG, che non fosse prevedibile che il trasferimento di armi facilitasse «nel corso ordinario degli eventi» la commissione di un determinato crimine.

Alla luce di quanto detto, l'art. 25(3)(d)(ii) sembra la norma più adeguata a sussumere la condotta degli esportatori di armi. La differenza principale rispetto all'art. 25(3)(c) risiede infatti nella più bassa soglia di *mens rea* richiesta, essendo sufficiente una conoscenza della possibilità che un crimine si verifichi, circostanza che, in taluni conflitti contemporanei, non è difficile da dimostrare.

6. In conclusione, lo Statuto di Roma rende possibile far valere la complicità con crimini internazionali delle società che esportano armamenti.

Nel corso dell'articolo, si è infatti dimostrato che i limiti che si frappongono alla prosecuzione sono più apparenti che reali: anzitutto, pur non rivolgendosi lo Statuto di Roma alle persone giuridiche, è possibile perseguire le persone fisiche al vertice delle società, in quanto individui capaci di orientare il comportamento delle stesse; in secondo luogo, il fatto che gli esportatori ottengano nella maggior parte dei casi delle autorizzazioni all'esportazione da parte degli Stati di partenza non è un ostacolo insormontabile: si è infatti visto come la base giuridica della responsabilità penale individuale degli esportatori è diversa da quella degli Stati, e quindi una licenza emessa da parte dello Stato non esclude la responsabilità penale dell'impresa.

Si tratta quindi di comprendere quale norma dello Statuto di Roma sia più adeguata allo scopo: tradizionalmente, la dottrina ha fatto riferimento all'art. 25(3)(c), che punisce l'*aiding and abetting*, che però richiede di provare che l'impresa agisca *con il fine di* facilitare la commissione del crimine, compito arduo nel caso di attori economici,

il cui obiettivo principale è il profitto. Così, si è dimostrato che l'art. 25(3)(d)(ii) è un'alternativa valida, in quanto richiede l'elemento soggettivo meno rigoroso della conoscenza del crimine principale, più agevole da dimostrare alla luce degli standard di *due diligence* delle imprese e dell'ampia disponibilità di prove documentali sui crimini commessi nei contesti bellici contemporanei. Qualora tale proposta fosse accolta dalla CPI, potrebbe poi orientare anche le corti interne, aprendo così degli spazi per una *litigation* strategica volta a favorire l'accesso alla giustizia in materia e la responsabilizzazione dell'industria della difesa.

Se ciò è vero, è anche vero che, come emerso nel corso dell'articolo, la scelta di perseguire i vertici delle imprese esportatrici di armamenti presuppone la necessità di privilegiare alcune opzioni interpretative rispetto ad altre, e che ciò sarebbe frutto di precisi orientamenti di politica giudiziaria; pertanto, soprattutto alla luce del rilievo politico-strategico rivestito dalle industrie della difesa negli Stati contraenti dello Statuto di Roma, non è scontato che gli organi della CPI abbiano la forza di adottare tale postura in un momento di delegittimazione della giustizia penale internazionale come quello odierno.

In altre parole, perseguire gli esportatori di armi per complicità nei crimini internazionali, pur astrattamente possibile tramite un'interpretazione evolutiva dello Statuto di Roma, implica la delicata scelta tra la riaffermazione del ruolo della CPI nella lotta contro l'impunità e la necessità di mantenere la propria legittimazione presso gli Stati. In tale prospettiva, il fatto che la comunicazione del 2019 non abbia finora ricevuto alcun riscontro da parte del Procuratore sembra indicare quale sia, almeno per il momento, la priorità effettivamente perseguita.

ABSTRACT

Arms Trade and International Criminal Law: What Prospects for Holding Arms Exporters Complicit under the Rome Statute?

This article explores the potential criminal liability of arms-exporting corporate executives under the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) for complicity in international crimes committed with exported weapons. After outlining the limits of international criminal law with regard to legal persons, the paper analyzes how responsibility may still be attributed to individuals within corporate structures. It then examines the interplay be-

tween international arms trade licensing regimes and individual criminal responsibility, arguing that state-issued export licenses do not preclude liability. The core of the analysis focuses on Article 25(3)(c) (aiding and abetting) and Article 25(3)(d)(ii) (contributions to group crimes), concluding that the latter offers a more workable standard due to its lower *mens rea* threshold. The article ultimately concludes that holding arms exporters accountable under the Rome Statute is legally possible but entails making a clear judicial policy choice.

CYBERATTACKS AND NATO'S ARTICLE 5: A CREDIBLE DETERRENT OR A STRATEGIC VULNERABILITY?

FRANCESCO SEATZU, NICOLAS CARRILLO SANTARELLI

«We live in a world where all wars will begin as cyber wars (...). It's the combination of hacking and massive, well-coordinated disinformation campaigns»

Jared Cohen

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. An Ambiguous Doctrine: NATO's Recognition of Cyberattacks. – 2.1. General features of collective self-defense in the NATO framework. – 2.2. The Gradual Evolution of NATO's Position. – 2.3. Challenges in Applying Article 5 to Cyberattacks. – 2.4. Justifications for Including Cyberattacks Under Article 5. – 3. NATO's Cybersecurity Dilemma: Between Strategic Ambiguity and the Need for a Coherent Doctrine. – 3.1. Case Studies and Contradictions in NATO's Doctrine. – 3.2. Towards a More Coherent NATO Cyber Doctrine. – 4. Concluding Remarks.

1. The question of whether cyberattacks can trigger Article 5 of the Treaty of the North Atlantic Treaty Organization (NATO) responds to contemporary challenges of international security¹. As the cornerstone of NATO's collective defense, Article 5 stipulates that an armed attack against one member is considered an attack against all, thereby *permitting* a collective response². Originally conceived during the Cold War to address conventional military threats, this principle was tailored for kinetic warfare, where aggression is tangible, attributable, and physically destructive³. However, the evolution of hostile ac-

¹ See e.g. G. KOSTRZEWA-ZORBAS, *NATO in the new strategic environment: Cyber attacks now covered by Article 5 of the North Atlantic Treaty*, in *Studia Bezpieczeństwa Narodowego. Kryptologia i Cyberbezpieczeństwo*, Berlin, 2014 ff.; K. BURKADZE, *A Shift in NATO's Article 5 in the Cyber Era*, in *Fletcher Forum of World Affairs*, 2018, 215 ff.

² Article 5 of the North Atlantic Treaty of 1949 says: «The Parties agree that an armed attack against one or more of them in Europe or North America shall be considered an attack against them all and consequently they agree that, if such an armed attack occurs, each of them, in exercise of the right of individual or collective self-defence recognised by Article 51 of the Charter of the United Nations, will assist the Party or Parties so attacked by taking forthwith, individually and in concert with the other Parties, such action as it deems necessary, including the use of armed force, to restore and maintain the security of the North Atlantic area. Any such armed attack and all measures taken as a result thereof shall immediately be reported to the Security Council. Such measures shall be terminated when the Security Council has taken the measures necessary to restore and maintain international peace and security».

³ See G. LILIENTHAL, N. AHMAD, *Cyber-attack as inevitable kinetic*, in *Computer Law & Security Review*, 2015, 390 ff.

tions, and the rise of cyber operations make it necessary to examine the scope of Article 5 applicability in the digital age⁴.

Cyber threats now rank among the most significant challenges to global security. Their capacity to disrupt critical infrastructure, manipulate information, undermine democratic institutions, and destabilize economies has intensified concerns about their legal and strategic implications. Unlike conventional armed attacks, cyber operations unfold in a domain characterized by anonymity, asymmetry, and persistent ambiguity⁵. The difficulty in attributing cyberattacks to a specific actor, the broad spectrum of potential harm they can inflict, and the absence of universally accepted criteria for defining a cyber “armed attack” are among the factors that raise profound challenges for the security of populations in contemporary societies. Accordingly, their examination is most important for collective defense regimes, such as the NATO one.

Given the uncertainties related to some cyber operations, a fundamental question that has been little explored so far arises: Is the lack of a clearly defined threshold for invoking Article 5 a viable and effective deterrence policy, or does it risk undermining NATO’s credibility and cohesion? As cyberattacks grow in frequency and sophistication, does the current strategic ambiguity enhance deterrence by keeping adversaries guessing, or does it create vulnerabilities that embolden malicious actors and, worse still, risk eroding attitudes towards the peremptory prohibition of the use of force in international relations? This article examines the tensions and contradictions inherent in this approach, drawing on NATO’s evolving doctrine, recent policy statements, and concrete case studies to assess whether the current stance is sustainable – or if clearer doctrinal guidelines are necessary to uphold the Alliance’s deterrent posture.

2. It is important to begin by clarifying that not any and every use of force would permit resorting to Article 5 of NATO’s Treaty. Instead, only those uses of force that amount to ‘major’ ones, also referred to as armed attacks in international legal parlance and jargon, would qualify.

⁴ See C. VITUCCI, *Le ciberoperazioni e il diritto internazionale, con alcune considerazioni sul conflitto ibrido russo-ucraino*, in this *Journal*, 2023, 7 ff.

⁵ See P.C. REICH ET AL., *Cyber warfare: a review of theories, law, policies, actual incidents – and the dilemma of anonymity*, in *European Journal of Law and Technology*, 2010, 30 ff.

2.1. This has been explained in terms of how other international legal provisions have been inspired in that article, permitting «aid and assistance towards other member states that are victims of an ‘armed aggression’ in its territory»⁶. This is confirmed by a contextual interpretation of Article 5 in light of other international provisions, some of which are literally cited therein, by virtue of the reference to an «exercise of the right of individual or collective self-defense recognized by Article 51 of the Charter of the United Nations», which has been interpreted in terms of only being legally possible in response to major uses of force – with customary international law being coincident in that regard⁷.

Additionally, it has been interpreted that NATO member States must vote on whether such a use of force occurred. Alexander Crowther has explained that «[t]here are three major elements to the article. First, there needs to be an armed attack. Second, ‘they agree that’ means all NATO allies vote on whether it is in fact an armed attack»⁸. Finally, it must be noted that even when such a trigger does take place, NATO members retain freedom so as to decide if they will respond by means of using force to assist a fellow victim member. In this regard, Alexander Crowther has explained that the expression «such action as it deems necessary» employed in Article 5 «means each ally gets to decide how they will respond»⁹.

Therefore, even if specific cyber acts could qualify as a major use of force, the fact that each NATO member will decide «individually and in concert with the other Parties, such action as it deems necessary, including the use of armed force», entails that self-defense will not necessarily be resorted to. Moreover, that is a good thing. Perhaps things could escalate, or other considerations could discourage armed responses. After all, this is one of those cases in which the law offers possibilities of action, which must therefore be considered in light of prudential, ethical, and other reasons. The very existence of the possi-

⁶ See P. NAVARRO SERRADELL, *A Comparative Study of Article 5 of the NATO and Article 42(7) of the Treaty on the European Union: Its Scope and Limits*, in *FINABEL: Food for Thought*, 2024, 3 ff.

⁷ International Court of Justice, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, 27 June 1986, paras. 193-195, 211, 235.

⁸ See A. CROWTHER, *NATO's Response to Aggression? Glorious Ambiguity*, CEPA, 1st July 2024, available at: <https://cepa.org>.

⁹ *Ibid.*

bility of collective self-defense, in any case, operates to some level as a deterrent.

Moreover, the answer is in the affirmative as to whether cyber-attacks can amount to major uses of force. They *can*, provided that all the conditions to identify one of such uses – such as their effects being serious, as much as those of kinetic operations and no less – are met, as has been examined in the context of the Tallinn Manual and other sources¹⁰.

The same conclusion has been reached in the institutional NATO context. As Stephen Jackson has written: «the Heads of State and Government of the North Atlantic Council issued the Wales Summit Declaration (Wales Declaration) on September 5, 2014. In the Wales Declaration, the Heads of State and Government outlined the threat of cyber threats and attacks, reaffirming NATO's policy of 'prevention, detection, resilience, recovery, and defence'. The Wales Declaration further stated that the norms of international law, which include humanitarian law (*jus in bello*) and the UN Charter, directly apply to the realm of cyberspace. At the core of these international norms is the concept of collective self-defense incorporated in NATO Article 5 and UN Charter Article 51. The Wales Declaration concluded by providing that NATO Article 5 in fact applies to cyber attacks, as determined by the North Atlantic Council on a 'case-by-case basis'. Less than a year later, NATO Secretary-General Jens Stoltenberg reiterated that a cyber attack could amount to an armed attack and trigger Article 5's collective defense provisions»¹¹.

2.2. Over the years, NATO has progressively incorporated cyber threats into its collective defense framework, recognizing their growing significance alongside traditional military threats. A major milestone in this evolution occurred during the 2016 Warsaw Summit, where cyberspace was officially designated as an operational domain, placing it on equal footing with land, air, and sea as a battleground where conflicts can unfold¹². This acknowledgment underscored the

¹⁰ See M.N. SCHMITT (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge, 2013, para. 3 of Rule 13, at 54.

¹¹ See S. JACKSON, *NATO Article 5 and Cyber Warfare: NATO's Ambiguous and Outdated Procedure for Determining When Cyber Aggression Qualifies as an Armed Attack*, George Mason University: Center for Infrastructure Protection & Homeland Security, 2016.

¹² *Amplius*, see the important work by C. VITUCCI, *op. cit.*, 7 ff. See also R. JANCZEWSKI, G. PILARSK, M. MARCZYK, *Terminology as a Barrier to NATO's Interoperability in Cyberspace Operations*, in *International Conference KNOWLEDGE-BASED ORGANIZATION*,

Alliance's recognition that cyber operations could have strategic consequences comparable to those of conventional warfare.

NATO's commitment to addressing cyber threats was further reinforced at the 2021 Brussels Summit, where member States explicitly affirmed that a large-scale cyberattack could, under certain circumstances, lead to the invocation of Article 5¹³. This shift toward a more expansive and cumulative approach to cyber threats likely stemmed from the increasing frequency and severity of cyber incidents, particularly the wave of ransomware campaigns targeting critical infrastructure in NATO countries. These attacks, which affected key sectors such as healthcare, agriculture, and energy, demonstrated the potential for cyber operations to cause widespread disruption, economic damage, and risks to public safety, thereby warranting a reconsideration of NATO's defensive posture in the digital sphere.

Despite these developments, NATO has deliberately refrained from defining a precise threshold of severity that a cyberattack must reach to justify the activation of Article 5¹⁴. Instead, the Alliance has chosen to maintain a posture of strategic ambiguity, avoiding rigid classifications or predetermined criteria. By doing so, NATO preserves a degree of flexibility in how it assesses and responds to cyber threats, enabling it to adapt to the evolving nature of cyber warfare while deterring adversaries through uncertainty about the potential consequences of their actions. However, this approach also raises critical questions about its effectiveness as a deterrent and the potential risks of inaction or inconsistent enforcement.

From a critical standpoint, if the ambiguity responds to a careful approach that, rather than preliminarily ruling that a given kind of cyber operation would automatically be seen as a major use of force and instead insists on the necessity of examining each of them on a case-by-case basis, such cautious approaches will help to support the respect for the international *jus ad bellum* regime. If, conversely, this is a gambit to scare others by keeping them guessing how NATO will classify an operation to make them refrain by means of intimidation in terms of potential responses, based not on the aforementioned regime but on non-legal strategic considerations alone, the response of NATO

2019, 25 ff.

¹³ See S. VAN DEER MEER, *Responding to large-scale cyberattacks: A toolbox for policymakers*, in *Journal of Cyber Policy*, 2022, 175 ff.

¹⁴ See A. CHAYES, *Rethinking warfare: The ambiguity of cyber attacks*, in *Harvard National Security Journal*, 2015, 474 ff.

– whose members are bound by its peremptory standards – risks being imitated by others and lead to a downward spiral of disrespect and potential erosion of *jus ad bellum*.

2.3. One of the most significant challenges in categorizing cyberattacks as grounds for invoking Article 5 lies in the difficulty of identifying when they can factually amount to major uses of force and attribute them to an actor against whom defense is permissible. Unlike conventional armed attacks, which typically involve direct and attributable physical aggression, cyber operations sometimes operate in a shadowy domain where perpetrators remain anonymous or act through intermediaries. This lack of clear attribution, when present, complicates the assignment of responsibility and, consequently, the justification for invoking collective defense measures – which requires that all of the conditions for invoking it be satisfied, which is no easy feat. State-sponsored cyber operations are at times conducted through proxy groups, such as Advanced Persistent Threat (APT) actors, which obscure the link between a cyberattack and its true orchestrator¹⁵. As a result, NATO faces the risk of responding to a cyber operation without definitive proof of state involvement, raising concerns about miscalculation, premature escalation, or unintended geopolitical consequences.

Another critical challenge lies in assessing a cyberattack's scale, severity, and impact. Traditional warfare is characterized by visible and measurable destruction. In contrast, cyberattacks can manifest in multiple, often intangible ways – ranging from data breaches and information manipulation to large-scale disruptions of essential services. Determining whether a cyber operation qualifies as an 'armed attack' under international law is complex, as cyberattacks do not necessarily involve kinetic force but can nonetheless cause widespread chaos¹⁶. For example, a cyber operation that disables a nation's power grid could lead to hospital failures, economic collapse, and civil unrest, mirroring the devastation of conventional military aggression. However, because cyberattacks often lack immediate physical damage, their classification within existing legal frameworks remains uncertain.

¹⁵ See A. MALECKA, *Non-State Actors in Nation-State Cyber Operations*, in *Rocznik Bezpieczeństwa Międzynarodowego*, 2024, 45 ff.

¹⁶ See M.N. SCHMITT, "Attack" as a Term of Art in International Law: The Cyber Operations Context, in *4th International Conference on Cyber Conflict (CYCON 2012)*, IEEE, 2012.

Due to the difficulties in assessing whether cyber operations amount to an 'armed attack', it is of the utmost importance to be cautious and strict when carrying out the respective legal analyses. After all, lives and escalations are at stake. This explains why responsible legal operators must be very strict and avoid engaging in slippery slope interpretations, as a result of which the prohibition of the use of force is surreptitiously eroded by means of incorporating non-existing exceptions into the norms prohibiting the use of force when examining cyber-attacks as if they were exceptional and exempt from the ordinary conditions of those norms. Peremptory norms such as those regulating that prohibition are absolute and can only be changed by other norms enjoying the same legal hierarchical nature, i.e., that are also peremptory¹⁷.

Compounding evaluation difficulties is the gradual and evolving nature of cyber threats. Unlike a missile strike or territorial incursion, which occurs at a defined moment, cyberattacks may unfold slowly over time, making it difficult to determine when an attack reaches the threshold necessary to trigger Article 5. Some cyber intrusions can remain undetected for months or even years, only becoming evident once critical damage has been inflicted. Others might involve continuous, low-intensity disruptions – such as ransomware attacks targeting financial institutions or supply chains – that may not seem severe in isolation but, when aggregated, can have profound national security implications. This cumulative effect complicates NATO's decision-making, as there is no clear-cut moment that signals when collective defense should be activated.

Moreover, many cyber operations do not fit neatly into the category of armed aggression but still pose serious threats to national stability. For instance, large-scale disinformation campaigns, while not directly destructive, can erode trust in democratic institutions and election processes, undermining a state's sovereignty from within¹⁸. Cyber espionage targeting defense systems or governmental infrastructure, though primarily intended for intelligence gathering, could even serve as a precursor to more aggressive cyber or kinetic opera-

¹⁷ Article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, adopted in 1969, indicates that a peremptory norm «can be modified only by a subsequent norm of general international law *having the same character*» (emphasis added).

¹⁸ See F. SEATZU, N. CARRILLO SANTARELLI, *Towards a Strengthening of Non-Interference, Sovereignty, and Human Rights from Foreign Cyber Meddling in Democratic Electoral Processes*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2023, 579 ff.

tions¹⁹ – but do not trigger armed self-defense until they amount to major uses of force as such. These forms of cyber aggression operate legally and strategically beyond the *jus ad bellum* regime, challenging NATO's ability to apply a binary framework designed for clear-cut instances of military conflict. When there is no armed attack, as mentioned above, it is imperative that no armed responses take place. This is demanded by peremptory international law. International law may permit the victims of violations of cyber operations which fail to reach the threshold of an armed attack to vindicate their rights and protect victims in different ways. For instance, one can argue that human rights law can be resorted to when appropriate²⁰. Despite public opinion demands that could exist, when conditions for responding in self-defense do not exist, even in cases where minor uses of force were present, the only possible legal responses are non-armed. On the other hand, outside of situations in which the threshold of belligerent intensity of armed conflicts has been reached, IHL or *jus in bello* may not be violated.

Despite NATO's affirmation that certain cyberattacks could justify invoking Article 5, the absence of a standardized threshold for defining such attacks adds to the uncertainty. The Alliance has deliberately maintained strategic ambiguity on the matter, allowing for flexible responses tailored to the nature and context of each incident. While this approach provides NATO with maneuverability in decision-making, it also carries risks. If the Alliance fails to respond decisively to a major cyberattack that clearly amounts to a major use of force, it may signal weakness or unwillingness, emboldening adversaries to intensify their cyber operations without fear of reprisal. Conversely, if NATO invokes Article 5 too readily, it risks making its members act against the prohibition of the use of force in international relations or setting a precedent that could lead to an escalation of conflicts over incidents that might otherwise have been resolved through diplomatic or economic means.

The challenge, therefore, lies in striking the right balance between deterrence and measured response. Without clear attribution, an agreed-upon severity threshold, and a universally accepted legal framework for cyber warfare, NATO's ability to invoke Article 5 in response to cyberattacks remains fraught with uncertainty. These am-

¹⁹ See M. RUDNER, *Cyber-threats to Critical National Infrastructure: An Intelligence Challenge*, in *International Journal of Intelligence and Counterintelligence*, 2013, 453 ff.

²⁰ See F. SEATZU, N. CARRILLO-SANTARELLI, *op. cit.*, 579 ff.

biguities complicate decision-making and raise critical questions about the credibility and effectiveness of the Alliance's cyber deterrence strategy in an era where digital threats are rapidly evolving. However, in the end, these difficulties in the evaluation of threats and responses to them confirm that the only adequate way to engage with them is by means of responsibly carrying out a meticulous examination of the applicability of the conditions for collective self-defense set in international peremptory law on a case-by-case basis, neither rushing to reach conclusions nor being motivated by a foremost deterrent animus. Much is at stake, given how the erosion in practice of the strict observance of those conditions risks escalations and imitations of questionable behavior, as a result of which many innocents can suffer and conflicts be replicated.

2.4. Despite the challenges, several arguments support the inclusion of cyber-attacks within the scope of Article 5 when the requirements of collective self-defense under international law are satisfied.

First, the increasing reliance of modern societies on digital infrastructure has rendered cyber-attacks potentially as destructive as conventional armed attacks²¹. For instance, a well-executed cyber operation targeting energy grids, financial systems, or communication networks could paralyze a nation, causing widespread chaos and significant economic and social harm²², and potentially even causing deaths. Such attacks can therefore meet the threshold of severity implied in Article 5. Notably, the Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare emphasizes that the effects of a cyber operation, rather than the means employed, should determine whether it constitutes an armed attack. It is worth citing a pertinent passage from that source in which this is indicated: «The right to employ force in self-defence extends beyond kinetic armed attacks to those that are perpetrated entirely through cyber operations (...) some cyber operations may be sufficiently grave to warrant classifying them as an 'armed attack' (...) the choice of means of attack is immaterial to the issue of whether an operation qualifies as an armed attack (...). This is so, despite their non-kinetic nature, because the ensuing consequences can include serious suffering or death»²³.

²¹ See G. LOUKAS, *Cyber-physical attacks: A growing invisible threat*, London, 2015.

²² See G. ASSENZA ET AL., *Cyber Threats for Operational Technologies*, in *International Journal of System of Systems Engineering*, 2020, 128 ff.

²³ See M.N. SCHMITT (ed.), *op. cit.*, para. 3 of Rule 13, at 54. See also N. TSAGOURIAS,

Second, the principle of deterrence underpins NATO's collective defense framework. If cyber-attacks are explicitly excluded from the purview of Article 5, adversaries may perceive a loophole, emboldening them to exploit cyber vulnerabilities without fear of collective retaliation. By affirming that cyber-attacks *can* – and not always will, we stress – trigger Article 5, NATO strengthens its deterrent posture by means of signaling to potential aggressors that any form of attack, regardless of the domain in which it takes place, will elicit a robust response. This deterrent effect is particularly critical in an era where State and non-state actors increasingly use cyber tools to achieve strategic objectives.

Third, NATO has already begun to adapt its strategic framework to address the cyber domain. The aforementioned 2014 Wales Summit Declaration and subsequent policy documents recognize the centrality of cyber defense to collective security²⁴. NATO's acknowledgment of cyberspace as a domain of operations further underscores its commitment to addressing cyber threats within its existing legal and institutional frameworks²⁵. The Alliance's Enhanced Cyber Defense Policy explicitly states that cyber-attacks with significant consequences could trigger Article 5, reflecting a growing consensus on the need to integrate cyber defense into NATO's broader security strategy²⁶. Furthermore, this is wise: a call for caution in no way entails ignoring the reality of cyber operations that can seriously disrupt lives and threaten the security of societies in ways that amount to major uses of force given their effects. Moreover, those in charge of defending them must be prepared to live up to their commitments to protect the innocent, acknowledging the potential reality of new forms of attacks resorting to cyber means.

Fourth, the evolving threat landscape necessitates a dynamic interpretation of Article 5. As technological advancements continue to redefine the nature of conflict, NATO must adapt its legal and strate-

Cyber attacks, self-defence and the problem of attribution, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2012, 229-244.

²⁴ See G. HALL, *NATO's Post-Cold War Transformation: Exploring Change in Counter-Insurgency, Collective Defence, and Cyber-Security*, PhD thesis, University of Birmingham, 2020; C. FOCARELLI, *Self-defence in cyberspace*, in N. TSAGOURIAS, R. BUCHAN (eds.), *Research Handbook on International Law and Cyberspace*, Cheltenham, II ed., 2021, 317-344.

²⁵ See J. SHEA, *How is NATO Meeting the Challenge of Cyberspace?*, in *Prism*, 2017, 18 ff.

²⁶ See S. ARTS, *Offense as the New Defense: New Life for NATO's Cyber Policy*, in *The German Marshall Fund of the United States – Policy Brief*, 2018, 1 ff.

gic frameworks to remain relevant. A flexible approach that considers the unique characteristics of cyber-attacks – such as their speed, scale, and potential for anonymity – is essential for ensuring the Alliance's effectiveness in addressing 21st-century security challenges.

Fifth, the consideration that cyber-attacks can fall within the scope of Article 5 aligns with international efforts to develop norms and standards for responsible state behavior in cyberspace²⁷. After all, actions in this domain can harm rights as much as those elsewhere – even when victims are not interacting with abusers in cyberspace, as the UN Committee on the Rights of the Child has pointed out²⁸. By taking a proactive stance, NATO can contribute to shaping and reaffirming the global legal and normative landscape, reinforcing its leadership role in promoting stability and security in the cyber domain, and confirming that cyber-operations can potentially breach the prohibition of the use of force in international relations.

3. Despite NATO's formal acknowledgment that cyberattacks could, under certain circumstances, justify the invocation of Article 5, it has not yet made such a practical finding. Even in cases where cyber operations have inflicted significant damage on member states or strategic partners, NATO has refrained from activating its collective defense mechanism²⁹ – whether due to strategic considerations as a result of members' *discretion* as to whether to respond by the use of force or not, or to legal considerations, is a different matter. This discrepancy between declared policy and actual practice can raise questions about the credibility and consistency of NATO's approach to cyber threats.

3.1. An example worth considering is the 2007 cyberattack against Estonia, widely considered one of the first large-scale instances of cyber warfare targeting a nation-state³⁰. Attributed by some to

²⁷ See P. MEYER, *Norms of Responsible State Behaviour in Cyberspace*, in M. CHRISTEN, B. GORDIIN, M. LOI (eds), *The Ethics of Cybersecurity*, Cham, 2020, 347 ff.

²⁸ See F. SEATZU, N. CARRILO SANTARELLI, *op. cit.*, 609; Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 25, Children's rights in relation to the digital environment*, CRC/C/GC/25, 2 March 2021, para. 4.

²⁹ See F. FAZIO, *Collective Defence in NATO: A Legal and Strategic Analysis of Article 5 in Light of the War in Ukraine*, 3 March 2025, available at www.schumannnetwork.eu; S. HILL, *Chapter 24: NATO and the international law of cyber defence*, in N. TSAGOURIAS, R. BUCHAN (eds.), *op. cit.*, 508 ff.

³⁰ See R. OTTS, *Analysis of the 2007 Cyber Attacks Against Estonia from the Information Warfare Perspective*, in *Proceedings of the 7th European Conference on Information War-*

Russian-affiliated actors³¹, the attack disrupted Estonia's digital infrastructure, disrupting government services, financial institutions, and media outlets. Given Estonia's heavy reliance on digital systems, some argued that the cyber blockade had a profound societal impact, comparable in some respects to a conventional attack on critical infrastructure³². Yet, rather than invoking Article 5, NATO opted for a reactive strategy, assisting Estonia in strengthening its cybersecurity defenses and later establishing the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (CCDCOE) in Tallinn³³. This response, while reinforcing NATO's commitment to cyber resilience, also signaled a reluctance to equate cyberattacks with traditional military aggression, potentially setting a precedent of inaction. If the members considered that the operations amounted to a minor use of force, they would have been barred from an armed response in any case. In this regard, a clear and public legal statement would have had the potential to set expectations and make it clear to member societies and others what to expect in the future. Granted, the attribution would have to be demonstrated before measures against Russia – e.g., countermeasures if the operations were deemed non-major uses of force – were adopted.

The cyberattacks against Ukraine offer another case that underscores difficulties in the implementation of NATO's cyber doctrine³⁴. Since 2014, Ukraine has been subjected to a relentless cyber campaign, including the 2015 sabotage of its power grid, which left hundreds of thousands without electricity, and the 2017 NotPetya malware attack, which initially targeted Ukrainian institutions but rapidly spread worldwide, inflicting billions of dollars in economic losses³⁵. Although Ukraine is not a NATO member, the scale and sophistication of these attacks demonstrated the potential for cyber operations to cause widespread disruption, including spillover effects on NATO

fare, Reading, 2008.

³¹ See S. JAYAKUMAR, *Cyber Attacks by Terrorists and Other Malevolent Actors: Prevention and Preparedness with Three Case Studies on Estonia, Singapore, and the United States*, in *Handbook of Terrorism Prevention and Preparedness*, 2020, 871 ff.; U. HAEUSSLER, *Cyber Strategy and the Law of Armed Conflict*, in *Journal of Information Warfare*, 2011, 38-47.

³² See S. OHRIMENCO, V. CERNEI, *Silent Warfare: Understanding the Impact of Cyber Blockades and Sanctions*, in *MEST Journal*, 2024, 2 ff.

³³ See M. TADDEO, L. GLORIOSO (eds.), *Ethics and Policies for Cyber Operations: A NATO Cooperative Cyber Defence*, Amsterdam, 2016, 5 ff.

³⁴ See N. PERLROTH, M. SCOTT, S. FRENKEL, *A Cyberattack Hits Ukraine, Then Spreads*, in *The New York Times*, 27 June 2017.

³⁵ See M. BAEZNER, *Cyber and Information Warfare in the Ukrainian Conflict*, Zurich, 2018, 3 ff.

States. Despite recognizing these incidents as a form of hybrid warfare, NATO's response remained limited to capacity-building initiatives and intelligence-sharing. The sensibility of NATO questions in the Russo-Ukrainian conflict, and the absence of a legal command to assist Ukraine, can help to explain such an approach. Nonetheless, a legal opinion can help clarify matters, even without a different practical reaction.

Official declarations, such as those made at the 2014 Wales Summit and the 2021 Brussels Summit, emphasize that severe cyberattacks could warrant a collective military response. On the other hand, the Alliance has consistently chosen to react to some scenarios with non-escalatory measures, avoiding the invocation of Article 5 even in cases where cyberattacks have had strategic consequences. That said, this can be a form of upholding the *jus ad bellum* regime if it is believed that no major uses of force – or no attribution of them to a State – were found. However, a clear affirmation of whether this was the reason behind their reactions would have helped clarify matters, set expectations, and send a message to actors and societies.

3.2. NATO stands at a decisive juncture in shaping its approach to cyber threats: should it maintain its current strategic ambiguity or move toward a clearer framework defining the conditions for invoking Article 5 in response to cyberattacks? While flexibility has allowed the Alliance to avoid automatic escalation and retain room for maneuvering, prolonged uncertainty carries significant risks. A lack of clarity may embolden adversaries to exploit the cyber domain as a space for low-risk aggression, testing NATO's resolve without fear of triggering a collective response. Moreover, member states could be vulnerable to increasingly sophisticated and damaging cyber operations without a well-defined cyber deterrence strategy.

To reinforce the credibility of its collective defense posture, NATO could take concrete steps toward defining the threshold at which a cyberattack qualifies as an "armed attack" under international law. The absence of such criteria creates ambiguity not only for adversaries but also within the Alliance itself, potentially leading to divisions among member states when determining the appropriate response or to abusive positions taken in the future by members who classify as major uses of force cyber operations that fail to meet all of the respective stringent conditions. Establishing a clearer framework would ensure greater predictability and consistency, strengthening de-

terrence by signaling red lines that, if crossed, would trigger a unified reaction; but all the while remaining faithful to the strict observance of the prohibition of the use of force in international relations.

In parallel, from a practical level, NATO must prioritize enhancing cyber attribution capabilities regarding technology and personnel formation. One of the primary challenges in responding to cyberattacks is identifying the perpetrator with a high degree of certainty. State-sponsored actors frequently operate through proxies, obscuring direct involvement and complicating efforts to assign responsibility. By investing in advanced forensic tools, artificial intelligence-driven threat analysis, and greater intelligence-sharing among allies, NATO can reduce the window of plausible deniability that adversaries currently exploit. A more robust attribution framework would improve decision-making in times of crisis and increase the credibility of any retaliatory measures taken in response to cyber aggression.

Developing a diversified and proportionate response strategy is also crucial. NATO must move beyond the binary choice of inaction or full-scale military retaliation by integrating a spectrum of response options tailored to the scale and impact of a cyberattack³⁶. These could include targeted economic sanctions, cyber countermeasures aimed at disabling an adversary's offensive capabilities, and diplomatic actions to isolate aggressors on the international stage. In cases of particularly severe cyberattacks – such as those that result in widespread infrastructure failure or loss of life – NATO should also maintain the option of kinetic military responses, ensuring that cyber aggression is not treated as a lesser form of warfare.

Finally, internal cohesion and coordination among NATO member states must be reinforced to prevent paralysis in the event of a major cyber crisis³⁷. Currently, the absence of a standardized decision-making process regarding cyber threat risks is delaying collective action or producing fragmented responses. Establishing pre-agreed protocols, conducting regular joint cyber exercises, and fostering greater intelligence integration would help ensure that NATO can react swiftly and decisively to cyber threats. A unified stance would enhance operational efficiency and send a strong solidarity signal to potential adversaries.

³⁶ See M. WINTZ, *Collective Action or Collective Inaction: The Use of Military Force in Transatlantic Security*, PhD thesis, University of Pittsburgh, 2006.

³⁷ See D. YOST, R. NIETO GOMEZ, *NATO's Preparedness for Cyberwar*, PhD thesis, Naval Postgraduate School, Monterey, 2016.

In an era where cyber warfare is increasingly at the heart of geopolitical competition, NATO can no longer afford to treat cyber threats as a secondary concern within its strategic doctrine. Failure to clarify its stance risks creating a dangerous vacuum that hostile actors might continue to exploit to test the limits of NATO's resolve. The credibility of the Alliance's foundational principle of collective defense hinges on its ability to adapt to the realities of modern conflict, ensuring that deterrence remains effective in the digital age.

4. While applying NATO Article 5 to cyber-attacks poses significant challenges, these are not insurmountable. By clarifying the conditions under which cyber-attacks qualify as armed attacks – such as the scale, impact, and attribution – NATO can adapt its collective defense mechanism to contemporary security realities while respecting and confirming the integrity of the prohibition of the use of force, avoiding engaging in acts contrary to it by means of armed responses that fail to meet the stringent conditions of self-defense by member States. The problems posed by certain cyber operations should not be used as an excuse to weaken that peremptory prohibition.

Furthermore, the acknowledgment that cyber-operations can trigger Article 5 not only addresses the growing importance of the cyber domain with the recognition of the seriously inimical ways in which actions within it can be conducted, but could also reinforce NATO's relevance in a rapidly changing strategic environment, in a context in which the Trump administration's positions are seen as potentially undermining it in some regards³⁸. Moreover, integrating cyber-attacks into the Article 5 framework strengthens deterrence, bolsters collective security, and ensures that the Alliance can address both conventional and emerging threats.

Ultimately, the inclusion of cyber-attacks under Article 5 is both a pragmatic and necessary step in safeguarding the security of NATO's member states in an increasingly interconnected and vulnerable world, and must be done in a way that also heeds the guarantees that underlie the strict international legal requirements for reacting in

³⁸ A. DURBIN, *Nato chief says Donald Trump comments 'undermine all of our security'*, in *BBC*, 11 February 2024; C. SEBASTIAN, *NATO allies scramble for direction as Trump team signals concessions to Moscow*, in *CNN World*, 13 February 2025; D. SABBAGH, *If Trump wins the election, NATO can expect more turbulence ahead*, in *The Guardian*, 29 October 2024.

self-defense, and which seek to ensure peace – through non-escalation, among others –, humanity, and other considerations.

ABSTRACT

*Cyberattacks and NATO's Article 5:
A Credible Deterrent or a Strategic Vulnerability?*

This paper critically examines NATO's approach to cyberattacks and the potential invocation of Article 5 of the North Atlantic Treaty. While NATO has officially acknowledged that cyberattacks could, under certain circumstances, justify invoking Article 5, no precedent has been set yet. The originality of this work lies in its detailed analysis of the arguments in favor of and against applying Article 5 to cyberattacks. This area has often been discussed in a one-sided or uncritical manner. It highlights the lack of thorough consideration regarding the complexity of cyber operations, the challenges of attribution, and the ambiguous thresholds for triggering Article 5, which have led to inconsistent and reactive responses. Moreover, the paper critiques NATO's deliberate strategic ambiguity regarding cyberattacks, which, although designed to maintain flexibility, has been too readily accepted without questioning its effectiveness or potential risks. By focusing on the contradictions in NATO's responses to significant cyber incidents, such as the 2007 Estonia attack and the ongoing cyber conflicts with Ukraine, the paper underscores the risks of inaction and strategic paralysis that arise from this ambiguity. The study argues that NATO's approach to cyber defense must evolve to provide clearer, more defined criteria for invoking Article 5, addressing the risks of strategic vulnerability and weakening deterrence. This work calls for a more nuanced and critical reevaluation of NATO's stance, advocating for a robust and coherent strategy to strengthen its cyber defense posture.

LICENSING LUNAR RESOURCE ACTIVITIES: THE CASE OF THE JAPAN-BASED COMPANY ISPACE

MARIA VITTORIA PREST

SOMMARIO: 1. The legal framework for commercial exploration and utilization of lunar resources. – 2. Japan's first licences under its 2021 Space Resources Act. – 3. National space legislation and the legitimacy of the acquisition of rights over natural space resources.

1. For a few years, the international space community turned its gaze back to the Moon for several reasons, including the exploration and use of natural lunar resources. Regions like the south pole of our natural satellite are rich in minerals, gases, and water, mainly in frozen forms, attracting the interest of multiple public and private space actors to support and, in some cases, even enable future space activities. Matters related to lunar resources are part of the broader issue of exploring and utilising natural space resources. This article aims to engage in the ongoing debate on such resources by exploring the *legal case of ispace*, a private lunar robotic exploration company based in Japan with regional offices in the United States and Europe and a long-term mission to explore lunar resources, foster a cislunar economy, and sustainably establish a human presence on the Moon¹. The Japanese Government issued two licences to ispace to authorise the company's commercial lunar resource activities. These licences are also the *first ever granted for similar operations*.

When discussing lunar resources, the relevant legal framework includes international space treaties and national space legislation adopted to implement them.

Article VI of the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies (Outer Space Treaty, OST, 1967) sets up that the State is internationally responsible for its national activities in outer space, including the Moon and other celestial bodies, by both

¹ ispace, *Expand our Planet. Expand Our Future*, <https://ispace-inc.com>.

public and private entities². Thus, and to assure that such national activities are exercised in conformity with the State's international obligations, Article VI affirms the obligation upon the appropriate State, namely the national State³, to authorise and continuously supervise non-governmental entities' outer space activities⁴. Under the OST, since Article VI is linked to Articles VII and VIII of the Treaty⁵, the appropriate State that bears international responsibility for its national activities and is required to authorise and continuously supervise the space activities of its private entities is also the launching State liable for any potential damage, as well as the State that registers the object launched into outer space and exercises jurisdiction and control over it⁶. In the case of multiple launching States, only one of them must register the object in agreement with the others. Additionally, based on the connection between these provisions, the assimilation of governmental and non-governmental entities under Article VI extends to Article VII, insofar as the former serves as the legal premise of the latter. Both practice and national space legislation support this interpretation⁷.

² United Nations General Assembly, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, RES 2222 (XXI), 1967.

³ On the appropriate State being the national State under Article VI of the OST (1967) and the criteria for identifying space activities as national, S. MARCHISIO, *I principi generali della legge sulle attività spaziali e la posizione degli operatori privati*, in S. DI PIPPO, S. MARCHISIO, L. VIOLANTE (eds.), *Space Economy, Space Industry, Space Law*, Bologna, 2024, 194-198.

⁴ United Nations General Assembly, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, cit.

⁵ Article VII of the OST (1967) defines the launching State as «the State that launches or procures the launching of an object into outer space, including the Moon and other celestial bodies», and «from whose territory or facility an object is launched». It further provides that the launching State, as thus identified, is internationally liable for damage to another State or its natural or juridical persons by the launched object «or its component parts on the Earth, in air space or in outer space, including the Moon and other celestial bodies». The first part of Article VIII of the OST, which is the section relevant to our purposes, sets out that a State «on whose registry an object launched into outer space is carried shall retain jurisdiction and control over such object, and over any personnel thereof, while in outer space or on a celestial body». These provisions form the basis for the 1972 Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects (LIAB) and the 1975 Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space (REG), which respectively expand upon their content and scope.

⁶ S. MARCHISIO, *op. cit.*, 198.

⁷ On the connection between Articles VI, VII, and VIII of the OST (1967) and their interpretation, *ibidem*, 197-200.

According to general international law, States are required to comply with the international obligations arising from treaties to which they are party and are held accountable if they fail to do so⁸. However, they are generally free to determine the legal techniques for implementing such obligations. In the context of the international law of outer space activities, certain provisions of the UN space treaties are not self-executing and therefore require implementation at the national level. This is mainly the case for norms contained in the OST, such as Article VI, in the LIAB (1972), and the REG (1975)⁹. As a result, States have enacted national space legislation based on different models and with varying content to implement such obligations, although *de facto* grounded in common principles¹⁰. Additionally, this

⁸ United Nations General Assembly, Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, cit.

⁸ Japan ratified four out of the five UN space treaties, namely the OST (1967), the Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space (ARRA, 1968), the LIAB (1972), and the REG (1975). Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, Legal Subcommittee, Sixty-fourth session, Status of International Agreements relating to activities in outer space as at 1 January 2025, A/AC.105/C.2/2025/CRP.9, 2025.

⁹ On the not self-executing provisions of the UN space treaties, see S. MARCHISIO, *Italian Space Legislation Between International Obligations and EU Law*, in *IISL Proceedings of the 47th Colloquium on the Law of Outer Space*, 2004, 106-116; A. KERREST, *The Need to Implement the Outer Space Treaty through National Law in the Light of the Current and Foreseeable Space Activity*, in *IISL Proceedings of the 54th Colloquium on the Law of Outer Space*, 2011, 551-559; I. MARBOE, *National Space Law*, in F. VON DER DUNK, F. TRONCHETTI (eds.), *Handbook of Space Law*, Cheltenham-Northampton, 2015, 127-204.

¹⁰ Several initiatives have been undertaken at the international level to identify the main topics national space legislation should address in order to implement the aforementioned international obligations. Among these is the inclusion of a dedicated item in the agenda of the Legal Subcommittee (LSC) of the UN Committee on the Peaceful Uses of Outer Space (COPUOS) in 2007 and the establishment of a Working Group on National Legislation Relevant to the Peaceful Exploration and Use of Outer Space in 2008. Subsequently, the UN General Assembly (UNGA) adopted the Working Group's final Report in the form of resolution 68/74, entitled «Recommendations on national legislation relevant to the peaceful exploration and use of outer space». Such resolution recommends States to regulate the following elements: scope of application; ascertainment of national jurisdiction over space activities; authorisation by a competent Authority; conditions for authorisation; means of continuous supervision of authorised space activities; establishment and maintenance of a national registry of objects launched into outer space; possible recourse mechanisms and insurance requirements; transfer of ownership or control of a space object in orbit. United Nations General Assembly, Recommendations on National Legislation Relevant to the Peaceful Exploration and Use of Outer Space, A/RES/68/74, 2013; G.G. NUCERA, *Osservazioni in tema di legislazioni nazionali sulle attività spaziali*, in *La Comunità Internazionale*, 2016, 446-447; S. MARCHISIO, *The Law of Outer Space Activities*, Rome, 2022, 217-219. For additional initiatives in this area, see also Project 2001 Plus: Global and European Challenges for Air and Space Law at the Edge of the 21st Century of the Institute of Air and Space Law of the University of Cologne and the German Aerospace Center (DLR) and the studies carried out by

legislative development responds not only to an international obligation, but also to a domestic need to responsibly regulate specific conduct, while promoting the commercialization of outer space activities and fostering private investment in the sector¹¹.

To implement the obligations set out in Article VI of the OST, States are required to establish a licensing regime for the exercise of private space activities. Notably, Japan has adopted three national space laws: the 2016 Act No. 76 on Launching of Spacecraft etc. and Control of Spacecraft (abbreviated as the Space Activities Act), the 2016 Act No. 77 on Ensuring Appropriate Handling of Satellite Remote Sensing Data, and the 2021 Act No. 83 on the Promotion of Business Activities for the Exploration and Development of Space Resources (abbreviated as the Space Resources Act)¹². Particularly, when it adopted its 2016 Space Activities Act did so not only to fulfil international obligations, but also to advance national interests, specifically by proactively addressing international issues, such as those of space debris mitigation, and enhancing its international competitiveness¹³. The examination of the 2016 Remote Sensing Act is beyond the scope of this article, which will focus only on the other two pieces of legislation that, *inter alia*, enact a general and special licensing regime for the conduct of space activities, respectively¹⁴.

The United States was the first country to regulate commercial space resource activities specifically. After an initial, later withdrawn, bill in 2014, the US adopted the Commercial Space Launch Competitiveness Act (H.R.2262) on 25 November 2015 under Barack

the International Law Association, which in September 2012 led to the adoption of the Sofia Guidelines for a Model Law on National Space Legislation in Resolution 6/2012.

¹¹ G.G. NUCERA, *Osservazioni in tema di legislazioni*, cit., 430, and ID., *Recenti sviluppi delle legislazioni spaziali in ambito europeo*, in S. MARCHISIO, U. MONTUORO (dir. publ.), *Lo spazio cyber e cosmico. Risorse dual use per il sistema Italia in Europa*, Torino, 2019, 235.

¹² These three pieces of legislation are based on and conform to the principles contained in the Basic Space Law (2008) that Japan adopted to comprehensively and systematically promote the development and use of outer space. This Law provides for the formulation of the country's Basic Plan on Space Policy, a comprehensive space policy that has been updated four times so far (the latest one in 2020), and requests the Government to adopt national space legislation and regulations to outline a comprehensive, systematic and prompt legal framework for outer space activities. Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, Legal Subcommittee 61st Session, Japan, Item 8. National legislation relevant to the peaceful exploration and use of outer space, available at www.unoosa.org.

¹³ K. NAKAMURA, *Norm Formation in Space Law*, Leiden-Boston, 2024.

¹⁴ The Act on Ensuring Appropriate Handling of Satellite Remote Sensing Data establishes a licensing regime for utilising satellite remote sensing instruments and regulates remote sensing satellite data, including restriction measures. Act on Ensuring Appropriate Handling of Satellite Remote Sensing Data (Act No. 77 of 2016).

Obama's second Administration. This Act dedicates its last Chapter (513) to «Space Resource Commercial Exploration and Utilization» to facilitate commercial exploration and recovery of natural space resources by US citizens. Section §51303 recognises US citizens engaged in the aforementioned activities the right to possess, own, transport, use, and sell asteroid resources or space resources (i.e., *in situ* abiotic resources, including water and minerals)¹⁵. However, the Space Act does not identify the Authority or Authorities responsible for licensing and continuously supervising such activities or meeting other US international obligations. Section §51302 refers to a subsequent report that the President shall send to Congress specifying the responsible Authorities and recommending the distribution of responsibilities in this area among federal agencies. The Report was never submitted, and this section of the Law was never enacted. Nonetheless, a debate over the distribution of responsibilities in this area and, more generally, in «new commercial space activities» or «non-traditional space activities», as often referred to, is currently ongoing in the US¹⁶.

On 20 July 2017, the Grand Duchy of Luxembourg adopted the Law on the Exploration and Utilisation of Space Resources, following the launch of the 2016 Space Resources Initiative, which established a hub for space resource activities in the country. Thus, Luxembourg became the only European country to have adopted a special law on natural space resources so far and the second worldwide. The essence of this Law lies in Article 1, which states that «space resources can be owned» and makes Luxembourg's position on the issue clear. This legislation establishes a regime for licensing and continuous supervision for the exploration and utilization of natural space resources for commercial purposes. It regulates that any operator who intends to carry out such activities shall apply for a written authorisation from the competent minister or ministers for each mission; the licensing

¹⁵ For more information on the Commercial Space Launch Competitiveness Act, see S. MARCHISIO, *Lo sfruttamento delle risorse minerarie dei corpi celesti nel diritto internazionale*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (eds.), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, 881-882, 886 ss.

¹⁶ As ordered, the Commercial Space Act of 2023 (H.R. 6131) assigns the licensing of all space objects' missions to the Department of Commerce. In contrast, the National Space Council's proposal identifies the Department of Transportation as the licensing Authority for human activities in outer space and the transportation of goods between space destinations, while designating the Department of Commerce as the Authority for other currently unregulated space activities. R. LINDBERGH, *Space Resource Extraction: Overview and Issues for Congress*, 2024, 18, available at <https://sgp.fas.org>.

conditions and procedure; the operator's full responsibility for any damage caused at the occasion of the mission, including preparatory works and duties; and the penalties applicable for violations.

In 2019, another country regulated this field of activity. The United Arab Emirates adopted Federal Law No. 12 on the Regulation of the Space Sector on 19 December 2019, which includes space resource exploration, extraction, as well as their exploitation and use for scientific, commercial, or any other purpose among the space activities it regulates (Article 4). Additionally, the «acquisition, purchase, sale, trade, transportation, storage and any space activity aimed at providing logistical services in this regard» falls within the activities in this field under Article 18. According to Articles 14 and 18, respectively, participation in space activities is subject to the issuance of a permit by the Agency, while the Council of Ministers or a delegated Authority determines the conditions and controls associated with the Permit for the activities under consideration by means of a decision.

Finally, on 23 June 2021, Japan adopted the aforementioned 2021 Space Resources Act. This Act establishes a special authorisation regime for licensing activities related to the exploration and development of space resources carried out for commercial or economic purposes. According to Article 2, item (ii), letters (a) and (b) of the Act, the exploration and development of space resources include any activity aiming to examine the existence of natural space resources (i.e., water, minerals and other natural resources in outer space, including the Moon and other celestial bodies), contributing to the mining, extraction and other similar activities outlined by the Cabinet Office Order (letter a), as well as mining, processing, storage and other acts regulated by the Order (letter b). The Cabinet Office Order referred to in the legislation is the *Cabinet Office Order No. 73 of 2021* (Regulation for Enforcement of the Act on the Promotion of Business Activities for the Exploration and Development of Space Resources, hereinafter Cabinet Office Order), which, however, only specifies the aforementioned «other acts», namely the transportation of space resources. In contrast, it does not provide details regarding the «other similar activities» mentioned in letter (a), leaving it to open interpretation. Additionally, Article 2, item (ii) of the 2021 Act excludes activities «conducted exclusively as scientific research or for the purpose of scientific research» from its scope of application. The Act also specifies the rules for acquiring ownership of natural space resources and other matters concerning similar activities.

As noted, Luxembourg and Japan preferred the adoption of specific legislation covering the matter of natural resources activities.

2. In 2022, ispace requested a licence from the Japanese Government to carry out business activities on the Moon in the framework of its M1 mission. M1 was the first of the multinational commercial lunar exploration programme HAKUTO-R, which the company operates¹⁷. It was launched on a SpaceX Falcon 9 rocket from the US base at Cape Canaveral, Florida, on 22 November 2022, but failed. On 26 April 2023, ispace's lander attempted to make a soft landing on the Moon, but no data indicated a touchdown¹⁸. ispace was authorised to carry on M1's lunar activities on 4 November 2022, when the Japanese Government granted its first licence for natural space resource activities (S22-019) under the 2021 Space Resources Act¹⁹. In 2024, ispace requested another licence for its HAKUTO-R program's second mission (M2), which was launched on a SpaceX Falcon 9 rocket on 15 January 2025. On 17 December 2024, the *Japanese Government authorised ispace's M2 mission with licence S24-025*²⁰. ispace's M1 mission was concluded in 2022, while it was carrying out its second mission under the business activity plan at the time of writing. It was subsequently concluded in June 2025 after losing signal during

¹⁷ ispace, *What is HAKUTO-R?*, available at <https://ispace-inc.com>.

¹⁸ After completing the analysis of the mission on 26 May 2023, the company revealed that while the lander carried out the entire deceleration phase that would have led to the lunar landing, the most likely cause of the mission failure would have been a malfunction in the lander's altitude control system caused by a software malfunction. According to the flight data, there was a large discrepancy between the planned and actual altitude. The analysis suggests that the change in the lunar landing site may have exacerbated the situation by adversely affecting the mission simulations, thereby contributing to the error. J. FOUST, *Software problem blamed for ispace lunar lander crash*, 2024, available at <https://spacenews.com>.

¹⁹ ispace, *ispace Receives License to Conduct Business Activity on the Moon from Japanese Government*, 2022, available at <https://www8.cao.go.jp/space/english/resource/application.html>. The Japanese Government gave public notice of the licence on the Cabinet Office's official website, in compliance with Article 4 of the 2021 Space Resources Act. Cabinet Office, *Applying for a License Related to the Exploration and Development of Space Resources*, available at <https://www8.cao.go.jp/space/english/resource/application.html>.

²⁰ *Ibidem*. On 8 January 2025, within the framework of the same mission (M2), Luxembourg authorised ispace's subsidiary, ispace-EUROPE, to operate the TENACIOUS Micro Rover. This licence is the first ever issued under the 2017 Luxembourg Space Resources Law and the third worldwide, following Japan's licences. As noted, ispace and its subsidiary are the only companies to have obtained authorisations for similar operations. ispace, *ispace-EUROPE Secures First-Ever Mission Authorization Under Luxembourg's Space Resources Law*, 2025, available at <https://ispace-inc.com>.

landing phase. Touchdown was not confirmed, and the company states that it is unlikely that communications will be restored²¹.

Both the M1 and M2 missions fell within the scope of application of the 2021 Space Resources Act, as their objective was to collect lunar sedimentary layers, known as regolith, from the lunar surface and conduct a commercial transaction with a customer. Additionally, they aimed to demonstrate lunar landing capabilities and transportation technology through the use of a lander.

M1 and M2's activities are very similar and comprised two phases: the lunar landing phase including the lander's departure from the Moon's orbit, landing on its surface and collecting regolith; and the operation phase comprising a series of activities on the lunar soil, including releasing holding of high-gain antennas and communication establishment, remaining propellant disposal, image capturing and transmission to the ground, commercial transaction to transfer the ownership of the collected regolith to NASA under a contract ispace concluded with the Agency²². Additionally, M2's lunar operation phase included deploying a micro rover on the lunar surface with mounted cameras that should have captured the aforementioned images²³.

Investigating the ispace case is particularly interesting because it gives us a sense of how much these activities still need to be defined. With the authorisation of the M1 mission to ispace and its unfolding, for the first time, we faced the shift from the *ius* preceding the fact (i.e., the activity) to the fact itself. M1 was the first mission to test Japan's 2021 Space Resources Act, and as such, it provides a model to follow in understanding what a licence for similar activities might look like.

The process that ispace followed to apply for the licensing of its lunar activities contributes to identify the relevant legal framework, the characteristics of the license for the exploration and development

²¹ ispace, *Status Update on ispace Mission 2 SMBC x HAKUTO-R Venture Moon*, 2025, available at <https://ispace-inc.com>. At the time of writing, M2 was still ongoing. This article was updated to reflect its conclusion; as of the submission date, however, the company had not yet released the official Report detailing the mission's outcomes.

²² ispace, *Business Activities Plan*, 2019, and ispace, *Business Activities Plan*, 2024, available at <https://www8.cao.go.jp/space/english/resource/application.html>.

²³ ispace's European subsidiary, ispace Europe, developed and assembled the micro rover Tenacious, which was then shipped to Japan for integration into the lander's payload bay. M2 carried multiple other payloads on board, as M1 did. ispace, *ispace Announces Launch Timing, RESILIENCE Lander Progress, and Planned Lunar Landing Zone During Mission 2 Update Press Conference*, 2024, available at <https://ispace-inc.com>.

of space resources, as it is referred to by Article 3 of the 2021 Space Resources Act, and the licensing procedure for space resource activities.

Article 3 is the core provision for our purposes since it regulates the application for authorisation, the licensing requirements, namely the requirements a person and their space activity must fulfil to request a licence for such activities, and the procedure the person requesting the licence and the responsible Authority granting it must follow²⁴.

Particularly, the first part of Article 3(1) is significant as it provides the legal framework for the activities under study. It states: «A person who intends to obtain a licence under Article 20(1) of the Space Activities Act for the control of spacecraft which is exercised over a spacecraft for the purpose of the exploration and development of space resources (hereinafter referred to as ‘License for the Exploration and Development of Space Resources’ in this Article) must state, in application forms required to be submitted under Article 20(2) of the Space Activities Act, besides the matters listed in the items of said paragraph, a plan in which the following matters are specified as provided in the provisions of Cabinet Office Order (...)».

Under this provision, the exploration and development of space resources, to which Article 2, item (ii) of the 2021 Space Resources Act traces the natural space resources activities identified earlier, do not constitute the object of the licence. They constitute the use of a spacecraft for whose control the person is applying for a licence. In other words, the Act requires a person to apply for a licence to control the spacecraft that will explore and develop space resources.

Interpreters can find the rationale behind the construction of this provision in these complex terms in the 2016 Space Activities Act, which establishes an authorisation regime for space activities domestically. Notably, Article 20(1), to which Article 3(1) of the 2021 Act refers, requires a person who intends to operate control of a spacecraft from a control facility located in Japan, a ship or aircraft registered in

²⁴ Article 3 also regulates the modification of authorised activities, prescribing that where essential changes are made to some elements of those activities (i.e., purposes and methods of use of the spacecraft, spacecraft configuration, termination measures, control plan, representative in case of deaths), the person must apply for another authorisation from the responsible Authority. The same rules governing the authorisation for the exercise of space activities under the 2021 Space Resources Act apply, *mutatis mutandis*, to this authorisation. Act on the Promotion of Business Activities for the Exploration and Development of Space Resources (Act No. 83 of 2021).

Japan, or a spacecraft over which Japan has jurisdiction, to obtain a licence for each spacecraft from the Prime Minister²⁵. The 2016 Act, however, only regulates two legal cases: the launch of a spacecraft and the control of spacecraft, bringing all activities that natural or juridical subjects can carry out in outer space back to the latter case. The Act does not explicitly identify these activities. Instead, it provides a very general definition of «control of spacecraft» in Article 2, item (vii), which states: «control of spacecraft means to detect the position, attitude, and condition of a spacecraft and to control these using a spacecraft control facility». To fully understand this definition, it must be supplemented by those in Article 2, items (ii) and (vi). These provisions define respectively a spacecraft as «an artificial object which is used by putting it into Earth orbit or beyond, or placed on a celestial body other than the Earth» and a «Spacecraft control facility» as radio equipment that detects and manages a spacecraft's position, attitude, and condition through signal exchange and control via electromagnetic waves.

Combining all these definitions, we note how the activities governed by the 2021 Space Resources Act, and consequently those for which ispace has applied for authorisations, fall under the legal concept of «control of spacecraft» regulated by the 2016 Space Activities Act. Hence, the reference made by Article 3(1) of the 2021 Space Resources Act to Article 20(1) of the 2016 Act.

What we have discussed so far is particularly relevant in practical terms because the legal regime applicable to anyone wishing to apply

²⁵ Article 5 of the Supplementary Provisions of the 2021 Act amended Article 20(1) of the 2016 Act, expanding the territorial scope of the provision. Previously, Article 20(1) referred only to a spacecraft control facility located in Japan. The legislature probably saw fit to better specify the territorial scope in light of the practice of space activities, often carried out from abroad, but for whose authorisation it is important that there be a link, in this case territorial, with the licensing State. It is a typical approach in national space legislation, which, by giving precedence to various criteria (e.g., territorial, personal), requires an effective connection with their State in order for the natural or juridical person to request the authorisation for the exercise of the space activity. In light of the current wording of the provision under consideration, there is no doubt that the activity carried out by ispace, for which the company applied for and obtained a licence, qualifies as a Japanese activity and thus falls within the scope of Japan's national space legislation. However, the classification of private space activities as national is particularly significant not only from a domestic legal perspective but also from the standpoint of international law. This relevance becomes especially clear in light of the issues discussed in this article, to which reference is made for further detail, regarding the relation between the appropriate/national State, the launching State, and the State of registry, along with the respective obligations set out in Articles VI, VII, and VIII of the OST (1967), the LIAB (1972) and the REG (1975).

for a licence for the exploration and development of space resources, as space has done, encompasses both the 2021 Act and the 2016 Act regarding the control of spacecraft. The licence for the exploration and development of space resources is indeed the licence for the control of spacecraft, as regulated by Article 20(1) of the 2016 Act, exercised over a spacecraft for the purpose to explore and develop space resources.

In light of this, a question arises: Are the requirements and procedure for obtaining authorisation under the 2021 Act the same as those for control of spacecraft under the 2016 Act?

We have already noted that the UN space treaties set out general principles and obligations that States must implement at the national level. In this context, when establishing an authorization regime, States must also regulate the conditions and procedures for granting the licence. These elements are considered essential; therefore, the UNGA Resolution 68/74 of 2013 recommends them. While defining such elements is crucial domestically to fulfil the internationally derived obligation to authorize, addressing this issue serves another important purpose as well. The exploration and use of natural space resources are emerging activities, and their regulation is still developing at both the international and national levels. Examining the characteristics of the licence for activities related to natural space resources, as well as the *iter* a private operator must follow to obtain such a license in practice, provides valuable insights. It helps to understand what a licensing framework for similar activities might entail, the underlying regulatory needs, and how existing regimes concretely address them.

To explore this further, we will analyse the relevant provisions of the Japanese 2021 and 2016 Acts. Before that, however, let us spend a few words on Japan's Authority responsible for licensing space activities falling within the control of spacecraft legal case, including the exploration and development of space resources. Again, referring to the 2016 Act is necessary to find the provision identifying such Authority in Japan's Prime Minister. Article 20(2) states that «a person who intends to obtain the license» shall «submit a written application to the Prime Minister». In contrast, the 2021 Act mentions the Prime Minister as the responsible Authority only indirectly in Article 3(2), where it regulates that «the Prime Minister must not grant a license related to the exploration and development of space resources unless (...)».

Interpreters can find an answer to the aforementioned question in the following provisions. According to Articles 3(1) of the 2021 Act and 20(2) of the 2016 Act, ispace submitted a written application to the Prime Minister specifying a series of information concerning the applicant (ispace) and its mission (M1 or M2, depending on the case), and attaching the documents required by the two legislation and the second-level regulations containing the detailed provisions on authorisation referred to in both norms. Such regulations include the 2021 Cabinet Office Order, previously mentioned, and Cabinet Office Order No. 50 of 2017 (Regulation for Enforcement of the Act on Launching of Spacecraft, etc. and Control of Spacecraft), respectively. Without elaborating in detail on all the information and documents required by the two legislation and respective orders²⁶, it is interesting to note that the 2021 Act imposes additional requirements for the licence application for the exploration and development of space resources.

The Act requests the applicant to submit a business activity plan, which, as specified in Article 3(1) of the 2021 Cabinet Office Order, should take place at the same time as the application form submission regulated by Article 20(2) of the 2016 Space Activities Act. Such a plan shall comprise information regarding the space activity's purpose, period of time, location, methods, and any other content relevant to the activity beyond what is already mentioned, as well as other matters determined by the Cabinet Office Order. These matters are the financial plan and an implementation system of the activities described in the business activity plan (Article 3(2), 2021 Cabinet Office Order).

ispace's business activity plans, for instance, outline the collection of lunar regolith on the Moon and the commercial transaction with a customer as the missions' purposes. However, both missions primarily aimed to demonstrate lunar landing capabilities and lander transportation.

The business activity plans then illustrate the period of time for the scheduled activities: approximately 14 days after the lunar landing, in the first half of 2023 for M1 and 2025 for M2. However, they specified that the operation period may have changed depending on

²⁶ For example, some of the required information includes the name and address of the person carrying out the space activity for which the authorisation is requested, the location of the spacecraft control facility, the spacecraft's purposes, methods of use, configuration, and the mission termination measures. Act on the Promotion of Business Activities for the Exploration and Development of Space Resources (Act No. 83 of 2021).

the circumstances. As noted, the company planned and launched M1 in 2022, while M2 was scheduled for January 2025 at the earliest and was launched on 15 January 2025. In this section, both plans include a table that showcases the detailed activities distributed between the lunar landing and operational phases.

Section 3 of the business activity plans identifies, including graphically, the coordinates of one main landing point and three backups in a hypothetical scenario of no interference. However, they also open the possibility of landing at another safe location if the spacecraft's flight conditions do not allow landing at one of the four predicted points. While ispace's M1 plan sets a landing within a radius of approximately 4 km from each of the identified locations as a target for the mission, the company's M2 plan does not provide any indication in this regard. It is possible that, in light of the fallout from the first mission, the company realised the difficulty in securing a soft landing on the Moon and how this would already constitute a significant achievement. Additionally, both plans specify that natural space resource collection shall occur at the spacecraft's landing point.

The last two sections describe the missions' methods, including the spacecrafts' payload capacity and the content of the business activity.

The business activity plan, as the ones just described, is not to be confused with the control plan that Section 20(2), item (vii) of the 2016 Act requires. The applicant must specify the methods of controlling the spacecraft beyond those already included in the application form in the control plan. The private operator requesting control of spacecraft licence under the 2016 Act must prepare and submit a control plan for any activity falling within this type of authorisation. This plan is equivalent to the launch plan required by the same Act for those applying for a launch licence. It is clear, then, that when ispace applied to obtain the licence for its lunar missions, it *had to submit* both the *control plan* under the 2016 Act and the *business activity plan* under the 2021 Act, along with the activity implementation system and, presumably, the financial plan as per the 2021 Order. The adverb is not coincidental, as the business activity plan has been made public through publication on the official Cabinet Office website. However, the Government did not disclose ispace's financial plan, which leaves us wondering whether the company did not submit the latter at all or, more likely, was not published for reasons of corporate confidentiality.

As commonly governed by national space legislation, licences to engage in the space activities they regulate are subject to requirements and/or conditions that a person applying for a licence and the activity they intend to engage in must meet to obtain that licence²⁷. Japan's space legislation is no different. Article 22 of the 2016 Act imposes a series of requirements, including: the compliance of the purposes and methods of the use of spacecraft with the basic principles of the 2008 Basic Space Act and international space treaties to which Japan is a party, and ensuring public safety²⁸; spacecraft configuration, prevention of harmful contamination to outer space, including the Moon and other celestial bodies, and harmful interference with the activities of other countries²⁹; collision avoidance measures implementation as required in the mission's control plan to prevent harmful contamination of outer space, including the Moon and other celestial bodies, and the applicant's sufficient ability to execute the control plan³⁰; termination measures definition³¹.

When applying for licences, ispace had to ensure that it complied with these requirements. Nevertheless, as can be observed, the application for the licence for the exploration and development of space resources under investigation is more complex. As a result, the 2021 Act imposes additional legal requirements for obtaining such a licence. Therefore, ispace had to comply with both the requirements listed in Article 22 of the 2016 Act and Article 3(2) of the 2021 Act. The latter specifies that the Prime Minister shall not grant a licence unless the

²⁷ M.V. PREST, *Gli operatori privati e l'esercizio delle attività spaziali*, in S. DI PIPPO, S. MARCHISIO, L. VIOLANTE (eds.), *op. cit.*, 226 ss.

²⁸ The principles of the 2008 Basic Space Act to which the purposes and methods of use of the spacecraft shall comply are the peaceful uses of outer space (Article 2), the improvement of citizens' lives (Article 3), industry advancement (Article 4), human society development (Article 5), international cooperation and diplomacy in space development and use (Article 6), and due consideration for the environment (Article 7). Basic Space Law (Law No. 43 of 2008).

²⁹ This requirement includes measures such as mechanisms to prevent unintended dispersion of space objects, interference during separation or docking, anomaly-induced breakups, re-entry damage to third parties, and environmental deterioration on Earth from substances derived from or present on other celestial bodies. Cabinet Office National Space Policy Secretariat, *Guidelines on License Related to Control of Spacecraft*, 2018.

³⁰ These measures include preventing interference during spacecraft separation and docking, mitigating risks of anomaly-induced breakups, avoiding collisions with other spacecraft, and establishing an organisational structure for spacecraft control.

³¹ Such measures might include the following activities: controlled re-entry of the spacecraft into the Earth's atmosphere, transfer to a graveyard orbit, and insertion into the orbit of another celestial body. The 2017 Cabinet Office Order provides more detailed regulations for some of these requirements, including those related to termination measures.

applicant, or their representative in case of death, has «sufficient ability to execute the business activity plan» (Article 3(2), item (ii), 2021 Space Resources Act). Nevertheless, neither the 2021 Act nor the 2021 Cabinet Office Order provides further details on what «sufficient ability» should mean, deferring the relevant assessment to the Prime Minister. Space activities in general, and even more so those regulated by the 2021 Act as emerging activities, are typically complex, costly, and high-risk. In light of this, national space legislation typically requires that the operator intending to perform the space activity for which they request authorisation possess adequate technical, professional, and financial capabilities, as well as personal respectability. It is possible that the Japanese Authority responsible for authorising, namely the Prime Minister, may take such parameters into account in its assessment of the case at hand.

For the sake of completeness, it is worthy of note to underline that Article 3(2), item (i) of the 2021 Act also calls out as a requirement for licensing that the business activity plan complies with the 2008 Basic Space Act's basic principles, the international space treaties to which Japan is a party and ensures public safety. As mentioned, Article 22 of the 2016 Act, which Article 3(2) refers to, already regulated these requirements. The rationale for the Japanese legislature's decision to recall these elements in the 2021 Act, despite the reference to Article 22, may be found in their relevance to the exercise of space activities.

Finally, the Prime Minister is responsible for inspecting the fulfilment of the aforementioned requirements and cannot grant the authorization if the applicant and their activity do not meet them. However, under Article 3(3) of the 2021 Act, the Prime Minister must consult with the Minister of Economy, Trade and Industry to evaluate the fulfilment of the requirements before issuing the licence. The Prime Minister's consultation is another special rule introduced by the 2021 Act for the exploration and development of space resource licences, which does not apply to other types of activities regulated under the 2016 Act.

As can be observed, the 2021 Act's legal regime for the exploration and development of space resources is a special regime that, although based on the control of spacecraft discipline under the 2016 Act, deviates from its provisions to some extent by laying out additional requirements for applying for and granting authorisation and a special authorisation procedure. These rules highlight the Japanese

legislator's intention to subject this type of licences to additional State control.

3. Among ispace's M1 and M2 lunar activities, a particular one concerned the collection of lunar regolith passively, namely without experimenting with mining techniques. Since the activity is the same for both missions, we will only refer to M2 for simplicity. The activity aimed to absorb shock from the lunar landing through the four footpads attached to the spacecraft's landing leg tips and passively accumulate the sediments. Notably, the plans for M2 were initially different. If ispace had completed its M1 mission as planned, M2 would have experimented with an alternative collection technique. It would have harvested the lunar regolith using a shovel developed by the Sweden-based Epiroc AB³². This detail is important because, on the one hand, it gives us a sense of the resourcefulness and interest of private actors such as ispace in conducting activities related to the exploration and exploitation of lunar natural resources and, on the other hand, it reveals how we are still far from possessing technological capabilities that would allow full exploitation of such resources and, consequently, from the potential emergence of a private market in this area as some suggest.

After the passive retrieval of lunar sedimentary layers, ispace planned to transfer the ownership of the collected regolith to a customer, NASA, through a commercial transaction conducted without physical delivery during the mission. This transaction should have been completed before the mission's termination measure, as it formed part of ispace's lunar activities, and the company therefore included it in the business activities plan submitted with the licence application³³. The plan provides that once the company has collected the lunar sediment, it becomes the owner. Consequently, it has the option to transfer ownership to a third party.

The 2021 Space Resources Act explicitly regulates this right in Article 5, which states: «A person who conducts business activities related to the exploration and development of space resources shall acquire the ownership of space resources that have been mined, etc. in

³² Epiroc AB is a productivity and sustainability partner for the mining and construction industries, as well as a corporate partner in the HAKUTO-R program. ispace, *ispace Announces Mission 2 with Unveiling of Micro Rover Design*, 2023, available at <https://ispace-inc.com>.

³³ ispace, *Business Activities Plan*, 2022, cit.

accordance with the business activity plan pertaining to the licence, etc. for the exploration and development of space resources, by possessing said space resources with the intention to own»³⁴.

Thus, Article 5 provides that a person who intends to conduct the activities described acquires ownership of the natural space resources by possessing them with the intention to own. This formulation is grounded in domestic legal terminology. However, it appears to coincide with the concept of *animus possidendi*, traditionally used to express the intent to hold the object as if one were the owner or held another real right over it. In this sense, the mentioned provision is the most critical part of the Japanese Space Resources Act, considering that the debate concerning the legitimacy of acquiring rights over natural space resources under international law remains open. National space legislation, such as Japan's, acts as a unilateral regulatory instrument. Whether these are entirely consistent with international law is itself subject to debate. In fact, the extent to which States can authorise private operators, and the guarantees they can provide, depends on the interpretation of their obligations under international law. In this respect, the licence granted to space is significant, although the company's licenced activities resemble authorisations for sample-return missions rather than full-scale resource exploitation, and should be viewed accordingly.

Against this backdrop, it becomes essential to consider the scope and limitations of the existing international legal framework. Indeed, the UN space treaties do not directly regulate this matter, nor is it within their scope or purpose to do so. Furthermore, although the right to explore and use natural space resources does not appear to be incompatible with the international law of outer space activities – since neither the OST nor any other UN space treaty, apart from the Moon Agreement (1979)³⁵, contains an explicit prohibition or recognition of

³⁴ Act on the Promotion of Business Activities for the Exploration and Development of Space Resources (Act No. 83 of 2021).

³⁵ Article 11(3) of the Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies (Moon Agreement, 1979) expressly addresses property rights over space resources. It prohibits the exercise of such rights over the Moon or its natural resources by either States or private entities, as the Treaty qualifies the Moon and its natural resources as the common heritage of humankind. This legal concept requires the establishment of an international regime to govern the exploitation of natural resources, which was to be created once such activities became feasible; however, no such regime has been established to date. Conversely, Article 6 regulates the right of State Parties to collect and remove samples from the Moon for scientific purposes. Nevertheless, the Moon Agreement has limited legal applicability, as only a limited number of States have ratified it, and the international regime it

such a right – this does not automatically imply that the exercise of any form of rights over natural space resources is inherently compatible with the normative framework of the treaties. There is no international consensus on this issue; rather, it has been the subject of various interpretations for several years.

Notably, international discussions boosted in 2016, when the Legal Subcommittee (LSC) of the UN COPUOS first included space resources as an item on its agenda. In December of that same year, the Hague Space Resources Governance Working Group (HSRGWG) was established. In 2019, it adopted the Building Blocks for the Development of an International Framework on Space Resource Activities. In 2021, the LSC established a five-year Working Group on the Legal Aspects of Space Resource Activity, which is investigating the existing legal regime for the exploration, exploitation, and utilization of natural space resources, as well as the benefits stemming from further supporting the development of such a framework³⁶. Among the various issues at stake is the scope of Article II of the OST on the non-appropriation principle, the interpretation of the term «use» in Article I of the OST on States' freedom to explore and use outer space, including the Moon and other celestial bodies, and the limits to this freedom embedded in the international law governing outer space activities³⁷. These limits extend beyond the prohibition of appropriation

envisions for governing the exploitation of natural space resources has yet to be established. Consequently, its provisions are not recognised as having customary value, and it failed to change the legal regime of the OST (1967), which instead designates the Moon and other celestial bodies as *res communes omnium*. Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, RES 34/68, 1979. See also, S. MARCHISIO, *Lo sfruttamento delle risorse minerarie*, cit., 885-886, and ID., *The Law of Outer Space*, cit., 35-36.

³⁶ S. MARCHISIO, *The Law of Outer Space*, cit., 89-90. For the Commentary of the Building Blocks, O.O. BITTENCOURT NETO, M. HOFMANN, T. MASSON-ZWAAN, D. STEFOUDI (eds.), *Building Blocks for the Development of an International Framework on Space Resource Activities: A Commentary*, The Hague, 2020.

³⁷ Article II of the OST (1967) enshrines the principle of non-appropriation of outer space, including the Moon and other celestial bodies «by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means». This principle represents one of the foundational pillars of the international law of outer space activities. However, as mentioned, neither this article nor other provisions of the Treaty explicitly address the acquisition of rights over natural space resources. Article I of the OST affirms the freedom of exploration and use of outer space, including the Moon and other celestial bodies, «without discrimination of any kind, on a basis of equality and in accordance with international law», and to «access to all areas of celestial bodies». Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, RES 2222 (XXI), 1967. Additionally, both these provisions are commonly recognised as part of international customary law.

and include, *inter alia*, the principle of due regard and the sustainability of outer space activities³⁸.

Nevertheless, although progress has been relatively rapid recently, the international community is only at the beginning of formalizing a shared legal framework on space resource activities. Discussions are focusing on reaching a *consensus on a set of principles* that will guide the exploration, extraction, and utilization of natural resources in outer space, including the Moon and other celestial bodies. The LSC Working Group has adopted a methodical approach to drafting these principles. According to an agreement within the Group, and as announced by its Chair and Vice-Chair in a circular dated 22 July 2024, the initial draft set of recommended principles for space resource activities, prepared by the Vice-Chair, was circulated to LSC Member States on 14 March 2025. This text reflects the efforts of a preliminary phase during which individual States, including Italy, contributed to its development by submitting national documents outlining their perspectives on the principles governing space resource activities.

The draft distinguishes between two parts. Part 1 contains the initial draft of principles, including the preamble, addressing fundamental concepts in the headings of the principles on which a general common understanding appears to exist within the Working Group. Part 2 comprises possible additional draft provisions that remain con-

Accordingly, the right to explore and use natural space resources is generally considered not to be inconsistent with the existing treaty framework. Nonetheless, this interpretation remains contested. Ongoing discussions within the international community continue, *inter alia*, to examine the precise meaning of key terms, such as «use», to clarify the extent to which activities involving natural space resources are permissible under international law. Achieving a uniform and widely accepted interpretation is essential, especially in light of the growing interest of both public and private actors in the exploration and utilisation of natural space resources and the corresponding need for a coherent and universally agreed-upon legal framework. On the interpretation of the principle of non-appropriation, see S. FREELAND, R. JAKHU, *Article II*, in S. HOBE, B. SCHMIDT-TEDD, K.U. SCHROGL (eds.), *Cologne Commentary on Space Law*, vol. I, Köln, 2009, 44-63, and S. MARCHISIO, *The Law of Outer Space*, cit., 85. Regarding the status of the aforementioned principles as customary international law, see S. MARCHISIO, *Lo sfruttamento delle risorse minerarie*, cit., 887. On the legal debate concerning the permissibility of the exploitation, and more specifically the extraction, of natural space resources under the international law of outer space activities, see P. TURRINI, *Recent State practice on the exploitation of space resources: possibly unlawful, probably useless, certainly detrimental*, in *Rivista del Diritto della Navigazione*, 2022, 685-721, and F. VON DER DUNK, *Property Rights Over the Moon or On the Moon? The Legality of Space Resource Exploitation on Celestial Bodies*, in *Journal of Law and Innovation*, 2023, 96-134.

³⁸ For more information on these profiles and others related to the international debate on natural space resources, see S. FREELAND, R. JAKHU, *op. cit.*, 44-63; S. MARCHISIO, *The Law of Outer Space*, cit., 79-90, and ID., *Lo sfruttamento delle risorse minerarie*, cit., 881-889.

tested among Member States. The draft presents these supplementary provisions separately to facilitate focused consideration of the core draft principles in Part 1 and enable Member States to provide further input and propose possible amendments during ongoing discussions³⁹.

To date, the Working Group appears to have reached a consensus on the headings of the principles in Part 1 and is proceeding to discuss the preamble. Following this, a detailed examination of the content of each principle will be conducted⁴⁰. This phased approach, which has postponed substantive discussions on the specific rights exercisable over natural space resources after the consolidation of an initial common understanding, appears effective thus far in fostering a structured and collaborative process.

Within this context, national space legislation regulating the exploration and use of natural space resources currently holds the potential to influence the development of new legal rules in the future. In fact, under international law, domestic legislation may constitute elements of practice, namely a uniform and repeated behaviour over time⁴¹. However, as only four national legislations currently govern space resources, including Japan's 2021 Act, it remains premature to assert that these laws represent an established international practice. Therefore, continued observation of State practice in this domain is essential.

The examination of ispace's legal case study leads to some key considerations. Firstly, the scientific community still faces significant technological challenges to lunar activities. The dangers associated with lunar operations and current technological limitations demonstrate that we are still far from extensive exploration and utilisation of the Moon and its natural resources. We find evidence of this in the failure of ispace's missions and the circumstance that only three licences have been issued for similar activities, all within the scope of the ispace missions under investigation, underscoring the nascent state of this field. Additionally, only a few actors, primarily public entities,

³⁹ United Nations General Assembly, Initial draft set of recommended principles for space resource activities, UN Doc. A/AC.105/C.2/L.339, 2025.

⁴⁰ For insights into the evolving discussions, written contributions from Member States and permanent observers are accessible on the Working Group's dedicated web page, available at www.unoosa.org.

⁴¹ On the concept of practice in international law, see S. MARCHISIO, *Corso di Diritto Internazionale*, Turin, III ed., 2021, 54-56.

have successfully completed missions involving landing on the Moon⁴².

Despite these challenges, we cannot overlook the significant commercial and scientific interest in lunar activities at the national and international levels. As noted, ispace already carried out a second mission, which was very similar to the first one. Additionally, other public and private actors are planning to soft-land and conduct other activities on the lunar soil.

This observation leads us to a third point. The study of the ispace case also brings to light legal knots that require unravelling. Although Japan has introduced first- and second-level rules for regulating activities related to the exploration and use of natural space resources and for their implementation at the national level through a special licensing regime, not all States can boast an implementing legal framework. Another issue concerns the legitimacy of acquiring rights over natural space resources under international law, a topic on which the space community is debating. Internationally, a consensus on a set of principles is being sought. However, in the absence of an established international legal framework, the Japanese and other national space legislation governing this matter may gradually contribute to the development of an international practice if more States adopt similar legal regimes.

Thus, to understand how the legal framework for the exploration and utilisation of natural space resources will further develop in the future, interpreters must also pay attention to the evolving practices and domestic legislation of States in this field.

⁴² As of today, four States have successfully landed on the lunar soil (the US, the former Soviet Union, China, and India, with China being the first and only country to land on the far side of the Moon twice and successfully retrieve lunar samples), while some others attempted but failed. The US-based company Intuitive Machines became the first private operator to land on the Moon in February 2024. To find out more about past, current, and future planned lunar activities, as well as their relevant regulatory framework, see S. MARCHISIO, *Esplorazione e uso della luna, le regole da definire*, in *Start Magazine*, 2024, 25-28, and M.V. PREST, P. MESSINA, *The Next Moon Race: An Evolving Legal and Political Framework*, in T. HOERBER, M. BOROWITZ, A. FORGANNI, B. REYNAUD DE SOUSA (eds.), *Routledge Handbook of Space Policy*, Oxon-New York, 2025, 334-358.

ABSTRACT

*Licensing Lunar Resource Activities:
The Case of the Japan-Based Company ispace*

Matters related to lunar resources are part of the broader issue of exploring and using natural space resources. This article aims to engage in the ongoing debate on such resources by exploring the legal case of the Japan-based company ispace. The Japanese Government granted ispace two licences to land and conduct commercial activities on the lunar soil, including the collection and transfer of ownership of natural lunar resources to a customer, under its 2021 Space Resources Act. These licenses are the first for similar operations, and for the first time, we faced the shift from the *ius* preceding the fact to the fact itself. Consequently, the ispace legal case offers a valuable model for understanding what licences for analogous activities might entail and the potential legal challenges involved. By focusing on Japan's national space legislation, this contribution first explores the international and national legal regimes applicable to the authorisation of commercial lunar resource activities. Secondly, it reflects on the issue of the legitimacy of acquiring rights over natural space resources under international law and the potential contribution of national space legislation to this end.

OSSERVATORIO EUROPEO

RECENTI SVILUPPI DELLE INIZIATIVE EUROPEE IN TEMA DI DIFESA COMUNE TRA TENDENZA AL RIARMO, RIMEDITAZIONE DEI VINCOLI DI BILANCIO E *DEFICIT* DEMOCRATICO

EMMANUEL PAGANO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Piano ReArm e Libro bianco. – 3. Prime riflessioni anche alla luce delle innovazioni in tema di bilancio. – 4. Spese per il riarmo, il caso della Germania e l'impostazione italiana. – 5. Il fondo SAFE. – 6. Conclusioni.

1. A valle del Vertice di Versailles del marzo 2022, convocato dal Presidente francese Macron a seguito dell'invasione russa dell'Ucraina che ha riportato la guerra in Europa, gli Stati membri dell'UE assunsero l'impegno di «rafforzare le capacità di difesa europee», un obiettivo evidentemente non più procrastinabile alla luce degli sconvolgenti eventi deflagrati ai confini dell'Unione europea.

Al fine di analizzare i più recenti sviluppi in tema di Politica di Sicurezza e Difesa Comune (PSDC), è imprescindibile partire da un'analisi del dato positivo che emerge dai Trattati vigenti: a tale politica è dedicata la sez. 2 del capo 2 all'interno del titolo V del TUE, la cui prima disposizione, l'art. 42 TUE, la definisce «parte integrante della politica estera e di sicurezza comune». Si tratta di una politica che ha per obiettivi, come è noto, la gestione di crisi e conflitti esterni piuttosto che una difesa territoriale dell'Europa; tuttavia, l'art. 42, par. 2, prevede che tale politica possa «condurre» ad una difesa comune quando il Consiglio europeo avrà così deliberato all'unanimità¹.

¹ Sullo stato della difesa europea, *ex multis*, si segnalano, R. CIRCELLI, *La difficile costruzione di una politica di difesa comune*, in G. BONVICINI, G.L. TOSATO (a cura di), *Le relazioni internazionali dell'Unione europea dopo i Trattati di Amsterdam e Nizza*, Torino, 2003, 101 ss.; E. CARLI, *La politica di Sicurezza e di difesa comune dell'Unione Europea. Profili di responsabilità internazionale*, 2019; L. PALADINI, *La politica di sicurezza e difesa comune*

È importante fare riferimento, in questa premessa, anche alla norma contenuta nel TUE nota come “clausola di solidarietà” o “clausola di difesa reciproca” o “assistenza reciproca” prevista dall’art. 42, par. 7, che propone un meccanismo analogo a quello stabilito all’art. 5 del Trattato istitutivo della NATO² che, è fondamentale precisare, non pregiudica «il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri» facendo salva, dunque, la scelta di alcuni Stati dell’Unione di attuare una politica di neutralità.

Alla norma di diritto primario ha fatto seguito, più o meno di recente, una lunga serie di atti e condotte politiche per mezzo delle quali la UE ha garantito, non solo, sostegno all’Ucraina – colpendo nel contempo con un imponente apparato sanzionatorio l’economia dello Stato aggressore – ma ha, soprattutto, inteso rafforzare la propria capacità di difesa: primo fra i documenti, è stata la Bussola strategica approvata nel 2022³. Con essa, dopo molti anni, l’UE ha inteso definire una visione strategica della propria politica di sicurezza e di difesa comune per un breve periodo. Sebbene, come è noto, la sua nascita fosse in gestazione da alcuni anni, non vi è dubbio che l’invasione dell’Ucraina abbia avuto un ruolo importante per la sua stesura e la sua pubblicazione.

Fondata su quattro pilastri (azione, sicurezza, investimenti e collaborazione con partner internazionali), caratterizzata da un’ampia lista di iniziative e progetti da attuare per garantire la sicurezza dei cit-

(PSDC), in M.E. BARTOLONI, S. POLI (a cura di), *L’azione esterna dell’Unione Europea*, Napoli, 2021, 289 ss.; M. VELLANO, A. MIGLIO (a cura di), *Sicurezza e difesa comune dell’Unione europea*, 2023; F. FABBRINI ET AL. (eds.), *Getting Serious about Defence Integration: The European Defence Community Precedent*, Dublin European Law Institute, Dublino, 2025, reperibile *online*.

² È la norma che sancisce il principio della “difesa collettiva” dell’Alleanza, che impegna gli Stati membri a proteggersi vicendevolmente all’insegna di uno spirito di solidarietà all’interno dell’organizzazione. Giova ricordare che l’impegno a difendersi reciprocamente non ha mai implicato necessariamente l’uso della forza a sostegno di un Paese dell’Alleanza che fosse stato attaccato. Infatti, esiste una graduazione di possibili soluzioni innanzi ad un illecito internazionale, nella logica di proporzionalità della risposta tipica del diritto internazionale pubblico.

³ Il nome completo del documento è “Una bussola strategica per la sicurezza e la difesa – Per un’Unione europea che protegge i suoi cittadini, i suoi valori e i suoi interessi e contribuisce alla pace e alla sicurezza internazionali”, doc. 7371/22 del Consiglio, del 21 marzo 2022. Per una disamina più approfondita sul contenuto della Bussola, si rinvia a E. FARRUGGIA, *Le strategie di sicurezza dell’UE. Dall’UO alla Bussola strategica*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 2023, 397 ss.; L. MOLA, *Fostering ‘European Technological Sovereignty’ Through the CSDP: Conceptual and Legal Challenges. First Reflections Around the 2022 Strategic Compass*, in *European Papers*, 2023, 459 ss.; G. FIENGO, *La Bussola strategica nel quadro degli strumenti di politica di difesa e sicurezza comune*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2024, 219 ss.

tadini europei, l'aspetto maggiormente rilevante contenuto nella Bussola è rappresentato, indubbiamente, dall'annuncio dello sviluppo di una capacità di dispiegamento rapido di 5.000 uomini da impiegarsi in ambienti ostili e per diversi tipi di crisi⁴. Sul punto, ivi si fa riferimento, ai "gruppi tattici sostanzialmente modificati"⁵ dell'UE, ossia ai *Battlegroups* – unità militari multinazionali composte da 1500 membri – che esistono dal 2007, mai impiegati; la Bussola afferma l'intenzione di procedere ad una loro revisione al fine di consentirne un efficace spiegamento sulla base di esercitazioni integrate a cadenza regolare che, in effetti, hanno trovato attuazione nel 2023 con la prima esercitazione militare dal vivo denominata MILEX 23 (compiuta in Spagna nell'ottobre 2023), quindi con una seconda nel 2024 (MILEX 24 compiuta a Bruxelles) e un'ultima nel 2025 (MILEX 25)⁶.

Nel presente lavoro si intendono analizzare le ultime iniziative assunte dalle istituzioni nel settore della difesa unificando una prospettiva giuridica ad una economica e valutando, più in dettaglio, quale possa essere l'impatto derivante da un annunciato, straordinario piano di riarmo sulle economie degli Stati membri. Da un punto di vista metodologico, si effettuerà un'analisi dei documenti prodotti dalle istituzioni, della loro ricezione negli ordinamenti dei singoli Stati membri e un approfondimento sulla valutazione operata dalla dottrina, con particolare riferimento al dibattito scientifico italiano, sia in relazione alle iniziative di difesa comune che alle misure assunte per assicurare la sostenibilità dei bilanci nazionali. Operata l'individuazione del materiale di studio, si interrogherà lo stesso per capire e tracciare

⁴ «Dobbiamo essere in grado di rispondere a minacce imminenti o di reagire rapidamente a una situazione di crisi al di fuori dell'Unione in tutte le fasi del ciclo di un conflitto. A tal fine svilupperemo una capacità di dispiegamento rapido dell'UE che ci consentirà di dispiegare rapidamente una forza modulare di un massimo di 5 000 militari, comprese componenti terrestri, aeree e marittime, oltre che i necessari abilitanti strategici. Una tale capacità modulare può essere impiegata in diverse fasi di un'operazione in un ambiente non permissivo, quale prima forza di intervento, rinforzo o forza di riserva per mettere in sicurezza l'uscita», *Bussola strategica*, 14.

⁵ «La capacità consisterà di gruppi tattici dell'UE sostanzialmente modificati e di forze e capacità militari degli Stati membri individuate in precedenza, conformemente al principio della "riserva unica di forze», *Ibidem*. In argomento, si segnala C.O. MEYER, T. VAN OSCH, Y. REYKERS, *From EU battlegroups to Rapid Deployment Capacity: Learning the right lessons?*, in *International Affairs*, 2024.

⁶ L'esercitazione militare MILEX 25 è stata suddivisa in due parti: nella prima sono effettuate esercitazioni del posto di comando che simulano le procedure di allerta dell'UE e testano le misure militari di reazione rapida preselezionate, nella seconda – attuata a Budapest dal 25 marzo al 10 aprile – è svolta un'esercitazione dal vivo (LIVEX) che simula il dispiegamento delle forze, dunque le truppe sono schierate sul campo dove si svolge l'addestramento tattico in una zona di conflitto simulata.

le reciproche influenze tra piano di riarmo e politiche di bilancio per verificare quale delle due esigenze abbia oggi una prevalenza nella considerazione degli ordinamenti UE e degli Stati membri.

Particolarmente significativa, da tale punto di vista, pare essere la scelta della Germania di abbandonare la propria tradizionale politica di *austerità* per poter finanziare massicciamente il proprio apparato militare. Una svolta politico-economica di questo genere è certamente degna di attenta analisi non tanto, e non solo, per le ricadute che potrebbe generare negli altri Stati dell'Unione, ma anche per il rischio, che inevitabilmente comporta, di dar vita ad un'Europa a più velocità quando, invece, l'obiettivo di una politica di difesa più ambiziosa dovrebbe essere il raggiungimento di una vera, autentica autonomia strategica; per quanto riguarda il diritto, si tratta poi di verificare la coerenza tra quest'approccio ed il tessuto costituzionale.

2. A dimostrazione di quanto il tema della difesa europea abbia avuto in questi ultimi tempi una rinnovata centralità nell'agenda delle istituzioni UE, nel marzo 2025 a distanza di pochi giorni: 1. il Consiglio europeo ha approvato il discusso piano sul riarmo in Europa, inizialmente denominato "ReArm Europe" – nome poi modificato in "Readiness 2030"⁷ – con il quale si intende lanciare un piano straordinario di riarmo nei Paesi membri per una cifra pari a 800 miliardi di euro; 2. immediatamente dopo, la Commissione ha pubblicato il Libro bianco per la preparazione della difesa europea 2030⁸.

La rapida successione con la quale i due documenti sono stati presentati non può certo sorprendere: dopo le elezioni presidenziali USA del novembre 2024, i profondi mutamenti verificatisi sul piano politico a livello mondiale hanno, di fatto, relegato l'UE in una pericolosa morsa dalla quale essa (tanto per fare un esempio: esclusa dal tavolo dei negoziati per la pace in Ucraina) intende evidentemente uscire⁹.

⁷ Il cambio di denominazione del piano si è reso necessario – si potrebbe dire – a fronte di importanti rimostranze espresse da alcuni Stati membri (i Governi italiano e spagnolo *in primis*) oltre che da una non trascurabile fetta di opinione pubblica.

⁸ Libro bianco congiunto della Commissione e dell'Alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza, del 19 marzo 2025, *Per la preparazione della Difesa Europea per il 2030*, JOIN (2025) 120, reperibile *online*.

⁹ La Presidente della Commissione von der Leyen ha presentato il piano "ReArm Europe" con le seguenti parole: «Perché la questione non è più se la sicurezza dell'Europa sia minacciata in modo molto concreto. O se l'Europa debba assumersi una maggiore responsabilità per la propria sicurezza. In realtà, le risposte a queste domande le conosciamo da tempo. La vera domanda che abbiamo di fronte è se l'Europa sia pronta ad agire con la stessa determinazione

In riferimento al piano “Readiness 2030” – per quanto ancora non se ne conoscano i dettagli e risulti alquanto difficile immaginare il suo concreto sviluppo¹⁰ – è possibile effettuare una prima, seppur parziale riflessione: di fronte ad un progetto così ambizioso, immaginato per indurre gli Stati membri ad impiegare un volume di risorse economiche in programmi nazionali di riarmo come mai accaduto sinora – scorporando tali spese dai calcoli sul *deficit* del Patto di stabilità e crescita – non pare errato sostenere che intenda muovere l’UE nella direzione opposta rispetto all’obiettivo di realizzare finalmente una difesa comune.

L’intento, neanche tanto velato, di questo piano è in buona sostanza quello di interrompere la dipendenza dell’Europa dagli Stati Uniti nell’approvvigionamento di materiali bellici e nella difesa muovendo l’Unione, però, nella direzione opposta rispetto al raggiungimento della tanto agognata “autonomia strategica”, concetto introdotto dalla Strategia globale per la Politica estera e di sicurezza dell’Unione del 2016¹¹ e riaffermato nella Bussola: tale concetto si riferisce all’avvio di un programma finalizzato alla realizzazione della difesa comune. Dopotutto, la situazione attuale presenta inquietanti analogie con quella altrettanto drammatica degli anni ‘50 del secolo scorso, che condussero alla proposta del trattato sulla Comunità europea di difesa mai andata in porto. L’auspicio è che si possa apprendere dagli errori del passato. Al contrario, il piano pare limitarsi a incentivare i singoli Stati europei a una più semplice corsa al riarmo¹².

Più in dettaglio, i 5 punti sui quali è strutturato il piano sono: 1. spese per la difesa escluse dai parametri dal Patto di stabilità; 2. debito

che la situazione impone»; Dichiarazione della Presidente della Commissione, 4 marzo 2025, Bruxelles, reperibile *online*.

¹⁰ È stato presentato dalla Presidente della Commissione nell’ambito di una conferenza stampa durata appena 6 minuti.

¹¹ Il nome del documento era “Visione condivisa, azione comune: un’Europa più forte”. Presentato al Consiglio europeo in data 28 giugno 2016 dall’allora Alto rappresentante Federica Mogherini, era strutturato intorno a cinque obiettivi dell’azione esterna: sicurezza dell’Unione; resilienza degli stati e delle società ad est e a sud; approccio integrato a crisi e conflitti; ordini regionali cooperativi; e governance globale nel ventunesimo secolo. In particolare, in riferimento al discorso che qui si sta conducendo, era affermato: «Mentre la NATO esiste per difendere i suoi membri – per la maggior parte europei – dagli attacchi esterni, gli europei devono disporre di strumenti, formazioni e organizzazione migliori per contribuire in modo decisivo a tali sforzi collettivi, nonché per agire autonomamente se e quando necessario. Un adeguato livello di ambizione e di autonomia strategica è importante per la capacità dell’Europa di promuovere la pace e salvaguardare la sicurezza all’interno e all’esterno delle sue frontiere», 16.

¹² Sul tema riarmo ed Europa, si segnala R. CARANTA, *The EU’s Role in Ammunition Procurement*, in *European Papers*, 2023, 1047 ss.

europeo per fornire prestiti agli Stati a interessi più bassi; 3. destinazione alla difesa di parte dei fondi di coesione già programmati; 4. investimenti privati grazie al Mercato unico; 5. finanziamenti della Banca europea degli investimenti. Si tratta di un piano, infatti, così come inizialmente prospettato, destinato ad incidere sulle capacità di spesa degli Stati e congegnato per incentivare massicci investimenti nel settore delle armi: è sufficiente, a tal proposito, analizzarne i primi due punti.

In base al primo punto, infatti, si intende “liberare” in favore dei Paesi membri l’uso dei finanziamenti pubblici nel settore della difesa, riconoscendo loro, quindi, la possibilità di contrarre ulteriori debiti senza il rischio di incorrere in una procedura di infrazione per eccessivo *deficit*¹³. Al secondo punto, invece, è prevista la creazione di un nuovo strumento per garantire prestiti in favore degli Stati per una somma pari a 150 miliardi di euro da spendere per investimenti congiunti nel settore della difesa. In questo caso, l’obiettivo dichiarato è quello di favorire investimenti comuni tra gli Stati, aspetto che, come è noto, ha rappresentato il principale ostacolo per lo sviluppo della difesa europea.

Un programma così strutturato, in uno scenario internazionale che cambia costantemente e viaggia in direzioni incognite, fondato sulla premessa fondamentale che siamo nell’«era del riarmo»¹⁴ e, perciò, immaginato per incoraggiare gli Stati europei ad aumentare le proprie spese sulla difesa, a parere di chi scrive parrebbe rappresentare un piano *Burden sharing 2.0*¹⁵, attuato però fuori dal perimetro NATO.

Leggermente differente è il fuoco del secondo documento delle istituzioni. La pubblicazione del Libro bianco da parte della Commissione è stata importante per comprendere meglio alcuni punti del “Readiness 2030” non ancora del tutto definiti e dei quali, dunque, ha inteso fornire «un quadro di riferimento».

Le premesse fondamentali, sulle quali è stato “strutturato” il Li-

¹³ «Ed è per questo motivo che proporremo di attivare la clausola di salvaguardia nazionale del patto di stabilità e crescita. Ciò consentirà agli Stati membri di aumentare significativamente le spese per la difesa senza innescare la procedura per i disavanzi eccessivi. Pertanto, se gli Stati membri aumentassero la spesa per la difesa in media dell’1,5% del Pil, ciò potrebbe creare uno spazio fiscale di quasi 650 miliardi di euro in un periodo di quattro anni», Dichiarazione della Presidente della Commissione, cit., 1.

¹⁴ «Siamo in un’epoca di riarmo. E l’Europa è pronta ad aumentare in modo massiccio la spesa per la difesa», *ibidem*.

¹⁵ È l’accordo raggiunto in seno al vertice NATO di Seaport in Galles (settembre 2014) che sancì l’impegno di tutti gli Stati membri a impiegare il 2% del proprio Pil in spese militari.

bro bianco, sono in pratica le stesse che caratterizzarono a suo tempo la stesura della Bussola strategica: il riferimento alla proliferazione di minacce dalle quali è accerchiata l'Unione (tra le quali in primo luogo le minacce ibride), la necessaria collaborazione con la NATO e, ovviamente, l'importanza di un sostegno efficace in favore dell'Ucraina¹⁶.

In merito al supporto garantito a quest'ultima da parte dall'UE, nel Libro bianco non sono contenuti elementi di sostanziale novità se non l'annuncio del lancio di una strategia c.d. *porcospino* «in grado di scoraggiare eventuali ulteriori attacchi e di garantire una pace duratura»¹⁷.

Quindi, Stati membri ed Unione si pongono l'obiettivo di rafforzare la capacità di difesa e di sicurezza dell'Ucraina evidenziando, quindi, le priorità volte a garantire un sostegno efficace in favore di quest'ultima: innanzitutto, aumentando l'assistenza (non solo militare) all'Ucraina e, in secondo luogo (aspetto maggiormente interessante a parere di chi scrive) la necessità di associare l'Ucraina alle iniziative dell'UE per lo sviluppo delle capacità di difesa e l'integrazione delle rispettive industrie della difesa.

Il documento è incentrato su sette aree prioritarie¹⁸, ritenute fondamentali per costruire una difesa europea, e presenta alcuni aspetti di indubbio interesse. Gli elementi di maggior rilievo sono, però, contenuti nel par. 7 del documento – intitolato «Aumento della spesa per la difesa» – nell'ambito del quale la Commissione ha precisato in qual modo intende raccogliere i 150 miliardi di prestiti annunciati nel piano “Readiness 2030” destinati ad essere investiti nei Paesi membri.

A tal riguardo, la Commissione ha presentato una proposta di regolamento per la creazione di un nuovo strumento denominato SAFE (acronimo inglese di *Security Action for Europe*) dal valore, appunto,

¹⁶ «Come si evince dal Libro bianco, il sostegno all'Ucraina è il compito immediato e più urgente per la difesa europea. L'Ucraina rappresenta attualmente la prima linea che resiste a una guerra di aggressione guidata dalla più grande minaccia alla nostra sicurezza comune», Libro bianco per la difesa, cit., 3. In riferimento al supporto garantito dall'UE in favore dell'Ucraina, v. A. MIGNOLLI, *European Peace Facility e fornitura di armi all'Ucraina: l'Unione europea tra pace e guerra*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2022, 257 ss.; G. IRTO, I. KHARITONOV, T. NISHIKAWA, C. TREBESCH, *Ukraine Aid: How Europe Can Replace US Support*, in *Kiel Policy Brief*, n. 186, 2025, reperibile *online*.

¹⁷ Libro bianco per la difesa, cit., 14.

¹⁸ Esse sono: 1) Introduzione; 2) Un contesto strategico in rapido deterioramento; 3) Pronteggiata europea 2030; 4) Colmare le lacune; 5) Incremento del sostegno militare all'Ucraina ('Strategia Porcospino'); 6) Un'industria della difesa europea forte ed innovativa; 7) Aumento della spesa per la difesa.

di 150 miliardi di euro ed immaginato per incentivare appalti comuni fra almeno due Stati membri o, in alternativa, tra uno Stato membro ed un altro che sia uno Stato EFTA, un membro del SEE o l'Ucraina.

Da un punto di vista giuridico, l'elemento di maggior interesse di questa iniziativa è stato rappresentato, indubbiamente, dalla volontà dell'esecutivo europeo di servirsi dell'art. 122 TFUE¹⁹ per l'istituzione di questo nuovo meccanismo.

Infatti, l'applicazione di una norma dal carattere eccezionale e dalla portata residuale, immaginata per garantire assistenza finanziaria in favore di uno Stato membro «che si trovi in difficoltà» al fine di consentire, invece, l'impiego di ingenti somme nel settore della difesa ha destato inevitabilmente molte perplessità, anche alla luce del fatto che il Parlamento europeo – sulla base dell'art. 122 TFUE – è stato fin da subito escluso dalla procedura²⁰.

Questa ultima ipotesi non costituisce una novità: è sufficiente in questa sede ricordare come anche nell'ambito dell'attuazione nei singoli Stati dei progetti legati ai fondi PNRR, a fronte del ruolo di protagonista assoluto rivestito dalla Commissione, il Parlamento europeo sia stato relegato alla pressoché totale irrilevanza a ragione dell'uso della stessa base giuridica²¹.

¹⁹ F. SCIAUDONE, *Commento all'art. 122 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, II ed., 2014, 1311 ss.

²⁰ Premettendo che l'art. 122 par. 2, TFUE dispone: «Qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro interessato. Il presidente del Consiglio informa il Parlamento europeo in merito alla decisione presa», può evidentemente desumersi come si tratti di una procedura accelerata della quale l'Unione può servirsi in casi del tutto eccezionali, agendo in tempi e modi più celeri per rispondere a situazioni emergenziali. Giova ricordare, a titolo d'esempio, che tale disposizione ha costituito la base giuridica per l'adozione del regolamento (UE) n. 407/2010 che ha istituito un meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF) come anche del regolamento (UE) n. 2020/672 con il quale è stato creato il meccanismo SURE per sostenere gli Stati membri nel salvaguardare i posti di lavoro e contrastare la disoccupazione a seguito della pandemia da COVID-19. Sull'utilizzo dell'art. 122 TUFUE si segnalano, *ex multis*, P. MENGOZZI, *L'idea di istituire un meccanismo di assistenza per l'approvvigionamento energetico modellato sull'operare del SURE ed il Regolamento (UE) 2022/2576 del Consiglio*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2022, 699 ss.; M. CHAMON, *The non-emergency economic policy competence in Article 122(1) TFEU*, in *Common Market Law Review*, 2024, 1501 ss.; P. DERMINE, *Article 122 TFEU and the future of the Union's emergency powers*, in *EU Law Live*, 23 gennaio 2024.

²¹ La bibliografia sul ruolo marginale riservato al Parlamento europeo nell'ambito della *governance* economica dell'UE è assai ampia; in questa sede ci si limita a rimandare a C. FASSONE, *European economic governance and parliamentary representation. What place for the European parliament?*, in *European Law Journal*, 2014, 164 ss.; E. BRESSANELLI, N.

È questa, evidentemente, la ragione per la quale quest'ultimo appare deciso più che mai a ritagliarsi uno spazio nel delicato contesto economico politico attuale, come testimoniato dal voto all'unanimità espresso nella Commissione per gli affari giuridici (nota come JURI) la quale ha adottato una raccomandazione non vincolante per mezzo della quale è stato approvato il parere del servizio giuridico, secondo cui non può essere utilizzato dall'esecutivo europeo l'art. 122 TFUE come base giuridica per l'istituzione del meccanismo SAFE. Più nello specifico, sulla base dell'art. 138 del regolamento interno del Parlamento europeo, la Commissione JURI ha espresso la sua contrarietà in merito all'impiego della procedura d'urgenza prevista dall'art. 122 TFUE – il quale si apre con la dicitura «Fatta salva ogni altra procedura prevista dai trattati» – in quanto mancherebbe il presupposto essenziale dato dallo stato di emergenza a giustificare la sua esclusione dalla procedura legislativa. La Commissione, tuttavia, certa che l'Unione si trovi attualmente in una “situazione di emergenza eccezionale” che richiede un immediato e massiccio incremento della spesa nell'industria della difesa, considerato come tale norma abbia già rappresentato dall'inizio delle ostilità in Ucraina una base giuridica per l'adozione di importanti provvedimenti (si pensi al regolamento relativo a un intervento di emergenza per far fronte ai prezzi elevati dell'energia)²², ha scelto di non indietreggiare sul punto, mantenendo intatta la base giuridica data dall'art. 122 TFUE che ha determinato, quindi, l'adozione del regolamento SAFE²³ – in data 27 maggio 2025 – che rappresenta, dunque, la prima concretizzazione del piano “Readiness 2030”.

A tal riguardo, non pare errato evidenziare come l'esclusione totale del Parlamento europeo nell'ambito della creazione di uno strumento di grandissimo impatto sulle politiche degli Stati, in una fase di per sé già particolarmente complessa, non sembra essere stata la soluzione preferibile, considerato come la Commissione JURI del PE, per tutta risposta, ha votato a favore dell'attivazione di un ricorso dinanzi alla Corte di giustizia contro il Consiglio.

Infine, nel Piano è prevista l'attivazione della clausola di salva-

CHELOTTI, *The European Parliament and economic governance: Explaining a case of limited influence*, in *The Journal of Legislative Studies*, 2018, 72 ss.

²² Si fa riferimento, per onor di cronaca, al regolamento (UE) n. 2022/1854 del Consiglio del 6 ottobre 2022.

²³ Regolamento (UE) n. 2025/1106 del Consiglio del 27 maggio 2025 che istituisce lo strumento di azione per la sicurezza dell'Europa (SAFE) mediante il rafforzamento dell'industria europea della difesa.

guardia nazionale del Patto di stabilità e crescita per garantire maggiore flessibilità per l'aumento della spesa per la difesa, aspetto che sarà con maggior dettaglio analizzato *infra* § 3.

La breve analisi dei tre documenti sin qui condotta consente di concludere con alcune riflessioni sullo stato della difesa europea.

Come già indicato, posto che la Bussola strategica ed il Libro bianco si presentano in più punti come documenti ampiamente sovrapponibili, nel secondo dei succitati testi è dichiarato, senza mezzi termini, come l'Europa sia chiamata a «fare molto di più se vuole ripristinare una deterrenza credibile» e gli Stati membri, quindi, sono sollecitati ad agire in modo solidale investendo di più nella difesa collettiva. A tal riguardo, però, non può non sorprendere la mancanza nel Libro bianco di qualsivoglia riferimento al progetto di modifica dei “gruppi tattici” dell'Unione di cui nella Bussola che ne annunciava il concreto sviluppo mediante esercitazioni a cadenza regolare (poi effettivamente eseguite).

Sembrava, dunque, che sul punto l'Unione avesse assunto un preciso impegno, dopo anni di assoluto immobilismo al riguardo, e che la questione dell'attivazione di una capacità di migliaia di militari (a ben vedere effettivamente pochi) avesse oramai acquisito i crismi dell'assoluta priorità nell'ambito dell'attuazione di una efficace politica di difesa comune europea. Nel Libro bianco, invece, non vi è alcuna traccia del loro stato né tantomeno del loro concreto sviluppo.

Sarebbe stato ragionevole attendersi in questo documento, alla luce di un quadro geopolitico attuale dal carattere particolarmente instabile²⁴, se non proprio una rinnovata centralità per la capacità di dispiegamento rapido, quantomeno un riferimento ad un ulteriore “step” riguardante il loro processo di sviluppo e crescita data la premessa fondamentale secondo la quale l'Europa è chiamata ad impegnarsi di più al fine di garantire una “deterrenza credibile”²⁵.

Niente di tutto questo, invece. L'assenza di qualsiasi riferimento sul punto deve esser letta, a quanto pare, come una perdita di rilevanza di un progetto che pareva, invece, imboccato sul percorso di un decisivo sviluppo a tutto vantaggio di una corsa al riarmo che graverà, invece, sui singoli Stati alcuni dei quali già in clamoroso ritardo rispetto all'obiettivo del *Burden sharing* fissato nel 2014. Per tale ragione, un piano così congegnato si configura più come un insieme di strumenti

²⁴ «Dal 2022, abbiamo assistito a una guerra ad alta intensità su larga scala ai confini dell'Unione europea (...)», Libro bianco per la difesa, cit., 2.

²⁵ *Ibidem*.

di bilancio che non un programma finalizzato a dotare finalmente l'Europa di un esercito comune. Tali aspetti saranno analizzati più diffusamente nel paragrafo che segue.

3. Gli ultimi documenti sembrano tracciare un sentiero deciso verso il riarmo da parte degli Stati membri, a cui vengono concessi spazi di manovra attraverso l'allentamento dei vincoli europei di bilancio. Il tema della difesa comune sta, quindi, lentamente scivolando verso l'introduzione di regole e meccanismi di minore rigidità contabile; risulta, quindi, utile concentrare l'attenzione su come tali aspetti di normazione europea siano stati influenzati dalle più recenti iniziative in tema di difesa, che inizialmente non avevano coinvolto quest'ambito delle politiche comuni.

In effetti, proprio in considerazione della ventilata possibilità per gli Stati UE di poter effettuare ulteriori spese per il riarmo scorporate dal Patto di stabilità e crescita, alcune riflessioni sulle conseguenze che una simile svolta potrebbe comportare nelle capacità di spesa degli Stati membri dell'Unione paiono quantomai opportune²⁶.

È noto, in primo luogo, come in conseguenza della grave crisi economica deflagrata anni addietro in alcuni Stati membri e capace di attentare alla sicurezza della zona euro, le istituzioni abbiano agito adottando importanti misure – come il “Six pack” del 2011 e il “Two pack” del 2012 – per ridurre gli squilibri macroeconomici e per garantire la sostenibilità delle politiche nazionali²⁷.

²⁶ Si vedano, in argomento, S. GRUND, A. STEINBACH, *European Union debt financing: leeway and barriers from a legal perspective*, Bruegel Working Paper, n. 15, 2023, reperibile *online*; E. ILZETZKI, *Guns and growth: The economic consequences of defense buildups*, Kiel Report, n. 2, 2025, reperibile *online*.

²⁷ Il pacchetto “Six pack”, nato per integrare e modificare l'originario “Patto di stabilità e crescita” del 1997, ha determinato la creazione di un meccanismo di sorveglianza delle politiche economiche degli Stati prevedendo, in particolare, una procedura volta a individuare, prevenire e correggere squilibri macroeconomici. In particolar modo, è stata introdotta una sorveglianza di bilancio aggiuntiva per i Paesi della zona euro, un meccanismo di sanzioni nei riguardi degli Stati per garantire la correzione dei succitati squilibri e, inoltre, l'istituzione - sulla base del regolamento (UE) 1175/2011 - della disciplina del “Semestre europeo” per il coordinamento *ex ante* delle politiche economiche degli Stati membri. Oltre alla sorveglianza, per mezzo del regolamento (UE) 1176/2011 è stato introdotto anche un meccanismo volto a prevenire gli squilibri macroeconomici: spetta alla Commissione il compito di valutare periodicamente i rischi che ne sono connessi sulla base di precisi indicatori. Quindi, successivamente, mediante il secondo pacchetto di riforme noto come “Two pack”, è stato ulteriormente integrato e rafforzato il quadro della governance economico-finanziaria dell'Unione. In particolare, il regolamento (UE) 472/2013 ha stabilito l'obbligo per ciascun Stato di sottoporre entro ottobre il progetto di bilancio per l'anno seguente e sul quale la Commissione ha competenza a pronunciarsi. Sul punto si vedano, P. BILANCIA, *La nuova governance*

Il complesso delle riforme ha portato a modifiche anche costituzionali in alcuni Stati membri²⁸. A oggi, però, il quadro normativo va analizzato alla luce della riforma del Patto di stabilità e crescita compiuta nel 2024, resasi necessaria in seguito alla pandemia da COVID-19 (che già aveva determinato la sospensione delle regole di bilancio dal 2020 al 2023 e comportato l'attivazione della clausola di salvaguardia generale) che è stata, quindi, causa ed origine della modifica del Patto, che fu stipulato e sottoscritto ancor prima dell'entrata in vigore della moneta unica nel 1997²⁹.

Posto che, probabilmente, l'elemento maggiormente rilevante della riforma è dato dal passaggio da un sistema di regole e obiettivi uguali per tutti ad un sistema caratterizzato da percorsi di riduzione del debito negoziati fra la Commissione e il singolo Stato membro, pare qui opportuno soffermarsi su un aspetto in particolare del nuovo Patto: la capacità di spesa degli Stati.

A fronte della regola generale, secondo cui – in base alla dimen-

dell'Eurozona e i «riflessi» sugli ordinamenti nazionali, in *Federalismi.it*, n. 23, 2012; D. PERROTTA, *Le nuove sfide della finanza pubblica: principi e strumenti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2025, 229 ss.

²⁸ In questa breve panoramica avente per oggetto l'insieme delle riforme della *governance* economica europea, è importante rammentare la creazione del “Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione Economica e monetaria” più noto come *Fiscal Compact*, concluso nel 2012, entrato in vigore il 1° gennaio 2013 e che è stato strutturato sul principio cardine dell'inserimento del pareggio di bilancio nel quadro legislativo di ciascun Stato contraente. Tale previsione ha determinato, come noto, l'inserimento nella nostra Costituzione del principio del pareggio di bilancio all'art. 81 il quale stabilisce, al primo comma, che lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle diverse fasi – avverse o favorevoli – del ciclo economico. Critico, al riguardo, F. BILANCIA, in *Note critiche sul c.d. “Pareggio di bilancio”*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n. 2, 2012, il quale parla di “forsennata pressione” da parte delle istituzioni europee, dei governi di alcuni Stati membri dell'UE, delle istituzioni finanziarie internazionali e dei mercati per mezzo della quale è stata data attuazione alla succitata modifica costituzionale.

²⁹ Pertanto, rimanendo invariate le regole di bilancio contenute nei Trattati, la riforma è stata attuata mediante l'adozione di un pacchetto avente per oggetto due regolamenti ed una direttiva. Entrata in vigore il 30 aprile 2024, la riforma ha comportato, più precisamente, l'entrata in vigore della direttiva 2024/1265/UE con la quale è stata modificata la direttiva 2011/85/UE relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri, il regolamento (UE) 2024/1263 relativo al coordinamento efficace delle politiche economiche e alla sorveglianza di bilancio multilaterale e che abroga il regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio (c.d. “braccio preventivo”), il regolamento 2024/1264 con il quale è stato modificato il regolamento (CE) n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi (c.d. “braccio correttivo”) mentre il primo “Patto” era composto dai regolamenti (CE) n. 1466/97 e (CE) n. 1467/97 del Consiglio, nonché dalla risoluzione del Consiglio europeo del 17 giugno 1997. In proposito, si segnala, *ex multis*, M. MINARDI, *La riforma del Patto di Stabilità e Crescita: un compromesso tra sostenibilità delle finanze pubbliche e solidarietà finanziaria*, in *Quaderni AISDUE*, n. 1, 2025. 1 ss.

sione del debito pubblico di ciascun Stato – la Commissione ha il potere di indicare un percorso di aggiustamento dei conti pubblici che ha per riferimento la spesa netta primaria, con conseguente valutazione di anno in anno se il debito di uno Stato sia stato effettivamente ridotto, sono state previste alcune eccezioni al calcolo di questo parametro, tra cui rientra – in coerenza con i documenti esaminati al precedente paragrafo – la spesa per la difesa.

Tale nuovo assetto è destinato ad avere un peso specifico per i Paesi maggiormente indebitati, tra i quali rientra l'Italia, chiamata, una volta di più, a seguire un virtuoso percorso di riforme per non incorrere nelle sanzioni che il nuovo Patto ha inasprito³⁰ e contemporaneamente ad onorare i propri impegni per un miglioramento dei propri arsenali.

4. L'aspirazione europea a conseguire una effettiva autonomia strategica dagli Stati Uniti, alla luce dell'iniziativa assunta dalla Commissione e dall'approvazione, come già riferito, in seno al Consiglio europeo del piano "Readiness 2030", ha trovato immediatamente riscontro in Germania dove, nel marzo scorso, il Parlamento ha approvato in via definitiva una modifica alla Costituzione per l'introduzione di una norma che consente di creare debito al fine di sostenere i costi dovuti al finanziamento delle spese militari³¹.

È il primo caso nell'Unione di uno Stato che modifica il proprio

³⁰ L'art. 12 del regolamento (UE) 2024/1264 prevede che l'importo dell'ammenda sia pari a un massimo dello 0,05 % dell'ultima stima del PIL dell'anno precedente per un periodo di sei mesi e che sia versato ogni sei mesi «fino a quando il Consiglio valuti che lo Stato membro interessato abbia dato seguito effettivo all'intimazione formulata ai sensi dell'articolo 126, paragrafo 9, TFUE». Al par. 2, invece, è stabilito: «Nel corso di ogni periodo di sei mesi successivo all'imposizione di un'ammenda, sino a che la decisione sull'esistenza di un disavanzo eccessivo non sia abrogata, il Consiglio valuta se lo Stato membro partecipante interessato abbia dato seguito effettivo all'intimazione del Consiglio di cui all'articolo 126, paragrafo 9, TFUE. In tale valutazione semestrale il Consiglio decide, in conformità all'articolo 126, paragrafo 11, TFUE, di intensificare le sanzioni, salvo che lo Stato membro partecipante interessato abbia ottemperato all'intimazione del Consiglio».

³¹ Dapprima il 18 marzo il Bundestag (la camera bassa del parlamento federale) ha approvato la riforma con 513 voti a favore; in seguito, il 21 marzo è giunto anche il voto positivo del Bundesrat (camera alta, rappresentante degli Stati federati). Ci si riferisce, come è noto, alla "Schuldenbremse", alla legge nota come "freno all'indebitamento" sancita agli articoli 109, co. 3, e 115, co. 2, della Legge fondamentale (Grundgesetz), i quali limitano il ricorso al debito pubblico a circostanze eccezionali e che fissano un tetto dello 0,35% del PIL federale al debito annuo. Per una più precisa ricostruzione sull'origine e sul ruolo della legge "Schuldenbremse" si rimanda a F. LOSURDO, *Schuldenbremse e clausola d'identità costituzionale in Germania*, in *Italian Papers on Federalism*, n. 1-2, 2015, 1 ss.

assetto legislativo interno al fine di garantirsi il riarmo³². La scelta della Germania può esser considerata, a tutti gli effetti, una svolta epocale che segna la fine di una politica economica rigorista in grado di condizionare le politiche finanziarie degli altri Stati membri Ue impostate, come è noto, sulla base dell'austerità; inoltre, si tenga anche presente che proprio la precedente modifica della Costituzione tedesca attuata nel 2009 – che determinò la creazione della norma ‘freno al debito’ in seguito alla deflagrazione della crisi del debito sovrano – abbia determinato importanti conseguenze sia nella riforma della *governance* economica europea, che sarebbe stata attuata di lì a poco, sia nella riforme costituzionali attuate da alcuni Stati membri.

Per tale ragione, in questo preciso momento storico, è facilmente intuibile ritenere il caso Germania particolarmente importante poiché in grado di sollevare alcune riflessioni, in primo luogo, sulle modalità con le quali è possibile metter mano al proprio assetto normativo interno al fine di consentire un aumento di spesa di questo genere.

La riforma costituzionale attuata dal governo tedesco rappresenta al momento un *unicum* che potrebbe essere seguito anche da altri Stati membri, i quali dovranno necessariamente effettuare una scelta su come garantire un bilanciamento tra due esigenze contrapposte ma egualmente meritevoli di tutela: difesa attraverso il riarmo e salvaguardia del proprio bilancio, il tutto – giova ricordarlo – senza un obbligo specifico derivante da un Trattato come pure in assenza di una pronuncia da parte della Corte di giustizia.

A tal riguardo, è bene rammentare come né gli atti contenuti nel “Six pack” né il Fiscal Compact³³ abbiano imposto agli Stati UE di procedere ad una revisione costituzionale per consentire il rispetto del-

³² Si veda, sul punto, G.B. WOLFF, A. BURILKOV, K. BUSHNELL, I. KHARITONOV, *Fit for war in decades: Europe's and Germany's slow rearmament up-à-vis Russia*, Kiel Report, n. 1, 2024, reperibile *online*. Scettico sulla politica tedesca, invece, L. PENCH, *Dilemmas for the EU in deficit-financing of defence expenditure and maintenance of fiscal discipline*, Bruegel Working Paper, n. 3, 2025, 11, il quale rileva che ciò che la Germania propone di fare non mina il suo regime fiscale interno orientato alla stabilità, ma stravolge il sistema basato su regole che è alla base del coordinamento delle politiche fiscali nell'area dell'euro.

³³ Firmato in occasione del Consiglio europeo dell'1-2 marzo 2012 da tutti gli Stati membri dell'UE ad eccezione di Regno Unito e Repubblica Ceca. L'obiettivo del Trattato, come stabilito all'art. 1, è quello di “rafforzare il pilastro economico dell'unione economica e monetaria adottando una serie di regole intese a rinsaldare la disciplina di bilancio attraverso un patto di bilancio, a potenziare il coordinamento delle loro politiche economiche e a migliorare la governance della zona euro, sostenendo in tal modo il conseguimento degli obiettivi dell'Unione europea in materia di crescita sostenibile, occupazione, competitività e coesione sociale”. Il termine “Fiscal Compact” deriva dal III Titolo del Trattato, il “Patto di Bilancio”, che ne costituisce, probabilmente, la parte saliente.

le regole di bilancio; nel caso dell'Italia, infatti, fu una libera scelta del legislatore agire mediante una riforma della nostra Costituzione³⁴.

Per il nostro discorso, si profila come rilevante l'opportunità garantita dal riformato Patto di stabilità in favore degli Stati di attivare una clausola di salvaguardia sulla base dell'art. 26 del regolamento (UE) 2024/1263, già richiamata; più in dettaglio, il Consiglio può concedere ad uno Stato membro, su sua richiesta e su raccomandazione della Commissione, di «deviare dal percorso della spesa netta stabilito dal Consiglio», quando 'circostanze eccezionali' che siano al di fuori del controllo dello Stato membro «abbiano rilevanti ripercussioni sulle sue finanze pubbliche», sempre che una deviazione di questo tipo «non comprometta la sostenibilità di bilancio nel medio termine».

Si tratta di una disposizione che in questo frangente storico pare destinata a svolgere un ruolo fondamentale in un delicato contesto geopolitico nel quale, come ben noto, la questione riarmo ha assunto i crismi della priorità assoluta. L'applicazione di tale clausola, infatti, è stata proposta dalla Commissione nella comunicazione "Accogliere l'aumento della spesa per la difesa nell'ambito del Patto di stabilità e crescita", cui si fa riferimento anche nel citato Libro bianco per la difesa³⁵.

Tanto anche perché la Corte dei conti europea ha bocciato l'utilizzo dei fondi di coesione dell'Unione per finanziare l'aumento delle spese militari dei Paesi membri. Nel parere n. 2 del 6 maggio 2025 i magistrati contabili hanno invitato la Commissione a «chiarire l'ammissibilità degli investimenti legati alla difesa e allinearli meglio

³⁴ In argomento v. G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, 5 ss., il quale precisa come la scelta del nostro legislatore di introdurre il principio del pareggio di bilancio in Costituzione fosse dovuta a motivazioni politiche: «In una situazione economico-finanziaria difficile per il nostro Paese, si è inteso rassicurare le istituzioni europee, gli altri Stati membri e i mercati circa la determinazione dell'Italia di rispettare le regole europee di bilancio: un segnale apparentemente apprezzato dai destinatari».

³⁵ La comunicazione della Commissione propone l'attivazione coordinata della clausola di salvaguardia nazionale da parte di tutti gli Stati membri per sbloccare una maggiore flessibilità per l'aumento della spesa per la difesa. La flessibilità consentirà una deviazione dal percorso di spesa concordato equivalente all'aumento della spesa per la difesa (compresi gli investimenti e la spesa corrente) dal 2021. Si considera un periodo di quattro anni (prorogabile). Grazie a questa flessibilità, gli Stati membri potrebbero mobilitare spese aggiuntive per la difesa fino all'1,5% del PIL. In tal modo, come già ampiamente annunciato dai mezzi di comunicazione, gli investimenti per la difesa potrebbero raggiungere la faticosa cifra di 800 miliardi di euro nei prossimi quattro anni, che ricomprendono, evidentemente, anche i 150 miliardi del fondo SAFE, che saranno automaticamente ammissibili in base alle clausole di salvaguardia nazionali.

alle strategie e agli strumenti di finanziamento esistenti dell'UE in materia di difesa»³⁶.

La Corte dei conti, pur riconoscendo la necessità di una risposta urgente al mutato contesto di sicurezza, ha criticato la mancanza di chiarezza su come gli investimenti nel settore della difesa possano contribuire agli obiettivi di coesione territoriale, economica e sociale previsti dal Trattato. Al contrario, i giudici hanno evidenziato come le proposte della Commissione rischino «di aggravare ulteriormente la frammentazione e la complessità dei programmi della politica di coesione»³⁷.

Oggettivamente è al momento impossibile immaginare per qual via il governo italiano intenderà adeguare il proprio ordinamento alle nuove regole in materia di riarmo e di contabilità; tuttavia, allo stato attuale una momentanea previsione può essere accennata: sembra, obiettivamente, alquanto complicato immaginare un'ulteriore riforma della nostra Costituzione finalizzata a garantire un aumento di spesa da impiegarsi per il riarmo.

Inoltre, il modello tedesco parrebbe poco praticabile in virtù di una, *prima facie*, impossibile convivenza con l'art. 11 della nostra Costituzione che ripudia, come è noto, la guerra «come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali» anche se non nega la possibilità della guerra di difesa così come non ha impedito nel corso di questi tre anni l'invio di armi in favore della resistenza ucraina³⁸.

Le politiche di riarmo europeo devono essere accompagnate da un impegno concreto per la risoluzione pacifica dei conflitti e la costruzione di un sistema internazionale più giusto. Solo in tal modo non sarà limitato o ridimensionato il principio pacifista sancito dall'art. 11 Cost.

³⁶ Il parere della Corte dei conti europea – parere 02/2025 sulla proposta 2025/0084 (COD) di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (UE) 2021/1058 e (UE) 2021/1056 per quanto riguarda misure specifiche per affrontare le sfide strategiche nel contesto del riesame intermedio e sulla proposta 2025/0085 (COD) di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (UE) 2021/1057 che istituisce il Fondo sociale europeo Plus (FSE+) per quanto riguarda misure specifiche per affrontare le sfide strategiche – è rinvenibile *online* sul sito della Corte.

³⁷ Parere 02/2025 della Corte dei conti europea, 6. Tali aspetti, ad ogni modo, saranno affrontati più diffusamente nel par. 6.

³⁸ Quanto stabilito all'art. 11 Cost. si impone, non solo, come limite implicito al procedimento di revisione costituzionale ma anche come “controlimite” rispetto all'ingresso nell'ordinamento interno di norme di segno contrario di derivazione europea così come di diritto internazionale consuetudinario. Infatti, il «ripudio della guerra» è un vero e proprio principio fondamentale che opera come controlimite rispetto a consuetudini o obblighi internazionali volti a mettere a rischio la pace e giustizia.

5. In data 27 maggio 2025, in seguito ad un accordo raggiunto in seno al Consiglio, è stato definitivamente approvato il regolamento che istituisce il meccanismo SAFE, di cui si è già fatto brevemente cenno nel par. 2 e che rappresenta il più grande programma di investimento militare mai effettuato in Europa³⁹.

Si tratta di uno strumento destinato ad integrarsi con altri meccanismi creati a seguito dello scoppio della guerra in Ucraina, quali l'ASAP (acronimo inglese di *Act in Support of Ammunition Production*)⁴⁰ e il fondo EDIRPA⁴¹. Infatti, nel regolamento SAFE è espressamente dichiarato come il nuovo meccanismo «si avvarrà dell'esperienza acquisita nel contesto di altri programmi dell'UE» (ASAP ed EDIRPA per l'appunto) e di come gli Stati membri possano avvalersi dell'assistenza finanziaria di SAFE «in sinergia con altri programmi dell'Unione, conformemente alle norme di tali programmi»⁴².

È noto, infatti, come la mancanza di investimenti condivisi su progetti comuni abbia costituito il principale ostacolo alla crescita dell'industria europea della difesa, come già ampiamente evidenziato in molteplici atti delle istituzioni⁴³.

Ecco le caratteristiche di questo nuovo strumento, accolto all'una-

³⁹ «Tempi eccezionali richiedono misure eccezionali», con queste parole la Presidente della Commissione, Von der Leyen, ha salutato l'approvazione del regolamento SAFE aggiungendo, inoltre, che «L'Europa deve oramai assumersi una quota maggiore di responsabilità per la propria sicurezza e difesa». Tali dichiarazioni sono contenute nel comunicato stampa pubblicato sul sito della Commissione europea e reperibili *online*.

⁴⁰ Creato con regolamento (UE) 2023/1525 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 luglio 2023 sul sostegno alla produzione di munizioni (ASAP).

⁴¹ Creato con regolamento (UE) 2023/2418 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 ottobre 2023 sull'istituzione di uno strumento per il rafforzamento dell'industria europea della difesa mediante appalti comuni (EDIRPA).

⁴² Art. 4, par. 2, del regolamento SAFE intitolato «Condizioni per il ricorso allo strumento SAFE».

⁴³ Si veda, al riguardo, la comunicazione congiunta della Commissione europea e dell'Alto rappresentante al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sull'analisi delle carenze di investimenti nel settore della difesa e sulle prospettive di percorso, JOIN(2022) 24 final del 18 maggio 2022. O ancora, a dimostrazione di come il problema dello spreco di risorse nel settore della difesa sia questione annosa, abbondantemente rimarcata dalle istituzioni, si ricorda come anche il Parlamento europeo nella Risoluzione del 18 gennaio 2023 sull'attuazione della politica di sicurezza e di difesa comune – relazione annuale 2022, avesse evidenziato come fosse necessario rendere più efficienti le spese militari evitando duplicazioni e lavorando su progetti comuni «(...) considerando che la frammentazione industriale su base nazionale dello sviluppo e dell'acquisizione di capacità militari europee costa ogni anno tra 25 e 100 miliardi di EUR e incide sensibilmente sulla competitività generale del settore della difesa (...)», considerando M.

nimità anche al Consiglio europeo: esso nasce per finanziare le spese degli Stati nel settore della difesa fino ad un massimo di 150 miliardi di euro che saranno erogati dalla Commissione sotto forma di prestiti. Si tratta, dunque, dello stesso meccanismo che ha trovato applicazione per mezzo dello strumento SURE, adottato per fronteggiare l'emergenza causata dalla pandemia quando, sempre sulla base dell'art. 122 TFUE, fu garantita agli Stati membri assistenza finanziaria al fine di tutelare i posti di lavoro e i lavoratori.

Pertanto, spetta agli Stati presentare una richiesta di assistenza finanziaria corredata di un piano di investimenti «debitamente motivato e giustificato»⁴⁴ con il quale dovranno dichiarare con precisione di quali prodotti per la difesa intendano rifornirsi.

Infatti, nella proposta di regolamento, i prodotti sono suddivisi in due categorie: nella prima rientrano munizioni, missili, sistemi di artiglieria e droni; nella seconda, invece, rientrano, tra le altre cose, difesa aerea e missilistica, abilitanti strategici ed intelligenza artificiale. Inoltre, il piano di investimenti dovrà specificare se è previsto eventualmente il coinvolgimento dell'Ucraina «nelle attività, nelle spese e nelle misure programmate» o se vi siano azioni previste a sostegno di quest'ultima (art. 7, par. 2) indicando, se del caso, le sinergie con i piani di investimenti di altri Stati membri e le attività svolte a livello di Unione (art. 7, par. 3).

Precisate queste premesse in merito all'attivazione del nuovo meccanismo su iniziativa degli Stati, sarà, quindi, la Commissione, sulla base all'art. 8 del regolamento, a valutare il piano proposto e, eventualmente, a presentare «una proposta di decisione di esecuzione del Consiglio» al fine di garantire l'assistenza finanziaria⁴⁵.

Pertanto, come già riferito, la Commissione avrà il compito di reperire le somme necessarie per sostenere i finanziamenti da erogarsi agli Stati «sui mercati o presso istituzioni finanziarie conformemente all'articolo 224 del regolamento (UE, Euratom) 2024/2509»⁴⁶.

Quindi la Commissione conclude con lo Stato un accordo di prestito che può avere una durata massima di 45 anni⁴⁷.

Come già si è avuto modo di accennare al par. 2, il nuovo meccanismo, nato per incentivare la cooperazione fra più Stati, consente la partecipazione anche di Stati membri dell'EFTA, del SEE e

⁴⁴ Art. 7, par. 2, del regolamento SAFE.

⁴⁵ Art. 8, par. 2.

⁴⁶ Art. 9.

⁴⁷ Art. 10.

dell'Ucraina; pertanto, le regole per la partecipazione sono stabilite all'art. 17 che stabilisce le «Condizioni per la partecipazione di altri soggetti e prodotti di paesi terzi».

Infine, si segnala che la Commissione avrà l'onere di effettuare una rendicontazione annuale nei riguardi del Consiglio e del Parlamento (art. 15), ma detiene anche il potere di verificare le condizioni di erogazione dei pagamenti, oltre a poter «effettuare controlli, esami, audit, indagini, nonché i controlli, gli audit e le relazioni di cui all'articolo 14»⁴⁸.

6. Al fine di tracciare alcune conclusioni del discorso sin qui condotto, pare opportuno riprendere il parere della Corte dei conti europea⁴⁹ sulla quale ci si è brevemente già soffermati.

Innanzitutto, è necessario premettere che le recenti iniziative politiche europee in tema di riarmo, sopra analizzate, sono state arricchite da due ulteriori proposte della Commissione, avanzate nell'ambito della comunicazione «Una politica di coesione modernizzata – Riesame intermedio»⁵⁰. Più in dettaglio, ci si riferisce alle proposte avanzate dall'esecutivo europeo al fine di modificare i regolamenti (UE) 2021/1056 e 2021/1058 relativi al Fondo per una transizione giusta

⁴⁸ L'art. 14 così sancisce: «L'accordo di prestito deve recare le disposizioni necessarie in materia di controlli e audit prescritte dall'articolo 223, paragrafo 4, del regolamento (UE, Euratom) 2024/2509»; quindi, al par. 2: «Qualora sia presentata una richiesta di pagamento debitamente motivata a norma dell'articolo 12, lo Stato membro beneficiario presenta alla Commissione anche la relazione semestrale sullo stato di avanzamento in cui giustifica debitamente le spese sostenute e future e altri elementi necessari».

⁴⁹ Sulla base dell'art. 285 TFUE, la Corte dei conti europea, che è stata creata nel 1977, assicura – come è noto – il controllo dei conti dell'Unione. Svolge il ruolo di revisore esterno indipendente dell'UE e, pertanto, contribuisce a migliorarne la gestione finanziaria. Poteri e funzioni sono enunciati all'art. 287 TFUE, il quale specifica anche la tipologia di atti che questa può adottare. Ad ogni modo, a dispetto del suo nome, la Corte non è un organo giurisdizionale e non dispone di poteri sanzionatori o coercitivi; come dichiarato al momento della sua fondazione dall'allora Presidente della Corte di giustizia delle Comunità europee, Hans Kutscher, la sua funzione è quella di essere «la coscienza finanziaria della Comunità». Sul suo ruolo, pur esistendo un'ampia bibliografia, ci si limita a rimandare a: G.M. PALMIERI, *La Corte dei conti delle Comunità europee*, Padova, 1983; A. ANGIOI, *Corte dei conti delle Comunità europee: struttura e funzioni*, in *Rivista della Corte dei conti*, 1990, 212 ss.; G. CLEMENTE, *I controlli finanziari sulle istituzioni dell'Unione europea*, ivi, 1996, 273 ss.; I. DE CROUY CHANEL, C. PERRON, *La Cour des comptes européenne*, Parigi, 1998; G. COGLIANDRO, *Corte dei conti delle Comunità europee*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. II, Milano, 2006, 1578 ss.; N. VOTGIATZIS, *The independence of the European Court of Auditors*, in *Common Market Law Review*, 2019, 667 ss.; P. STEPHENSON, M.L. SANCHEZ BARRUERO, *The European Court of Auditors*, in *Handbook on European Union Public Administration*, 2024, 184 ss.

⁵⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 1° aprile 2025, *Una politica di coesione modernizzata – Riesame intermedio*, COM(2025) 163 final.

(JTF) e al Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR)/Fondo di coesione (FC) e, in ultimo, alla proposta di modificare il regolamento 2021/1057 che ha istituito il Fondo sociale europeo Plus (FSE+).

L'obiettivo dell'iniziativa assunta dalla Commissione era consentire agli Stati UE di sfruttare il riesame obbligatorio dei fondi riguardanti la politica di coesione (già stabiliti per il periodo 2021-2027) per poterli impiegare nelle più recenti iniziative strategiche, tra le quali rientra, evidentemente, la guerra attualmente in corso in Ucraina⁵¹. Sul punto, però, è giunto il parere negativo della Corte dei conti – obbligatorio, in quanto le proposte sono state avanzate dalla Commissione sulla base dell'art. 322 TFUE⁵² –, che ha sancito, nei fatti, una battuta d'arresto per le succitate iniziative avanzate dall'esecutivo europeo.

Infatti, posto che l'obiettivo della Commissione fosse quello di estendere l'ambito di applicazione dei fondi quali FESR, l'FC, il JTF e l'FSE anche al settore della difesa, i giudici contabili europei hanno evidenziato come un eccessivo ampliamento della politica di coesione (che già abbraccia un insieme variegato di settori dando vita ad un quadro già di per sé frammentato), avrebbe comportato, come inevitabile risultato, uno “snaturamento” della politica di coesione distanziandola dalla sua vera funzione, che è quella di ridurre le disparità regionali.

La Corte, pur ammettendo che maggiori investimenti nel settore della difesa potrebbero generare in favore delle economie degli Stati membri un impatto più che positivo, ha rilevato, tuttavia, come questi non sarebbero «in linea con le strategie di sviluppo territoriale e con l'approccio regionale dal basso alla base della politica di coesione»⁵³; inversamente, sussiste, a detta dei giudici, il pericolo di una frammentazione degli investimenti, con iniziative non coordinate o sovrapposte, che potrebbero indebolire l'approccio territoriale della politica di coesione finendo per aumentare le disparità regionali.

Più in dettaglio, la Corte dei conti europea ha evidenziato tre punti critici nell'ambito dell'iniziativa assunta dalla Commissione: e cioè

⁵¹ Le altre priorità strategiche poste al centro dell'iniziativa della Commissione e valutate dalla Corte dei conti sono l'edilizia residenziale e l'energia.

⁵² L'art. 322 TFUE prevede: «1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione della Corte dei conti, adottano mediante regolamenti: a) le regole finanziarie che stabiliscono in particolare le modalità relative alla formazione e all'esecuzione del bilancio, al rendiconto e alla verifica dei conti; b) le regole che organizzano il controllo della responsabilità degli agenti finanziari, in particolare degli ordinatori e dei contabili».

⁵³ Parere 02/2025 della Corte dei conti europea, 7.

che le proposte non prevedono deroghe ai principi contenuti nel regolamento (UE) 2021/1060 (recante disposizioni comuni): in primo luogo, non è chiarito come ulteriori investimenti nella difesa potrebbero conciliarsi con il principio del «non arrecare un danno significativo» all'ambiente di cui all'art. 9 del suddetto regolamento; in secondo luogo, in qual modo il regolamento generale di esenzione per categoria (regolamento (UE) 651/2014 della Commissione) possa essere esteso agli investimenti del FESR nel settore della difesa; in ultimo, non è prevista alcuna deroga in riferimento agli obblighi di trasparenza di cui all'art. 49, par. 3, del regolamento (UE) 2021/1060.

Un altro elemento problematico evidenziato dai magistrati contabili europei è costituito dal fatto che la proposta della Commissione «non stabilisce alcun criterio di ammissibilità per il paese di stabilimento delle entità che beneficiano di sostegno per i progetti a duplice uso o in materia di capacità di difesa» evidenziando, quindi, come i fondi di coesione potrebbero esser destinati ad imprese stabilite fuori dall'Europa «contribuendo in tal modo allo sviluppo delle tecnologie e delle capacità di difesa di tali paesi»⁵⁴, riferimento che, come già ampiamente evidenziato dagli osservatori, riguarderebbe (come è oggettivamente intuibile) aziende americane. Dopotutto, si tenga debitamente conto di come i fondi di coesione impongono la pubblicazione dei dati sui progetti e sui beneficiari, mentre la divulgazione di informazioni sui progetti legati alla difesa e tecnologie a duplice uso costituirebbe, con tutta evidenza, un grave rischio per la sicurezza⁵⁵.

Un ultimo punto, particolarmente significativo, è stato chiarito dalla Corte, ossia l'assenza di qualsivoglia riferimento alla strategia EDIS nella proposta della Commissione, lacuna che potrebbe causare impieghi «non coordinati e sovrapposti»⁵⁶.

Si possono trarre delle sintetiche conclusioni dal parere della Corte dei conti europea. La sua analisi, aggiungendosi all'atto della Commissione JURI del Parlamento europeo di cui si è già riferito al par. 2, dimostra come il percorso tracciato dalla Commissione per l'attuazione di uno straordinario progetto di riarmo europeo sia alquanto impervio e poco coerente con le iniziative immediatamente precedenti, volte più alla creazione di una politica di difesa comune che alla creazione di arsenali nazionali.

Il carattere erratico di questi nuovi tentativi pare essere desumibi-

⁵⁴ Ivi, 15.

⁵⁵ Ivi, 8.

⁵⁶ Ivi, 9.

le anche dal fatto che essi fuoriescono dal tradizionale quadro con cui l'UE aveva garantito la disciplina di bilancio dei propri Membri e non sono del tutto coerenti anche con la modifica al Patto di Stabilità; in effetti, pare che siamo di fronte alla volontà di creare spazi di manovra fiscale per alcuni degli Stati membri al di fuori di una regia centralizzata e con i rischi già evidenziati di creazione di un'Europa a più velocità con divisione sia per quanto concerne il tipo di politica estera e di riarmo (che ciascuno dei Membri vuole condurre) sia per quanto attiene alla situazione di bilancio degli stessi.

Pertanto, le ambiziose iniziative annunciate dalla Commissione, sebbene atte a rivelare un notevole dinamismo alla loro base – in fase di ideazione e progettazione – sono, come nel caso appena riportato, incorse in sonore bocciature mentre, in riferimento al piano “Readiness 2030”, sussiste il pericolo di uno scontro frontale con il Parlamento europeo che, dopo l'annuncio del suo Presidente di ricorrere alla Corte di giustizia sulla base dell'art. 155 del proprio regolamento interno⁵⁷, e del voto favorevole, sul punto, da parte della Commissione JURI, ha presentato, in data 20 agosto 2025, ricorso dinanzi alla Corte per chiedere l'annullamento del regolamento 2025/1106, con il quale è stato istituito il meccanismo SAFE.

L'attuale situazione geopolitica, caratterizzata da crescenti minacce alla sicurezza dell'Europa, non pare essere il contesto ideale nel quale assistere ad un muro contro muro – se non ad uno scontro a tutti gli effetti – tra due istituzioni UE, né è auspicabile un'esclusione totale dal processo decisionale in materia del Parlamento, che costituirebbe, con tutta evidenza, un esempio manifesto di *deficit* democratico⁵⁸.

⁵⁷ Tale disposizione così statuisce: «1. Il Parlamento, entro i termini specificati dai trattati e dallo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea per i ricorsi da parte delle istituzioni dell'Unione europea o da parte di persone fisiche o giuridiche, esamina la legislazione dell'Unione e la sua attuazione per assicurarsi che i trattati, in particolare per quanto concerne i diritti del Parlamento, siano stati pienamente rispettati; 2. La commissione competente per le questioni giuridiche riferisce al Parlamento, se necessario oralmente, allorché presuma una violazione del diritto dell'Unione. Se del caso, la commissione competente per le questioni giuridiche può ascoltare le osservazioni della commissione competente per il merito; 3. Il Presidente presenta un ricorso a nome del Parlamento, conformemente alla raccomandazione della commissione competente per le questioni giuridiche».

⁵⁸ Sulla necessità di un maggior coinvolgimento del Parlamento europeo, si veda E. DE CAPITANI, *Come ridurre il crescente deficit democratico della politica di difesa europea?*, in *Eurojus*, 2025, 140 ss., il quale evidenzia come «Senza un credibile quadro di governance democratica sovranazionale sarebbero inevitabili le fughe in avanti e le tendenze centrifughe delle strategie di difesa nazionali che rischierebbero di perseguire obiettivi politici diversi da paese a paese, di non rispettare gli standards di cui all'art. 21 del TUE mettendo, in definitiva, a rischio la stessa coesione interna all'UE», 143. L'A., pertanto, rileva come, al momento – in attesa di una riforma complessiva del diritto primario – una riduzione del *deficit* democratico

Al contrario, un suo maggior coinvolgimento appare necessario. In effetti, il Parlamento europeo ha auspicato una sua maggior partecipazione nelle risoluzioni sull'attuazione della politica di sicurezza e difesa comuni del gennaio 2023⁵⁹ ed in quella del 2024, nella quale ha evidenziato la necessità di rafforzare il suo ruolo legislativo, di controllo e di bilancio «su un numero crescente di iniziative in materia di difesa all'interno delle istituzioni dell'UE e in particolare il lavoro svolto nell'ambito della PSDC»⁶⁰.

Tali aspettative, al contrario, non stanno affatto verificandosi. Proprio in virtù delle numerose, crescenti iniziative che l'UE sta intraprendendo per garantire la sicurezza sua e dei suoi cittadini, un maggior dialogo e un più efficace coinvolgimento dell'istituzione che rappresenta i popoli europei è non solo auspicabile ma anche fondamentale.

ABSTRACT

*Recent Developments in European Common Defence Initiatives
between the Trend Towards Rearmament, Reconsideration of Budgetary
Constraints and Democratic Deficit*

The subject of the European common defence has returned to the forefront firmly after the Russian invasion of Ukraine: a watershed event in recent European history that has united the Member States in pledging support to the attacked country and has led to the adoption of significant acts by the Institutions. Yet, despite the fact that some of these have had considerable relevance in the context of this policy, most initiatives announced by the institutions between the end of 2024 and the beginning of 2025 cannot be considered to be designed to steer the Union towards achieving common de-

non possa che avvenire su base volontaria da parte delle stesse istituzioni «come avvenne con la cd procedura Luns-Westerterp ripresa dalla dichiarazione di Stoccarda del 1984» che riconobbe in favore del Parlamento europeo il diritto di essere consultato (anche se su base facoltativa) in occasione dei negoziati su accordi internazionali. Più in generale, sul *deficit* democratico, v. G. STROZZI, *Alcune riflessioni sul «deficit democratico» dell'Unione Europea*, in *Jus*, 1994, 345 ss.; L. PALADIN, *Il deficit democratico nell'ordinamento comunitario*, in *Le Regioni*, 1996, 1031 ss.; T. RUSSO, *Deficit e anti-deficit democratico nell'ordinamento dell'Unione Europea*, Salerno, 2007; E. SALVATI, *Il Deficit democratico e il ruolo del Parlamento europeo. Quali problemi ancora aperti?*, in *Il Politico*, 2016, 52 ss.

⁵⁹ Risoluzione del Parlamento europeo del 18 gennaio 2023 sull'attuazione della politica di sicurezza e di difesa comune – relazione annuale 2022 (2022/2050(INI)), punto 81 intitolato “Rafforzare il controllo esercitato dal Parlamento sulla PSDC”.

⁶⁰ Risoluzione del Parlamento europeo del 2 aprile 2025 sull'attuazione della politica di sicurezza e di difesa comune – relazione annuale 2024, punto 195.

fence; on the contrary, being essentially financial measures, they appear to be designed to incentivise Member States to proceed individually towards a rearmament race. As things stand, in a particularly critical geopolitical context, the implementation of a European defence policy focused exclusively on the adoption of financial measures can only be considered a missed opportunity for the development of a genuine common defence.

IL *META OVERSIGHT BOARD*: SISTEMA INTERNO DI GESTIONE DEI RECLAMI O “TRIBUNALE” INDIPENDENTE?*

EMILIA MARIA MAGRONE

SOMMARIO: 1. Il problema della moderazione dei contenuti sulle piattaforme digitali: piano dell'indagine. – 2. L'istituzione del *Meta Oversight Board*, il suo assetto organizzativo e il suo ruolo rispetto ai sistemi interni di moderazione dei contenuti di Meta. – 3. I criteri di selezione dei casi, i parametri utilizzati dall'OB nell'assumere le decisioni e la portata di queste ultime. – 4. Tentativi di inquadramento del *Meta Oversight Board* nell'ambito della disciplina del Digital Service Act e considerazioni conclusive.

1. L'attuale società globalizzata e digitalmente interconnessa si caratterizza oltre che per il significativo allargamento dei mercati economici e finanziari e il moltiplicarsi degli scambi internazionali, per la nascita e il rapido sviluppo di comunità globali, “frequentate” quotidianamente da miliardi di persone di origine, cultura, religione, orientamenti politici e convinzioni personali differenti¹. Le enormi potenzialità delle piattaforme digitali, quali luoghi di incontro e di confronto sulle questioni più varie, di rilevanza collettiva e non, portano inevitabilmente con sé il rischio di un uso distorto di tali strumenti. La facilità con cui gli utenti possono manifestare il proprio pensiero e la diffusione rapida e potenzialmente illimitata delle opinioni e prese di posizione assunte da ciascuno di essi, possono incidere negativamente sulla sfera giuridica personale di altri soggetti e produrre conseguenze imprevedibilmente gravi anche rispetto alla tenuta dell'ordine democratico, alla sicurezza pubblica e alla stabilità delle istituzioni in uno o più Paesi². Se in un primo tempo gli Stati si sono trovati impreparati a

* Il presente contributo è realizzato nell'ambito del Progetto PRIN 2022 finanziato dall'Unione europea - PNRR Next Generation EU “Towards Stricter Rules on Transparency and Liability for Online Platforms in the European Digital Single Market” (responsabile scientifico nazionale prof. Giuseppe Morgese, Università degli Studi di Bari Aldo Moro).

¹ F. BRAVO, *Ubi societas ibi ius e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contratto e impresa*, 2016, 1346 ss.; M. MANETTI, *Regolare Internet*, in *Rivista di diritto dei media*, 2020, 35 ss.

² A. VIGORITO, *Piattaforme digitali e 'political speech: dal caso Facebook-CasaPound alla vicenda Twitter-Trump*, in *Giustiziavivile.com*, 2020, n. 11, 5 ss.; E. BERTOLINI, *Alternative Facts, Political Lies and Freedom of Expression: A Paradigm of Trump's Administration*,

gestire e disciplinare compiutamente le svariate questioni derivanti da un uso improprio delle piattaforme digitali, a causa della dimensione globale e della natura delocalizzata delle stesse³, più di recente si è tentato di soddisfare la crescente esigenza di regolamentazione del fenomeno in oggetto sia a livello nazionale che da parte delle organizzazioni internazionali. Questa necessità è stata e continua a essere particolarmente avvertita dall'Unione europea, nell'ambito della quale si è ormai sviluppato un consistente *corpus* normativo finalizzato a disciplinare i diversi aspetti legati all'utilizzo della Rete⁴. Tra gli atti UE recentemente adottati e rilevanti ai nostri fini possiamo ricordare il regolamento (UE) 2022/2065 del 19 ottobre 2022 sui servizi digitali (DSA), applicabile dal 17 febbraio 2024⁵; il regolamento (UE)

in www.dpceonline.it, 2021, 1271 ss.; S. ELIODORI, *Trump's populism and the Twitter diplomacy*, in *Rivista di Digital Politics*, 2021, 303 ss., reperibile *online*; M. CANTERO GAMITO, *Regulation of Online Platforms*, in J.M. SMITS ET AL. (eds.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, 2022, reperibile *online*; D. SCOPELLITI, *Poteri privati e responsabilità pubbliche dei social network al tempo della democrazia digitale*, in www.federalismi.it, 2024, n. 7, 225 ss.

³ O. POLLICINO, M. BASSINI, *Internet Law in the Era of Transnational Law*, European University Institute-Robert Schuman Centre of Advanced Studies Working Papers 24, 2011.

⁴ Cfr. i contributi contenuti in F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Mercato Unico Digitale, dati personali e diritti fondamentali*, in *Eurojus Fascicolo speciale*, 2020, reperibile *online*.

⁵ Regolamento (UE) n. 2022/2065 del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali). Sul cosiddetto *Digital Services Act* (DSA) cfr. M. HO-DAC, *The Forthcoming EU Digital Services Act and Private International Law*, in *EAPIL Blog*, 10 maggio 2020; G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2021, 3 ss.; J. WIMMERS, *The Out-of-court dispute settlement mechanism in the Digital Services Act - A disservice to its own goals*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2021, 381 ss., reperibile *online*; G. MORGESE, *Moderazione e rimozione dei contenuti illegali online nel diritto dell'UE*, in www.federalismi.it, 2022, n. 1, 80 ss., in particolare 114 ss.; P. ORTOLANI, *If You Build It, They Will Come: The DSA's 'Procedure Before Substance' Approach*, in <https://verfassungsblog.de>, 7 novembre 2022; ID., *The resolution of content moderation disputes under the Digital Services Act*, in *Giustizia consensuale*, 2022, 533 ss.; E. BIRITTERI, *Contrasto alla disinformazione, Digital Services Act e attività di private enforcement: fondamento, contenuti e limiti degli obblighi di compliance e dei poteri di autonormazione degli operatori*, in www.medialaws.eu, 2023, n. 2; AGCOM, *Digital Services Act - DSA (DSC)*, 2024, reperibile *online*; S. BERNASCONI, *Il ruolo del diritto internazionale privato e processuale nell'attuazione del «pacchetto sui mercati e servizi digitali» (DMA&DSA)* in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2024, 1184 ss.; N. EDER, G. DE GREGORIO, *A New Animal Joins the Circus: On the Nature and Value of Out-of-Court Dispute Settlement Under the DSA*, in www.techpolicy.press, 1° giugno 2024; D. HOLZNAGEL, *The Digital Services Act wants you to 'sue' Facebook over content decisions in private de facto courts*, in <https://verfassungsblog.de>, 24 giugno 2024; H. RUSCHEMEIER, J.P. QUINTAIS, I. NENADIĆ, G. DE GREGORIO, N. EDER, *Brave New World: Out-Of-Court Dispute Settlement Bodies and the Struggle to Adjudicate Platforms in Europe*, *ivi*, 10

2024/1083 dell'11 aprile 2024 sulla libertà dei media (EMFA), applicabile dall'8 agosto 2025⁶ e il codice volontario di buone pratiche sulla disinformazione che, istituito nel 2018, rafforzato nel 2022 ed emendato nel 2024, è stato integrato nel febbraio 2025 nel quadro della legge sui servizi digitali, venendo così a costituire un parametro di riferimento per determinare la conformità delle piattaforme alla legge sui servizi digitali⁷. A ciò devono aggiungersi forme innovative di autoregolamentazione che le maggiori piattaforme digitali si sono imposte e hanno imposto ai propri utenti e che possono tuttavia essere percepite come tentativi poco genuini, diretti essenzialmente a salvaguardare l'immagine aziendale per non scoraggiare gli investimenti ed evitare interventi pubblici più rigorosi⁸.

Nel presente contributo, in relazione allo specifico problema della moderazione dei contenuti diffusi sulle piattaforme digitali e dell'eventuale impatto sull'esercizio della libertà di espressione degli utenti e del suo bilanciamento con i diritti di altre persone direttamente interessate da quei contenuti, ci si concentrerà sull'istituzione da parte di Facebook Inc. (dal 21 ottobre 2021 diventata Meta Inc.) del *Meta Oversight Board* (d'ora innanzi OB) e su natura, funzionamento e interventi di esso. Si verificherà inoltre se sia possibile inquadrare tale strumento nelle maglie della menzionata disciplina introdotta di recente nell'Unione europea con il *Digital Service Act* e si trarranno

settembre 2024; R. TRAINA CHIARINI, O. POLLICINO, F. PAOLUCCI (a cura di), *Guida pratica al Digital Service Act*, Milano, 2024; Commissione europea, *Legge sui servizi digitali: Rendere il mondo online più sicuro*, 2025, reperibile online.

⁶ Regolamento (UE) n. 2024/1083, dell'11 aprile 2024, che istituisce un quadro comune per i servizi di media nell'ambito del mercato interno e che modifica la direttiva 2010/13/UE (regolamento europeo sulla libertà dei media), il cui iter di approvazione, il testo finale, una breve descrizione degli scopi e del funzionamento e gli altri documenti collegati sono reperibili online al link www.media-freedom-act.com nonché a quello specificamente dedicato al cosiddetto EMFA (*European Media Freedom Act*) del sito della Commissione europea <https://commission.europa.eu>; sull'EMFA cfr. altresì J. BARATA, *Will the EMFA Improve Freedom of Expression, Media Pluralism, and Media Independence in Europe?*, in www.medialaws.eu, 14 giugno 2024.

⁷ Cfr. Commissione europea, *Codice di condotta sulla disinformazione*, in <https://disinfocode.eu/it>, 13 febbraio 2025; T. MOCELLINI, *La nuova integrazione del codice di condotta sulla disinformazione*, in www.apiceuropa.com, 24 febbraio 2025.

⁸ A. IANNOTTI DELLA VALLE, *La giurisdizione privata nel mondo digitale al tempo della crisi della sovranità: il "modello" dell'Oversight Board di Facebook*, in www.federalismi.it, 2021, n. 26, 144, ss.; S. TOSZA, *Internet service providers as law enforcers and adjudicators. A public role of private actors*, in *Computer law & security review*, 2021, in www.sciencedirect.com; *Il tribunale di Facebook*, in www.repubblica.it, 22 settembre 2021; A. Jr. GOLIA, *Pluralità degli ordinamenti giuridici e costituzionalizzazione degli spazi digitali. Osservazioni sulla giurisprudenza dell'Oversight Board*, in *Quaderni costituzionali*, 2023, 595 ss.

infine le conclusioni sulla sua utilità attuale e sulle prospettive di sviluppo future.

2. Per *Meta Oversight Board* si intende l'organismo indipendente che Facebook, il social media più diffuso al mondo, ha istituito nel 2020 per offrire una sorta di "grado di appello" su alcune – debitamente selezionate – decisioni di moderazione dei contenuti (e/o rimozione degli stessi) assunte in precedenza secondo gli abituali sistemi di controllo interni alla piattaforma stessa (spesso, ma non sempre, affidati ad algoritmi), con la possibilità di revocarle o di confermarle, al dichiarato fine di «supportare il diritto alla libertà di espressione delle persone» sulla piattaforma, bilanciandolo con i principi di autenticità, sicurezza, *privacy* e dignità sulla base dei quali la piattaforma stessa deve agire. È stato tuttavia rilevato che lo scopo reale sarebbe quello di aumentare il livello di legittimazione rispetto a decisioni che possono avere ripercussioni su miliardi di persone⁹, mettendo al riparo i vertici di Meta dalle troppe responsabilità e dalle continue polemiche che si scatenano sui social in relazione soprattutto alla violenza, all'*hate speech* e a forme più o meno evidenti di censura¹⁰.

L'idea di istituire una *platform self-governance*, quasi una "Suprema Corte", già ipotizzata dal CEO di Facebook Mark Zuckerberg (possessore anche di Instagram e WhatsApp) in un'intervista dell'aprile 2018¹¹, si sarebbe rafforzata in occasione di un incontro con il professore Noah Feldman della Harvard Law School nell'autunno dello stesso anno, ma sono stati necessari, oltre che varie consultazioni pubbliche con gli *stakeholders*, numerosi adempimenti di tipo finanziario e organizzativo perché l'OB fosse creato nel maggio 2020 nella sua originaria composizione di 20 membri¹², iniziasse a

⁹ J. PALLERO, C. TACKETT, *What the Facebook Oversight Board means for human rights, and where we go from here*, in www.accessnow.org, 1° giugno 2020.

¹⁰ *Il tribunale di Facebook*, cit.

¹¹ E. KLEIN, *Mark Zuckerberg on Facebook's hardest year, and what comes next*, in www.vox.com, 2 aprile 2018, riporta le seguenti parole del CEO di Facebook: «You can imagine some sort of structure, almost like a Supreme Court, that is made up of independent folks who don't work for Facebook, who ultimately make the final judgment call on what should be acceptable speech in a community that reflects the social norms and values of people all around the world»; D. GHOSH, *Facebook's Oversight Board Is Not Enough*, in *Harvard Business Review*, 16 October 2019, reperibile *online*.

¹² J. PALLERO, C. TACKETT, *op. cit.*; *Come funziona l'Oversight Board, il nuovo Consiglio di sorveglianza sui contenuti di Facebook*, in www.wired.it, 23 ottobre 2020.

funzionare ufficialmente il 22 ottobre 2020 e assumesse le sue prime cinque decisioni il 28 gennaio 2021¹³.

I principali documenti che regolano il funzionamento dell'OB sono la Carta¹⁴, che «specifies the board's authority, scope and procedures» e gli Statuti (*Bylaws*)¹⁵, che «specify the operational procedures of the board». In caso di previsioni discordanti, prevalgono quelle contenute nella Carta. Nel febbraio 2023 entrambi i documenti sono stati modificati per permettere, in casi urgenti, di assumere «expedited decisions» nell'arco di pochi giorni¹⁶.

I problemi più rilevanti da risolvere nella fase istitutiva del Board sono stati quelli di garantire a tale organo una piena indipendenza finanziaria dalla piattaforma e assicurare nella sua composizione la presenza di esperti che, essendo chiamati a valutare l'impatto delle opinioni espresse su Facebook/Meta (ma anche su Instagram e dal febbraio 2024 su Threads) in contesti geopolitici e socioculturali diversi, fossero non solo dotati delle necessarie sensibilità e apertura mentale, ma anche sufficientemente rappresentativi delle varie componenti della vasta *community* degli utenti, con riguardo a provenienza geografica, lingua, formazione culturale e attività professionale svolta, convinimenti personali, politici e religiosi¹⁷.

Con riguardo al primo problema, cioè quello di garantire la piena indipendenza dell'OB da Meta da un punto di vista finanziario, onde consentire all'organo di assumere le proprie decisioni senza condizionamenti di sorta, la soluzione prescelta è stata l'istituzione di un *Oversight Board Trust*, composto da *trustees* individuali¹⁸ e da un *corporate trustee*. Va evidenziato che tanto l'istituzione del *Trust*, quanto la nomina dei *trustee* individuali e la scelta del *corporate trustee* sono

¹³ E. DOUEK, *The Facebook Oversight Board's First Decisions: Ambitious, and Perhaps Impractical*, in <https://lawfaremedia.org>, 28 gennaio 2021; O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *Shedding Light on the Darkness of Content Moderation. The First Decisions of the Facebook Oversight Board*, in <https://verfassungsblog.de>, 5 febbraio 2021; L. GRADONI, *Constitutional Review via Facebook's Oversight Board: How platform governance had its Marbury v Madison*, in <https://verfassungsblog.de>, 10 febbraio 2021, 4 ss.

G. CERRINA FERONI, *L'Oversight Board di Facebook: il controllo dei contenuti tra procedure private e norme pubbliche*, in www.garanteprivacy.it, 16 febbraio 2021; L. HOCHBERG, *How Facebook's Oversight Board Can Do More for Syria*, in <http://mei.edu>, 11 maggio 2021.

¹⁴ Cfr. www.oversightboard.com; L. GRADONI, *Constitutional Review*, cit., 3 ss.

¹⁵ *Ibidem*; G. CERRINA FERONI, *op. cit.*, 1.

¹⁶ V. www.oversightboard.com/our-work; A. Jr. GOLIA, *op. cit.*, 600.

¹⁷ K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating and Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *Yale Law Journal*, 2020, 2418 ss.

¹⁸ V. www.oversightboard.com/governance; al momento in cui si scrive (luglio 2025), i *trustees* sono sei.

state effettuate dalla stessa Meta che ha attribuito al *Trust* un fondo irrevocabile di 130 milioni di dollari per un periodo di sei anni, aggiungendone altri 150 milioni nel luglio 2022¹⁹. Tra i compiti più significativi del *Trust* vi sono quelli di nominare i componenti dell'OB ed eventualmente di rimuoverli dal loro incarico per violazione del Codice di condotta, nonché di provvedere al loro trattamento economico²⁰. Quest'ultimo ha natura indennitaria, proporzionale al lavoro effettivamente svolto e prescinde completamente dal contenuto delle decisioni assunte²¹.

Il secondo problema, cioè quello della rappresentatività dei componenti del OB, non sembra essere pienamente risolto, nonostante le enfatiche dichiarazioni dell'organo²². Si consideri che cinque dei primi venti membri dell'OB provenivano dagli Stati Uniti, pur essendo il 90% degli utenti localizzati al fuori di tale Stato: in particolare nel 2020 è stato rilevato che un solo componente dell'OB proveniva dal sud-est asiatico, nonostante ci fossero Filippine, Malesia, Singapore e Thailandia tra i dieci Paesi con maggiori accessi giornalieri su Facebook nell'anno precedente²³. Nel momento in cui si scrive (luglio 2025) la situazione sembra essere mutata di poco: su ventuno membri, otto provengono dal continente americano (di cui sei dagli Stati Uniti, uno dal Messico e uno dal Brasile), sei dall'Asia, tre dall'Africa, tre dall'Europa e uno dall'Australia. Deve inoltre aggiungersi che sebbene l'OB sia composto da personalità di altissimo livello, quali acca-

¹⁹ A. IANNOTTI DELLA VALLE, *op. cit.*, 157, ss.; L. GRADONI, *Chasing Global Legal Particles: Some Guesswork about the Nature of Meta's Oversight Board*, in <http://ejiltalk.org>, 30 dicembre 2021; A. JR. GOLIA, *op. cit.*, 597 ss.; www.oversightboard.com.

²⁰ V. www.oversightboard.com/meet-the-board: «To protect our independence, Board Members contract directly with the Oversight Board. They are not Meta employees and cannot be removed by the company. Most importantly, as we announced in April 2023, Meta no longer plays a role in the selection of new Board Members. We hold sole responsibility for all future appointments».

²¹ A. IANNOTTI DELLA VALLE, *op. cit.*, 159, dubita dell'effettiva indipendenza economica dell'OB da Facebook (ora Meta) evidenziando che poiché l'organismo in questione può modificare il proprio Statuto (inizialmente predisposto da Facebook) solo con l'accordo di Facebook, «[i]l Board resterà, quindi, pur sempre disciplinato da atti in ultima istanza riconducibili alla *self-regulation* di Facebook».

²² *Ibidem*: «To ensure a global perspective, our Board Members come from a variety of cultural and professional backgrounds, speak more than 30 languages and are chosen to be reflective of the diverse users of Facebook, Instagram and Threads. From academics to policymakers and journalists, each Member brings a unique perspective that can help to improve how Meta moderates content on its platforms».

²³ J. DOMINO, *Why Facebook's Oversight Board is Not Diverse Enough*, in www.justsecurity.org, 21 maggio 2020; D. WONG, L. FLORIDI, *Meta's Oversight Board: a review and critical assessment*, in *Minds and Machines*, 24 ottobre 2022, 261 ss., reperibile online.

demici, ex premier politici, premi Nobel, giornalisti, attivisti per i diritti umani e magistrati²⁴, alcune comunità non-geografiche quali quella LGBTQ, le popolazioni indigene e le persone con disabilità non godono di alcuna rappresentatività al suo interno; tale *lack of diversity* è comprensibilmente avvertita come una delle sue maggiori debolezze²⁵.

Come accennato in precedenza e come chiarito sul suo sito²⁶, l'OB ha lo scopo di garantire un controllo ulteriore e indipendente sulle rimozioni di contenuti (o sul loro mantenimento), nonché sulle sospensioni di *accounts* effettuate da Meta su Facebook, Instagram o Threads per asserite violazioni delle proprie regole di *community*, tali intendendosi «its policies, values and human rights commitments»²⁷. Per meglio comprendere il suo funzionamento, va preliminarmente ricordato che l'abituale sistema “interno” di moderazione dei contenuti di Meta si attiva su segnalazione di utenti diversi dall'autore del post potenzialmente contrario alle regole della compagnia, ma anche in virtù di un controllo basato su algoritmi (c.d. *machine learning*), che può portare a una rapida rimozione automatica quando i contenuti postati appaiano chiaramente illeciti, come nei casi di materiale pedopornografico o di video di propaganda di organizzazioni terroristiche. I casi dubbi sono invece sottoposti al controllo di moderatori “umani” che inizialmente era svolto in ordine cronologico rispetto alle segnalazioni, mentre da novembre 2020 è effettuato secondo un ordine di priorità assegnato da un sistema di intelligenza artificiale e basato sulla potenziale maggiore pericolosità dei contenuti, per permetterne quanto prima la rimozione, ove la pericolosità sia confermata²⁸. Tuttavia, a causa della vasta mole dei contenuti da verificare e della natura prevalentemente automatizzata del sistema di controllo interno, talvolta sono rimossi per errore contenuti che non sono in violazione delle regole

²⁴ I nomi, la provenienza e le altre informazioni relative ai membri dell'OB sono disponibili in www.oversightboard.com/meet-the-board.

²⁵ D. WONG, L. FLORIDI, *op. cit.*, 269; J. PALLERO, C. TACKETT, *op. cit.*; R. HAMILTON, *Deplatforming Following Capitol Insurrection Highlights Global Inequities Behind Content Moderation*, in www.justsecurity.org, 20 gennaio 2020.

²⁶ «Once we have selected a case, our Board Members examine whether Meta's decision to remove or leave up content was in line with its policies, values and human rights commitments. While we refer to Meta's content policies and values as we consider cases, we sometimes question those policies when we believe they do not comply with Meta's own commitment to protecting freedom of expression and other human rights», in www.oversightboard.com/our-work.

²⁷ Carta dell'Oversight Board, art. 2, Authority to Review.

²⁸ *Il tribunale di Facebook*, cit.

pertinenti²⁹; per questa ragione, e ferma restando la possibilità di ricorso da parte dell'autore del post cancellato, Meta ha dichiarato di volere implementare il sistema di moderazione dei contenuti, introducendo un «controllo secondario di risposta rapida» (ERSR) che dovrebbe fornire livelli ulteriori di controllo umano per determinati post, inizialmente identificati come in violazione delle regole, qualora siano pubblicati da utenti inseriti in un apposito elenco di “controllo incrociato”. In particolare, i contenuti di questo tipo e provenienti da quegli specifici utenti non sono immediatamente rimossi, come accadrebbe per la maggior parte delle persone, ma sono mantenuti in attesa di un ulteriore controllo umano.

Senza entrare nei dettagli della procedura, va ricordato che l'*Oversight Board*, in una *Policy Advisory Opinion* su tale sistema di controllo incrociato ha espresso diverse perplessità in merito alla sua idoneità a raggiungere il dichiarato obiettivo di Meta di «rafforzare il proprio impegno in favore dei diritti umani», evidenziando come esso in realtà risponda agli interessi aziendali della compagnia di fornire ulteriore protezione solo a utenti privilegiati, quali *business partner* e *leaders* di governo, mentre sarebbero meno chiare le modalità con cui avrebbero accesso al programma utenti i cui contenuti possano essere rilevanti dal punto di vista dei diritti umani, come attivisti, giornalisti, e organizzazioni della società civile. Peraltro, tale sistema, permettendo a contenuti che altrimenti sarebbero rapidamente rimossi di rimanere pubblicati più a lungo, aumenterebbe il rischio di causare danno, né vi sarebbe stato da parte di Meta un effettivo monitoraggio dei dati per stabilire se il controllo incrociato porti concretamente a decisioni più attendibili rispetto al sistema “ordinario” di controllo dei contenuti³⁰.

Nei confronti delle decisioni di rimozione (o di mantenimento) dei post o di blocco di *accounts* normalmente assunte dai non perfettamente trasparenti e più volte modificati sistemi di controllo interni di Meta³¹, può eventualmente essere azionato l'intervento dell'OB che

²⁹ E. DOUEK, *The Oversight Board Moment You Should've Been Waiting For: Facebook Responds to the First Set of Decisions*, in <https://lawfaremedia.org>, 26 febbraio 2021.

³⁰ *Oversight Board publishes Policy Advisory Opinion on Meta's cross-check Program*, in <https://oversightboard.com/news>, 6 dicembre 2022.

³¹ D. GILBERT, *Perché l'addio di Meta al fact-checking è un regalo a Trump*, in www.wired.it, 7 gennaio 2025; L. ZORLONI, *Mark Zuckerberg ci ha appena regalato una nuova ondata di fango sui social media*, *ivi*, 8 gennaio 2025; S. EPIFANI, *La rinuncia di Meta al fact-checking non è libertà di espressione, ma disinformazione algoritmica*, *ivi*, 13 gennaio 2025.

non implica un controllo sistematico e su vasta scala, peraltro impossibile, data l'enorme mole dei contenuti postati sulle piattaforme in oggetto e delle relative decisioni di moderazione, ma che verte su pochi casi altamente simbolici e di particolare complessità, destinati a creare un patrimonio giuridico di concetti e *case-law* che meglio definiscano la portata e i confini della libertà di espressione sulle piattaforme *de quibus*, ma più in generale nella Rete³². Nella specie, chi abbia esaurito i ricorsi interni a Meta (sia che si tratti dell'autore del post rimosso o viceversa di chi abbia contestato la permanenza sulla piattaforma del post di altri) può sottoporre all'OB la richiesta per un'ulteriore revisione; deve precisarsi che il momento in cui si radica la "giurisdizione" dell'OB è quello dell'esaurimento dei meccanismi di ricorso dinanzi ai moderatori interni, indipendentemente dalle decisioni successivamente assunte da questi ultimi³³; parimenti Meta «can submit requests for review, including additional questions related to the treatment of content beyond whether the content should be allowed or removed completely»³⁴.

Conformemente a quanto disposto dalla Carta, se da un lato l'OB deve rendere *publicly available* i dettagli procedurali e i requisiti per le richieste in oggetto, dall'altro «has the discretion to choose which requests it will review and decide upon». Nell'esercitare tale discrezionalità «the board will seek to consider cases that have the greatest potential to guide future decisions and policies». D'altro canto, «in limited circumstances», Meta può sottrarre il ricorso al sindacato dell'OB, qualora valuti che da una decisione di quest'ultimo possano scaturire responsabilità penali; tale facoltà ove esercitata in maniera abusiva potrebbe tuttavia compromettere l'asserita indipendenza del Comitato di controllo dalla piattaforma³⁵.

3. Per l'individuazione dei casi "altamente significativi" sui quali pronunciarsi, i membri dell'OB fanno parte a rotazione di un comitato di selezione degli stessi (*case selection committee*). Tale comitato,

³² G. PORRO, *Come funziona l'Oversight Board, il nuovo Consiglio di sorveglianza sui contenuti di Facebook*, in www.wired.it, 23 ottobre 2020; G. CERRINA FERONI, *op. cit.*, 4; A. IANNOTTI DELLA VALLE, *op. cit.*, 159 ss.; P. ORTOLANI, *The resolution of content moderation*, *cit.*, 533 ss.

³³ A. JR. GOLIA, *op. cit.*, 603.

³⁴ Carta dell'Oversight Board, art. 2, Authority to Review. Section 1. Scope.

³⁵ *Ivi*, art. 2, Authority to Review. Section 1. Scope, par. 2: «In limited circumstances where the board's decision on a case could result in criminal liability or regulatory sanctions the case will be ineligible for board review».

coadiuvato da un *case selection team*, sceglie a maggioranza i casi entro novanta giorni dalla segnalazione da parte di Meta o di un utente.

I criteri di priorità per la selezione dei casi sono fissati dall'OB e revisionati annualmente³⁶ e nel momento in cui si scrive sono i seguenti: (i) elections and civic space; (ii) crisis and conflict situations; (iii) gender; (iv) hate speech against marginalized groups; (v) government use of Meta's platforms; (vi) treating users fairly; (vii) automated enforcement of policies and curation of content³⁷. L'OB non può al contrario esercitare il proprio controllo su contenuti relativi ai servizi *marketplace*, raccolte fondi, incontri, messaggi privati, spam, contenuti su piattaforme controllate da Meta diverse da Facebook, Instagram e Threads. Quando un ricorso sia stato selezionato e abbia superato la verifica di Meta circa i limiti al sindacato dell'OB pocanzi menzionati, quest'ultimo informa la persona che lo ha presentato, l'autore che ha pubblicato il post e Meta e ne dà altresì notizia sul proprio sito, invitando individui e organizzazioni a inviare commenti pubblici³⁸. A fronte di una così ampia pubblicità mediatica, non è tuttavia prevista l'instaurazione di un effettivo contraddittorio tra le parti interessate.

Ciascun caso è sottoposto al giudizio di un *panel* composto da cinque membri dell'OB che restano anonimi, ma nel quale deve essere garantita la diversità di genere e di cui almeno un membro deve provenire dalla regione «in cui il contenuto incide principalmente»³⁹; come evidenziato in dottrina, l'anonimato dei membri chiamati a giudicare un caso, unitamente all'assenza di contraddittorio costituiscono non trascurabili profili di criticità del procedimento *de quo*⁴⁰.

Ma quali sono i parametri *normativi* sulla cui base sono assunte le decisioni dell'OB⁴¹? Ai sensi dell'art. 2 della Carta le decisioni dell'OB devono fondarsi obbligatoriamente sui *community standards*

³⁶ J. MAZUR, B. GRAMBLIČKOVÁ, *New Regulatory Force of Cyberspace: the Case of Meta's Oversight Board*, in www.ceeol.com, 2023, 3 ss.

³⁷ Cfr. gli *overarching criteria for case selection* in www.oversightboard.com/governance.

³⁸ A. JR. GOLIA, *op. cit.*, 602.

³⁹ J. MAZUR, B. GRAMBLIČKOVÁ, *op. cit.*, 20 ss.

⁴⁰ A. IANNOTTI DELLA VALLE, *op. cit.*, 160.

⁴¹ Carta dell'Oversight Board, art. 4. Implementation: «The board's resolution of each case will be binding and Meta will implement it promptly, unless implementation of a resolution could violate the law»; e art. 7: «Compliance with Law. Nothing in this charter or other governing documents shall be interpreted in a manner that would result in a violation of law by Meta, the trust, the board or any other associated entity. The board will not purport to enforce local law».

e sui *Facebook values*. I primi erano inizialmente consultabili solo dai moderatori dei contenuti e non conoscibili dagli utenti, ma a partire dal 2018, in ragione della politica di maggiore trasparenza assunta dalla piattaforma, sono stati resi pubblici⁴². I *Facebook values* sono invece i principi a cui si ispirano i *community standards* e ne condizionano la corretta applicazione⁴³. In concreto, ai fini della decisione, l'organo da un lato non prende mai in considerazione le leggi dello Stato in cui è avvenuta la presunta violazione; dall'altro si basa anche sulle decisioni precedentemente assunte (vincolanti per Meta, ma non per lo stesso OB) e sui diritti umani, come disciplinati e tutelati a livello internazionale, in particolare dai due Patti ONU del 1966, dai Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs), ma anche, tra le altre fonti, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴⁴. In più di un'occasione l'organo ha espressamente statuito che in caso di contrasto tra *community standards* e/o *Facebook values* e diritti fondamentali, la piattaforma debba adeguare a questi ultimi i primi due⁴⁵. È stato inoltre riscontrato che il *modus operandi* dell'OB nell'effettuare il dovuto bilanciamento tra libertà di espressione e gli altri *paramount values* sembra ispirarsi a quello di organismi internazionali di garanzia in materia di diritti umani: il riferimento è in particolare al "test tripartito" utilizzato sia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel verificare il rispetto dell'art. 10 della CEDU⁴⁶ che dal Comitato dei diritti umani delle Nazioni Unite nel monitorare l'applicazione dell'art. 19.3 del Patto ONU del 1966⁴⁷ su diritti civili e politici e che implica la valutazione della conformità di eventuali misure restrittive alla libertà di espressione alla luce dei parametri di *legality, legitimate aim* e *necessity and proportionality*.

La decisione, debitamente motivata, è assunta dall'OB preferibilmente per *consensus* o, in mancanza, a maggioranza. Essa, sia che

⁴² «Le nostre normative stabiliscono cosa è consentito e cosa è vietato sulle tecnologie di Meta. Se un contenuto viola le nostre normative, adottiamo misure a riguardo. Ci riserviamo il diritto di modificare le nostre normative secondo necessità. Eventuali modifiche alle nostre normative verranno visualizzate nel Centro sulla trasparenza e questi aggiornamenti rappresenteranno un avviso per gli utenti relativo a tali modifiche», in <https://transparency.meta.com>.

⁴³ D. VAIRA, *We don't Need no Regulation. La tutela dei diritti fondamentali tra diritto dell'Unione europea e autoregolamentazione. Alcune riflessioni alla luce della 'giurisprudenza' dell'Oversight Board*, in *Quaderni AISDUE*, n. 31, 5 luglio 2023, reperibile online.

⁴⁴ Cfr. *Facebooks Corporate Human Rights Policy*, in www.about.fb.com, 2021.

⁴⁵ Decision Oversight Board, 2020, *Supposed cure for COVID* (2020-06); Decision Oversight Board, 2021, *Concerns of Punjabis in relation to RSS India* (2021-03).

⁴⁶ G. CERRINA FERONI, *op. cit.*, 4.

⁴⁷ L. GRADONI, *Chasing Global Legal*, cit., 5.

confermi sia che annulli le misure sui contenuti precedentemente adottate dal sistema di controllo interno è vincolante per Meta, che dovrà implementarla, purché tale applicazione non violi la legge⁴⁸. Inoltre, la decisione può includere raccomandazioni «which will be taken into consideration by Meta to guide its future policy development»⁴⁹ che possono avere i contenuti più vari, quali l'obbligo di notificare all'autore del post la ragione della rimozione, la pubblicazione di un elenco esemplificativo di condotte contrastanti con gli standard di community presuntivamente violati o il suggerimento di modificare gli standard in questione nei diversi continenti.

Va infatti considerato che l'OB nelle sue decisioni, pur non applicando la legge del luogo dell'evento dannoso, deve necessariamente contestualizzare i post oggetto di valutazione, tenendo presenti la situazione politica contingente e il quadro sociale e culturale nell'ambito dei quali i relativi contenuti possono produrre effetti anche dirompenti, tali da richiedere una risposta rapida ed esemplare, ma anche l'eventualità di una revisione delle decisioni in parola e una dialettica costante tra il sistema interno di moderazione dei contenuti di Meta e quello "indipendente" dell'*Oversight Board*. Un esempio eclatante è quello relativo al caso Trump, caratterizzato, nell'evoluzione dei fatti, da decisioni clamorose della piattaforma quale la sospensione immediata e a tempo indeterminato dell'*account* dell'attuale Presidente statunitense all'indomani degli sconcertanti eventi di Capitol Hill del 6 gennaio 2021 e da prese di posizione più sfumate dell'OB che nel maggio dello stesso anno, pur confermando la sospensione, ha ritenuto che questa fosse stata assunta senza seguire una procedura adeguata e ha assegnato a Meta sei mesi di tempo per rendere più chiare le proprie regole ed eventualmente per modificare la sanzione in base ad esse, cosa che in effetti è avvenuta con la trasformazione della sospensione dell'*account* a tempo indeterminato in sospensione della durata di due anni⁵⁰.

⁴⁸ «When we come to a decision on a case, it is binding on Meta, unless implementing it could violate the law. As part of our decisions, we also make recommendations on the rules that apply to billions of Facebook, Instagram and Threads users, and how those rules are enforced. Recommendations also form part of our policy advisory opinions, which we started publishing in 2022 to provide guidance to Meta on specific issues», in www.oversightboard.com/our-work.

⁴⁹ Carta dell'Oversight Board, art. 3, Section 4.

⁵⁰ A. IANNOTTI DELLA VALLE, *op. cit.*, 155; *Il tribunale di Facebook*, cit.; L. GRADONI, *Twitter Complaint Hotline Operator: Will Twitter join Meta's Oversight Board?*, in <https://verfassungsblog.de>, 10 novembre 2022.

4. Essendo il *Digital Service Act* ormai applicabile dal 17 febbraio 2024, appare opportuno verificare se l'OB sia inquadrabile nell'ambito degli strumenti contemplati nella disciplina UE in oggetto che vincolano i prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni, comprese le piattaforme online, con riguardo alle segnalazioni di contenuti illegali o incompatibili con le condizioni generali dei suddetti soggetti. La dottrina che si è interrogata sulla questione tende ad escludere che l'*Oversight Board* sia qualificabile quale «sistema interno di gestione dei reclami» di cui all'art. 20 del DSA, dal momento che Meta dispone di un articolato sistema di questo genere rispetto alle cui decisioni, come abbiamo visto, l'OB interviene in un numero ristrettissimo di casi e ponendosi quale soggetto indipendente e distinto da Meta⁵¹. Neppure può ritenersi che l'OB sia classificabile quale «organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie» ai sensi e per gli effetti dell'art. 21 DSA, in quanto ciò da un lato richiederebbe lo stabilimento della sede in uno degli Stati membri UE e dall'altro escluderebbe «il potere di imporre una risoluzione della controversia vincolante per le parti» cosa che invece l'OB fa abitualmente⁵². Inoltre, mentre lo scopo dell'OB è quello di controllare la correttezza delle decisioni di moderazione dei contenuti assunte dal sistema interno a Meta, l'art. 21 DSA è focalizzato sulla soluzione delle controversie tra i fornitori di piattaforme online e i destinatari del servizio⁵³. Vi è altresì chi sottolinea le differenze tra le precise garanzie procedurali per la moderazione dei contenuti previste nel DSA e il nuovo modello di regolamentazione di diritti fondamentali senza la supervisione pubblica rappresentato dall'OB. In particolare gli autori in questione, nonostante l'enfatica espressione di “Facebook Supreme Court” spesso utilizzata con riguardo all'OB, ne escludono la natura di *real court*, dal momento che le sue decisioni «do also not reflect the traditional safeguards guaranteed by constitutional principles like the rule of law, due process and equality of arms» e preferiscono indicarlo come un «new model of private

⁵¹ D. WONG, L. FLORIDI, *op. cit.*, 269; L. GRADONI, *Twitter Complaint Hotline*, cit.; P. ORTOLANI, *The resolution of content moderation*, cit., 547 ss.

⁵² Art. 21, par. 2, DSA. Cfr. L. GRADONI, *Twitter Complaint*, cit., P. ORTOLANI, *The resolution of content moderation*, cit., 547; in senso molto critico sull'art. 18 dell'originaria proposta di regolamento COM(2020) 825 final presentata dalla Commissione il 15 dicembre 2020 che, diversamente dalla versione definitiva del DSA, avrebbe imposto alle piattaforme online l'obbligo di rispettare la decisione adottata dall'organismo di risoluzione extragiudiziale delle controversie, cfr. J. WIMMERS, *The Out-of-court dispute settlement mechanism in the Digital Services Act. A disservice to its own goals*, in <https://www.jiptec.eu>, 2021, 382 ss.

⁵³ D. WONG, L. FLORIDI, *op. cit.*, 270.

adjudication» che potrebbe non solo marginalizzare il potere giudiziario tradizionale, «but also contaminate judicial values and safeguards which would be driven by private ordering on a global scale»⁵⁴.

E ancora, secondo alcuni, l'OB, date le sue caratteristiche e le sue modalità di funzionamento si collocherebbe «somewhere in the middle» tra sistema interno di gestione dei reclami e soluzione extra-giudiziale delle controversie, «presumably closer to the out-of-court dispute settlement»⁵⁵, mentre altri, volendo comunque trovare una collocazione dell'OB nella disciplina del DSA, ricorrono alla categoria alquanto vaga delle «altre possibilità di ricorso» a seguito dell'esaurimento dei rimedi interni di cui i fornitori di piattaforme online devono informare senza indebito ritardo i reclamanti in base all'art. 20 par. 5 DSA e che possono essere esperite in parallelo alle soluzioni extra-giudiziali di cui all'art. 21, ma rilevano che tale «collocazione» restituirebbe solo una «blurred image of the Board»⁵⁶.

La varietà delle posizioni assunte in dottrina nell'individuare la natura dell'*Oversight Board* evidenzia come esso rappresenti un fenomeno nuovo, non facilmente inquadrabile in nessuno dei sistemi preesistenti diretti a gestire la moderazione dei contenuti sulle piattaforme online. Probabilmente in questa prima fase del suo funzionamento rileva non tanto accertarne la natura giurisdizionale⁵⁷ o operare una qualche altra «classificazione» plausibile, ma piuttosto valutare in concreto l'impatto del suo operato con riguardo al rispetto dei diritti umani e in particolare al bilanciamento tra libertà di espressione e altri diritti, essendo questo il dichiarato scopo della sua istituzione⁵⁸. A tale proposito è stato già evidenziato come l'OB non solo utilizzi le norme internazionali sui diritti umani come parametri di riferimento per verificare le decisioni di moderazione dei contenuti di Meta, ma si conformi altresì al *modus operandi* di organi giurisdizionali internazionali nell'effettuare il menzionato bilanciamento⁵⁹.

La riscontrata similitudine con i tribunali internazionali sui diritti umani, pur con vari limiti a tale analogia, potrebbe al momento rendere tralasciabile la questione relativa all'indipendenza reale o solo pre-

⁵⁴ O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *op. cit.*, 5.

⁵⁵ J. MAZUR, B. GRAMBLIČKOVÁ, *op. cit.*, 20 ss.

⁵⁶ L. GRADONI, *Twitter Complaint*, cit.

⁵⁷ In senso contrario a tale possibilità E. DOUEK, *The Facebook Oversight Board's*, cit.: «the FOB is, self-evidently, not an actual court, and it has no legal mandate».

⁵⁸ V. *supra*, par. 2.

⁵⁹ V. *supra*, par. 3.

sunta da Meta e le altre “debolezze” segnalate dalla dottrina, quali la mancanza di rappresentatività dei suoi membri, la non completa trasparenza del processo di selezione dei casi e di svolgimento della procedura o l’assenza di contraddittorio; per converso ci appare rilevante che il consolidamento della sua *giurisprudenza* ispirata alla tutela dei diritti umani e la continua interlocuzione con Meta possano effettivamente migliorare il sistema di moderazione dei contenuti della piattaforma e che l’OB «will contribute to the development of international human rights standards – especially the unsettled question of how those standards apply to private companies»⁶⁰. E se al momento «it is much better than nothing, but it could be much more»⁶¹, vi è chi ipotizza un ulteriore rafforzamento del ruolo dell’OB anche rispetto a possibili ripensamenti di Meta e un suo eventuale riconoscimento internazionale, ad esempio attraverso lo status di osservatore presso il Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite⁶².

ABSTRACT

*The Meta Oversight Board:
An Internal Complaint Management System or an Independent “Tribunal”?*

In relation to content moderation on digital platforms and its potential impact on users’ freedom of expression, as well as its balance with the rights of others affected by such content, this work analyzes the Meta Oversight Board (OB) established by Meta, examining its organizational structure, its role in relation to Meta’s internal content moderation systems, its functioning, and the scope of its decisions. It also assesses the possible framing of the OB within the Digital Services Act and draws conclusions regarding its nature, current utility, and future prospects for development.

⁶⁰ L. HELFER, M. K. LAND, *Is the Facebook Oversight Board an International Human Rights Tribunal?*, in <http://lawfaremedia.org>, 13 maggio 2021.

⁶¹ D. WONG, L. FLORIDI, *op. cit.*, 281.

⁶² L. GRADONI, *Chasing Global Legal*, cit., 6: «the UN Human Rights Council may perhaps make of the Board an international legal subject by granting it observer status».

OSSERVATORIO DIRITTI UMANI

CONSIGLIO DEI DIRITTI UMANI E *UNIVERSAL PERIODIC REVIEW*: IL RAPPORTO DEL IV CICLO DI REVISIONE SULL'ITALIA

GIUSEPPE GIOFFREDI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il Consiglio dei diritti umani e l'*Universal Periodic Review*. – 3. Il IV ciclo di revisione periodica universale dell'Italia. – 4. *Segue*: continuità e discontinuità con i cicli precedenti. – 5. Riflessioni conclusive.

1. Il Consiglio dei diritti umani delle Nazioni Unite, nel corso della sua 59^a sessione ordinaria tenutasi dal 16 giugno all'8 luglio 2025, ha adottato – con decisione 59/101 (*Outcome of universal periodic review: Italy*) del 30 giugno 2025 – il rapporto del IV ciclo di revisione periodica universale sull'Italia (A/HRC/59/4). Si tratta di un documento di notevole rilevanza in quanto tale revisione (*Universal Periodic Review*, UPR), costituisce una procedura d'esame della situazione complessiva dei diritti umani di ciascuno degli Stati membri dell'ONU, basata su un meccanismo di revisione tra pari (*peer review*). Costituisce quindi un *unicum* nel panorama delle procedure internazionali di controllo dei diritti umani e, per questo, rappresenta senza dubbio la novità di maggior rilievo introdotta fra i compiti del Consiglio fin dal momento della sua creazione avvenuta nel 2006.

Il Consiglio rappresenta il più importante tra i *Charter-Bodies* (ossia gli organi fondati sulla Carta delle NU) che in aggiunta ai *Treaty-Bodies* (cioè gli organi di controllo istituiti dai principali strumenti convenzionali in materia di diritti umani) costituiscono, insieme ad altri organismi e procedure, la c.d. *Human Rights Machinery* delle Nazioni Unite¹, cioè quel sistema che è derivato dagli obblighi in materia

¹ Eventuali differenze relative al quadro strutturale di tale sistema onusiano dipendono dall'approccio (tecnico, istituzionale, giuridico, politico) con cui si effettua tale ricostruzione (in argomento v. F.J. HAMPSON, *An Overview of the Reform of the UN Human Rights Machinery*, in *Human Rights Law Review*, 2007, 7 ss.; P.F. WILLE, *The UN HR Machinery: Development and Challenges*, in G. ALFREDSSON ET AL. (eds.), *International Human Rights Monitoring Mechanism*, Leiden, 2009, p. 9 ss.; M. BOVA, *Il Consiglio Diritti Umani nel sistema*

di diritti umani che la Carta prevede a partire dal suo art. 1, par. 3 (e negli articoli 13, 55, 56, 62 e 68), e ancor prima nel Preambolo². Nell'ambito dei *Charter-Bodies*, e delle corrispondenti *Charter-Procedures*, si può distinguere fra quelli (come gli organi principali dell'ONU) che hanno competenze più ampie (fra le quali rientra anche la tutela dei diritti umani) e quelli specializzati in questo ambito (fra cui vi è il Consiglio – nel cui contesto annoveriamo l'UPR, le *Special Procedures*, la *Complaint Procedure* e l'*Advisory Committee* –, l'OHCHR e altri *Charter-Bodies* sempre relativi ai diritti umani ma con carattere settoriale)³.

Il Consiglio è oggi dunque il principale organo intergovernativo competente in materia di promozione e protezione dei diritti umani a livello universale. All'interno del suo mandato, uno degli strumenti più significativi, nonostante il suo carattere non vincolante, è costituito proprio dall'*Universal Periodic Review*, che – operativo dal 2008 – si basa su una revisione ciclica (a rotazione poco più che quadriennale) e coinvolge tutti i circa duecento Stati membri dell'ONU, operando in condizioni di parità e secondo una logica di cooperazione e dialogo. Ogni revisione si fonda su tre fonti principali: un rapporto nazionale dello Stato oggetto dell'esame; un compendio dei rapporti di organismi ONU, redatto dall'OHCHR; una sintesi dei contributi provenienti da *stakeholders* nazionali e internazionali, incluse ONG e istituzioni indipendenti per i diritti umani. La procedura culmina poi in una sessione interattiva durante la quale gli altri Stati formulano osservazioni e raccomandazioni, alle quali lo Stato esaminato può rispondere accettando o prendendo atto delle stesse.

L'Italia, nel 2025, è giunta al IV ciclo di revisione (dopo quelli del 2010, 2014 e 2019), in un contesto internazionale fortemente mutato rispetto ai rapporti precedenti, segnato da nuove (o rinnovate) sfi-

onusiano di promozione e protezione dei diritti umani: profili giuridici e istituzionali, Torino, 2011, 35 ss.; C. CARLETTI, *I meccanismi di monitoraggio periodico della Human Rights Machinery delle Nazioni Unite: possibili margini di miglioramento?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, 249 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Diritto internazionale dei diritti umani. Teoria e prassi*, Torino, 2023, 172 ss.).

² Alla luce del Preambolo e dell'art. 1, par. 3, la Carta ONU impone obblighi specifici in materia di diritti umani; l'azione dell'Organizzazione, inizialmente limitata a progetti di trattati e raccomandazioni, si è evoluta traducendo i principi della Dichiarazione universale in norme vincolanti e creando organi e procedure di controllo (*Treaty Bodies* e *Treaty Procedures*) per garantirne l'attuazione da parte degli Stati (in ordine a tale evoluzione v., per tutti, U. VILLANI, *Studi su la protezione internazionale dei diritti umani*, Roma, 2005).

³ Per approfondimenti v. R. PISILLO MAZZESCHI, *op. cit.*, 172-178.

de in materia di diritti umani, quali la gestione delle migrazioni, la lotta alla discriminazione e le implicazioni digitali della tutela dei diritti fondamentali. Il rapporto ha da un lato confermato alcune criticità già evidenziate nei cicli precedenti, ma dall'altro ha anche sollevato questioni nuove, soprattutto in relazione alla prevenzione della tortura, alla tutela dei diritti delle persone LGBTQIA+ e alle condizioni nei centri per migranti. Dopo alcuni cenni al Consiglio dei diritti umani, necessari a delineare il quadro istituzionale entro cui si colloca l'UPR, si procederà all'analisi del IV ciclo di revisione relativo al nostro Paese, con attenzione particolare alle raccomandazioni ricevute e alle risposte fornite dalle autorità italiane, nonché alla coerenza rispetto ai cicli precedenti. Verranno inoltre valutati i profili di implementazione a livello interno e le prospettive di effettività del meccanismo, coerentemente con gli impegni internazionali assunti dall'Italia ed anche alla luce della recente candidatura a membro del Consiglio per il triennio 2026-2028.

2. Il Consiglio, organo sussidiario dell'Assemblea generale dell'ONU, è stato istituito dalla stessa Assemblea con risoluzione 60/251 del 15 marzo 2006⁴. Il Consiglio è un organo composto da 47 Stati membri delle Nazioni Unite, eletti direttamente e individualmente, con voto segreto, dalla maggioranza dei membri dell'Assemblea generale secondo il criterio dell'equa ripartizione geografica⁵. Esso è competente a promuovere a livello generale il rispetto e la difesa dei

⁴ UN Doc. A/RES/60/251), approvata con 170 voti a favore, 4 contrari (Stati Uniti d'America, Israele, Isole Marshall, Palau) e 3 astensioni (Bielorussia, Iran, Venezuela). Ricordiamo che la posizione negativa degli Stati Uniti è derivata dalla costante sollecitazione degli Usa di creare un organo a composizione ristretta e privo di poteri d'indagine generale. Proprio a causa di tali divergenze, nel 2006 gli Stati Uniti si rifiutarono di unirsi al Consiglio, salvo poi entrare, nel 2009, sotto la guida del presidente Obama. I rapporti di tensione tra tale organismo dell'Onu e gli USA però non si sono sopiti. A tal proposito è opportuno menzionare che, nel giugno 2017, l'Ambasciatrice statunitense alle Nazioni Unite, Haley, aveva paventato un'uscita dal Consiglio (a causa di un atteggiamento "sbilanciato" di quest'ultimo contro Israele), uscita effettivamente verificatasi il 19 giugno 2018, anche in seguito alle critiche ricevute da Trump per le politiche in materia di immigrazione (per approfondimenti v. M. PAGLIUCA, *Gli Stati Uniti fuori dal Consiglio dei diritti umani: un commento nel quadro della politica internazionale*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, 490 ss.). Sono poi rientrati come osservatori nel 2021, sotto la Presidenza Biden, e di nuovo come membri dal 1° gennaio 2022; da ultimo, con ordine esecutivo del Presidente Trump del 3 febbraio 2025 (www.whitehouse.gov), gli USA sono nuovamente usciti da quest'organismo non ricoprendo dunque più neanche il ruolo di Stato osservatore e non contribuendo più al suo finanziamento.

⁵ Il criterio dell'equa distribuzione geografica è realizzato attribuendo 13 seggi agli Stati africani, il medesimo numero a quelli asiatici, 8 agli Stati Latino-americani, 6 a quelli dell'Europa orientale e 7 agli Stati dell'Europa occidentale ed altri Stati (par. 7, ris. 60/251).

diritti umani senza alcuna distinzione e ad esaminare le violazioni, in maniera specifica quelle che rivestono carattere flagrante e sistematico, di tali diritti⁶. Questo organo delle Nazioni Unite ha sostituito la Commissione dei diritti umani, che ha concluso i suoi lavori in data 16 giugno 2006⁷.

I compiti specifici del Consiglio sono elencati nelle lett. *a-j* del par. 5 della risoluzione 60/251, il quale prevede che il nuovo organo sia investito di un ampio mandato finalizzato alla promozione e alla protezione universale dei diritti fondamentali. Esso è anzitutto chiamato a promuovere l'educazione e la diffusione della conoscenza in materia di diritti umani, nonché a fungere da forum di dialogo sulle principali questioni riguardanti l'intero spettro dei diritti civili, politici, economici, sociali e culturali. Un compito centrale riguarda la promozione della piena attuazione degli obblighi internazionali assunti dagli Stati, attività che trova la sua espressione più rilevante nello svolgimento dell'*Universal Periodic Review*. Il Consiglio ha inoltre assunto le responsabilità già affidate alla precedente Commissione sui diritti umani in relazione al coordinamento con l'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani e opera in stretta cooperazione con Governi, organizzazioni regionali, istituzioni nazionali e società civile per rafforzare la protezione internazionale dei diritti fondamentali⁸.

⁶ Il Consiglio si riunisce regolarmente a Ginevra durante tutto l'anno, tenendo almeno 3 sessioni annuali e potendo convocare sessioni straordinarie quando sia necessario. Ad oggi si è riunito in 59 sessioni ordinarie e 37 sessioni speciali.

⁷ La Commissione dei diritti umani, appartenente alle cosiddette commissioni tecniche o funzionali del Consiglio economico e sociale, ha operato fin dal 1946, anno in cui è stata costituita (in via provvisoria) con risoluzione dello stesso Consiglio n. 5 del 16 febbraio. In seguito, la Commissione fu istituita (in via definitiva) con la risoluzione n. 9 del 21 giugno 1946, che la trasformava in un organo composto da Stati (cfr. N. GHANEA, *From UN Commission on Human Rights to UN Human Rights Council*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, 695 ss.; K. SHORT, *From Commission to Council: Has the UN succeeded in creating a credible human rights body?*, in *International Journal of Human Rights*, 2008, 147 ss.).

⁸ Per approfondimenti su funzioni e compiti del Consiglio v. P. SCANELLA, P. SPLINTER, *The United Nations Human Rights Council: A Promise to be Fulfilled*, in *Human Rights Law Review*, 2007, 41 ss.; N. SCHRIJVER, *The UN Human Rights Council*, in *Leiden Journal of International Law*, 2007, 809 ss.; H. UPTON, *The Human Rights Council: First Impressions and Future Challenges*, in *Human Rights Law Review*, 2007, 29 ss.; B. THIELE, D. GOMEZ, *UN Human Rights Council*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2009, 61 ss.; K. BOYLE, *The United Nations Human Rights Council: Politics, Power and Human Rights*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2009, 121 ss.; R. FREEDMAN, *New Mechanism of the Human Rights Council*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, 289 ss.; ID., *The UN Human Rights Council, a critique and early assessment*, Londra-New York, 2013; C. ZANGHÌ, L. PANELLA, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, IV ed., 2019, 118 ss.

Una delle novità più significative consiste nel fatto che il Consiglio (par. 1 della risoluzione) è un organo 'sussidiario' dell'Assemblea generale – e non del Consiglio economico e sociale – realizzandosi così una condizione indispensabile per rafforzare l'azione di protezione dei diritti umani in ambito ONU. I meccanismi di «*special procedures, expert advice and a complaint procedure*» (par. 6) – che costituivano i principali punti di forza del sistema precedente⁹ – sono stati mantenuti nel nuovo sistema. È però prevista l'introduzione di una nuova procedura, la già citata UPR, che ha lo scopo di effettuare un esame periodico e universale della situazione relativa ai diritti umani nei vari Stati: tale procedura è improntata alla cooperazione e al dialogo con lo Stato interessato, di cui deve essere assicurato il pieno coinvolgimento, e deve evitare di sovrapporsi ai meccanismi convenzionali delle Nazioni Unite (par. 5, lett. e).

L'*Universal Periodic Review* si configura come uno strumento unico nel panorama del diritto internazionale dei diritti umani, in quanto applicabile universalmente, regolare nella sua periodicità e fondato su un approccio cooperativo e non contenzioso¹⁰. A differenza di altri meccanismi di controllo – come le procedure di *reporting* previste dai trattati internazionali in materia di diritti umani – l'UPR non è collegato a uno specifico trattato, ma deriva dal mandato generale conferito al Consiglio dei diritti umani dall'Assemblea generale dell'ONU nel 2006. Con la riforma del 2007 (che ha delineato il quadro istituzionale e operativo attraverso cui il Consiglio può esercitare le sue funzioni) esso è diventato ancora più peculiare e ne sono stati specificati alcuni aspetti, quali le basi del riesame, i principi e gli

⁹ Le procedure speciali sono dei particolari meccanismi di monitoraggio e promozione dei diritti umani, stabiliti dalla Commissione e assunti dal Consiglio, istituiti al fine di affrontare specifiche situazioni nazionali o tematiche in tutte le parti del mondo.

¹⁰ Sull'*Universal Periodic Review* v. F.D. GAER, *A Voice Not an Echo: Universal Periodic Review and the UN Treaty Body System*, in *Human Rights Law Review*, 2007, 109 ss.; E. DOMÍNGUEZ REDONDO, *The Universal Periodic Review of the UN Human Rights Council: An Assessment of the First Session*, in *Chinese Journal of International Law*, 2008, 721; J. VENGOCHEA-BARRIOS, *The Universal Periodic Review: A New Hope for International Human Rights Law or a Reformulation of Errors of the Past?*, in *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2008, 101 ss.; C. TOMUSCHAT, *Universal Periodic Review: A New System of International Law with Specific Ground Rules?*, in U. FASTENRATH (ed.), *From Bilateralism to Community Interest: Essay in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, 2011, 609 ss.; H. CHARLESWORTH, E. LARKING (eds.), *Human Rights and the Universal Periodic Review. Rituals and ritualism*, Cambridge 2015; C. CARLETTI, *Per una valutazione complessiva della Human Rights Machinery di Ginevra per il 2016, con particolare riferimento al meccanismo della revisione periodica universale (UPR)*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, 946 ss.

obiettivi che lo guidano, la periodicità e l'ordine delle revisioni, le procedure e modalità operative, gli esiti del riesame e le attività di *follow-up* necessarie a garantirne l'effettiva attuazione.

In particolare, la sezione dell'*Institution-Building* dedicata all'UPR (sez. I) stabilisce che il meccanismo debba essere un processo cooperativo, intergovernativo, obiettivo, trasparente, non conflittuale e non selettivo, volto a migliorare la situazione dei diritti umani in ogni Paese e ad affrontare le violazioni ovunque esse si verificano. Tra i principi guida dell'UPR – elencati al par. 3 – figurano, tra gli altri, l'universalità, l'imparzialità, l'obiettività, la non politicizzazione e la non selettività del meccanismo, in coerenza con i principi e gli scopi della Carta delle Nazioni Unite, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e degli strumenti internazionali sui diritti umani di cui gli Stati sono parte¹¹. Viene altresì enfatizzato il ruolo dell'UPR nel rafforzamento della cooperazione internazionale per la promozione e la protezione dei diritti umani.

Il documento stabilisce che tutti gli Stati membri dell'ONU siano soggetti al processo, secondo una calendarizzazione prevedibile e stabilita in base a criteri di equa distribuzione geografica, articolata in cicli successivi, inizialmente della durata di quattro anni (par. 14)¹². Inoltre, si precisa che la revisione deve basarsi su informazioni oggettive e affidabili e svolgersi con l'effettiva partecipazione dello Stato interessato, al quale è riconosciuto il diritto di presentare un rapporto nazionale. L'UPR si basa su tre fonti principali (paragrafi 15-17): 1. le informazioni fornite dallo Stato sottoposto a revisione, di norma sotto forma di un rapporto nazionale; 2. un compendio redatto dall'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani (OHCHR) contenente informazioni provenienti da altri organi delle Nazioni Unite, in particolare *treaty bodies* e *special procedures*; 3. una sintesi dei contributi presentati dagli *stakeholders*, in particolare organizzazioni non governative (ONG) e istituzioni nazionali per i diritti umani accreditate.

L'esame si svolge sotto l'egida del *Working Group on the UPR* (par. 18)¹³, composto da tutti i membri del Consiglio e presieduto dal-

¹¹ Gli altri parametri giuridici rilevanti in materia sono: le promesse e gli impegni volontari (*voluntary pledges and commitments*) presi dallo Stato in materia di diritti umani e il diritto internazionale umanitario applicabile.

¹² Successivamente portata a quattro anni e mezzo.

¹³ Dal punto di vista operativo, la procedura dell'UPR è coordinata dal Gruppo di lavoro del Consiglio, ma si svolge sotto la guida di una *troika*, ossia un gruppo di tre Stati, scelti per sorteggio, che agiscono in qualità di *rapporteurs* e facilitano l'interazione tra lo Stato esami-

lo stesso Presidente del Consiglio. Il “dialogo interattivo” (par. 21) tra lo Stato oggetto di revisione e gli altri Stati membri delle NU costituisce il cuore del processo: esso si conclude con l’adozione di un rapporto finale che include il resoconto del dibattito, le raccomandazioni formulate dai Paesi partecipanti e le risposte dello Stato esaminato¹⁴.

Sebbene le raccomandazioni formulate nell’ambito dell’UPR non abbiano carattere vincolante, esse costituiscono uno strumento di pressione politica e morale, e la loro attuazione è monitorata nei cicli successivi attraverso meccanismi di *follow-up*. La stessa risoluzione 5/1 introduce anche un primo abbozzo di meccanismo di *follow-up* (paragrafi 33-38), con riferimento ad esempio alla previsione secondo cui «The subsequent review should focus, inter alia, on the implementation of the preceding outcome» (par. 34). Sebbene il documento non preveda sanzioni o conseguenze in caso di mancato rispetto degli impegni assunti, esso si affida alla logica della *peer pressure* e della trasparenza come principali strumenti per promuoverne l’adempimento.

Dal punto di vista giuridico, l’UPR è inquadrabile come un meccanismo di *soft law*: le raccomandazioni che ne derivano non hanno valore giuridicamente vincolante, e l’accettazione da parte dello Stato esaminato non comporta obblighi in senso stretto. Tuttavia, la crescente partecipazione statale, la pubblicità delle sessioni e l’impatto reputazionale generato dal processo hanno accresciuto, nel tempo, l’efficacia normativa del meccanismo (una sorta di “*soft enforcement*”, capace di generare effetti conformativi per via del monitoraggio periodico, della pressione tra pari e del ruolo crescente delle società civili nazionali).

La funzione principale dell’UPR è quindi duplice: da un lato, stimolare gli Stati a rafforzare la protezione interna dei diritti umani, anche mediante l’adozione di piani nazionali di attuazione; dall’altro, fa-

nato e gli altri Stati partecipanti. La *troika* svolge un ruolo chiave nella sintesi del dibattito interattivo e nella formulazione del rapporto finale, che include le raccomandazioni ricevute, le posizioni dello Stato interessato e le osservazioni conclusive. Sebbene la *troika* non abbia poteri decisionali, essa facilita il processo di revisione contribuendo a garantire trasparenza procedurale, equità formale e coerenza redazionale del rapporto finale.

¹⁴ «Quest’ultimo può optare per una risposta immediata o, altrimenti, si riserva di riflettere per il loro recepimento [delle raccomandazioni], totale o parziale, o il loro respingimento. Le raccomandazioni accettate diverranno quindi oggetto dei seguiti dell’esame, a partire dalla pubblicazione degli esiti del dialogo interattivo, nella sessione successiva del Consiglio, e da esse si partirà per l’esame nel (...) ciclo [successivo]; in questa sede lo Stato dovrà fornire preventivamente adeguata documentazione che comprovi l’attuazione delle raccomandazioni mediante interventi e misure atti a rafforzare la protezione e la promozione dei diritti umani al livello nazionale» (C. ZANGHÌ, L. PANELLA, *op. cit.*, 127).

vorire il dialogo multilaterale e lo scambio di buone pratiche in materia di diritti fondamentali. Non mancano però limiti strutturali e critiche. In primo luogo, la procedura ha mostrato tendenze alla ripetitività e all'adozione di raccomandazioni generiche o di natura tecnica, poco incisive nel correggere violazioni gravi o sistemiche. In secondo luogo, è possibile – anche in tale meccanismo – intravederne una politicizzazione, ad esempio con riferimento a Stati che evitano di formulare raccomandazioni “scomode” per ragioni geopolitiche o per timore di “ritorsioni” nelle proprie future revisioni. Infine, va sottolineata – come è stato già anticipato – l'assenza di un sistema di *follow-up* vincolante. Sebbene l'adozione del “*mid-term reporting*”¹⁵ da parte di alcuni Stati (tra cui l'Italia) rappresenti una buona prassi, non vi è un obbligo generale di relazione sull'attuazione delle raccomandazioni accettate, né conseguenze in caso di inadempienza¹⁶.

Dopo la risoluzione 5/1, il Consiglio dei diritti umani ha adottato una serie di decisioni e risoluzioni che hanno integrato, chiarito o aggiornato il funzionamento dell'UPR, sia sul piano procedurale che contenutistico. La decisione 6/102 del 2007¹⁷ ha avuto il compito di stabilire le modalità concrete per il primo ciclo dell'UPR, sulla base dei principi tracciati dalla risoluzione 5/1¹⁸. Con successiva risoluzione¹⁹, il Consiglio ha riconosciuto formalmente l'UPR come uno dei suoi principali strumenti istituzionali e ha ribadito che esso deve mantenere un approccio non selettivo, universalistico e fondato sul dialogo costruttivo, sottolineando l'importanza del coinvolgimento degli *stakeholders* nazionali, comprese le istituzioni nazionali per i diritti umani e la società civile²⁰. Una delle risoluzioni più rilevanti è poi la 16/21

¹⁵ Si tratta di un rapporto volontario che uno Stato può presentare a metà del ciclo di revisione per aggiornare il Consiglio sull'attuazione delle raccomandazioni accettate durante la sua ultima revisione (par. 18, ris. 16/21: «States are encouraged to provide the Council, on a voluntary basis, with a midterm update on follow-up to accepted recommendations», su cui v. *infra*, in questo par.).

¹⁶ La qualità e l'efficacia dell'UPR dipendono quindi in larga misura dalla volontà politica degli Stati e dalla pressione esercitata da attori non statali, a livello interno e internazionale.

¹⁷ UN Doc. A/HRC/DEC/6/102, *Follow-up to Human Rights Council resolution 5/1*, 27 settembre 2007.

¹⁸ In particolare, essa ha adottato il calendario per l'esame degli Stati membri avviato nel 2008, dando effettiva implementazione operativa al meccanismo, attraverso una distribuzione equa degli Stati per ogni sessione del *Working Group on the UPR*, così da garantire l'esame di tutti gli Stati membri dell'ONU entro un arco temporale di quattro anni.

¹⁹ UN Doc. A/HRC/RES/6/17, *Establishment of funds for the universal periodic review mechanism of the Human Rights Council Resolution*, 28 settembre 2007.

²⁰ Inoltre, in relazione al sostegno finanziario del meccanismo, ha chiesto al Segretario generale «to establish a universal periodic review Voluntary Trust Fund to facilitate the par-

del 2011²¹, adottata al termine della revisione quinquennale del funzionamento complessivo del Consiglio (c.d. *review process* del 2011), che ha confermato la prosecuzione dell'UPR come meccanismo permanente e ne ha disciplinato l'avvio del secondo ciclo²².

Strettamente collegata alla risoluzione appena citata è la decisione 17/119 del 2011²³, che rende operativo quanto stabilito dalla risoluzione 16/21, con l'adozione delle modalità concrete per il secondo ciclo dell'UPR, che ha preso avvio nel 2012²⁴. In seguito, si segnalano due lettere presidenziali che, pur non essendo atti formali adottati dal Consiglio (come le risoluzioni o le decisioni), rivestono un ruolo importante nella prassi²⁵: la prima è del 18 settembre 2013 ed ha dato chiarimenti sulle regole di procedura e sulle pratiche operative del *Working Group on the UPR*, alla luce delle difficoltà emerse nel primo ciclo e dell'avvio del secondo²⁶; la seconda è del 1° novembre

participation of developing countries, particularly least developing countries, in the universal periodic review mechanism» (par. 1) e «to establish a new financial mechanism called the Voluntary Fund for Financial and Technical Assistance to be administered jointly with the universal periodic review Voluntary Trust Fund» (par. 2), nonché agli Stati membri «to support the operationalization of the above funds» (par. 3).

²¹ UN Doc. A/HRC/RES/16/21, *Review of the work and functioning of the Human Rights Council*, 12 aprile 2011.

²² La I sez. dell'Allegato (*Outcome of the review of the work and functioning of the United Nations Human Rights Council*) alla risoluzione è stata interamente dedicata all'UPR. Le novità principali previste hanno riguardato: l'enfasi sul *follow-up* (il secondo ciclo doveva essere incentrato sull'attuazione delle raccomandazioni accettate e sugli sviluppi intervenuti in materia di diritti umani nel Paese oggetto di revisione); la durata del ciclo (è stata estesa a quattro anni e mezzo, per consentire un'analisi più approfondita e un maggiore coinvolgimento delle parti interessate); la maggiore partecipazione degli *stakeholders* (è stata incoraggiata la partecipazione delle istituzioni nazionali indipendenti sui diritti umani accreditate e delle ONG anche nella fase successiva alla revisione, in chiave di monitoraggio); il ruolo degli altri meccanismi ONU (si è sottolineata l'importanza del coordinamento tra l'UPR e gli altri strumenti del sistema delle Nazioni Unite per i diritti umani, in particolare i *treaty bodies* e le *special procedures*, al fine di evitare duplicazioni e rafforzare la coerenza delle azioni).

²³ UN Doc. A/HRC/DEC/17/119, *Follow-up to the Human Rights Council resolution 16/21 with regard to the universal periodic review*, 19 luglio 2011.

²⁴ Tra gli elementi principali si segnala: la durata delle presentazioni orali (è stata regolamentata la durata degli interventi orali da parte degli Stati e dei soggetti coinvolti, al fine di assicurare un dibattito efficiente); la gestione delle raccomandazioni (si è chiarito che le raccomandazioni formulate dagli Stati dovevano essere specifiche, attuabili e in linea con gli standard internazionali sui diritti umani); la sintesi dei progressi (si è invitato lo Stato sottoposto a revisione a includere, nel proprio rapporto nazionale, un aggiornamento sull'attuazione delle raccomandazioni del ciclo precedente, al fine di rafforzare l'*accountability*).

²⁵ In quanto *presidential letters*, esse forniscono infatti chiarimenti, orientamenti interpretativi e linee guida operative, riflettendo procedure consolidate o nuove modalità di applicazione del meccanismo dell'UPR.

²⁶ Tra cui segnaliamo la gestione del tempo e l'ordine degli interventi; il ruolo della *troika*; la presentazione delle raccomandazioni; la trasparenza del processo.

2022 e, indirizzata agli Stati membri in vista dell'avvio del IV ciclo dell'UPR (2022–2027), ha fornito orientamenti aggiornati sulla conduzione dell'esame, sulla base dell'esperienza maturata nei cicli precedenti.

3. Nel contesto del IV ciclo dell'UPR l'Italia è stata sottoposta a revisione dal 20 al 31 gennaio 2025, durante la 48^a sessione dell'*UPR Working Group* del Consiglio dei diritti umani²⁷. La *troika* – ovvero gli Stati che hanno supportato l'Italia nel corso dell'esame (e dunque hanno operato in qualità di *rapporteurs*)²⁸ – era composta da Svizzera, Macedonia del Nord e Repubblica Democratica del Congo²⁹. I rappresentanti di questi tre Stati hanno svolto un ruolo essenziale nel coordinare la discussione durante la sessione interattiva, raccogliere le dichiarazioni orali e scritte e sintetizzare gli esiti della revisione.

Come previsto dal meccanismo, la procedura ha avuto come base l'analisi di tre documenti principali: il rapporto nazionale italiano (redatto dal Comitato interministeriale per i diritti umani-CIDU e dal Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale) con il contributo delle amministrazioni competenti³⁰; la raccolta di informazioni fornita dall'Alto Commissario ONU per i diritti umani (che contiene le osservazioni e le raccomandazioni formulate all'indirizzo dell'Italia da parte dei Comitati di controllo dei trattati e delle Procedure speciali)³¹; una sintesi di altre informazioni (credibili ed affidabili) fornite da rilevanti portatori di interessi (vi sono state 15 *Individual Submissions* e 10 *Joint Submissions*, oltre alle indicazioni fornite da alcune *Regional intergovernmental organizations*)³².

Il rapporto nazionale dell'11 ottobre 2024 presentato dall'Italia delinea gli sviluppi normativi, istituzionali e giurisprudenziali in materia di diritti umani avvenuti dopo il precedente ciclo del 2019, con particolare enfasi sull'attuazione delle raccomandazioni accettate (sez.

²⁷ V. www.ohchr.org.

²⁸ «L'esame (...) viene agevolato da un apposito gruppo di lavoro creato nell'ambito del Consiglio, e da tre Stati (c.d. *troika*), che sostengono lo Stato sottoposto all'esame nel loro ruolo di relatori» (C. ZANGHI, L. PANELLA, *op. cit.*, 127).

²⁹ La selezione è avvenuta in data 8 gennaio 2025.

³⁰ UN Doc. A/HRC/WG.6/48/ITA/1, *National report submitted pursuant to Human Rights Council resolution 5/1 and 16/21*. Italy, 11 ottobre 2024.

³¹ UN Doc. A/HRC/WG.6/48/ITA/2, *Compilation of information prepared by the OHCHR*, 6 novembre 2024.

³² UN Doc. A/HRC/WG.6/48/ITA/3, *Summary of stakeholders' submissions on Italy*, 25 ottobre 2024.

II, *Implementation of recommendations from previous cycles*)³³. Tale sezione si articola in 6 parti (A. *International instruments and cooperation with international mechanism and institutions*; B. *National human rights framework*; C. *Cross-cutting issues*; D. *Civil and political rights*; E. *Economic, social and cultural rights*; F. *Rights of specific persons or groups*), ognuna delle quali prevede ulteriori declinazioni tematiche³⁴.

Tra le questioni poste in evidenza segnaliamo il rafforzamento del quadro normativo interno in materia di lotta alla discriminazione (par. 28), anche attraverso la ratifica di strumenti internazionali e l'adozione di piani d'azione nazionali (ad es. su parità di genere, disabilità e diritti dell'infanzia); il contrasto alla violenza di genere, con riferimento alla legislazione introdotta (par. 68)³⁵ e alle strategie nazionali in materia (*National Strategy for gender equality 2021-2026* e *National Strategic Plan on violence against women and domestic violence*)³⁶, oltre a un corposo aumento di budget (arrivando a circa 140 milioni di euro) in materia di prevenzione e contrasto alla violenza contro le donne e domestica; la protezione dei diritti dei migranti e dei rifugiati (par. 80) e dei minori stranieri non accompagnati (paragrafi 81-90)³⁷; la tutela delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto, in

³³ Si tratta, ovviamente, della sezione più corposa (quasi l'intero documento). La sez. I riguarda *Process for the preparation of the report*, la III *Status of implementation of voluntary pledges*, la IV *New and emerging issues, advances and challenges*, la V *Challenges and international community*.

³⁴ Ad es. la sez. C prevede *Equality and non-discrimination* e *Environment, business and human rights*, mentre la F si occupa di categorie vulnerabili: *Women, Persons with disabilities, Children, Statelessness, Minorities, Migrants, refugees and asylum-seekers, Unaccompanied foreign minors*.

³⁵ Legge 53/2022; decreto legislativo 149/2022; decreto legge 20/2023 (convertito in legge 50/2023) e legge 168/2023.

³⁶ V. paragrafi 59 e 72. V. anche par. 69 relativo all'istituzione del *Permanent Observatory on the effectiveness of rules on gender-based and domestic violence*.

³⁷ Nel par. 80, l'Italia specifica che il principio di non respingimento è stabilito dalla legge italiana ed è pienamente attuato nella pratica. In assenza di requisiti di protezione internazionale (*status* di rifugiato e protezione sussidiaria), tale principio è garantito attraverso forme di protezione complementari, ove applicabili. L'Italia garantisce che ai richiedenti vulnerabili non si applicano le procedure accelerate (quindi quelle con minori garanzie). Per essi è prevista la presenza di personale di supporto al colloquio e le loro domande sono prese in considerazione in via prioritaria. Per quanto riguarda le vulnerabilità dovute a patologie, le Commissioni Territoriali possono concedere il permesso "per cure mediche" se il richiedente, pur non avendo diritto alla protezione internazionale, si trova in condizioni di salute derivanti da patologie particolarmente gravi certificate da una struttura sanitaria pubblica e non può essere adeguatamente curato nel Paese di origine. Per quanto riguarda i minori non accompagnati (par. 81), che rientrano nella categoria dei richiedenti vulnerabili, la legge italiana prevede che l'autorità che riceve la domanda di protezione internazionale sospenda il procedimento e in-

un contesto segnato anche dalle sfide legate alla pandemia da COVID-19 (par. 20).

Il secondo documento rilevante, *Compilation of Information prepared by the OHCHR (A/HRC/WG.6/48/ITA/2)*, del 6 novembre 2024, è articolato in 4 sezioni (I. *Background*; II. *Scope of international obligations and cooperation with human rights mechanism*; III. *National human rights framework*; IV. *Promotion and protection of human rights*). Questo documento riassume le osservazioni e raccomandazioni formulate da altri meccanismi dell'ONU (ad es. CEDAW, CRC, CAT, CERD). Le aree di maggiore criticità sono state individuate in materia di migranti, rifugiati e richiedenti asilo (paragrafi 61-70)³⁸, sovraffollamento carcerario (par. 16), discriminazioni multiple (paragrafi 12-14) e barriere all'accesso alla giustizia (paragrafi 19-20). Rileva poi l'invito, formulato da varie *special procedures*³⁹, ad accelerare la creazione di un'Istituzione nazionale indipendente per i diritti umani (NHRI) conformemente ai Principi di Parigi (par. 9) e le preoccupazioni circa la protezione dei diritti dei lavoratori agricoli migranti, con particolare attenzione allo sfruttamento lavorativo e al fenomeno del caporalato (paragrafi 24-28). Molteplici sono inoltre le osservazioni in tema di tutela di genere (paragrafi 46-51). In particolare, il par. 49 riporta il rilievo del Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni contro le donne il quale «recommended amending the Criminal Code to specifically criminalize femicide and to incorporate a definition of rape based on the lack of the free and voluntary expression of consent»⁴⁰.

Il terzo documento rilevante, *Summary of Stakeholders' Information (A/HRC/WG.6/48/ITA/3)*, del 25 ottobre 2024, è articolato in due sezioni: I *Background* e II *Information provided by stakeholders* (a sua volta suddiviso in: A. *Scope of international obligations and cooperation with human rights mechanism*; B. *National human rights framework*; C. *Promotion and protection of human rights*). In questo

formi il Tribunale per i Minorenni affinché nomini un tutore.

³⁸ In particolare, il Comitato sull'eliminazione della discriminazione razziale rileva «the deplorable living conditions in reception centres for migrants, the further reduction of the availability of psychological and legal services and counselling and the extensive use of detention, for long periods, of migrants and asylum-seekers in retention centres and the practice in the hotspots of not allowing migrants to leave the facilities, without a clear legal basis, which may amount to de facto detention and to a disproportionate restriction of the right to personal liberty» (par. 63).

³⁹ V. CEDAW/C/ITA/CO/8, paragrafi 18, 21 e 22; CERD/C/ITA/CO/21, par. 8 s.; E/C.12/ITA/CO/6, par. 7 e 8; A/HRC/50/40/Add.2, par. 47.

⁴⁰ Cfr. CEDAW/C/ITA/CO/8, para. 28 (c) and (d).

documento la sintesi dei contributi presentati da ONG, istituzioni nazionali indipendenti, enti accademici e altri *stakeholders* offre una visione complementare e decisamente più critica rispetto a quella statale. Le principali aree di attenzione includono: la persistenza di forme di discriminazione nei confronti delle comunità rom, sinti e caminanti, con riferimento all'accesso ai servizi essenziali e alla scolarizzazione (paragrafi 73-75); la necessità di rafforzare la responsabilità delle forze dell'ordine, anche tramite un meccanismo indipendente di indagine sugli abusi (par. 19); la protezione dei diritti di categorie vulnerabili: donne, minori, persone con disabilità, migranti. Con riferimento alla tutela di genere (paragrafi 59-63), il par. 60 riporta che «JAI and CoE-Commissioner noted a marked contrast between the legal framework and the inequalities, discrimination and violence faced by women and girls. Maat noted that gender-based violence came at the forefront of women's rights violations in Italy. JS5 indicated that over 100 femicide victims were recorded in 2023 and that femicide was not specifically recognised under the criminal Code»⁴¹.

Relativamente alla protezione dei migranti, la cui sez. specifica è nei paragrafi 79-96, significativi sono anche i rilievi in materia di ONG. In argomento il par. 30 recita: «Several organizations expressed concern about the new legislation decree-law No. 1 of 2023 which restricted the activities of non-governmental organizations in rescuing migrants on the Italian coasts and limited the presence of their ships at sea. They indicated that the decree increased requirements on NGO vessels carrying out rescue missions to enter or transit through Italian territory, which could hamper NGO search and rescue operations»⁴².

⁴¹ Nella seduta del 23 luglio 2025 il Senato ha approvato, in prima lettura, il disegno di legge (AS 1433) recante "Introduzione del delitto di femminicidio e altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime". Il testo del provvedimento – trasmesso alla Camera per l'esame definitivo – introduce nel Codice penale italiano il nuovo articolo 577-bis concernente appunto il reato di femminicidio con il quale si sanziona, con la pena dell'ergastolo, chiunque cagioni la morte di una donna commettendo il fatto con atti di discriminazione, di odio o di prevaricazione, ovvero mediante atti di controllo, possesso o dominio verso la vittima in quanto donna (il reato di femminicidio risulta altresì integrato quando la condotta omicidiaria venga commessa in relazione al rifiuto della donna d'instaurare o mantenere un rapporto affettivo o come atto di limitazione delle sue libertà individuali).

⁴² Nel par. 31, poi, Amnesty International e Medici senza frontiere raccomandano all'Italia «to end any measures that hinder the work of NGOs engaged in sea rescues and take action so that human rights defenders can operate without fear of reprisals, in accordance with its obligations under international law». Il riferimento è al decreto legge 1/2023, convertito nella legge 15/2023, che introduce disposizioni per la gestione delle navi delle ONG impegnate in attività di ricerca e soccorso in mare, regolando transito e sosta nelle acque territoriali

Nel corso della sessione interattiva, l'Italia ha ricevuto raccomandazioni da parte di oltre 100 Stati membri, che hanno riguardato, fra l'altro, la protezione dei diritti dei migranti e dei richiedenti asilo, la violenza contro le donne, la prevenzione della tortura e dei maltrattamenti, i diritti delle persone LGBTQIA+, la discriminazione razziale e la libertà dei media. Il rapporto finale del *Working Group on the UPR (Report of the Working Group, A/HRC/59/4, del 18 marzo 2025)* rappresenta il risultato ufficiale del "dialogo interattivo" avendo raccolto le osservazioni formulate nella sessione del 6 novembre 2024. L'Italia, come indicato al par. 34 (sez. II *Conclusions and/or recommendations*) del documento, è stata destinataria di 340 raccomandazioni, che coprono un ampio spettro tematico e riflettono le priorità, criticità e aspettative della comunità internazionale.

Come già accennato con riferimento alle questioni emerse, è possibile individuare almeno cinque aree tematiche ricorrenti: 1. diritti dei migranti, rifugiati e richiedenti asilo (numerosi Stati hanno espresso preoccupazione per la normativa italiana in materia di immigrazione, in particolare per l'uso della detenzione amministrativa, per le condizioni nei centri di permanenza per i rimpatri-CPR e per le disposizioni contenute nei c.d. *decreti sicurezza*; diverse raccomandazioni poi hanno richiesto l'ampliamento dei canali legali di ingresso e il rafforzamento del sistema di accoglienza diffusa); 2. lotta alla discriminazione e protezione dei gruppi vulnerabili (sono state formulate raccomandazioni volte a contrastare le discriminazioni multiple, in particolare nei confronti di donne, persone con disabilità, rom e sinti, persone LGBTQIA+ e migranti); 3. violenza di genere e diritti delle donne (molte delegazioni hanno elogiato gli sforzi normativi dell'Italia, ma hanno richiesto ulteriori interventi per garantire l'accesso effettivo delle vittime alla giustizia, per aumentare i finanziamenti per i centri antiviolenza e per potenziare le attività formative rivolte alle forze dell'ordine e agli operatori del settore sanitario e sociale); 4. libertà di espressione e protezione dei giornalisti (diversi Stati hanno raccomandato all'Italia di rafforzare le garanzie per la libertà di stampa, adottando misure più incisive contro le minacce e le intimidazioni ai danni di giornalisti); 5. sistema carcerario e giustizia penale (si è rinnovata l'attenzione internazionale sulla questione del sovraffollamento carcerario e sulle condizioni detentive, con raccomandazioni che auspicano

italiane e prevedendo sanzioni amministrative (da 2.000 a 10.000 euro) e il fermo dell'imbarcazione in caso di violazioni.

un maggiore ricorso a pene alternative e la piena attuazione delle decisioni della Corte EDU in materia)⁴³.

Nel documento A/HRC/59/4/Add.1, del 7 aprile 2025, *Report of the WG on the UPR. Italy. Addendum. Views on conclusions and/or recommendations, voluntary commitments and replies presented by the State under review*, le autorità italiane hanno presentato le proprie posizioni in merito alle 340 raccomandazioni ricevute: quelle accettate (*Recommendations accepted*) sono state 295 (circa l'87%); quelle annotate (*Recommendations noted*), cioè di cui si prende semplicemente atto, sono state 41 (circa il 12%); mentre il restante 1% sono state *Recommendations partially noted*⁴⁴. Le raccomandazioni accettate coprono principalmente i seguenti ambiti: la lotta alla violenza di genere, inclusa la prevenzione e la formazione; il rafforzamento del sistema nazionale antidiscriminazione; l'accesso all'educazione per i gruppi vulnerabili; la cooperazione internazionale nel campo dei diritti umani; l'impegno nel promuovere i diritti delle persone con disabilità e dei minori. L'Italia manifesta particolare apertura verso le raccomandazioni che promuovono l'attuazione progressiva dei diritti economici e sociali, nonché l'adozione di politiche pubbliche inclusive e orientate alla protezione dei diritti umani in un'ottica sistemica.

⁴³ Il rapporto include l'elenco completo delle raccomandazioni, elencate per tematica e con l'indicazione, per ognuna, dello Stato proponente. È interessante notare che alcuni Stati – come Norvegia (raccomandazioni 108, 159 e 233), Canada (17, 121, 156 e 161), Germania (111 e 149), Uruguay – si sono concentrati su raccomandazioni dettagliate e di natura strutturale, mentre altri, come Venezuela (175, 286, 318 e 334) ed Egitto (75, 253 e 326), hanno espresso giudizi più generici o formulato raccomandazioni meno incisive.

⁴⁴ Le raccomandazioni dell'UPR, infatti, possono essere: accettate, annotate, parzialmente annotate. Lo Stato esaminato accetta la raccomandazione quando si impegna formalmente a metterla in atto. Con l'accettazione parziale, invece, alcune raccomandazioni vengono accettate solo in parte (ad esempio perché contengono più elementi, non tutti condivisi dallo Stato). Infine, se una raccomandazione non viene accettata, lo Stato la dichiara semplicemente "noted" (ossia una sorta di presa atto), ma senza che ciò comporti un impegno a implementarla. Dunque, uno Stato sotto revisione non può tecnicamente "rigettare" le raccomandazioni dell'UPR. Può solo indicare quali raccomandazioni godono del proprio sostegno e quali sono semplicemente prese in considerazione. Quando lo Stato indica che una raccomandazione gode del suo sostegno, si impegna politicamente ad attuarla prima della successiva revisione (ciononostante, lo Stato può sempre decidere di attuare le raccomandazioni che ha solo preso in considerazione).

Le raccomandazioni solo “annotate”, e quindi nella sostanza respinte, riguardano prevalentemente le proposte di depenalizzazione dell’ingresso e soggiorno irregolare dei migranti (par. 7, con riferimento alle raccomandazioni 1, 2, 3, 4, 5, 9)⁴⁵, nonché l’introduzione del matrimonio egualitario e il pieno riconoscimento delle famiglie omogenitoriali, temi considerati “di competenza del legislatore nazionale”⁴⁶. Inoltre, con riferimento alla raccomandazione 318⁴⁷, relativa ai minori presenti nei centri per migranti, il par. 30 chiarisce la posizione italiana⁴⁸. Sul tema delle ONG e dunque con riferimento ai rilievi posti dalle raccomandazioni 21 (Messico), 104 (Lussemburgo), 195 (Svizzera) e 323 (Ecuador) e alle critiche relative alle sanzioni amministrative alle ONG di cui al decreto legge 1/2023 (poi convertito in legge), l’Italia chiarisce che lo scopo della norma «is to prevent any possible lack of coordination from creating short circuits with repercussions in terms of harming the fundamental rights of migrants, exposing their lives to the threat of the sea and the ambitions of dangerous traffickers» (par. 9).

Con riferimento ad altro tema rilevante, quello relativo ai casi di violenza sessuale e alla proposta di modificare il codice penale italiano per inserire esplicitamente un riferimento alla mancanza del “consenso” (e dunque alle raccomandazioni 86 dell’Irlanda, 87 della Costa Rica, 235 del Belgio e 243 della Cechia), le autorità italiane chiariscono che non sono necessarie modifiche legislative in quanto «in hermenautical terms in the Italian legal system, the lack of consent, and not the presence of violence, characterizes the case of “sexual violence”

⁴⁵ Il Governo italiano ha comunque dichiarato di voler conciliare la tutela dei diritti umani con la necessità di controllare le frontiere marittime, e ribadito la disponibilità a collaborare con le organizzazioni internazionali (in particolare UNHCR e OIM).

⁴⁶ In proposito, nel par. 24, le autorità italiane rilevano: «Regarding specific rules on equal marriage, the adoption of specific legislation falls within the responsibility of the legislative power vested in the Parliament under the Constitution». Per completezza si segnalano anche le considerazioni contenute nel par. 14 (relativo alle raccomandazioni 117 e 119) e nel par. 15 (relativo alle raccomandazioni 118 e 120), in cui viene enunciato sinteticamente il contenuto della legge 76 del 2016, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*.

⁴⁷ «Immediately and unconditionally adopt the necessary measures to eradicate the deplorable living conditions in migrant reception centres, especially for those temporary centres for children and adolescents, guaranteeing all their rights and addressing their needs».

⁴⁸ «Italy has also put in place several actions, to improve the reception conditions regarding minors and vulnerable subjects. In relation to UAMs, the facilities of first reception (where the stay is for the time strictly necessary, not exceeding 45 days) must ensure specialized services in view of the subsequent transfer to second-level reception and specific projects taking place, under the Integration Reception System (in Italian SAI) network».

referred to in Art. 609-bis of the Criminal Code. The primary good protected by the law is the freedom of self-determination, which can only be expressed through a full, voluntary, and conscious consent to sexual acts, in accordance with the constant jurisprudence of the Supreme Court of Cassation» e citano la recente sentenza della Cassazione (10 maggio 2023, n. 19559) secondo cui «for the purpose of the commission of the crime of sexual violence is required the mere lack of consent».

In chiusura del documento l'Italia si impegna a presentare entro gennaio 2027 (par. 36) un *mid-term report* (ossia un piano volontario di attuazione delle raccomandazioni accettate), in linea con quanto auspicato dalla risoluzione 16/21 e dalla buona prassi emersa nei cicli precedenti.

4. Il IV ciclo dell'UPR relativo all'Italia si inserisce in una linea di sostanziale continuità rispetto ai precedenti, per quanto concerne sia i temi sollevati, sia l'approccio adottato dalle autorità italiane nella redazione del rapporto nazionale e nella risposta alle raccomandazioni ricevute. Sul piano sostanziale permangono alcune questioni ricorrenti: la situazione dei migranti e dei richiedenti asilo, il contrasto alla discriminazione e alla violenza di genere, il trattamento delle minoranze rom e sinti, le condizioni detentive e le problematiche legate al sovraffollamento carcerario. Questi ambiti erano già stati oggetto di numerose raccomandazioni nei cicli del 2010, 2014 e 2019, a dimostrazione di una persistente difficoltà strutturale nel garantire standard pienamente conformi agli obblighi internazionali.

L'analisi comparativa dei quattro cicli dell'*Universal Periodic Review* sull'Italia mostra un quadro articolato, caratterizzato da elementi di continuità tematica e al contempo da un'evoluzione nella qualità delle raccomandazioni e nella partecipazione degli attori coinvolti.

Nel primo ciclo (2010), l'Italia ricevette 92 raccomandazioni da 51 delegazioni (A/HRC/14/4, 18 marzo 2010) molte delle quali di carattere generale e incentrate su obblighi formali, quali la ratifica di strumenti internazionali (es. Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata) e l'istituzione di un meccanismo nazionale indipendente per i diritti umani. Le criticità maggiori riguardavano il razzismo, la discriminazione contro i Rom e i migranti e la condizione delle donne nella società. Il linguaggio delle raccomandazioni risultava spesso formulato in termini ampi e consensuali, riflettendo la fase iniziale e sperimentale del meccanismo.

Nel secondo ciclo (A/HRC/28/4, 10 dicembre 2014), con 186 raccomandazioni (da 92 delegazioni), si assistette a una maggiore articolazione dei contenuti, con richieste più dettagliate sulla situazione carceraria, la violenza di genere, la libertà religiosa e il trattamento delle persone LGBTI+⁴⁹. Nonostante l'incremento quantitativo, molti dei problemi strutturali sollevati nel 2010 si ripresentarono, con una continuità tematica che lasciava trasparire un'attuazione parziale o lenta delle raccomandazioni precedenti. Veniva anche sollecitata l'adozione di un piano d'azione nazionale sui diritti umani, che tuttavia non fu formalmente attuato in forma organica.

Il terzo ciclo (A/HRC/43/4, 27 dicembre 2019), che vide l'Italia ricevere 306 raccomandazioni (da 121 delegazioni), si inserì in un contesto più complesso, segnato da mutamenti politici e da un'intensificazione del dibattito interno su temi migratori e securitari⁵⁰. Si rafforzò il focus sulla criminalizzazione delle ONG operanti in mare, sulle condizioni nei CPR e sul linguaggio d'odio nel discorso pubblico. Il tono delle raccomandazioni cominciò a includere esortazioni più incisive, come la richiesta di abrogazione dei cosiddetti "decreti sicurezza" allora in vigore. Al tempo stesso, l'Italia fu apprezzata per alcuni progressi sul piano normativo, come la ratifica della Convenzione di Istanbul⁵¹ e l'adozione di misure antidiscriminatorie in ambito lavorativo.

Il quarto ciclo (2025), con 340 raccomandazioni⁵², ha confermato

⁴⁹ In argomento cfr. C. CARLETTI, *La revisione periodica universale dell'Italia (27 ottobre 2014): alcune riflessioni preliminari a margine delle raccomandazioni formulate dagli Stati membri del Consiglio dei diritti umani*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, 1065 ss.; S. DALL'OGGIO, *La revisione periodica universale II ciclo dell'Italia. Per un commento alle raccomandazioni in materia di promozione e protezione dei diritti umani dei migranti*, ivi, 2015, 165 ss.

⁵⁰ Per approfondimenti v. C. CARLETTI, L. GUERCIO, *La 34a sessione del Gruppo di lavoro delle Nazioni Unite incaricato della revisione periodica universale (Ginevra, 4-15 novembre 2019): profili comparativi e analisi degli aspetti socio-giuridici emergenti dall'esame dell'Italia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, 1057 ss.; A. COFELICE, P. DE PERINI, *The Third Universal Periodic Review of Italy between Recurring Trends and New Challenges*, in *Peace Human Rights Governance*, 2020, 248 ss.

⁵¹ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e sulla lotta alla violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, 11 maggio 2011, ratificata dall'Italia con legge 77 del 27 giugno 2013 (entrata in vigore internazionale il 1° agosto 2014).

⁵² Il numero elevato è indice sia di una *scrutiny* internazionale più intensa che di una maggiore specificità delle raccomandazioni stesse. Ciò può essere visto come un segnale positivo di *engagement*, ma pone una sfida in termini di capacità di assorbimento e attuazione da parte dello Stato. Inoltre, come notato da C. CARLETTI, L. GUERCIO, *op. cit.*, 1064. «l'alto numero di raccomandazioni formulate nei confronti dell'Italia dal Gruppo di lavoro del Consiglio dei diritti umani a seguito della UPR è un segnale di allarme che deve essere preso seria-

molte delle tematiche già emerse nei cicli precedenti, ma ha anche introdotto nuove aree di attenzione, come l'impatto del cambiamento climatico sui diritti umani, la protezione dei dati nel contesto digitale (e in generale il rapporto tra tecnologie digitali e diritti fondamentali) e le sfide legate all'uso dei social media. La qualità tecnica delle raccomandazioni è migliorata, anche grazie all'esperienza accumulata dai Paesi partecipanti e al ruolo crescente della società civile organizzata, che ha contribuito con rapporti ombra più dettagliati e tematicamente mirati.

Sul piano procedurale, l'Italia ha confermato l'approccio collaborativo e dialogico che ha sempre caratterizzato la sua partecipazione all'UPR, mostrando apertura al confronto e disponibilità a recepire gran parte delle raccomandazioni. Anche nel presente ciclo, la percentuale di raccomandazioni accettate è molto alta, sostanzialmente in linea con quella dei cicli precedenti.

Tuttavia, emergono anche elementi di discontinuità, in particolare per quanto riguarda il crescente peso politico attribuito a talune questioni – protezione dei diritti delle persone LGBTIQ+, regolamentazione dei CPR e gestione della migrazione irregolare – su cui la posizione italiana appare più polarizzata e meno disponibile rispetto al passato a recepire i rilievi.

Un ulteriore elemento di parziale discontinuità riguarda l'evoluzione dell'atteggiamento della comunità internazionale, che appare sempre più attenta a sollecitare misure concrete di attuazione e monitoraggio, in linea con l'enfasi sul *follow-up* introdotta a partire dalla risoluzione 16/21. In tal senso, il IV ciclo segna un passaggio da una logica prevalentemente dichiarativa a una prospettiva di *accountability* sostanziale, con maggiore attenzione al rispetto degli impegni assunti e alla coerenza delle politiche pubbliche interne.

5. L'esito del IV ciclo dell'UPR per l'Italia evidenzia un quadro complesso, caratterizzato da criticità strutturali e nuove sfide emergenti, che mettono in luce le tensioni tra gli obblighi internazionali in materia di diritti umani e alcune scelte politiche e normative nazionali. Sebbene l'Italia, nei suoi rapporti, abbia costantemente ribadito l'adesione ai principi della revisione periodica, la traduzione degli impegni internazionali in misure legislative e amministrative concrete si

mente. Lo è per il ruolo globale dell'Italia, per la sua credibilità internazionale, per la nostra esposizione internazionale, dato che le gravi violazioni e inadempienze su cui intervengono le raccomandazioni acquisiscono un importante valore pubblico».

è rivelata spesso discontinua e parziale. Inoltre, in generale, il recepimento interno delle raccomandazioni dell'*Universal Periodic Review* presenta una serie di limiti sistemici legati al carattere non vincolante del meccanismo e all'assenza di strumenti giuridici e procedurali che ne garantiscano l'effettiva attuazione⁵³.

Un problema strutturale di rilievo è la mancanza di un meccanismo nazionale di coordinamento robusto e permanente per l'attuazione e il monitoraggio delle raccomandazioni provenienti da tutti i meccanismi ONU (UPR, *Treaty Bodies*, Procedure Speciali)⁵⁴. Sebbene il CIDU svolga un ruolo cruciale di coordinamento interistituzionale, la sua capacità di assicurare un *follow-up* sistematico su centinaia di raccomandazioni può essere limitata. La frammentazione delle competenze tra diversi ministeri e livelli di governo rende infatti complessa l'implementazione coordinata di misure che spesso richiedono un approccio olistico.

Un *deficit* significativo, costantemente evidenziato da tutti i cicli UPR, è la mancata istituzione di un'autorità nazionale dei diritti umani pienamente conforme ai Principi di Parigi. Un'istituzione indipendente, dotata di un mandato ampio (comprensivo di monitoraggio, promozione, educazione e ricezione di denunce) e di risorse adeguate, potrebbe fungere da catalizzatore cruciale per l'attuazione delle raccomandazioni della revisione periodica. Essa, infatti, potrebbe agire da intermediario tra il Governo e la società civile, fornendo *expertise* tecnica, monitorando i progressi nell'attuazione delle raccomandazioni e promuovendo in generale la cultura dei diritti umani.

Anche la partecipazione della società civile, pur rilevante nella fase preparatoria dei rapporti, necessita di essere rafforzata nella fase di attuazione e monitoraggio. Le ONG e le varie organizzazioni coin-

⁵³ Come rileva R. PISILLO MAZZESCHI, *op. cit.*, 175: «Il *follow-up* della revisione appare un meccanismo piuttosto debole. Il principio di partenza è quello secondo cui “The outcome of the universal periodic review, as a cooperative mechanism, should be implemented primarily by the State concerned and, as appropriate, by other relevant stakeholders”. Un'ulteriore conferma di questa debolezza è data dal ruolo assai limitato che viene dato, nella fase del *follow-up*, alla comunità internazionale, la quale, secondo la risoluzione 5.1, anziché essere la custode del rispetto del diritto internazionale: “[...] will assist in implementing the recommendations and conclusions regarding capacity-building and technical assistance, in consultation with, and with the consent of, the country concerned”». In argomento v. anche M. BOVA, *op. cit.*, 198-200, e C. ZANGHÌ, L. PANELLA, *op. cit.*, 129-130.

⁵⁴ In merito al rapporto tra tali meccanismi, va precisato – come sottolineato da P. PUSTORINO, *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani*, Bari, 2020, 88, «che la procedura di revisione ha natura complementare rispetto alle numerose attività di controllo condotte da altri organi delle Nazioni Unite». In argomento cfr. anche C. CARLETTI, *I meccanismi di monitoraggio*, cit., 257 ss., e C. ZANGHÌ, L. PANELLA, *op. cit.*, 130 ss.

volte svolgono un ruolo fondamentale nel segnalare le lacune e nel promuovere il rispetto dei diritti umani sul campo e la loro marginalizzazione nel processo di *follow-up* potrebbe compromettere l'efficacia dell'intero meccanismo⁵⁵.

Le 340 raccomandazioni ricevute dall'Italia offrono una bussola chiara per l'azione futura e testimoniano una crescente attenzione della comunità internazionale verso le performance del Paese in materia di diritti umani. L'alto numero (295) di raccomandazioni accettate (quasi l'87%) evidenzia l'impegno formale dell'Italia, ma al contempo sottolinea la vastità delle aree che necessitano di miglioramento. Permangono infatti sfide significative (molte delle quali sono state ricorrenti nei cicli precedenti)⁵⁶, in particolare su temi sensibili come la lotta contro la violenza di genere (con specifica attenzione al fenomeno del femminicidio), la discriminazione (soprattutto contro Rom e persone LGBTQIA+), la tratta di esseri umani e le problematiche legate all'accoglienza e all'integrazione dei migranti. Su molte di queste questioni l'Italia ha respinto le raccomandazioni ritenute troppo invasive, richiamando esigenze di sicurezza interna, gestione ordinata dei flussi migratori, rispetto delle competenze legislative nazionali e sensibilità politico-sociale delle materie.

Tuttavia, alcuni segnali lasciano intravedere margini di miglioramento. Ad esempio, l'impegno, assunto formalmente nell'*Addendum* (par. 36), a elaborare entro gennaio 2027 un piano volontario di attuazione delle raccomandazioni accettate rappresenta una novità potenzialmente significativa. Tale strumento, se elaborato in modo partecipativo e corredato da obiettivi misurabili, potrebbe contribuire a superare l'attuale approccio frammentato e rafforzare la cultura della valutazione delle politiche pubbliche in chiave di diritti umani.

L'efficacia futura dell'UPR per l'Italia dipenderà, dunque, da una pluralità di fattori: volontà politica dei governi di turno, stabilità e coordinamento delle strutture amministrative competenti, rafforzamento della collaborazione con la società civile. L'adozione di un piano d'azione nazionale con obiettivi e indicatori chiari, unitamente all'accelerazione dell'istituzione di una NHRI, sarebbero poi – come già accennato – passi fondamentali per colmare il divario tra gli impe-

⁵⁵ Di grande interesse in materia è il documento di UPR-Info (una ONG specificamente competente sul tema), *The Civil Society Compendium. A comprehensive guide for Civil Society Organisations engaging in the UPR*, disponibile sul sito www.upr-info.org.

⁵⁶ V. il par. *Italy as a State under Review: "Same-old" and "Brand-new" Challenges*, in A. COFELICE, P. DE PERINI, *op. cit.*, 260-264.

gni internazionali assunti e la loro effettiva attuazione a livello domestico.

Inoltre, il ruolo dell'Italia nelle istituzioni multilaterali e la sua candidatura al Consiglio dei diritti umani per il triennio 2026-2028⁵⁷ impongono una coerenza rafforzata tra la proiezione internazionale del Paese e l'effettiva tutela dei diritti nel contesto interno. Un'attuazione concreta, trasparente e partecipata delle raccomandazioni ricevute potrebbe non solo rafforzare la credibilità internazionale dell'Italia, ma anche porla come modello di riferimento per altri Stati, valorizzando l'UPR come strumento di *governance* multilivello dei diritti umani.

ABSTRACT

*The Human Rights Council and the Universal Periodic Review:
Italy's Fourth Cycle Report*

This article examines the outcome of Italy's fourth cycle of the Universal Periodic Review (UPR), adopted by the Human Rights Council in 2025. After outlining the institutional framework of the UPR and its evolution since 2008, the paper analyses the main recommendations addressed to Italy, focusing on recurring structural issues such as migration policies, prison overcrowding, discrimination, and gender-based violence. The article discusses Italy's responses, the high acceptance rate of recommendations, and the persisting hesitancy to address sensitive issues such as irregular migration and LGBTQIA+ rights. It also explores the tension between international human rights obligations and domestic political agendas, as well as the limits of a non-binding mechanism based on peer pressure. Finally, the article considers the prospects for implementation at the national level and reflects on the role of the UPR as a tool of accountability and international cooperation.

⁵⁷ In precedenza l'Italia aveva presentato la propria candidatura al Consiglio per il triennio 2007-2010 (è stata dunque eletta la prima volta il 17 maggio 2007 e tale mandato è scaduto il 18 giugno 2010); il secondo mandato ha riguardato, invece, il triennio 2011-2014 e il terzo il periodo 2019-2021 (cfr. C. CARLETTI, *L'Italia di nuovo membro del Consiglio dei diritti umani: valutazioni a margine del meccanismo delle candidature ed impegni assunti dal nostro Paese nel sistema ONU per la promozione dei diritti umani*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2018, 645 ss.; ID., *La membership dell'Italia nel Consiglio dei diritti umani: l'agenda ragionata dei lavori ed i temi di principale rilevanza*, ivi, 2019, 135 ss.). Da ultimo l'Italia ha presentato, a febbraio 2025 (durante la 58^a sessione del Consiglio), la propria candidatura per il periodo 2026-2028, aspirando dunque a diventare nuovamente membro di questo organo.

RASSEGNE

ATTIVITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI ISTITUTI SPECIALIZZATI DELLE NAZIONI UNITE E ALTRE ORGANIZZAZIONI E ISTITUZIONI INTERNAZIONALI ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE DEL LAVORO

*Conferenza generale OIL del 2025:
rafforzamento della funzione normativa e di controllo, e rilancio del multilateralismo*

Si è conclusa a Ginevra la 113^{ma} sessione della Conferenza generale dei rappresentanti degli Stati membri dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), l'organo assembleare di questo istituto specializzato delle Nazioni Unite che è composto da quattro rappresentanti di ciascuno dei Membri, di cui due sono delegati del governo e gli altri due sono delegati che rappresentano rispettivamente i datori di lavoro e i lavoratori di ciascuno dei Membri (art. 3 dello Statuto). La Conferenza generale, che si riunisce annualmente, svolge importanti funzioni di tipo normativo (l'adozione di convenzioni e raccomandazioni in materia di lavoro), e di monitoraggio su tali strumenti la cui natura è giuridicamente vincolante ovvero di *soft law*.

La riunione, tenutasi dal 2 al 13 giugno 2025, si è conclusa con risultati significativi che dimostrano la perdurante validità del modello associativo incarnato dall'OIL verso il cui fine, la promozione della giustizia sociale intesa come funzionale al mantenimento della pace universale (preambolo dello Statuto), i risultati della Conferenza sembrano particolarmente orientati. Questo assunto sembra presente, anzitutto, nel Rapporto del Direttore generale dell'OIL *Jobs, Rights and Work: Reinforcing the connection*¹ presentato all'organo assembleare. Richiamato il preambolo dello Statuto nella parte in cui sottolinea l'esistenza «di ingiustizia, miseria e privazioni per un gran numero di persone da produrre disordini così grandi da mettere in pericolo la pace e l'armonia del mondo; ed è urgentemente necessario un miglioramento di tali condizioni», il documento si sofferma sulla relazione tra lavoro, diritti sociali individuali e collettivi, e crescita economica che non deve fondarsi sul mero indicatore del PIL nazionale dei singoli Paesi ma sul valore sociale del lavoro decente. Il rapporto del Direttore generale denuncia, in particolare, l'inidoneità della sola crescita economica a favorire i diritti dei lavoratori anche a causa del crescente deterioramento in molti Paesi del principio

¹ ILC.113/1(B), in www.ilo.org.

dello Stato di diritto rispetto alle libertà civili e politiche. L'incertezza e la precarietà della condizione dei lavoratori è aggravata da fattori divenuti ormai strutturali quali il salto tecnologico, i cambiamenti climatici, gli imponenti flussi migratori, i conflitti armati interni ed internazionali e il commercio internazionale caratterizzato da tendenze neo-protezionistiche: nell'ottica del Rapporto del Direttore generale, tali elementi possono avere ripercussioni sui valori democratici di cui si auspica un rafforzamento attraverso un maggiore coinvolgimento di tutti gli attori sociali e le istituzioni nazionali.

Tra i più rilevanti risultati della Conferenza, dev'essere menzionata l'adozione (406 voti a favore, 12 contrari e 13 astenuti) di un nuovo strumento pattizio, la Convenzione n. 192 sulla prevenzione e protezione dai rischi biologici nell'ambiente di lavoro che mira a proteggere il lavoratore da tali rischi, nell'ambito della più generale politica dell'OIL in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro. In particolare, definite le nozioni di rischio biologico² e quella di esposizione al rischio biologico nell'ambiente di lavoro³, lo strumento impegna *inter alia* gli Stati membri a formulare politiche nazionali e ad adottare misure che includano la prevenzione e la protezione dai rischi biologici e la risposta agli incidenti e alle situazioni di emergenza, ponendo altresì in capo ai datori di lavoro l'obbligo di adottare ogni misura protettiva dell'ambiente di lavoro rispetto ai suindicati rischi. Anche alla luce dell'allegata raccomandazione (n. 209), che fornisce chiarimenti in ordine alle misure preventive, protettive e di risposta elencando pure le specifiche modalità di trasmissione del rischio, la Convenzione testimonia la vitalità della funzione normativa dell'OIL.

Ulteriore testimonianza di questo assunto è fornita dagli emendamenti adottati dalla Conferenza al Codice della Convenzione sul lavoro marittimo (2006), in materia di riconoscimento dei marittimi, accesso all'assistenza medica, trattamento in caso di detenzione o incidenti marittimi, la lotta contro la violenza e le molestie a bordo; il rafforzamento del diritto al congedo a terra e al rimpatrio.

Sempre con riferimento alla funzione normativa, ma su di un piano differente, menzione deve essere fatta di alcune risoluzioni adottate in ambiti materiali molto diversi tra di loro.

La Conferenza ha, anzitutto, avuto modo di soffermarsi sulla situazione della Palestina. Alla questione è stato dato ampio risalto, non solo con riguardo alla condizione dei lavoratori nei territori arabi soggetti a occupazione da parte di Israele, oggetto di un³appendice al rapporto del Direttore generale⁴, ma anche – più

² Art. 1, a: «“biological hazards” refers to any microorganisms, cells or cell cultures, endoparasites or noncellular microbiological entities, including those which have been genetically modified, and their associated allergens and toxins, as well as allergens, toxins and irritants of plant or animal origin, when exposure is work-related, which can cause harm to human health. Harm to human health caused by exposure to biological hazards in the working environment includes diseases and injuries».

³ Art. 1, b: «“exposure to biological hazards in the working environment” refers to an event during which a worker comes into contact with, or is in close proximity to, biological hazards in the working environment. This exposure includes work-related activities and public health situations. The potential for infection or harm to occur is intrinsically linked to the modes of transmission and routes of exposure, which are critical to consider when devising appropriate preventive strategies and measures».

⁴ *The situation of workers of the occupied Arab territories* (ILC.113/DG/APP, in www.ilo.org.) che, nel rammentare il parere consultivo della Corte internazionale di giustizia del 19 luglio 2024 in cui l'organo giurisdizionale principale dell'ONU ha affermato l'illegalità degli insediamenti israeliani in Cisgiordania, compresa Gerusalemme Est, ne constata l'aumento nel 2024. Ciò ha riduce la disponibilità di terra coltivabile per i lavoratori palestinesi, anche a Gaza e nelle alture del Golan siriano.

in generale – sullo *status* della Palestina all'interno dell'OIL oggetto di un'apposita risoluzione⁵. Il documento, adottato con 386 voti a favore, 15 contrari e 42 astenuti, prende le mosse dalla risoluzione ES-10/23 del 10 maggio 2024 dell'Assemblea generale ONU in cui l'organo plenario sosteneva che «the State of Palestine is qualified for membership in the United Nations in accordance with Article 4 of the Charter of the United Nations and should therefore be admitted to membership in the United Nations», domandando agli Istituti specializzati di adottare analoghe modalità per assicurare la partecipazione della Palestina al proprio interno. Su tali basi, la Conferenza generale dell'OIL dichiara che «the status of Palestine as a liberation movement has become obsolete», decidendo di attribuirle lo *status* di osservatore non membro, con diritto di esporre posizioni ufficiali del proprio Governo nonché proposte circa l'inserimento di punti all'ordine del giorno degli organi di governo dell'OIL, ma avendo cura di precisare che la Palestina non dispone del diritto di voto.

Sono evidenti le implicazioni politiche di tale documento, al pari di una seconda risoluzione adottata dalla Conferenza, avente ad oggetto la perdurante situazione nel Myanmar⁶, il cui mancato rispetto di alcune tra le più importanti convenzioni dell'OIL (la n. 87 del 1948 sulla libertà di associazione e la protezione del diritto di associazione, e la n. 29 del 1930 sul lavoro forzato) costituisce da circa venticinque anni motivo di forte contrasto tra l'Organizzazione ginevrina e lo Stato asiatico. Delle varie vicende relative alla membership di Myanmar, che non è possibile ricostruire compiutamente in questa sede, è importante almeno sottolineare che esse hanno costituito un banco di prova importante per la verifica dell'effettivo funzionamento dei meccanismi di controllo, contenzioso e non contenzioso, effettuato dall'OIL sulle convenzioni in materia di lavoro da essa adottate, specialmente quando esse incorporano norme che intendono tutelare veri e propri diritti umani in ambito sociale, e la cui natura giuridica è spesso consuetudinaria (quando non addirittura cogente).

Il mantenimento da parte delle autorità birmane dello stato di emergenza; la mancanza di un governo democraticamente eletto e della compressione delle libertà civili da parte delle autorità asiatiche; l'invito del Consiglio d'amministrazione⁷ ad adottare – ex art. 33 dello Statuto – azioni idonee ad assicurare le raccomandazioni contenute nel rapporto della Commissione d'inchiesta conformemente all'art. 26 della Costituzione⁸ in relazione al mancato rispetto da parte di Myanmar delle citate Convenzioni, hanno convinto la Conferenza a sottoporre lo Stato asiatico a un meccanismo di monitoraggio rafforzato rispetto all'osservanza delle due convenzioni, anche al fine d'impedire l'ulteriore violazione dei diritti protetti. Inoltre, la Conferenza ha invitato il Direttore generale a rafforzare la collaborazione con le Nazioni Unite, e in particolare con l'inviato speciale del Segretario generale delle Nazioni Unite per il Myanmar, il relatore speciale sulla situazione dei diritti

⁵ *Resolution on the status of Palestine in the ILO and participation rights of Palestine in ILO meetings* (ILC.113/Resolution II).

⁶ *Resolution concerning the measures recommended by the Governing Body under article 33 of the ILO Constitution on the subject of Myanmar* (ILC.113/Resolution I).

⁷ Esso è l'organo esecutivo dell'OIL, incaricato *inter alia*, di decidere le politiche di essa, e di eleggere il Direttore generale.

⁸ La norma, intitolata «*Complaints of non-observance*», attribuisce a ogni Stato membro il potere di presentare un ricorso contro un altro Membro che, a parer suo, non provveda in modo soddisfacente all'esecuzione di una convenzione da entrambi ratificata.

umani in Myanmar e altri relatori speciali tematici specifici pertinenti per curare l'implementazione delle raccomandazioni della commissione d'inchiesta, come il relatore speciale sulla libertà di opinione e di espressione e il relatore speciale sulla libertà di riunione pacifica e di associazione, al fine di garantire un'azione coordinata sulle raccomandazioni della commissione d'inchiesta e l'attuazione della risoluzione adottata.

La Conferenza ha inoltre adottato una risoluzione per ridurre l'informalità nel lavoro e sostenere la transizione verso il lavoro formale⁹, avanzando tre proposte: facilitare la transizione dal lavoro informale a quello formale garantendo i diritti fondamentali dei lavoratori; creazione di lavoro dignitoso attraverso imprese economicamente sostenibili; impedire la "informalizzazione" di impieghi formali (par. 9).

Per concludere con gli aspetti attinenti alla funzione normativa, colta *sub specie* dell'adozione di risoluzioni, la Conferenza ha anche approvato un documento relativo alla posizione dell'OIL sul secondo summit mondiale per lo sviluppo sociale previsto per il mese di novembre 2025 a Doha¹⁰. Ciò non sorprende, data la competenza in materia sociale di questo Ente che intende rafforzare attraverso un duplice schema prefigurato nella risoluzione. Da un lato, infatti, il documento s'indirizza agli organi dell'OIL invitandoli ad affrontare le opportunità e le sfide emerse nel mondo del lavoro dopo il vertice di Copenhagen del 1995, valorizzando il dialogo sociale come strumento per gestire le conseguenze delle politiche di aggiustamento del debito e assegnandole un ruolo guida nel monitoraggio e nel follow-up dei risultati del vertice. Dall'altro lato, la risoluzione invita gli Stati membri a garantire una piena rappresentanza delle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro nella preparazione del Vertice e nell'implementazione dei suoi risultati.

Infine, qualche considerazione sulla funzione di controllo esercitata nell'ambito della Conferenza rispetto all'osservanza da parte degli Stati delle Convenzioni ratificate, con particolare riferimento alla condotta dell'Italia. Viene in rilievo, in particolare, l'attività di monitoraggio svolta dalla Commissione degli Esperti, un organo di persone altamente qualificate che nel rapporto *ad hoc*¹¹ ha modo di prendere posizione sull'osservanza di alcune importanti Convenzioni: la n. 87/1948 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale, n. 111/1958 sul divieto di discriminazione in materia (impiego e professioni), n. 81/1947 sull'ispezione del lavoro nell'industria e nel commercio e n. 129/1969 in materia d'ispezione del lavoro in agricoltura.

Quanto al rispetto della Convenzione n. 87, sulla base di rilievi presentati dalle associazioni sindacali CGIL e UIL, in cui si sosteneva la violazione da parte del

⁹ ILC.113/Resolution IV. Il documento assume a punto di partenza la constatazione che «Informality is one of the structural barriers to advancing decent work, social justice and sustainable development. It hinders progress in reducing poverty and inequality and presents significant challenges for the realization of workers' rights, including the fundamental principles and rights at work, effective labour protection, and universal access to comprehensive, sustainable, effective and adequate social protection. It also undermines the rule of law, hinders productivity and has a negative impact on the development of sustainable enterprises, public revenues, governments' scope of action, the soundness of institutions and fair competition in national and international markets» (par. 2).

¹⁰ *Resolution concerning the Second World Summit for Social Development* (ILC.113/Resolution III).

¹¹ Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution), ILC.113/III(A), in www.ilo.org.

Governo italiano della convenzione rispetto al diritto di sciopero, del riconoscimento della rappresentatività delle associazioni in seno al CNEL e dalla esclusione dei rappresentanti sindacali dai processi decisionali in materia di lavoro, la Commissione domanda al Governo di fornire ogni informazione circa i provvedimenti giurisdizionali che saranno adottati dalla Magistratura amministrativa a seguito dei ricorsi presentati davanti ad essa dalle suddette organizzazioni sindacali, invitandolo a tenere consultazioni regolari con tali Enti al fine di assicurare un dialogo sociale effettivo. Di particolare rilievo politico sono le considerazioni della Commissione sul c.d. “decreto sicurezza”, potenzialmente lesivo del diritto di dimostrazione pacifica, che la Commissione chiede al Governo di rispettare evitando di adottare norme in contrasto con la Convenzione n. 87.

L'osservanza piena da parte italiana della Convenzione n. 111 è invece contestata dalla Commissione sulla base della constatazione dell'elevato numero di dimissioni volontarie presentate da lavoratrici motivate sulla base di presunte discriminazioni legate al sesso. In questo caso, la Commissione domanda al Governo d'indagare le ragioni sociali di tali condotte al fine di adottare ogni misura utile a rimuovere tali pratiche specie quando connesse alla maternità, tanto nel settore privato quanto nel pubblico, elaborando politiche idonee a conciliare le responsabilità professionali con quelle familiari. Quanto alla Convenzione n. 81, la Commissione prende atto del fatto che il governo ha riconosciuto nel suo rapporto che il numero di ispettori del lavoro rimane al di sotto del livello ideale, esortandolo, a prendere le misure necessarie per garantire che gli ispettori del lavoro siano nominati in numero sufficiente, in conformità con l'articolo 10 della Convenzione. Sempre in materia d'ispezione del lavoro, ma nel campo dell'agricoltura, la Commissione con riguardo a tale Convenzione richiede al Governo di continuare a fornire informazioni sul numero di lavoratori stranieri privi di documenti identificati dagli ispettori del lavoro, nonché sugli sforzi per prevenire e combattere lo sfruttamento. Inoltre, il Comitato chiede al Governo di continuare ad adottare le misure necessarie al fine di garantire che le azioni degli ispettori del lavoro siano finalizzate all'applicazione delle disposizioni di legge che proteggono i lavoratori stranieri senza permesso di soggiorno, tenendo conto dell'impatto su tali soggetti delle norme in materia d'immigrazione illegale; e di attuare misure concrete per garantire il recupero delle retribuzioni e degli accrediti previdenziali dei lavoratori stranieri sprovvisti di permesso di soggiorno individuati dagli ispettori del lavoro nell'esercizio delle loro funzioni.

Da quanto sopra, emerge che l'OIL rappresenta uno di quei casi in cui il sistema ONU e, più in generale, il multilateralismo manifesta vitalità a fronte di parziali ma importanti indebolimenti causati (anche) da politiche di alcuni Stati che in modo esplicito mirano alla sua sostituzione con un sistema di accordi bilaterali che ne mina il fondamento: si pensi al recesso dall'Organizzazione mondiale della sanità effettuato dall'Amministrazione Trump. V'è quindi da sperare che l'OIL, attraverso la sua prassi, costituisca un esempio di “resistenza” a politiche volte a smantellare il sistema e i valori onusiani.

CLAUDIO DI TURI

ORGANIZZAZIONE DEL TRATTATO DELL'ATLANTICO DEL NORD

Vertice annuale NATO 2025

La Dichiarazione dell'Aja: continuità e nuove direttrici strategiche dell'Alleanza Atlantica

1. *Introduzione.* – Il vertice annuale della NATO costituisce il principale strumento di individuazione delle linee strategiche e politiche dell'Alleanza Atlantica. Esso costituisce il momento in cui l'Alleanza, al massimo livello politico, definisce l'indirizzo strategico che orienta tanto la pianificazione militare quanto la cooperazione politica e industriale tra gli Stati membri. In tale prospettiva, le Dichiarazioni conclusive dei vertici non sono atti vincolanti: esse esprimono il consenso politico degli Alleati e, quando le stesse formule o indirizzi vengono reiterati in documenti successivi, quei principi si consolidano come orientamenti stabili per l'azione politica e militare dell'Alleanza.

Il summit del 2025 si è svolto all'Aja, in un contesto politico e securitario di forte complessità. Sullo sfondo resta la prosecuzione della guerra in Ucraina, che ha consolidato il ritorno della difesa collettiva al centro delle priorità atlantiche. Accanto a questo, emergono nuove forme di minaccia alla sicurezza euro-atlantica: le operazioni cibernetiche ostili, la competizione nello spazio extra-atmosferico, le interferenze digitali e le manipolazioni dell'informazione, elementi questi che accentuano la percezione di vulnerabilità degli Stati membri. L'agenda del summit ha inevitabilmente risentito di tale contesto, privilegiando una concentrazione su obiettivi essenziali rispetto a un elenco esteso di questioni.

È proprio questa la caratteristica più sorprendente della Dichiarazione dell'Aja: a differenza di precedenti documenti programmatici, spesso articolati in numerosi paragrafi e ricchi di riferimenti a un'ampia gamma di sfide, il testo del 2025 si distingue per la sua essenzialità. Pochi punti, selezionati con chiarezza, che mirano a fornire indicazioni inequivocabili sugli aspetti ritenuti prioritari per il futuro immediato dell'Alleanza. Non si tratta, quindi, di un impoverimento dei contenuti, bensì di una scelta di concentrazione: ribadire la centralità dell'art. 5 del Trattato di Washington; definire un impegno politico ambizioso in materia di spesa militare; assicurare un sostegno stabile e tangibile all'Ucraina; rafforzare la base industriale della difesa e la cooperazione in ambito tecnologico. L'analisi della Dichiarazione dell'Aja deve pertanto partire da questa considerazione metodologica: la concisione formale non ne riduce il significato, ma ne amplifica la valenza come atto politico e, indirettamente, come elemento utile all'evoluzione e alle prassi operative dell'Alleanza.

2. *Il contenuto della Dichiarazione dell'Aja.* – La Dichiarazione si apre con la riaffermazione del principio cardine dell'Alleanza, ossia la centralità dell'art. 5 del Trattato Nord Atlantico. Ben più innovativo è il secondo punto della Dichiarazione, che sancisce l'impegno a incrementare la spesa per la difesa fino al 5% del prodotto interno

lordo entro il 2035, riferito al PIL nazionale di ciascuno Stato membro¹. La Dichiarazione distingue tra investimenti diretti, destinati a capacità operative, modernizzazione degli armamenti e infrastrutture militari, e spese correlate, che comprendono formazione del personale, manutenzione e altri costi indiretti legati alla difesa.

La fissazione di un termine temporale preciso (il 2035) e la previsione di revisioni periodiche, come indicato esplicitamente dal terzo punto della Dichiarazione, conferiscono all'impegno una rilevanza concreta che supera la mera dimensione programmatica del documento. La scadenza stabilita introduce un meccanismo di responsabilizzazione reciproca, per cui ciascun Alleato deve rendere conto dei progressi compiuti rispetto agli obiettivi fissati². Allo stesso tempo, la revisione regolare dei bilanci militari consente di confrontare i contributi con maggiore trasparenza, riducendo eventuali squilibri nella ripartizione dei carichi finanziari e operativi della difesa collettiva³. Il raggiungimento del target del 5% del PIL comporta significative implicazioni strategiche per l'Alleanza. In primo luogo, rafforza la capacità complessiva di difesa e di deterrenza della NATO, riducendo la dipendenza dalle contribuzioni di pochi membri con bilanci più consistenti e consentendo una distribuzione più equilibrata delle responsabilità operative, oltre a una maggiore autonomia strategica collettiva⁴. In secondo luogo, richiede un coordinamento più stretto tra le priorità di bilancio nazionali e gli obiettivi strategici comuni: l'incremento delle risorse deve essere allocato coerentemente alle esigenze collettive, stimolando la pianificazione congiunta delle risorse in materia difensiva, di interoperabilità e di armonizzazione delle capacità militari⁵.

Il terzo punto della Dichiarazione definisce in modo chiaro e strutturato l'impegno al 5% del PIL, distinguendo due categorie principali di spesa. La prima, pari ad almeno il 3,5% del PIL, è destinata a finanziare i requisiti fondamentali di difesa e a raggiungere i *NATO Capability Targets*, ossia le capacità operative necessarie per garantire prontezza, interoperabilità e capacità di risposta collettiva⁶. Questa componente comprende, ad esempio, investimenti in sistemi di difesa aerea e missilistica, mezzi corazzati, artiglieria di precisione, aerei da combattimento e navi da guerra, oltre alla manutenzione e modernizzazione dei sistemi esistenti⁷. In pratica, gli Stati membri devono assicurare che le proprie forze armate siano in grado di operare insieme in scenari complessi, come dimostrato dalle esercitazioni congiunte della NATO in Polonia e nei Paesi baltici,

¹ NATO, *The Hague Summit Declaration*, 25 giugno 2025, punto 2: «United in the face of profound security threats and challenges, in particular the long-term threat posed by Russia to Euro-Atlantic security and the persistent threat of terrorism, Allies commit to invest 5% of GDP annually on core defence requirements as well as defence-and security-related spending by 2035 to ensure our individual and collective obligations, in accordance with Article 3 of the Washington Treaty (...)».

² Ivi, punto 3: «Allies agree that this 5% commitment will comprise two essential categories of defence investment. Allies will allocate at least 3.5% of GDP annually based on the agreed definition of NATO defence expenditure by 2035 to resource core defence requirements, and to meet the NATO Capability Targets. Allies agree to submit annual plans showing a credible, incremental path to reach this goal (...)».

³ V. Atlantic Council, *NATO Defence Spending Tracker*, reperibile online.

⁴ E. RUBINSON, N. FELDMAN, *Partnering for success: NATO's approach to enhancing strategic relations with partner countries*, in *European Security*, 2025, 1-25.

⁵ R. KUOKŠTYTĖ, V. KUOKŠTIS, *A spatiotemporal analysis of NATO member states' defense spending: how much do allies actually free ride?*, in *Political Science Research and Methods*, 2025, 497-504.

⁶ NATO, *The Hague Summit Declaration*, cit., punto 3: «(...) The trajectory and balance of spending under this plan will be reviewed in 2029, in light of the strategic environment and updated Capability Targets».

⁷ NATO, *Defence expenditures and NATO's 5% commitment*, 27 agosto 2025, reperibile online.

finalizzate a testare rapidità di dispiegamento e interoperabilità tra unità di diversi Paesi⁸. La seconda categoria, fino all'1,5% del PIL, è dedicata a spese complementari, volte a rafforzare resilienza e innovazione: protezione delle infrastrutture critiche (come reti elettriche, porti e sistemi di comunicazione), difesa delle reti informatiche e *cyber-defense*, capacità di risposta civile a crisi e attacchi, promozione di ricerca e sviluppo tecnologico e sostegno alla base industriale della difesa⁹. Questa voce include, ad esempio, programmi di *cybersecurity* condivisi, investimenti in *intelligence* tecnologica e collaborazioni industriali multilaterali per la produzione di sistemi avanzati, come i progetti congiunti per droni e sistemi satellitari per il monitoraggio strategico¹⁰. La distinzione tra le due categorie mostra chiaramente un approccio integrato: l'Alleanza non si limita ad accumulare mezzi militari, ma combina capacità operative tradizionali con strumenti di resilienza, innovazione tecnologica e difesa civile, rispondendo in maniera più completa alle sfide contemporanee, dalle minacce ibride ai rischi cibernetici, fino alla protezione delle infrastrutture critiche in scenari di crisi regionali o globali.

La Dichiarazione prevede che ciascun Alleato presenti piani annuali che delineino un percorso incrementale verso il raggiungimento dell'obiettivo del 5% del PIL¹¹. Il documento stabilisce inoltre che la traiettoria e l'equilibrio della spesa saranno oggetto di una revisione intermedia nel 2029, alla luce del contesto strategico e dell'aggiornamento dei *NATO Capability Targets*¹². Particolarmente significativa è l'inclusione di contributi diretti all'Ucraina nel calcolo della spesa, che indica come le risorse destinate a sostenere uno Stato terzo possano essere considerate parte del contributo collettivo alla difesa della NATO¹³.

3. *La cooperazione industriale tra i Paesi dell'Alleanza: analogie e differenze con l'Unione europea.* – Il quarto punto della Dichiarazione dell'Aja, nel richiamare l'urgenza di rafforzare la base industriale della difesa e di rimuovere gli ostacoli agli scambi intra-Alleanza¹⁴, si inserisce in un contesto già segnato da iniziative europee di portata inedita. Non è un caso che la NATO insista sul nesso tra capacità industriali e

⁸ NATO, *NATO's military presence in the east of the Alliance*, 6 giugno 2025, reperibile *online*.

⁹ NATO, *Defence expenditures and NATO's 5% commitment*, cit.: «Allies agreed to submit annual plans showing a credible, incremental path to reach this goal. They will account for up to 1.5% of GDP annually to inter alia protect critical infrastructure, defend networks, ensure civil preparedness and resilience, innovate, and strengthen the defence industrial base».

¹⁰ NATO, *Funding NATO*, 3 settembre 2025, reperibile *online*: «(...) NATO has annual budgets and programmes worth around EUR 4.6 billion in 2025 (representing 0.3% of total Allied defence spending), and up to EUR 5.3 billion in 2026, which inter alia support its permanent military command structure, enable its current operations and missions, and provide essential military infrastructure (including air and naval basing facilities, satellite communications, fuel pipelines, and command and control systems). This direct funding comes principally in two forms: common funding and joint funding. It can also come in the form of trust funds, contributions in kind, ad hoc sharing arrangements and donations (...)».

¹¹ NATO, *The Hague Summit Declaration*, cit., punto 3: «(...) Allies agree to submit annual plans showing a credible, incremental path to reach this goal».

¹² *Ibidem*: «(...) The trajectory and balance of spending under this plan will be reviewed in 2029, in light of the strategic environment and updated Capability Targets (...)».

¹³ *Ibidem*: «(...) Allies reaffirm their enduring sovereign commitments to provide support to Ukraine, whose security contributes to ours, and, to this end, will include direct contributions towards Ukraine's defence and its defence industry when calculating Allies' defence spending».

¹⁴ *Ivi*, punto 4: «We reaffirm our shared commitment to rapidly expand transatlantic defence industrial cooperation and to harness emerging technology and the spirit of innovation to advance our collective security. We will work to eliminate defence trade barriers among Allies and will leverage our partnerships to promote defence industrial cooperation».

deterrenza: senza una produzione industriale interoperabile, la clausola di difesa collettiva rischierebbe di rimanere un impegno politico privo di strumenti concreti¹⁵. In concreto, la disposizione invita a rimuovere ostacoli di natura normativa, amministrativa o commerciale che possono limitare la circolazione di armamenti, tecnologie e componenti all'interno dello spazio NATO. L'obiettivo è quello di rendere più agevole e rapido l'approvvigionamento tra Alleati, riducendo le rigidità che spesso rallentano i programmi congiunti di ricerca, sviluppo e produzione di sistemi d'arma, nonché le procedure di acquisizione di equipaggiamenti militari essenziali – dalle munizioni ai veicoli corazzati, dai sistemi missilistici alle piattaforme aeronavali – che costituiscono la base materiale della capacità di difesa collettiva.

Sul piano multilaterale, la questione dell'accesso preferenziale al mercato degli armamenti tra Alleati trova il suo principale limite nell'Accordo sugli appalti pubblici (*Government Procurement Agreement-GPA*) dell'OMC. Questo strumento, come è noto, si applica non soltanto agli appalti civili, ma anche ad alcune categorie di forniture connesse alla difesa, salvo le eccezioni espressamente previste. L'art. III, par. 1, del GPA riconosce infatti agli Stati la possibilità di escludere determinati contratti «(...) for the protection of its essential security interests relating to the procurement of arms, ammunition or war materials, or to procurement indispensable for national security or for national defence purposes»¹⁶. Si tratta di una clausola che, pur lasciando un ampio margine di discrezionalità, è sottoposta a un requisito di buona fede e proporzionalità: l'eccezione non può essere invocata come giustificazione generica per introdurre restrizioni arbitrarie o misure protezionistiche dissimulate¹⁷. La prassi del *Dispute Settlement Body* dell'OMC, sebbene non abbondante in materia di appalti militari, ha più volte ribadito che l'invocazione delle *security exceptions* deve essere necessaria e coerente con lo scopo dichiarato, pena l'abuso della clausola¹⁸. In termini concreti, un Alleato NATO che intendesse limitare l'accesso di fornitori provenienti da Paesi terzi rispetto all'Alleanza alle proprie procedure di appalto nel settore della difesa dovrebbe giustificare tale scelta sulla base di specifiche esigenze di sicurezza, quali la protezione di tecnologie sensibili o la salvaguardia della continuità delle catene di approvvigionamento. La Dichiarazione dell'Aja, nell'incoraggiare la rimozione degli ostacoli agli scambi all'interno dell'Alleanza, presuppone dunque che le misure statali si collochino entro questa cornice giuridica, senza tuttavia tradirne la *ratio*: non già un approccio di chiusura protezionistica, bensì un orientamento volto a incanalare le relazioni economiche entro il perimetro della sicurezza collettiva condivisa.

Ancora più complessa è la situazione sul piano europeo, specie per quanto concerne gli Stati che appartengono sia alla NATO che all'UE. L'art. 346, par. 1, lett. a), TFUE costituisce il fondamento giuridico che consente agli Stati membri di derogare alle

¹⁵ NATO, *NATO's role in defence industry production*, 26 giugno 2025, reperibile *online*.

¹⁶ V. Agreement on Government Procurement, il cui testo è stato inizialmente firmato il 12 aprile 1979 ed è entrato in vigore il 1° gennaio 1981, con i più recenti emendamenti firmati il 30 marzo 2012 ed entrati in vigore il 6 aprile 2014.

¹⁷ Sul punto, v. UNCTAD, *Dispute Settlement*, 3.12 Government Procurement, New York, 2003, reperibile *online*, in part. 4-9; A. DAVIES, *The Evolving GPA: Lessons of Experience and Prospects for the Future*, in A.C. GEORGOPULOS, B. HOEKMAN, C. MAVROIDIS (eds.), *The Internationalization of Government Procurement Regulation*, Oxford, 2012, 23-55.

¹⁸ Cfr. Russia – *Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/7, 29 aprile 2019; Qatar – *Certain Measures Concerning Goods from the United Arab Emirates – Communication from the United Arab Emirates*, WT/DS576/3, 9 agosto 2019; United States – *Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, WT/DS544/14, 30 gennaio 2023.

regole del mercato interno in materia di armamenti e appalti della difesa. La norma prevede che «nessuno Stato membro è tenuto a fornire informazioni la cui divulgazione sarebbe contraria agli interessi essenziali della sua sicurezza» e che ogni Stato può adottare «(...) le misure che ritiene necessarie per la tutela degli interessi essenziali della sua sicurezza connesse alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico» (art. 346, par. 1, lett. b). Si tratta di una disposizione il cui tenore letterale sembrerebbe concedere un ampio margine di discrezionalità agli Stati. Eppure, la giurisprudenza della Corte di giustizia e la prassi della Commissione hanno progressivamente ristretto la possibilità di invocare l'art. 346 in maniera indiscriminata. Difatti, la Corte ha a più riprese ribadito che l'eccezione non può essere utilizzata per giustificare misure protezionistiche di carattere economico, ma solo quando vi sia un nesso diretto con la tutela di un interesse essenziale di sicurezza¹⁹.

Ne deriva che, nel contesto attuale, gli Stati UE si trovano in una posizione particolarmente delicata: da un lato, la pressione politica derivante dalla Dichiarazione dell'Aja li spinge a privilegiare l'integrazione industriale con gli altri Alleati della NATO; dall'altro, il diritto dell'Unione li vincola a un'applicazione restrittiva delle deroghe, impedendo che l'art. 346 TFUE si trasformi in uno strumento di giustificazione generalizzata di pratiche protezionistiche. È in questo contesto che si collocano i nuovi programmi europei di riarmo: strumenti come l'EDIRPA, l'ASAP o l'EDF consentono infatti di canalizzare gli investimenti e gli acquisti in forme di cooperazione che, pur derogando al libero mercato, trovano legittimazione proprio perché inquadrate in iniziative comuni approvate a livello UE. In tal modo, si evita che le deroghe all'art. 346 siano esercitate in maniera unilaterale, e si rafforza invece un approccio coordinato sul piano europeo.

Questo intreccio riguarda in particolare gli Stati che appartengono sia alla NATO che all'Unione europea, i quali devono bilanciare due approcci solo in parte convergenti. La Dichiarazione dell'Aja, al punto 4, invita infatti a rimuovere gli ostacoli che limitano gli scambi industriali nel settore della difesa tra tutti gli Alleati, con l'obiettivo di favorire la piena interoperabilità e garantire che, in caso di crisi, i membri possano approvvigionarsi rapidamente presso qualsiasi membro dell'Alleanza, inclusi gli Stati Uniti e gli altri Paesi non appartenenti all'UE. L'Unione europea, invece, utilizza l'art. 346 TFUE come base giuridica per consentire deroghe alle regole sugli appalti della difesa, ma ne orienta sempre più l'uso in senso comunitario, canalizzandolo attraverso strumenti come la *European Defence Industrial Strategy* (EDIS). In questo caso, la logica è quella di rafforzare una base industriale autonoma e competitiva, privilegiando fornitori europei e riducendo la dipendenza da partner esterni all'Unione.

Ne consegue che, pur muovendosi entrambe verso una maggiore integrazione e verso una deroga alle regole ordinarie di concorrenza, NATO ed UE perseguono finalità differenti: la prima mira a un'integrazione transatlantica, la seconda a un'integrazione europea. La difficoltà per gli Stati membri che appartengono a entrambe le organizzazioni è, quindi, quella di conciliare due indirizzi che, seppur compatibili in parte, rispondono a logiche strategiche non del tutto sovrapponibili.

¹⁹ Corte di giustizia dell'Unione europea: *Commissione c. Spagna*, causa C-414/97, sentenza 16 settembre 1999, EU:C:1999:417, punto 21; *Commissione c. Belgio*, causa C-273/97, sentenza 26 ottobre 2000, EU:C:2000:191, punti 25-26 e 28-29; *Commissione c. Italia*, causa C-337/05, sentenza 8 aprile 2008, EU:C:2008:203, punti 42-45 e 47-48. V. anche Commissione europea, Comunicazione interpretativa sull'applicazione dell'articolo 296 del trattato nella politica europea degli appalti pubblici nel settore della difesa, COM(2006) 779 def., 7 dicembre 2006, in particolare paragrafi 1.2, 2.1-2.2 e 3.2.

4. *Osservazioni conclusive.* – La Dichiarazione dell’Aja del 2025 si colloca in continuità con la prassi dei vertici NATO, ma al tempo stesso ne rinnova l’impostazione: a differenza di precedenti documenti, spesso caratterizzati da un’articolazione molto ampia, il testo di quest’anno si concentra su pochi punti, ma di rilievo centrale, che riflettono con chiarezza le priorità dell’Alleanza in una fase di forte instabilità internazionale.

Difatti, la Dichiarazione rappresenta un documento rilevante che avrà effetti sullo sviluppo della prassi dell’Alleanza nei prossimi vertici. L’impegno sul 5% di spesa militare entro il 2035, seppur non giuridicamente vincolante, prevede un confronto costante che condiziona l’agenda della NATO: ogni vertice sarà inevitabilmente chiamato a misurare i progressi compiuti e a valutare la credibilità degli Alleati che si discostano dagli obiettivi di spesa in materia di difesa.

Un ulteriore effetto si manifesterà nei rapporti tra NATO e Unione europea. La pressione dell’Alleanza a rimuovere le barriere interne e l’obiettivo europeo di consolidare una base industriale autonoma non risultano intrinsecamente confliggenti, ma richiedono un attento bilanciamento. I prossimi vertici costituiranno un banco di prova della capacità euro-atlantica di preservare la coesione strategica, evitando pratiche protezionistiche o duplicazioni inefficaci. In tal senso, la questione è di natura tecnica: occorre garantire che l’integrazione industriale europea rafforzi, e non ostacoli, l’efficienza e la coesione operativa dell’Alleanza, coordinando la produzione, la standardizzazione e la logistica dei sistemi militari tra gli Stati membri.

Infine, il peso crescente delle questioni industriali e finanziarie nella Dichiarazione del 2025 segna un cambiamento strutturale per l’Alleanza. La NATO si riconosce non soltanto come un’alleanza militare, ma come un attore regionale che interviene nella definizione delle risorse economiche necessarie alla difesa. È probabile che nei prossimi anni i vertici dovranno occuparsi sempre più della sostenibilità finanziaria della sicurezza collettiva, misurando non solo le minacce esterne, ma anche la capacità interna di garantire coerenza tra impegni politici, vincoli giuridici e risorse economiche.

La Dichiarazione dell’Aja può dunque essere letta come un punto di partenza: un documento che condiziona la dialettica dei prossimi vertici, che solleciterà scelte di bilancio strutturali negli Stati membri e che metterà alla prova la tenuta dell’integrazione euro-atlantica di fronte a pressioni divergenti. La sua efficacia, più che nella forza delle parole, si misurerà nella capacità dell’Alleanza di tradurle in prassi consolidate e di preservare la propria unità in un contesto internazionale che ne esige la massima compattezza.

FRANCESCO GAUDIOSI

COLLABORATORI DEL PRESENTE FASCICOLO

Per la sezione *Storia del diritto internazionale*:

ARNO DAL RI Jr. – Professore ordinario di Teoria e Storia del Diritto internazionale – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Brasile.

Per la sezione *Articoli e Saggi*:

PIETRO PUSTORINO – Professore ordinario di Diritto internazionale – LUISS Guido Carli, Roma.

ANTONIO MARICONDA – Assegnista di Ricerca in Diritto internazionale – Università degli Studi di Milano.

FRANCESCO SEATZU – Professore ordinario di Diritto internazionale – Università degli Studi di Cagliari.

NICOLAS CARRILLO SANTARELLI – Ricercatore (RTDa) di Diritto dell’Unione europea – Università degli Studi di Cagliari.

MARIA VITTORIA PREST – Dottoranda di ricerca in Ordine internazionale e diritti umani – Sapienza, Università di Roma.

Per la sezione *Osservatorio Europeo*:

EMMANUEL PAGANO – Ricercatore di Diritto dell’Unione europea (2021-2024) – Università Magna Grecia di Catanzaro.

EMILIA MARIA MAGRONE – Ricercatrice di Diritto internazionale – Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

Per la sezione *Osservatorio Diritti Umani*:

GIUSEPPE GIOFFREDI – Professore associato di Diritto internazionale – Università del Salento.

Per la sezione *Rassegne*:

CLAUDIO DI TURI – Professore associato di Diritto internazionale – Università della Calabria.

FRANCESCO GAUDIOSI – Dottore di ricerca in Diritto internazionale – Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli.

